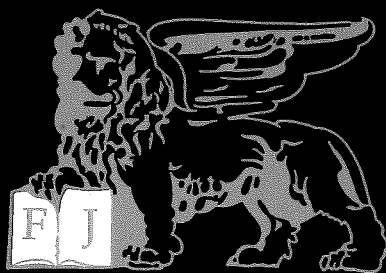


1995

III.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAKTI



PRÁVNICKÁ FAKULTA
MASARYKOVY UNIVERZITY
V BRNĚ

Časopis
pro právní vědu a praxi

č. 3.

Ročník III.

1995

VYDÁVÁ
Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně
Vychází šestkrát ročně

Redakční rada

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
(předseda redakční rady)

Doc. JUDr. Josef Bejček, CSc.
JUDr. Josef Fiala, CSc.

Doc. JUDr. Jan Filip, CSc.
Doc. JUDr. Dalibor Jílek, CSc.

Doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.
JUDr. Jiří Spáčil, CSc.

TECHNICKÁ REDAKCE A GRAFICKÁ ÚPRAVA TEXTOVÉ ČÁSTI
ING. JIŘÍ RUS

Adresa redakce

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně
Veveří 70
611 80 Brno
Tel. 41 32 12 97
Fax. 41 21 31 62

Rozšiřuje a objednávký vyřizuje

Oddělení pro vědu a výzkum
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně
Veveří 70
611 80 Brno

Uveřejněné příspěvky neprošly jazykovou úpravou vydavatele

ISSN 1210 – 9126

Č L Á N K Y

**Wettbewerbsumfeld und
Kartellrecht in der Tschechischen
Republik ***

Josef BEJČEK

1. Bemerkungen zur gegenwärtigen Wettbewerbspolitik

Nach einer langen Pause in der Entwicklung des Kartellrechts (wenn wir zu dieser seine geringen, und von der direktiven Ökonomik deformierten Reste nicht einrechnen) und nach einer komplizierten Entwicklung, die dieser Rechtsbereich in der Welt durchmachte, begann dieser spezialisierte Abschnitt der Wirtschaftspolitik in der damaligen Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik und ihren stufenweise entstandenen Marktbedingungen eigentlich klein.

Zu den Begünstigungen gehörte zwar außer der kurzen Vorkriegserfahrung und der "realsozialistischen" Mutation des Wettbewerbsrechts vor allem die Belehrung von den im Ausland erreichten theoretischen Schlüssen und von der verwendbaren ausländischen Judikatur; es ist jedoch offensichtlich, daß die Gegenmonopol- und Gegenkartellgesetzgebung und die Praxis bestimmt sind vor allem von dem Zustand der konkreten Ökonomik und von der daraus ausgehenden Rangordnung der wirtschaftspolitischen Prioritäten. Deswegen kann man die Maßstäbe der stabilisierten

*Článek byl napsán v rámci spolupráce s právnickým spolkem sdružujícím české a slovenské právníky v Zürichu. Je určen k prohloubení vzájemné informovanosti o změnách právních ráádů v České republice a ve Švýcarsku.

Standardmarktwirtschaft (einschl. kartellrechtliche Judikatur) unter den Bedingungen von der tschechischen Ökonomik, die transformiert wird, nur begrenzt benützen.

Die Forderung der Harmonisierung des tschechischen Wettbewerbsrechts und des Rechts der EG, die aus dem Europäischen Abkommen (sog. Asoziationsabkommen – European Agreement) folgt (und die letzte Novellierung des Gesetzes über den Wirtschaftswettbewerbschutz /weiter GWWS/ trägt auch dazu bei), übt zwar einen Druck aus, der Rechtssetzungsveränderungen verursachen sollte und stellt auch einen Interpretationsraum zur Verfügung. Diese Forderung an und für sich selbst ändert jedoch nicht die ökonomischen und Interessen-, Institutional- und Kapazitätsbedingungen, so wie auch andere Bedingungen unter denen unser Recht wirkt.

Es scheint das Anstreben um Geldwertstabilität und Privatisierung, um Gewinnung einer von unserer Wirtschaft absorbierbaren Kapitalmenge, um Erhaltung eines hohen Beschäftigungsgrads und sozialer Stabilität, an den ersten Stellen der Prioritäten der tschechischen Wirtschaftspolitik zu stehen, wobei diese Prioritäten eher immanent und durch Taten formuliert werden als ausgesprochen. Die Bildung und der Schutz des Wettbewerbsumfeldes wie einer Voraussetzung von funktionsfähiger Marktwirtschaft, scheint nicht Priorität zu sein, zumindest nicht in der praktischen Wirtschaftspolitik.

Der Vorzug der Privatisierung führt oft – was wir für ein Paradoxon halten – zur Bestätigung voriger Monopolisierung, mit einem Unterschied der darin besteht, daß das Privatmonopol nicht so eng mit dem Staatsinteresse verbunden ist, wie das Staatsmonopol. Das Monopol ist aber hauptsächlich wegen seiner Marktmacht gefährlich, weniger dadurch daß es staatlich oder privat ist².

Man ist bereit für einen Monopolbetrieb mehr Geld auszugeben, und so pflegt man eine künftige wettbewerbsfreundliche Struktur auf dem Altar der Privatisierung zu opfern, die die existierende Monopolisierung der Ökonomik fixiert. Die Käufer der privatisierten Betriebe gewinnen oftmals eine beispiellose Position auf dem Markt, auf den die Konkurrenz dann infolge dessen, jahrzehntelang nicht gelangen kann³.

Das nicht leichte Balanzieren zwischen den kurzfristigen Vorzügen die aus dem Verkauf der Monopolbetriebe an einen heimischen oder ausländischen Interessenten (nicht selten erfordert dieser das Monopol) entstehen und den langfristigen Interessen an der Existenz des Wettbewerbsumfeld, steht offensichtlich nicht einmal auf dem Staatsniveau, außer dem Belang der allgemeinen Gesetzlichkeit über den statistisch bedeutenden öfteren Vorzug des unmittelbaren Interesses.

Die Privatisierung ist nur ein operatives Ziel, das die Bedingungen für das Fungieren der Marktwirtschaft bilden soll, d. h. u. a. für die Existenz des Wett-

²Vgl. Hayek, F. A.: *Cesta do otroctví*, Academia, Praha 1990, Seiten 152 – 153, wo man anführt daß; der Staatsmonopol immer ein vom Staat vor Konkurrenz und vor wirksamer Kritik beschützter Monopol ist.

³Vgl. der Artikel in *Wall Street Journal* aus 12. 10. 1993, in dem wird behauptet, daß "die Tschechen ihre Ziele zum großen Teil erfüllten, indem sie den Staatsmonopol privatisierten" (*Hospodářské noviny* aus 12. 10. 1993).

bewerbs nach der Privatisierung. Diese spielt gleichzeitig die Rolle einer einzigartigen und unwiederholbaren Gelegenheit (die jedoch sehr oft nicht ausgenutzt bleibt) zum Bilden neuer wettbewerbsfreundlich orientierter Marktstrukturen, die anderswo im Laufe mehrerer Jahrzehnte gebildet wurden oder sich sogar wegen schnell durchlaufener Monopolisierung gar nicht bildeten und in der Zukunft nicht mehr gebildet werden.

Der Staat kann zwar mittels eines „chirurgischen Schnitts“ die ökonomischen, technischen, geschäftlichen und Produktions- wie auch andere Verbindungen künstlich zergliedern und darauf störend einwirken und dadurch die Monopole auflösen. Er kann jedoch auch die Entstehung wirklicher Konkurrenz dadurch unterstützen, daß er mit wettbewerbsfreundlichen Absichten planmäßig privatisiert, und so die Entstehung und vom Markt angeregte Restrukturalisation neuer Unternehmersubjekte begünstigt. Das Bestreben die Monopole zu „zerschlagen“ kann natürlich kein Rufen um letzten Staatsmachtseingriff in die Wirtschaft sein, nach der schon alles in Ordnung gebracht werden sollte⁴.

Problematisch ist die Erhaltung der Monopole (seien das Staats- oder privatisierte Monopole) in den sog. Netzzweigen, die früher als sog. „natürliche Monopole“ bezeichnet wurden (Kraftwirtschaft, Verkehr, Gas-, Heiz- und Wasserwirtschaft, Post u. a.). Die allgemeine Wirkung ihres monopolistischen Benehmens auf das Lebensniveau kann die Priorität der Geldwerts- und Sozialstabilität bedrohen (wenn diese Wirkung nicht durch folgerichtige Gegenmonopolpolitik eliminiert sein wird).

Die Spezifität des tschechischen Gegenkartellrechts im Zeitraum der Privatisierung ist u. a. auch durch wichtige Übergangsbestimmungen des GWWS zum Ausdruck gebracht, die die Privatisierungsgesetze nachtragen. Es werden darin den Organen der staatlichen Verwaltung bestimmte Pflichten festgelegt, die gegen Entstehung einer Monopolstellung der Wettbewerbsteilnehmer bei der Übereignung des staatlichen Eigentums wirken sollen (die Pflichten bestehen in Bestimmung solcher Bedingungen bei der Privatisierung infolge deren es zur Aufhebung der Monopolstellung des bisherigen Wettbewerbsteilnehmer oder zur Herausstellung solcher Stellung der neu entstandenen Wettbewerbsteilnehmer käme, mit besonderen Ergänzungspflichten die potentiale dominante Wettbewerbsteilnehmer betreffen).

⁴Belehrend ist als Beweis der Uneläufigkeit der gegenmonopolistischen Wachsamkeit, die Situation die im Zusammenhang mit den Beschwerden der landwirtschaftlichen Urhersteller über die Verarbeitungsmonopole im Laufe des Jahres 1993 (niedrige Einkaufspreise und hohe Verkaufspreise) entstand. Statt folgerichtigen Rückgriffs wegen Mißbrauchs der Monopolstelle der Verarbeiter, forderten die Urhersteller, daß der Staat die Teilnahme der Urhersteller an den Verarbeitungsbetrieben versichert (und dadurch eigentlich auch die Redistribution und den Anteil an den von den Urherstellern kritisierten unverdienten Gewinnen). Von einem späteren Benehmen ähnlicher Erzeugungs- Verarbeitungs- Geschäftskomplexe „T“ zum Verbraucher, kann sich man keine Illusionen machen.

Die Spannung zwischen der Wettbewerbspolitik und dem Wunsch möglichst schnelle Privatisierung zu erreichen, bemerkten in erster Linie die ausländischen Unternehmer – vgl. *Estrin, S. – Takla, L.: Competition and Competition Policy in the Transforming Economics*, The World Bank Economic Development Institute, *Třesť* 27. 6. – 2. 7. 1993.

Das Ministerium für Wirtschaftswettbewerb beurteilt die Analysen, die die Organe der staatlichen Verwaltung in diesem Falle verpflichtet sind zu verarbeiten. Wenn die Organe der staatlichen Verwaltung nicht mit der Äußerung des Ministeriums für Wirtschaftswettbewerb einverstanden sind, dann entscheidet aufgrund ihres Antrags die Regierung. Dieses Vorgehen bezieht sich nicht auf die sog. gemeinnützige Staatsbetriebe (das ist eine Kategorie ohne eindeutigen gesetzlichen Gehalt), auf die aufgrund des Gesetzes bestimmten Staatsmonopole und auf Regionalwettbewerbsteilnehmer die sich während der Privatisierung im sinngemäßen Wirkungsbereich der Gemeindeorgane befinden. Diese Pflichten haben jedoch keine eindeutige und klare Sanktionsgarantierung.

Das GWWS ist im gewissen Maße auch eine Blankettorm, denn es überträgt die konkretere Regulierung auf diejenige, die in der Regierungsverordnung umfaßt ist (es handelt sich um Regulierung der Bedingungen für die Feststellung der dominanten und Monopolstellung, die Erfordernisse des Antrags an Genehmigung oder Bewilligung der Ausnahme aus der Nichtigkeit der den Wettbewerb begrenzenden Abkommen und die Erfordernisse des Antrags an Genehmigung der Betriebsverbindung).

Die Entscheidungspraxis des Ministeriums für Wirtschaftswettbewerb wird unter schwierigen Bedingungen der Transformation und der damit verbundenen Unsicherheit durchgeführt. Es wäre in dieser Situation nicht möglich solche Vorschriften zu aplizieren, die eindeutig verbietend eventuell auch kriminalisierend wären. Die **Rechtsicherheit** (der eindeutige Verbote eventuell mit eindeutig formulierten Ausnahmen Genüge leisten) ist **nicht** im Kontext der Wirtschaftspolitik ein **konkurrenzloser erstklassiger Wert** und wird zum eventuellen Verlust bestimmter Wirtschaftsbegünstigungen angemessen, die mit ihrer vorbehaltlosen Preferierung verbunden ist.

Das GWWS nutzt das ganze in Betracht kommende Repertoire von Regulationen des Wirtschaftswettbewerbsschutzes aus, von "harten" Verboten (z. B. bei den Preiskartellvereinbarungen), über Untersuchung der möglichen Begrenzung des Wettbewerbes im Zusammenhang mit konkreten Marktzuständen, weiter über das Verbot bestimmter Handlungsformen, wenn mittels dieser eine Marktdominanz gegründet oder verstärkt wird, bis zur Zulassung der Wettbewerbsbegrenzung unter der Bedingung, daß vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses die Vorteile die Nachteile überwiegen (z. B. bei der Fusionsgenehmigung). Unter den Bedingungen der tschechischen Ökonomik ist nicht beweiskräftig auf eines von diesen Instrumenten zu verzichten. Soll der Staat mittels des Kartellrechts die Marktversagen korrigieren⁵, ist das eine sehr komplizierte Aufgabe auch in der stabilisierten Stan-

⁵ Was vielleicht eine zu optimistische Forderung ist, denn in einer ganzen Reihe der Fälle ist die Störung des Wettbewerbes nichts anderes, als eben eine logische Forderung (und kein "Versagen") unbegrenzten Markts – es geht also nicht um Marktversagen im rechten Sinne des Wortes, sondern eher um ein Versagen der Vorstellungen, daß der Markt alles (insgesamt sich selbst) allein lösen kann. Näher siehe Bejček, J.: Kartelové právo, MÚ Brno 1995, Kap. 1.

dardökonomik; die Wirtschaft im Stadium von wesentlichen Veränderungen sollte deswegen um so mehr an keine Standardmethode des positiven Einflusses an Wettbewerbumfeld a priori verzichten.

Die Entscheidungspraxis des tschechischen Ministeriums für Wirtschaftswettbewerb (verkürzt MWW) kann nicht engbrüstig sein (und ich meine, daß es auch nicht ist), und kann nicht von einer paranoiden Vorstellung geführt werden, daß jeder den Wettbewerb nur bedrohen will. Die Wettbewerbsteilnehmer lernen manchmal erst das anständige Marktverhalten und oft freiwillig respektieren sie die Empfehlungen des MWW auch ohne Eröffnung des Verwaltungsverfahrens. Alle potentiellen Wettbewerbsbedroher (also nicht die Monopolisten und Dominanten) sind nämlich namentlich werdende Wettbewerbsbeweger.

Eine bestimmte Toleranz zum monopolisierenden Verhalten von kleineren Wettbewerbsteilnehmer ist schon aus den Kapazitätsgründen unvermeidlich, und ist geläufig auch in den bestehenden Marktwirtschaften. Das geschieht mit dem Wissen, daß bestimmtes Verhalten (Kartells, Fusionen) bis zur Grenze der Dominanz toleriert wird und erst nach dem Übersteigen dieser Grenze geht man an Rückgriff wegen des Mißbrauchs der Marktmacht heran, obwohl dann die Beweissituation mit Rücksicht auf die Deformation der Marktstruktur gewöhnlich erschwert ist.

Für ein Zeichen der bisherigen Applikationspraxis des MWW können wir u. a. die Tatsache halten, daß der Interpretationsraum bisher ausschließlich durch die Entscheidungen des Verwaltungsorgans konkretisiert wurde, und daß die Gerichtsjudikatur im Rahmen der Revision der Entscheidungen des MWW bisher keine Rückkopplung ist, denn diese Judikatur begann erst sich zu schaffen. Es fehlen gleichfalls regelmäßige und generalisierte Auskünfte vom MWW für die breite Fachöffentlichkeit über die MWW-Tätigkeit (die die Tatangaben, die Argumentation und die Urteilsprüche bei den Grundsatzfällen anführen würden). Diese Aktivität könnte zur Formierung der rechten Vorstellungen über das Wesen des Wirtschaftswettbewerbsschutzes beitragen und könnte auch ausgeprägt preventiv wirken.

Im Zusammenhang mit der Beendigung der Transformation unserer Wirtschaft werden die Überlegungen wieder lebendig, ob die Existenz eines speziellen Ministeriums für Wirtschaftswettbewerb noch von Bedeutung ist, unter der Voraussetzung, daß die Rolle des Staats in der Ökonomik schwach gemacht sein wird, und ob dieses Ministerium in seiner Rolle des "Überwachers" über die Einhaltung der Wirtschaftswettbewerbsregeln durch ein unabhängiges Staatsverwaltungsorgan nicht ersetzt sein sollte, das in seiner Tätigkeit dem Handelsgericht nah wäre.

Die voraussetzte Funktionen des Gegenmonopolamtes würde ein Gerichtsorgan im ganzen Umfang offensichtlich nicht wirksam erfüllen können. Die Funktion des "Berichtigers und Reglers" des Gesetzes, die dem MWW auch anvertraut wird (vgl. § 3, § 6a GWWS), soll übrigens von niemandem, außer dem gesetzgebenden Organ und eventuell dem Verfassungsgericht, erfüllt werden.

2. Wettbewerbumfeld in der Tschechischen Republik

Der Zustand unseres⁶ Wettbewerbumfelds ist von drei Faktoren bedeutend beeinflusst:

- von dem Zustand der Wirtschaft, die bisher die durchlaufende Privatisierung widerspiegelt (ein wesentlicher Teil des Eigentums bleibt in den Fonds des nationalen Vermögens, was verantwortliche und rationelle Realisierung des Eigentumsrechts in den Betrieben unmöglich macht),
- von dem Prozeß der Annäherung des tschechischen Rechts wie auch der Auslegungstandpunkte ans kommunitive Recht der Europäischen Union, die zur Kompatibilität führen soll und
- von der Entwicklung des internationalen Handels auf unserem Markt und besonders von den Folgen des bestehenden Protektionismen, das in den EU-Ländern in verschiedensten Formen zur Geltung gebracht zu werden pflegt, namentlich durch die Form der Applikation der Dotationspolitik⁷.

Nach der einheitlichen Methodik für die Feststellung der Qualität des Wettbewerbumfelds in der Tschechischen Republik wird z. B. der Versicherungsmarkt für kein Konkurrenzumfeld gehalten, in der Kfz-Haftpflichtversicherung, sowie im Bereich der Haushaltsversicherung. Dieselbe Schlußfolgerung gilt für Bankwesen, für die Erzeugung und Einfuhr der Humanarzneimittel, für Baustoffherstellung, Holzindustrie, Autoindustrie. Außerordentlich wettbewerbslos ist der Energie-, Eisenbahnverkehr-, Fernmelde- und Postmarkt.

Ein gutes Wettbewerbumfeld finden wir im Gegenteil auf dem relevanten Markt von Bier, Arzneimitteldistribution, Druckbranche und Presse. Außerordentlich gut ist die Konkurrenz im Bauwesen und im Kraftfahrzeugverkehr.

Als gefährlich wird das Zusammenwachsen des Bankkapitals eingeschätzt, wobei die Banken indirekte Teilhaber ihrer Konkurrenten werden, und das bedroht zumindest die Wettbewerbumfeldsbildung. Die Kapitalverbindung der Banken fordert geradezu auf, geheime Kartellabkommen unter diesen abzuschließen, wobei die Banken mittels ihrer Investitionsfonds einen Betrieb mit dominanter Stellung auf relevantem Markt beherrschen können. Die Banken können sich auf diese Art der Herrschaft über einen großen Teil der Betriebe im ganzen Zweig bemächtigen, was zum Beherrschen der Marktpreise führen kann.

In der bisherigen Tätigkeit des MWW wird beiläufig jeder zweite bis jeder dritte Anlaß zum Eröffnungsgrund des Verwaltungsverfahrens. Die von den Bürgern und Unternehmern stammende Anlässe betreffen in 40 % der Fälle den Mißbrauch

⁶Vgl. Hospodářský zpravodaj MHS, Brno, Juni 1994, Seiten 3 – 4.

⁷Vgl. im Zusammenhang damit die Ansicht, daß es zu illusorisch wäre, a priori zu meinen, daß die EU-Länder bereitwillig sind, ihre eigenen Prinzipien des "freien" Geschäfts unter irgendwelchen Bedingungen, ohne jede Begrenzung und für jeden Preis zur Geltung zu bringen. (Jelínek, P. M.: Jen obchod bez pomoci?, Hospodářské noviny aus 13. 12. 1994, Seite 11).

der dominanten Stellung, vor allem im Bereich der Preisebildung. Nach der vom MWW gemachten Untersuchung (gewöhnlich arbeitet auch das Finanzministerium mit) wird die Ungesetzlichkeit bei mehr 50 % der Fälle nicht bestätigt. Und was die berechnete Beschwerden betrifft; so gelingt es ungefähr bei einem Viertel der Fälle ohne die Eröffnung des Verwaltungsverfahrens Abhilfe zu verschaffen⁸.

3. Das Gesetz über Wirtschaftswettbewerbschutz Nr. 63/1991 Slg. und seine Novellen

Nach dem November im Jahre 1989 erbt die Tschechoslowakei eine hypermonopolisierte Wirtschaftsstruktur und die tschechische Gesetzgebung und praktische Wirtschaftspolitik haben auch eine beschwerliche Aufgabe zu lösen, einen Rechtsrahmen zu schaffen und gefühlvoll geltend zu machen, der zur Hindurchführung der Wirtschaft durch die "Messiner Enge" zwischen Scylla, die die Restrukturalisation-smacht des unbegrenzten Wirtschaftswettbewerbes darstellt (die jedoch sich selbst durch die elementare Monopolisierung vernichten kann), und Charybdis, wofür wir peinliches Staatsinterventionismus halten können (das im Gegenteil den Wettbewerb schon im Keimzustand kaputt machen kann), dienen würde.

Im Wettbewerbumfeld, das noch nicht genügend ist und wo Inseln der Konkurrenz entstehen, ist diese Aufgabe wirklich sehr schwierig – wegen des sich möglichst schnell zu schaffenden Wettbewerbumfelds müssen die zuständigen Organe wachsam und nachdrucksvoll sein; dank dem Umfang der Monopolisierung und der Unübersichtlichkeit der Fusionen ist jedoch die Kapazität dieser Organe überstiegen und sie werden aufgrund eigener Initiative nur auf die frappantesten Fälle beschränkt, bzw. beschäftigen sich mit der Reaktionen auf Anlässe betroffener Unternehmer beschäftigen, die mehr oder weniger zufällig sind.

Obwohl das tschechoslowakische Kartell- und Privatmonopolgesetz aus dem Jahre 1933 nie ausgesprochen aufgehoben wurde, war es nicht möglich es nach einer ein Paar Jahrzehnte dauernden Pause wieder ins praktische Leben einzuführen. Nicht nur das Rechtfeld sondern auch die gesamte ökonomische und gesellschaftliche Entwicklung erforderten eine ganz neue Ausgestaltung, und sogar solch eine, die mit der Erfahrungen der Länder mit fortgeschrittener Gegenkartelllegislative und mit der als Ausgangspunkt für Harmonisierung mit der EG-Ausgestaltung passenden Praxis gestützt wäre.

Neue Ausgestaltung des Kartellrechts war eine der wichtigsten Gesetzgebungsvoraussetzungen der Wirtschaftstransformation. Nach anfänglichen Un-

⁸In der Quelle zitiert sub 5 wird auf der Seite 35 angeführt daß es im Jahre 1992 169 und im Jahre 1993 312 Anlässe gab. Es verliefen im Jahre 1992 76 Verwaltungsverfahren (davon 15 über Kartelle, 20 über Mißbrauch der dominanten Stellung, 27 über Fusionen und 14 andere) und im Jahre 1993 125 Verwaltungsverfahren (davon 9 über Kartelle, 20 über Mißbrauch der dominanten Stellung, 83 über Fusionen und 13 andere). Im ganzen verhäng man Bußen für etwa 2,5 Mio. Kronen und davon war nicht die ganze Hälfte bezahlt. Im Jahre 1993 wurden 5 Klagen zum Oberen Gerichtshof erhoben.

klarheiten und Vorbereitungen eines Komplexgesetzes über Wirtschaftswettbewerb (das unlauteren Wettbewerb und auch Gegenmonopol- und Gegenkartellschutz der Wirtschaft regeln sollte) wurde zum Schluß die traditionelle Konzeption der Doppelgleisigkeit des Wettbewerbsrechtes als die beste gewählt und der "öffentlich-rechtliche Zweig" der Gesetzgebung für den Existenzschutz des Wettbewerbes wurde durch selbständiges **Föderalgesetz Nr. 63/1991 Slg. über Wirtschaftswettbewerbschutz (GWWS)** gegründet, das am 1. März 1991 in Kraft trat.

Die Tradition des Vorkriegskartellgesetzes wird darin nicht besonders verehrt. Z. B. in der Beziehung zu Kartellen wurde (anscheinend um die Schaffung des wettbewerbsfreundlichen Umfelds maximal anzuregen und Gegenwettbewerbshandeln zu verfolgen) das Prinzip des Verbots der Kartelle *ex lege* gewählt (im Gegenteil zum Prinzip der Mißbrauchskontrolle der Kartelle in der Vorkriegstschechoslowakei). Auch in der tschechoslowakischen Praxis wurde die Relativität des Verhältnisses des Verbotsprinzips und des Prinzips der Mißbrauchskontrolle bestätigt. Obwohl diese Prinzipien legislativtechnisch vollständig unterschiedlich scheinen, kann man in der Praxis bei Gesetzverankerung unterschiedlicher Prinzipien die gleichen Ergebnisse erreichen. Ein realer gesellschaftlicher Effekt (in diesem Falle ein wettbewerbsfreundlicher Effekt) hängt nicht so viel von jenem gebrauchten legislativtechnischen Prinzip ab, sondern besteht eher im wirklichen Willen und in der Folgerichtigkeit beim Rückgriff auf die *ex lege* verbotenen Kartelle, oder bei der Untersuchung der Verbotsbedingungen für *gemein bewilligte* Kartelle. Außerdem finden wir bei beiden Prinzipien verschiedentlich ausführlich bestimmte Ausnahmen, die die faktische Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kartelle eigentlich mit denselben Voraussetzungen binden können (obwohl diese legislativtechnisch, mit man kann sagen "umgekehrten Vorzeichen" geäußert sind).

Der letzte bis jetzt legislativ geschlossene Entwicklungsgrad unseres Kartellrechts stützt sich auf den Gesetz Nr. 63/1991 Slg., und deswegen paßt an dieser Stelle eine kurzgefaßte Auskunft über seinen Grundinhalt.

Das GWWS aus dem Jahre 1991 verankerte **Rückgriff gegen drei Tatbestände**, bei den es zur Beschränkung oder zum Ausschluß des Wettbewerbes kommt oder kommen kann. Die Rechtsregelung betraf:

- Kartelle
- Fusionen
- dominante und Monopolstelle auf dem Markt.

Als Prinzip war hier das Verbot der Kartellabkommen *ex lege* benutzt. Das MWW konnte unter bestimmten, im Gesetz festgelegten Bedingungen (und aufgrund eines Gesuches), eine Ausnahme bewilligen. Es war hier auch eine Gruppe der Abkommen geregelt, die zwar nicht verboten waren, aber zu ihrer Geltung brauchte man die Genehmigung des MWWs (oder zumindest sein zweimonatiges Schweigen zum Wortlaut des gemeldeten Kartellabkommens). Das Verbot der Kartellabkommen betraf nicht u. a. die sog. Bagatellkartelle, also solche Vereinbarungen, die

verboten wären, wenn sie die rechtlich bestimmte Quote auf dem relevanten Markt erreichen würden, aber für die Unternehmer die diese Quote nicht erreichen, nicht verboten sind.

Die **Fusionabkommen** wurden im Gegenteil zu den Kartellabkommen nicht verboten. Wenn aber der Anteil der fusionierenden Betriebe 30 % des Gesamtumsatzes auf dem relevanten Markt überstieg, wurde zur Geltung der Fusion die MWW-Genehmigung erfordert (oder sein dreimonatiges Schweigen zum zur Genehmigung einreichten Fusionabkommen). Die Genehmigung der Fusion konnte nur den Beweisen der Wirklichkeit folgen, nämlich daß die durch diese Fusion für den Wirtschaftswettbewerb entstandene Beeinträchtigung von genauen nicht bestimmten Wirtschaftsvorteilen der Fusion nachgewogen wird (vgl. § 8 dieses Gesetzes).

Eine dominante Stelle bedeutet die Existenz keines wesentlichen Wettbewerbes auf dem relevanten Markt. Die Monopolstellung ist dadurch charakterisiert, daß der Unternehmer auf dem relevanten Markt keinem Wettbewerb ausgesetzt ist. Die Gewinnung einer von beiden Stellen wurde nicht verboten (das wäre in einer ganzen Reihe von Fällen nicht ökonomisch und manchmal auch unmöglich und undurchführbar); das Gesetz verbot jedoch den Mißbrauch der dominanten- oder Monopolstelle, und das Rechtsregime des Vorgangs gegen Monopolisten und Dominanten war der gleiche. Die Unternehmer wurden verpflichtet die Erwerbung der dominanten oder Monopolstelle ans Ministerium unverzüglich zu melden.

Ein Schlüsselpunkt war und ist für die Effizienz des Gesetzes natürlich die **Begrenzung des relevanten Markts** (von dieser hängte u. a. die Existenz des bewilligten Bagatellkartells, der bewilligten Bagatellfusion, wie auch der unteren Grenze für die Dominanz auf dem Markt ab). So wie die Gegenkartellgesetze anderer Länder, spezifiziert auch das GWWS nicht genau den Begriff des relevanten Markts und überläßt diesen in einzelnen konkreten Fällen der vom MWW (bzw. vom Gericht) gemachten Untersuchung. Nach der Setzung des tschechoslowakischen GWWS war es möglich, *gemein* zu sagen, daß wenn sich die Tätigkeit des Unternehmers auf einem subrelevanten Markt befand, war seine Vertragsfreiheit sehr breit. Wenn er aber die Grenze des bestimmten Anteils auf relevantem Markt übertrat, war seine Vertragsfreiheit ausdrucksvoll begrenzt und er konnte sich nicht das leisten, was er als einer der zahlreichen regulären Wettbewerbssteilnehmer tun könnte (z. B. eine ganze Reihe von Tatbeständen wurde nicht den Bagatellwettbewerbssteilnehmer verboten; ähnlich galt das von den Bagatellfusionen und auch vom Benehmen das den Monopolisten und Dominanten aber nicht den verboten wurde).

Die **mittels des Gesetzes Nr. 495/1992 Slg. gemachte Novellierung des GWWS** (die am 29. Oktober 1992 in Kraft trat) brachte keine bedeutenden Inhaltsveränderungen; ihre Setzung war vor allem durch das Bedürfnis auf die angehende Teilung der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik (CSFR) in zwei selbständige Republiken zu reagieren, und im Zusammenhang damit einige prozeßrechtliche und Kompetentionsprobleme zu regeln. Bei dieser Gelegenheit wurden auch strenger einige prozeßrechtliche Bestimmungen über Verwaltungsgebühren

und Bußgeld festgelegt.

Es wurden weiter auch bisher "tote" Bestimmungen über Kartellregister und Geheimniswahren weggelassen. Und die Ermächtigung der Regierung der CSFR (die bald nicht mehr bestehen sollte) zur Erlassung der Vollzugsverordnungen für die Beurteilung der Kartell- und Fusionenabkommen und für Untersuchung und Beurteilung der dominanten und Monopolstellung der Unternehmer und der Fälle ihres Mißbrauchs, wurde aufgehoben.

Es gelang nicht, ein ganz neues GWWS zu erarbeiten und zu genehmigen, wie es ursprünglich im Plan der legislativen Arbeiten vorgesehen wurde. Und nach der Entstehung der selbständigen Tschechischen Republik (CR) wurde nur über eine umfangreichere Novellierung des GWWS entschieden. Diese Novellierung wurde am 11. November 1993 genehmigt und trat am 29. November 1993 in Kraft (G. Nr. 286/1993 Slg.).

Die bisher letzte Novelle des GWWS reagierte vor allem auf die Zerteilung des Staates und auf einige Veränderungen in der Rechtsordnung nach der Annahme des Handelsgesetzbuchs, des Gewerbegesetzes und anderer Vorschriften die zur Zeit der Setzung des ursprünglichen Gesetzes kein Teil des geltenden Rechts waren. Das Gesetz über Wirtschaftswettbewerbschutz begriff also einige Fragen unterschiedlich von der späteren Rechtsregelung. Die Vorleger bestrebten sich auch, bestimmte harmonisierende Maßnahmen legislativ zu registrieren, die das tschechische Wettbewerbsrecht dem europäischen Standard näher machen würden.

Durch die Novelle wurde ausgesprochen der Zweck des Gesetzes geregelt, d. i. der Schutz der Konkurrenz (des Wettbewerbes), keineswegs der Schutz der Konkurrenten. Das Gesetz soll der Störung der Konkurrenz im Wege stehen, sei es in der Form der Begrenzung, der Verzerrung oder des Ausschlusses der Konkurrenz.

Das Gesetz machte die Bestimmung der Wettbewerbssteilnehmer genauer. Es bezieht sich nicht nur auf Unternehmer, sondern auch auf ihre professionelle und Interessengemeinschaften, die imstande sind den Wirtschaftswettbewerb bedeutend zu begrenzen oder auszuschließen (z. B. durch die Annahme verbindlicher Preislisten oder durch Schaffung verschiedener Hindernisse des Zugangs zum Markt).

Die Territorialwirkung des GWWS ist mittels der klassischen und auch in den Nachbarländern standarden Form gelöst. Das GWWS bezieht sich auch auf das Handeln und die Tätigkeiten zu denen es im Ausland kam, insofern sich ihre Wirkungen auf dem inländischen Markt äußerten (typisch handelt es sich um die Kartellabkommen mit einem ausländischen Partner). Eine ausländische Territorialwirkung des GWWS wird im Gegenteil prinzipiell nicht vorausgesetzt – das Handeln dessen Wirkungen sich auf einem ausländischen Markt äußern ist nicht der Gegenstand der GWWS-Regelung, außer wenn aus einem verbindlichen internationalen Übereinkommen für die Tschechische Republik etwas anderes hervorgeht. Einige Veränderungen dieser Art kann man im Laufe der vorausgesetzten Eingliederung der Tschechischen Republik in die Europäische Union erwarten. Das Gesetz schließt aber nicht seine ausländische Personalwirkung aus. Begingen ein oder mehrere

ausländische Wettbewerbssteilnehmer ein Handeln das die Kennungen des von unserem Gesetz über Wirtschaftswettbewerbschutz verbotenen Handeln mit Einwirkung auf unseren Markt erfüllt, wären diese ausländischen Subjekte unserem Recht gemäß verfolgbar. Man kann hier bestimmte Analogie z. B. mit der Befugnis des Strafrechts finden.

Eine andere Frage stellt aber der Rückgriff gegen ausländische Wettbewerbssteilnehmer und die Vollstreckbarkeit der verhängenen Sanktionen dar. Im Rahmen eines breiteren gemeinsamen Markts wäre selbstverständlich auch die institutionelle Dimension dieses Problems gelöst. Nichtsdestoweniger sind nicht einmal die Erfahrungen die aus der Beziehung der sich außerhalb der EU befindenden Wettbewerbssteilnehmer zu den für Störung des europäischen Kartellrechts auf dem EU-Markt verhängene Sanktionen, negativ. Die außereuropäischen Wettbewerbssteilnehmer respektieren im großen und ganzen die Sanktionen und zahlen wegen guter Perspektiven weiterer Wirtschaftsarbeit und um korrekte Beziehungen mit der EU und mit deren Organe zu wahren.

Die früheren Zweifel daran, ob das Verbot der Kartellabkommen nur die Abkommen unter Wettbewerbssteilnehmer betrifft (horizontale Kartelle), wurden von der neuen Formulierung beseitigt nach der irgendwelche Wettbewerb störende Abkommen verboten sein werden, also u. a. auch vertikale Kartelle.

Es wurden für das nächste Mal auch sog. Handeln in gegenseitigem Einklang, als die Konsequenz einer wissentlichen wettbewerbschädlichen Koordination der Unternehmer (im Gegenteil zum bloßen gelegentlichen parallelen Handeln) verboten. Im Einklang mit der EU-Legislative wurde ermöglicht, daß das allgemeine mit der Möglichkeit der individuellen Ausnahmen ergänzte Verbot der Kartellabkommen, durch die Möglichkeit des MWW in bestimmten Fällen sog. Blockausnahme normativ (durch eine Bekanntmachung) zu leisten, modifiziert wäre. Man erwägt namentlich die Blockausnahme aus dem Verbot der Abkommen über Alleinverkauf, über ausschließliche Distributionsrechte und Abkommen über Franchising.

Die Novelle des Gesetzes ermöglichte auch die unbestimmte Stellung zur Koordination der Preise, und die Möglichkeit unerwünschte Rabatkkartelle zu brechen. Wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht der EU, wurden aus dem Gesetz bestimmte Bestimmungen ausgelassen die im Zusammenhang mit dem industriellrechtlichen Schutz den Wettbewerb übermäßig begrenzten.

Zu einer wichtigen Veränderung kam es in der Regelung der Kontrolle der Vereinigung der Betriebe. Es wurden ein bißchen die Kriterien für die Bestimmung einzelner Formen der Gewinnung der Kontrolle über einen anderen Betrieb strenger gemacht, und man wird weiterhin für eine Fusion auch die Gründung eines gemeinsamen Betriebes von konzentrativem Typ halten. Gleichfalls soll auch die Entstehung einer Personalunion (gleichzeitige Mitgliedschaft in den entscheidenden Organen der konkurrierenden oder durch ihre Tätigkeit einander angeknüpften Betriebe) unter Kontrolle gestellt sein.

Der Gegenstand der Kontrolle der Vereinigung der Betriebe, sollte nicht mehr

der Rechtsakt der Vereinigung selbst (früher konnte das Abkommen über Fusion nicht geltend sein, wenn es auch rechtskräftig ins Handelsregister eingetragen war), sondern die Veränderung der Marktstruktur sein. Das Ministerium für Wirtschaftswettbewerb sollte nicht mehr die Abkommen genehmigen (ihre Genehmigung wird nicht mehr die Voraussetzung ihrer Geltung sein), sondern die Vereinigung als solche bewilligen oder nicht bewilligen. Diese Regelung sollte dazu beitragen, daß die unerwünschte, durch Verminderung der Konkurrentenzahl entstandene wirtschaftliche Konzentration, nicht entsteht.

Für die durch Störung des Wettbewerbes entstehende Beeinträchtigung, wird der Novelle gemäß selbst die Störung des Wettbewerbes (sein Begrenzung, Verzerrung oder Abschluß) durch Veränderung der Marktstruktur gehalten, d. h. Veränderung der Marktstruktur durch Verminderung der Zahl konkurrierender Subjekte auf dem angehörig relevanten Markt, und durch Gründung oder Verstärkerung der dominanten oder Monopolstellung.

Wenn die Fusion dafür bewilligt sein wird, daß die wirtschaftlichen Vorteile der Fusion ihre Nachteile überwiegen, wird sie von der Erreichung wirtschaftlicher Vorteile vom Standpunkt des öffentlichen Interesses und vor allem des Verbrauchers abhängen, keineswegs von der Erreichung der Vorteile vom Standpunkt der vereinigenden Betriebe (die Konzentration bringt immer Vorteile ihren Teilnehmern).

Öffentlich formulierte Pflichten zur Abhilfe, die das Ministerium für Wirtschaftswettbewerb früher aufgeben konnte, wurden genauer gemacht als die Rechtskraft des Ministeriums die Pflicht zur Übertragung eines Teils des Betriebs oder die Pflicht zur Zerteilung des Teilnehmers (sog. Defusion) aufzugeben. Man will dadurch dem von den bisher nicht bestehenden Marktstrukturen ermöglichten Mißbrauch der dominanten oder Monopolstellung auf dem Markt zu Ungunsten der Verbraucher, aber auch einiger Verkäufer (z. B. bei bestimmten landwirtschaftlichen Erzeugnissen) verhindern. Die praktische Verwendbarkeit ist jedoch ähnlich wie in den anderen Ländern sehr strittig. Das Ministerium ist berechtigt vor Gericht Auflösung einer Gesellschaft und ihre Liquidation vorzuschlagen, wenn die rechtskräftige Entscheidung über sog. Defusion freiwillig nicht erfüllt ist.

Die Novelle brachte eine neue Regelung des Verfahrens vor dem Ministerium. Es wurde z. B. die Verhängung des Bußgelds neu geregelt. Die Sätze des Bußgelds werden allgemein nach der oberen Grenze in Abhängigkeit von dem Charakter der verletzten Pflicht unterschieden (sind also nicht ganz arbiträr).

Der relative Bußgeldsatz wurde im Einklang mit der Regelung in den Ländern der Europäischen Union von 5 % zu 10 % der Grundlage (des sog. Nettoumsatzes) erhöht. Weil das Gesetz auch die Subjekte die keine Unternehmer sind (also keinen Nettoumsatz haben) betrifft, mußte eine neue Sanktion für die Verletzung der Pflichten dem Gesetz gemäß eingeführt werden, und zwar bis die Höhe von 10 Mio. Kronen.

4. Das tschechische Kartellrecht im internationalen Kontext

Die Internationalisierung des Handels und die Bemühung um die Schaffung immer breiterer ökonomischen Integrationen (EFTA, EU, NAFTA, AFTA u. a.) sind unter anderem auch die Bemühung um die Schaffung eines einzelnen Rahmen der kompatiblen Regeln des Wirtschaftswettbewerbs auf diesen sich vergrößenden Märkten. Der Wettbewerb und der Markt bedingen begrifflich einander – ohne einen freien Wirtschaftswettbewerb kann ein fungierender Markt nicht bestehen und der freie Wirtschaftswettbewerb ist nur im Rahmen des Markts möglich.

Alle weitere Bemühung um integrierte Märkte wäre ohne Erreichung eines Konsensus über das Wesen, die Sorten und die praktischen Methoden des Wirtschaftswettbewerbschutzes auf diesen internationalen integrierten Märkten zum Mißerfolg vorherbestimmt, denn sie illusorisch sei. Die gemeinsamen Regeln für Wettbewerbsschutz sind selbverständlich nicht die einzigen Bedingungen der wirtschaftlichen Integration – sie gehören jedoch zweifellos in die Kategorie der nötigen Bedingungen, die auch als *sine qua non* bezeichnet zu werden pflegen.

Die amerikanische Gegenmonopol- und Gegenkartellgesetzgebung bewahrt im Hinblick auf unterschiedliche Traditionen einige bedeutende spezifische Züge, aber unter den europäischen Ländern (auch denen die nicht EU-Mitgliedsländer sind) findet man in diesem Bereich fast auffallende Ähnlichkeit der gründlichen Methoden und der konkreten legislativen Lösungen. Das europäische Recht spielt hier auch evident eine inspirative Rolle, und der tatsächliche Druck des EU-Markts äußert sich gleichfalls dadurch, daß man sich die europäischen Wettbewerbsstandards auch in den Ländern die nicht Mitglieder sind zu eigen macht, wobei nicht nur die Chance dieser Länder eventuell in die EU aufgenommen zu werden (Kompatibilität des Wettbewerbsrechts ist eine der Bedingungen der Annahme), sondern auch ihre Aussichten auf Abschließung alltäglicher Geschäfte mit den Partnern aus den EU-Ländern, die den konsolidierten und voraussehbaren Wettbewerbsstandard und damit verbundene bestimmte Rechtsgewißheit, gewöhnt sind.

Zum Beispiel ist die Ähnlichkeit des Art. 85 des Römischen Vertrags der tschechischen Regelung der den Wettbewerb begrenzenden Abkommen im § 3 GWWS. (bzw. genauer: die Ähnlichkeit der tschechischen Regelung den Bestimmungen des Art. 85 des Römischen Vertrags) offensichtlich.

Das betrifft den Charakter der Generalklausel und auch der demonstrativen Bestimmung einzelner Tatbestände und auch der Art ihrer Bestimmung (grundsätzliche Ungültigkeit mit der Möglichkeit der Ausnahmen, und zwar der einzelnen und Gruppenausnahmen), die Bestimmung der Subjekte der unbewilligten Abkommen und letzten Endes auch das Prinzip teilweiser Ungültigkeit der Verträge die das verbotene Kartellabkommen enthalten.

Der Unterschied besteht natürlich in der Dimension des europäischen Markts, auf dem sich die Einwirkungen des Kartellabkommens äußern müssen.

Es sind die horizontalen und vertikalen, formalen und informellen Abkommen verboten. Die großzügige Möglichkeit der Ausnahmen ist von der Kommission der EU bei den einzelnen Fällen sowie bei ganzen Gruppen von Fällen ausgenutzt – es geht um sog. block (group) exemptions (Gruppenfreistellungen).

Zur Zeit gilt die Verordnung über Gruppenausnahmen aus dem Verbot der Kartellabkommen, die die Abkommen über Alleinverkauf, Alleinbezug, über Patentlizenzen, über Autoverkauf und Autoservice, über Spezialisierung, über Forschung und Entwicklung, über Franchising, über know-how betreffen, und es wird auch eine Gruppenfreistellung für die Versicherungsdienste vorbereitet. Ähnliche Maßnahmen wurden trotz ihrer Nützlichkeit (ja sogar in manchen Fällen Nötigkeit) und trotz der gesetzlichen Ermächtigung im § 6a des GWWS noch nicht erlassen und in der nächsten Zeit sei es nicht einmal geplant.

Im Art. 86 des Europäischen Abkommens ist das Verbot des Mißbrauchs der dominanten Stelle auf dem Markt formuliert (und dadurch auch das Verbot des Mißbrauchs der Monopolstelle, die eine Stufe der absoluten konkurrenzlosen Dominanz ist).

Ebenso wie in unserem Recht, ist auch das Verbot des Mißbrauchs der Marktdominanz absolut und hängt nicht vom Ergebnis eines Bestimmungsentscheidungs ab – es gilt direkt ex lege (bzw. in der EU direkt *ex contractu*) und Genehmigung einer Ausnahme ist begreiflicherweise unmöglich.

Ebenso wie in unserem Wettbewerbsrecht (namentlich in der Beziehung zu den Bestimmungen der § 3 und § 9 GWWS) ist auch im EU-Recht nötig, den Umfang der Generalklausel des Art. 86 durch Entscheidungen und Interpretationen der Kommission der EU in Erfüllung zu bringen. Diese Auskünfte sind ein Leitfaden auch für unsere Applikationspraxis, die auf Geltendmachung der Vorschrift begründet ist, für die dieselben Prinzipien bindend sind wie für die Regelung in dem Europäischen Abkommen. Das betrifft auch die Regeln und die Methodik der Begrenzung des relevanten Markts, die Konkretisierung des Begriffs "Mißbrauch" der dominanten Stelle, des Begriffs "Unangemessenheit" usw.

Die Problematik der Fusionen (konzentrativer gemeinsamen Betriebe) war ursprünglich in der primären europäischen Legislative geregelt, und wurde in der Praxis nach der Bestimmung des Art. 85 beurteilt. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit, auch mittels Kontrolle der Fusionen eine den Zielen der EU (damals noch EWG) nicht widersprechende Stufe der Konzentration zu erreichen, wurde im Rahmen der sekundären Legislative die Verordnung Nr. 4064 Ratschläge über Kontrolle der Zusammenfassung der Betriebe beschlossen, die im September 1990 in Kraft trat.

Nach dem Art. 1 dieser Verordnung wird die Vorschrift nur auf Vereinigung der Betriebe mit solcher Stufe der Konzentration appliziert, die vom Sichtpunkt wirksamen Wettbewerbes auf dem ganzen gemeinsamen Markt oder auf seinem wesentlichen Teil gefährlich ist, so daß der Wettbewerb vom allgemeinschaftlichen Sichtpunkt bedeutend erschwert wäre.

Es gilt ebenso wie bei uns das obligatorische Prinzip der Meldung der Vereini-

gungen der Betriebe, ähnlich sind auch die Tatbestände die die Kennzeichen einer Vereinigung der Betriebe erfüllen. Die Kommission erklärt die Vereinigung als dem gemeinsamen Markt widersprechende oder nicht widersprechende, und sie ist berechtigt, solch eine unverträgliche Fusion mit einer Buße und eventuell auch mit einer Dekartelisierungsmaßnahme zu ergreifen.

Die Verordnung gilt auch für die Betriebe, deren Hauptbereich der Tätigkeit sich nicht in den Staaten der EU befindet, aber trotzdem diese dort in namhaftem Ausmaß tätig sind. Es ist nicht maßgebend, wo man die Vereinigung verwirklichen will, sondern ob sich ihre Einwirkungen auf dem gemeinsamen europäischen Markt äußern werden.

Außer dem informellen und faktischen Einfluß der Entscheidungspraxis und der Standpunkte der Kommission der EU im Bereich des Kartellrechts, übt das europäische Kartellrecht auch einen direkten Einfluß aus.

Dem sog. Assoziationsabkommen gemäß, verpflichtet sich unter anderem die Tschechische Republik zu solchem Vorgang im Bereich des Wirtschaftswettbewerbes der die in den Artikel 85 und 86 des Römischen Vertrags inhaltenen Regeln respektiert.

Nach dem Art. 64 Abs. 3 des Assoziationsabkommens ist der Assoziationsrat verpflichtet, die unerläßlichen Regeln zur Durchführung derjenigen Bestimmungen des Assoziationsabkommens zu beschließen, die den Wirtschaftswettbewerb betreffen. Solange solche Regeln nicht beschlossen sind, ist die Tschechische Republik prinzipiell verpflichtet, gegenüber den Ränken, die mit den die ordentliche Wirkung des Assoziationsabkommens betreffenden (Art. 64 Abs. 1) Wettbewerbsprinzipien nicht vereinbar sind, nach ihren diesbezüglichen Vorschriften vorzugehen. Die Bestimmungen des Assoziationsabkommens sind also bisher nicht direkt wirksam (private Person kann nicht direkt vor Gericht des angehörigen Mitgliedstaats daran berufen), da man zuerst die Beschließung der Durchführungsnormen von dem Assoziationsrat braucht, um sie applizieren zu können.

Aus dem Assoziationsabkommen (sich Art. 64 Abs. 2) geht die Applizierbarkeit der Kriterien hervor, die ein Ergebnis der geltendmachung der Regeln der Artikel 85 und 86 des Römischen Vertrags sind. Das heißt, die Verwendbarkeit der Schiedspraxis der Kommission der EU und der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs. Nach dem Beschluß der avisierten Regeln von dem Assoziationsrat, werden die Wettbewerbsregeln bei uns unmittelbar wirksam werden.

Die Kartellabkommen die in der Tschechischen Republik dank ihrem kleinen Anteil auf dem relevanten Republik- oder Lokalmarkt bewilligt wurden, würden schwierig die untere Grenze der Wichtigkeit auf dem EU-Markt übersteigen. Im Gegenteil: in den Fällen, da die auf dem EU-Markt die untere Grenze kleiner Wichti-

gkeit übersteigenden Kartellabkommen auf dem Gebiet der Tschechischen Republik wirken würden, würden sie schwierig nicht die Grenze des sog. Bagatellkartells dem tschechischen Recht gemäß erreichen, und wären also nach einer binnenländischen Vorschrift beurteilt.

Jeder Betrieb der keinen Anteil von 30 % auf dem tschechischen Markt haben wird (§ 9 Abs. 2 GWWS), wird auch keine dominante Stellung im Rahmen des EU-Markts haben. Und eventueller Mißbrauch der dominanten Stellung wird also das Geschäft unter den Mitgliedstaaten betreffen, und wird nach dem tschechischen Binnenrecht beurteilt werden.

Direkte Applizierbarkeit des Art. 85 Abs. 1 des Römischen Abkommens ist auch schon heute möglich, denn nach dieser Bestimmung werden beurteilt: alle Abkommen, Entscheidungen der Vereinigungen der Betriebe und koordinierte Vorgehen mit zumindest möglicher Störung des Wettbewerbes, ohne Rücksicht auf den Ort wo sie beschlossen wurden. Es ist maßgebend, ob durch sie das Geschäft unter den Mitgliedstaaten bedroht werden kann. Bei fortlaufender Öffnung der Märkte könnte man nach dem Art. 85 auch die Beschließung eines Abkommens unter unseren Betrieben ergreifen, die einen wettbewerbschädlichen Einfluß aufs Geschäft unter den EU-Mitgliedstaaten ausüben könnte.

Etwas anderes bedeutet natürlich die Frage der Erzwingbarkeit der eventuellen Rückgriffe in solchen Fällen. Wie aber die praktischen Erfahrungen und auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs⁹ zeigen, kommt das Prinzip der territorialen Auswirkung zur Geltung. Der Sitz der teilnehmenden Betriebe ist von keiner Bedeutung – es ist maßgebend, daß sich die Folgerungen des Kartellabkommens von außen auf dem EU-Markt äußern, obwohl das Preiskartell Betriebe aus den Ländern beschloss, die nicht Mitgliedstaaten der EU sind, und auf dem Gebiet der EU keine Niederlassungen oder Zweigstelle haben. Die bisher ergriffenen Betriebe bezahlten die Bußen, trotz problematischer formalprozessualen Erzwingbarkeit, freiwillig, namentlich auch deshalb, da sie keine Schwierigkeiten bei weiterer geschäftlicher Mitarbeit im Rahmen des europäischen Marktes riskieren wollten.

* * *

⁹Vgl. den Fall der kanadischen, finnischen und amerikanischen (also außergemeinschaftlichen) Zellstofffabriken aus dem Jahre 1988 – Schumacher, W.: Europäisches Kartellrecht, Syllabus des Vortrags im Rahmen des "Grundkurses Europarecht", Graz 1992, Seite 18.

S U M M A R Y

Soutěžní prostředí a kartelové právo v České republice

Článek komentuje podmínky vývoje kartelového práva v ČR zejména ve vztahu k privatizaci a k přechodu ke standardním formám tržní ekonomiky. Vyjadřuje se ke konkurenčnímu vztahu mezi úsilím o rychlou privatizaci a snahou o vytvoření soutěžního prostředí v ČR a komentuje základní faktory, které soutěžní prostředí u nás ovlivňují, a sice stav naší ekonomiky, proces sbližování našeho a evropského práva a dopady zahraničního obratu na náš trh (včetně dotčících a protekcionistických opatření).

Dále je podán stručný rozbor úplné právní úpravy kartelového práva a jejího obchodního vývoje.

Závěrem se uvádí několik úvah o českém kartelovém právu v mezinárodním kontextu a o návaznostech k tzv. Římské dohodě a k Asociační (Evropské) dohodě.

Liegenschaftskataster der Tschechischen Republik *

(die gründliche Übersicht des Gegenstandes, der Weisen und der Einwirkungen der Eintragung ins Liegenschaftskataster)

Josef FIALA

Einleitung

Mit 1. Januar 1993 trat in der Tschechischen Republik ein ganzer Komplex der Rechtsvorschriften in Kraft, die die Rechtsbezüge zu Liegenschaften bedeutend betrafen; ihre Beschließung war eine Äußerung der weitergehenden Transformation der Rechtsordnung. Obwohl die Erwerbung des Eigentumsrechts zu Liegenschaften von den ausländischen Personen in der Tschechischen Republik wesentlich begrenzt ist, ist die Kenntnis der gründlichen Aspekte der Evidenz der Rechtsbezüge zu Liegenschaften erwünscht (ein ausländisches Subjekt kann der Träger anderes Sachenrecht werden, z. B. des Pfandrechts usw.). Man sollte vor allem folgende Gesetze bemerken:

- a) G. Nr. 265/1992 Slg., über Eintragungen der Eigentumsrechte und anderer Sachenrechte zu Liegenschaften,
- b) G. Nr. 344/1992 Slg., über das Liegenschaftskataster der Tschechischen Republik (Katastralgesetz),
- c) G. Nr. 357/1992 Slg., über Erbschaftssteuer, Schenkungssteuer und Immobilienübertragungssteuer.

In der Zwischenzeit wurden jedoch diese Vorschriften teilweise novelliert und weitere Regelungen werden vorbereitet.

Die Folgerungen der Errichtung des Liegenschaftskatasters veräußerten sich in einer ganzen Reihe von weiteren, schon fungierenden Vorschriften, darum sollte es zu ihrer Novellierung kommen, es wurde namentlich das Zivilgesetzbuch geregelt.

*Článek byl napsán v rámci spolupráce s právníckým spolkem sdružujícím české a slovenské právníky v Zürichu. Je určen k prohloubení vzájemné informovanosti o změnách právních řádů v České republice a ve Švýcarsku.

Um eine vollständige Zahl zu geben muß man den Leser auch an die Durchführungsbekanntmachung Nr. 126/1993 Slg. aufmerksam machen, durch die die G. Nr. 265/1992 und G. Nr. 344/1992 Slg. in der Fassung späterer Vorschriften, durchgeführt werden.

Weiter möchten wir unsere Aufmerksamkeit auf die allgemeinen materiellrechtlichen Folgerungen der Errichtung des Liegenschaftskatasters und ihre Bedeutung für die Entstehung, die Veränderung und die Erlöschung der Rechtsbezüge.

1. Der Gegenstand der Eintragung

Die Errichtung des Liegenschaftskatasters hat einen bestimmten Einfluß auf eine ganze Reihe der Rechtsbezüge. Deswegen ist es vor allem nötig diejenigen Rechtsbezüge zu begrenzen die ins Liegenschaftskataster eingetragen werden.

Auf der ersten Stelle ist es zu konstatieren das der Gegenstand der Eintragungen ins Liegenschaftskataster (wie es auch durch die Bezeichnung des Katasters veräußert wird) die Rechtsbezüge die Liegenschaften betreffen sind. Es handelt sich hier um eine scheinbare Selbverständlichkeit, aber schon einige erste praktische Erfahrungen zeigten, daß es nötig ist, sich unaufhörlich darüber klar werden daß im Kataster nur einige Rechtsbezüge eingetragen sind, und von diesen dann nur diejenigen, deren Gegenstand eine Liegenschaft ist. Eine konkretere Definition von Liegenschaften enthält das Zivilgesetzbuch im § 119 Abs. 2, der als Liegenschaften die Grundstücke und die Bauten erklärt die mit dem Boden durch eine feste Grundlage verbunden sind. Während bei der Aufklärung des Begriffs des Grundstückes als eines bestimmten begrenzten Teils der Erdoberfläche sollten keine wesentlichen Probleme entstehen, könnten diese bei den Bauten erscheinen. In den zivilrechtlichen Bezügen sind die Liegenschaften nur diejenigen Bauten die mit dem Boden durch eine feste Grundlage verbunden sind. Im Umfang der angehörigen Rechtsvorschriften werden für Liegenschaften auch Wohnungen und gewerbliche Räume gehalten (im Jahre 1994 wurde ein Sondergesetz beschlossen das das Eigentumsrecht zu Wohnungen und gewerblichen Räumen regelt). Hier muß man den Leser daran erinnern daß die tschechische Rechtsordnung nicht das Prinzip *superficies solo cedit* einseht und deswegen kann ein Grundstück einem Rechtsregime unterliegen das von dem Rechtsregime des darauf stehenden Baues unterschiedlich ist.

Von den die Liegenschaften betreffenden Rechte sind folgende der Gegenstand der Eintragung:

- a) sog. Rechtsbezüge (dieses Wort benutzt man im Katastralgesetz als ein legislatives Kurzwort für diejenigen Rechte die G. Nr. 265/1992 Slg. anführt),
- b) weitere Rechte zu Liegenschaften nach dem Katastralgesetz.

ad a) Laut dem § 1 Abs. 1 des G. Nr. 265/1992 Slg. werden ins Kataster eingetragen:

- s Eigentumsrecht,
- s Pfandrecht (auch das Unterpfandrecht),

- s Recht das der dinglichen Last entspricht (aber auch dingliche Last als eine Pflicht),
- s Vorkaufsrecht, sofern es sachrechtliche Wirkungen haben soll,
- dere Rechte, sofern diese als Sachenrechte zu Liegenschaften errichtet wurden (diese Gruppe von Rechten ist der angehörigen zukünftigen Regelung geöffnet, denn es ist nicht möglich mit sachrechtlichen Wirkungen willkürliche Rechte zu errichten, bei den Sachenrechten gilt sog. *numerus clausus*, Verslossenheit der Type, was bedeutet daß als Sachenrecht kann man nur solch ein Recht errichten das vom Gesetz zu- gegeben ist).

ad b) Das Katastralgesezt legt weiter fest (§ 2 Abs. 1, Buchstabe f), daß im Kataster auch die Pachten und die Anleihen der landwirtschaftlichen und Forstgrundstücke (für die landwirtschaftliche und Forstausnutzung) evidiert werden, wenn diese zumindest fünf Jahre dauern oder dauern sollen.

Von der auf diese Art gemachten Begrenzung des Gegenstandes der Eintragung geht logisch hervor, daß ins Liegenschaftskataster z. B. die Mieten der gewerblichen Räume oder die Mieten der Bauten nicht eingetragen werden, wenn auch diese 5 und mehr Jahre dauern sollten, es werden auch nicht einmal die Abkommen der Miteigentümer der Liegenschaften über die Nutzung der gemeinsamen Sache eingetragen u. dgl.

2. Die Art der Eintragung

Die Eintragungen ins Kataster werden auf verschiedene Art gemacht, dabei sind aber alle diese Arten gehörig zu unterscheiden, denn sie haben verschiedene rechtliche Bedeutung. Die Eintragung ist ein allgemeiner Begriff, der schließt ein:

- e Einverleibung,
- e Vormerkung,
- e Bemerkung

und ihre Extabulation (Löschen).

A. Die Einverleibung

Die wichtigste Eintragung ist die Einverleibung aus der die Entstehung, die Veränderung oder das Erlöschen des Rechts (sie ist von rechtsbegründender Bedeutung). Die Sachenrechte werden ins Kataster durch die Einverleibung des Rechts oder durch die Extabulation der Einverleibung eingetragen, sofern das Gesetz etwas anderes nicht festlegt. Diese Rechte entstehen, verändern sich oder erlöschen dann mit dem Tag der Einverleibung ins Kataster. Die rechtlichen Wirkungen der Einverleibung entstehen erst durch die Ausführung der Einverleibung auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung über ihre Bewilligung mit dem Tag wann der Einverleibungsantrag ans angehörige Katastralamt zugestellt wurde. Die grundsätzliche

Veränderung, die die heutige Rechtsregelung von der vorhergehenden unterscheidet wird durch den folgenden Beispiel illustriert:

Man beschloß den Kaufvertrag am 20. Dezember 1994, der Einverleibungsantrag wurde am 6. Januar 1995 ans Katasteramt zugestellt, das Katasteramt entschied über der Bewilligung der Einverleibung am 1. Januar 1995 und die Eintragung der Einverleibung wurde am 2. Februar 1995 durchgeführt. Der Käufer wurde am 2. Februar rückwirkend vom 6. Januar der Eigentümer. Wegen dieser Konstruktion können keine Zweifel daran entstehen, ob die Erben vom Vertrag gebunden sind wenn der Verkäufer (oder auch der Käufer) sterben würde, was würde im Falle geschehen daß der Verkäufer nach 20. Dezember einen Kaufvertrag mit einem anderen Käufer abschließen und den Einverleibungsantrag nach 6. Januar einreichte usw.

Der Gegenstand der Einverleibung sind die Rechte die eingetragen werden auf Grund:

- der Verträge über Übertragung des Eigentumsrechts zu Liegenschaft (z. B. Kaufvertrag, Schenkungsvertrag, Tauschvertrag, der Vertrag über Übertragung des Anteils des Miteigentümers, der Vertrag über die Aufhebung und die Gütertrennung des Anteilsmitigentums, d. h. aller Verträge, bei den es zur Erwerbung und zur Verwirkung des Eigentumsrechts kommt, sie es auch nur das Eigentumsrecht zu einem idealen Anteil). Dazu führt das Zivilgesetzbuch im § 133 Abs. 2 an, daß wenn man eine unbewegliche Sache auf Grund eines Vertrags überträgt, wird das Eigentum durch die Einverleibung erworben, sofern ein besonderes Gesetz etwas anderes nicht festlegt (eine besondere Regelung wird im Rahmen der sog. großen Privatisierung zur Geltung gebracht).
- der Verträge über der Errichtung des Pfandrechtes oder des Unterpfandrechtes (beide diesen Rechte werden zur Versicherung der Forderung des Pfandgläubigers benutzt, der Pfandsvertrag wird von dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, d. h. von dem Eigentümer des Pfandes abgeschlossen, wobei das Pfand eine Liegenschaft ist, der Vertrag über die Errichtung des Unterpfandrechtes wird von dem Pfandgläubiger und von dem Schuldner abgeschlossen, der in einer anderen Rechtsbeziehung mit dem Pfandgläubiger steht und seine Forderung mittels des Pfandrechtes zu Liegenschaften versichert ist - dieser Schuldner versichert die Forderung seines Gläubigers durch die Forderung, die er gegenüber seinen Schuldner hat - dann entsteht das Pfandrecht zur Forderung, aber weil diese Forderung selbst durch ein Pfand versichert ist, entsteht hier ein Unterpfandrecht zu diesem Pfand, d. h. zur Liegenschaft).

Durch die Einverleibung wird auch das Pfandrecht, das aus dem dem Arbeitsgesetzbuch gemäß abgeschlossenen Vertrag entsteht.

- auf Grund des Vertrags über die Berechtigung, die einer dinglichen Last entspricht (die dinglichen Lasten sind ein Rechtsinstitut, das auf dem Gebiet der ehemaligen Tschechoslowakei seit dem Jahre 1951 die Servituten — *servitutes* - ersetzte). Was diese Verträge betrifft, man muß die Verträge, die die

Entstehung einer dinglichen Last verursachen, von denjenigen unterscheiden, auf deren Grund die dingliche Last erlöscht.

Die dinglichen Lasten entstehen (außer anderer Arten) durch einen schriftlichen Vertrag, und die Einverleibung ins Liegenschaftskataster ist erwünscht, daß man ein der dinglichen Last entsprechendes Recht erwerben kann. Die dinglichen Lasten sind jedoch, im Gegenteil zu denjenigen Sachrechten, von denen wir schon gesprochen haben, Rechtsbeziehungen, da der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber steht. Deswegen muß man unterscheiden, daß die Pflicht immer von einem sachenrechtlichen Charakter ist, und dafür wird sie immer im Liegenschaftskataster eingetragen sein, und zwar als die Begrenzung jedes Liegenschaftsinhabers (im Teil C der Eigentumsurkunde). Die der dinglichen Last entsprechenden Rechte wirkt entweder *in rem*, d. h. daß diese Rechte mit der Liegenschaft verbunden sind (und dann sind sie auch von dem sachenrechtlichen Charakter) und werden auch in die Eigentumsurkunde für die Liegenschaft eingetragen, mit der das Recht verbunden ist (und zwar im Teil D). Oder werden diese Rechte mit einer bestimmten Person verbunden (sie wirken *in personam*), und hier haben sie kein sachenrechtliches Charakter und diese Rechte werden nicht ins Liegenschaftskataster eingetragen (wir sollen wiederholen, daß man darin eine Pflicht einträgt – der öfteste Fall von solcher dinglichen Last ist das Wohnen auf Lebensdauer).

Die dinglichen Lasten können auch durch einen schriftlichen Vertrag erlöschen. Zum Erlöschen ist eine Einverleibung ins Kataster notwendig (§ 151p Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs).

- des Vertrags über Vorkaufsrecht zu Liegenschaften, wenn diese Vorkaufsrecht die sachenrechtlichen Wirkungen hat. Das Vorkaufsrecht gehört zu den sog. nebensächlichen Abmachungen und es wird vom Zivilgesetzbuch unter den nebensächlichen Abmachungen im Kaufvertrag geregelt. Aus dieser Einordnung pflegen solche Beschlüsse herausgeführt zu werden, daß man ein Vorkaufsrecht nur im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf errichten kann. Solch eine begrenzte Verwendung muß man ablehnen, und deswegen konstatieren wir, daß man einen Vertrag über Vorkaufsrecht bei irgendwelchem Vertrag, oder sogar selbständig abschließen kann. Das Vorkaufsrecht hat aber eine doppelte Beschaffenheit. Entweder ist es von einem Obligationscharakter, da es nur diejenigen Teilnehmer verpflichtet, die es abschlossen (solch ein Vorkaufsrecht wird ins Kataster nicht eingetragen), oder hat dieses Recht eine sachenrechtliche Beschaffenheit, und dann wirkt das Vorkaufsrecht (richtig: die Pflicht die Sache zum Kauf anzubieten) auch gegenüber die Nachfolger des Käufers (§ 603 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs). Der Vertrag wird schriftlich abgeschlossen und das Vorkaufsrecht wird durch die Einverleibung ins Liegenschaftskataster erworben.
- des Vertrags über Übertragung der Wohnung und der gewerblichen Räume als des Eigentumsgegenstandes – das G. Nr. 72/1994 Slg. Diesem Gesetz

gemäß wird die Einverleibung in mehreren Fällen erfordert:

- Die Erklärung des Eigentümers (bzw. der Miteigentümer) des Gebäudes, durch die die sog. Einheiten (d. h. die Wohnungen und die gewerblichen Räume) abgegrenzt werden. Der bisherige Eigentümer des Gebäudes wird durch die Einverleibung ins Liegenschaftskataster der Eigentümer jeder Einheit. Den Inhalt dieser Erklärung bilden vor allem die Identifikation des Gebäudes, inklusive des Grundstückes, auf dem es sich befindet, die Identifikation und die Beschreibung der Einheiten, inklusive des Zubehörs, die Ausgestaltung und die Fußbodenfläche. Weiter die Bestimmung der gemeinsamen Teile des Gebäudes und die Festlegung der Anteile der Miteigentümer daran, die Bestimmung der Rechte zum Baugrundstück. Es sind auch die Tatsachen ein Teil dieser Erklärung, die schon keinen direkten Einfluß auf das Einheitsigentum ausüben (die Regel für die Teilung der Gewährleistungs-, Instandhaltungs- und Reparaturkosten unter die Miteigentümer, die Regel für die Gewährleistung der gemeinsamen Teile des Hauses, inklusive der Person des Verwalters).
- Die Erklärung des Eigentümers, bzw. der Eigentümer aller Einheiten über die Aufhebung der Abgrenzung der Einheiten. Der bisherige Eigentümer, bzw. die bisherigen Eigentümer werden durch die Einverleibung ins Kataster die Miteigentümer des Gebäudes.
- Der Vertrag über die Übertragung des Eigentums der Einheit, dessen Gebühren den Gebühren der Erklärung gleichen. Man erwirbt durch die Einverleibung ins Kataster das Eigentumsrecht. Und es ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Vertrag über die Übertragung der ersten Einheit handelt (da ändert sich mit der vollendeten Übertragung auch die Stelle des bisherigen Gebäudeeigentümers in der Beziehung zu den gemeinsamen Teilen des Gebäudes), oder ob es hier um den Vertrag über die Übertragung einer weiteren Einheit oder um den Vertrag, durch den ein schon erworbenes Eigentumsrecht zur Einheit übertragen wird, geht. — Der Vertrag über den Hausbau, inklusive die Veränderungen und die Zusätze von diesem Vertrag. Der Vertrag über den Hausbau soll die vorgeschriebenen Gebühren enthalten und es regelt vor allem die Beziehungen unter den Bauherren. Die Bedeutung dieses Vertrags veräußert sich nach dem Abschluß des Baues, denn man einträgt nach den darin enthaltenen Angaben das Eigentumsrecht zu den Einheiten.
- auf Grund des Abkommens über die Herausgabe einer Sache, das einer besonderen Vorschrift gemäß abgeschlossen wurde. Diese Abkommen werden im Sinne der am Anfang der neunziger Jahre beschlossenen Restitutionsgesetze abgeschlossen, die einige Folgerungen des Vermögensrechts der vorigen Periode wiedergutmachen.

- der Erklärung des Einverleibers über die Gesellschaftereinlage der Liegenschaft ins Stammkapital der Handelsgesellschaft. Die Gesellschaft erwirbt das Eigentumsrecht zu dieser Liegenschaft durch die Einverleibung des Eigentumsrechts ins Liegenschaftskataster, die auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Einverleibers mit der beglaubigten Unterschrift gemacht wurde (§ 60 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs Nr. 513/1991 Slg., in der Fassung späterer Vorschriften).
- des Abkommens über die Begleichung der Ehegemeinschaft, wenn eine Liegenschaft der Gegenstand der Begleichung ist (§ 149a des Zivilgesetzbuchs), und des mit Beurkundung durch einen Notarialakt abgeschlossenen Abkommens zwischen den Ehegatten, durch die das vom Gesetz bestimmte Inhalt der Ehegemeinschaft vermindert oder vergrößert wird.

Der Inhalt der Verträge wird von den diesbezüglichen Bestimmungen der materiellrechtlichen Vorschriften geregelt (vor allem vom Zivilgesetzbuch, bzw. von speziellen Gesetzen, z. B. von einigen Restitutionsnormen). Die Katastralgesetze enthalten jedoch einige Formalgebühren. Das Katastralamt muß in der Urkunde vom Standpunkt der Berechtigung der Teilnehmer zum Disponieren über den Vertragsgegenstand, überprüfen, ob die Handlung in der vorgeschriebenen Form gemacht wurde, ob die Vertragsveräußerungen der Teilnehmer genügend bestimmt und verständlich sind, und ob die Vertragsfreiheit nicht begrenzt ist. Diese Tatbestände soll das Katastralamt, und zwar das örtlich zuständige Amt, im Rahmen des Verfahrens über die Einverleibung (sich weiter) überprüfen. Das Verfahren wird auf Grund der Beantragung eröffnet, von der es klar herausgehen muß, wer diese Beantragung einbringt und was er beantragt. Zur Beantragung muß beigeschlossen werden:

- der schriftliche Vertrag (leserlich und reproduktionsfähig); der Vertrag muß entweder mittels der Schreibmaschine oder des Computers mit den diakritischen Zeichen ausfertigt werden, es muß eigenhändig unterschrieben werden (sich weiter die Beglaubigung der Unterschrift). Beziehungsweise kann man die Gleichschrift der notariellen Eintragung über den Vertrag, und eventuell auch die beglaubigten, im Einklang mit den Vorschriften über die Beglaubigung verfaßten Abschriften (Kopien) vorlegen. Der Vertrag muß in der hinreichenden Zahl der Exemplare beigeschlossen werden: den Vertrag über die Eigentumsübertragung (inklusive der Übertragung der Wohnung und der gewerblichen Räume), den Vertrag über die Errichtung der dinglichen Last, und die Erklärung des Einverleibers über die Gesellschaftereinlage der Liegenschaft ins Stammkapital der Handelsgesellschaft, muß man in der Zahl der Ausfertigungen vorlegen, die um drei größer ist, als die Zahl der Vertragsteilnehmer (z. B. der Schenkungsvertrag, in dem eine natürliche Person der Schenkungsgeber und eine andere natürliche Person der Schenkungsnehmer ist, muß in 5 Ausfertigungen vorgelegt werden). Ginge es jedoch um einen

- Austauschvertrag und wären die getauschten Liegenschaften im Distrikt von zwei oder mehreren Katastralämtern gelegt, müßte die Zahl der Ausfertigungen um drei Kopien für jedes Katastralamt erhöht werden. Die Pfand- und Unterpfandverträge, die Verträge über das Vorkaufsrecht, die Abkommen über die Herausgabe der Sache, und die Abkommen über die Begleichung der Ehegemeinschaft werden in der Zahl vorgelegt, die um zwei größer ist, als die Zahl der Vertragsteilnehmer.
- der geometrische Plan. Wenn dieser ein Teil des Vertrags ist (dem 19 des Katastralgesetzes gemäß, ist der geometrische Plan ein untrennbarer Teil der Urkunden, nach den die Eintragung ins Kataster durchgeführt werden soll, wenn man den Gegenstand der Eintragung in die Katastralkarte zu verbildlichen hat, namentlich bei der Teilung der Liegenschaft, bei der Eintragung eines neuen Baues, bei der Bestimmung der dinglichen Last zu einem Teil der Liegenschaft), muß es überprüft werden, ob seine Gebühren und Pünktlichkeit den geltenden Vorschriften entsprechen, und der Plan muß mit der Genehmigung der Parzellnummerierung vom Katastralamt versehen werden,
 - die Vollmacht, wenn einer der Teilnehmer von einem Ermächtigten vertreten ist,
 - das Original oder die beglaubigte Abschrift (Kopie) von der Urkunde, die die Berechtigung des Eigentümers und eines anderen Berechtigten über den Vertragsgegenstand zu verfügen nachweist, und deren Rechtswirkungen vor dem 1. Januar 1993 eintraten (der sog. Erwerbstitel, durch den man das Recht des Übertragers, des Berechtigten usw. beurkundet).

Eine ganze Reihe von Fragen entsteht wegen der Forderung der beglaubigten Unterschriften, bzw. wegen der Frage, ob der Vertrag vom Notar verfaßt werden muß. Dazu bestimmt nicht die Bekanntmachung Nr. 126/1993 Slg. ausdrücklich, daß die Unterschriften beglaubigt werden müssen (man kann das jedoch empfehlen); es bestimmt nicht einmal die Person, die den Vertrag verfassen soll. Es ist notwendig für das Katastralamt, daß es im Verfahren über die Einverleibungsbewilligung festlegt, ob es sich in der Urschrift des Vertrags wirklich um die schriftlichen Willensbekundungen der darin angeführten Personen handelt, mit besonderer Rücksicht auf diejenigen, deren Recht auf Grund des Vertrags entsteht oder begrenzt wird. Hier bestimmt die Bekanntmachung fünf Fälle, da das Katastralamt die Willensbekundung der Personen für festgelegte haltet:

- ihre eigenhändigen Unterschriften auf der Urschrift des Vertrags wurden beglaubigt,
- der Vertrag wurde durch die notarielle Eintragung verfaßt,
- der Vertrag wurde vom Rechtsanwalt oder vom Wirtschaftsanwalt verfaßt, der darin ausdrücklich bestätigte, daß er die Identität der handelnden Personen festgelegt hatte,
- die juristische Person legte das mit der Unterschrift auf dem Vertrag übereinkommende Unterschriftsmuster und bei den Handelsgesellschaften auch den Handelsregisterauszug vor,

– der Vertragsteilnehmer anerkennt die Authentizität seiner Unterschrift vor dem Katastralamt.

Davon geht es hervor, daß der Vertrag gemein nicht von dem Notar verfaßt werden muß; es müssen nicht einmal die Unterschriften darin beglaubigt werden. In bestimmten Fällen wird jedoch vom Gesetz (z. B. vom Zivilgesetzbuch) erfordert, daß der Vertrag in der Form der amtlichen Eintragung besteht (die schriftlichen Rechtshandlungen von denjenigen, die lesen und schreiben nicht können).

Bekäme das Katastralamt eine Einverleibungsbeantragung, so trägt sie dieses Amt ins Einverleibungsprotokoll (ins Register) ein. Es begründet für jede Beantragung einen mit der durchlaufenden Einverleibungsprotokollnummer bezeichneten Schriftsatz und in diesen Schriftsatz trägt es den Durchlauf des Einverleibungsverfahrens, und hauptsächlich die Entscheidung über die Genehmigung oder die Zurückweisung der Einverleibung, ein. Spätestens am folgenden Tag nach der Zustellung der Einverleibungsbeantragung bezeichnet das Katastralamt im Komplex der Beschreibungsauskünfte die sog. Plombe (die Plombe veräußert, daß die Rechtsbezüge von einer Veränderung berührt sind, und so ist das Kataster imstande davon zu informieren, daß die zuständigen Angaben in der nächsten Zeit verändert werden können). Im Verfahren über die Einverleibungsbewilligung überprüft das Katastralamt die angeführten Gebühren der Urkunde und beendet dieses Verfahren dadurch, daß es die Einverleibung bewilligt oder zurückweist (wenn es jedoch keine andere Entscheidung macht; z. B. die Einstellung des Verfahrens, wenn die Teilnehmer die Einverleibungsbeantragung zurücknehmen). Sind die Bedingungen der Einverleibung erfüllt, da bewilligt das Katastralamt die Einverleibung; widrigenfalls weist es die Beantragung zurück. Die Entscheidung, durch die die Einverleibung bewilligt wird, kann man mittels der Eintragung im Schriftsatz durchführen (d. h. ohne die Ausfertigung und Zustellung der besonderen Entscheidung). In den Vertragsurkunden bezeichnet das Katastralamt die Klausel über die Einverleibung. Der mit dieser Klausel versehene Vertrag wird allen Vertragsteilnehmer zugestellt (eine weitere Ausfertigung stellt das Katastralamt der Finanzbehörde zu). Das Katastralamt stellt nach dem Einverleiben der Angaben ins Kataster die Plombe ab.

Gegen die Entscheidung, durch die die Einverleibung bewilligt wird, ist kein Rechtsbehelf zulässig.

Wenn das Katastralamt die Einverleibungsbeantragung zurückweist, stellt es die Entscheidung über die Einverleibungszurückweisung allen Vertragsteilnehmer oder anderen berechtigten Personen zu. Gegen diese Entscheidung ist das Rechtsbehelf zulässig. Wenn das Katastralamt dem aufgehobenen Rechtsbehelf nicht im vollen Ausmaß entgegenkommt, soll das Gericht darüber entscheiden.

B. Die Vormerkung

Durch die Vormerkung wird die Entstehung, die Veränderung oder das Erlöschen der Sachenrechte eingetragen, wenn es dazu durch eine der sechs, vom § 7 des G. Nr. 265/1992 Slg. begrenzten Tatsachen kam; d. h. auf Grund:

- nes Gesetzes (z. B. die Entstehung des Pfandrechtes gemäß dem Gesetz),
- der Entscheidung des Staatsorgans (z. B. des Gerichts bei der Entscheidung über das Regime des unberechtigten Baues; des Bauamtes bei der Entscheidung über die Enteignung),
- das Klopfens des Lizitators in der öffentlichen Feilbietung,
- der Ersitzung (vgl. die Erwerbung des Eigentumsrechts oder eines anderen Rechts, das die wiederholte oder dauernde Rechtsvollstreckung im Sinne des § 134 des Zivilgesetzbuchs zuläßt),
- des Zuwachses (siehe § 135a des Zivilgesetzbuchs – bei den Liegenschaften wenig praktisch; z. B. der Schwemmboden /Alluvium/)
- der Verarbeitung (gemäß dem § 135b des Zivilgesetzbuchs; auch diese Tatsache ist nicht zu häufig bei den Liegenschaften).

Es geht aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, daß die Vormerkung keine recht-begründende Wirkung hat; die zuständige Folgerung entstand direkt aus der angeführten rechtlichen Tatsache, und diese Folgerung wird ins Kataster *post festum* eingetragen.

Die Vormerkung soll vom Katastralamt auf Grund der von den Staatsorganen ausfertigten Urkunden oder auf Grund anderer Urkunden gemacht werden, die, den besonderen Vorschriften gemäß, die Rechtsbezüge bestätigen oder beurkunden.

Eine nähere Antwort auf die Frage, nach welchen konkreten Urkunden die Vormerkung gemacht wird, kann man im § 40 der Bekanntmachung Nr. 126/1993 Slg. finden. Und zwar nach:

- a) der die Entstehung, die Veränderung oder das Erlöschen der Rechtsbezüge zu den Liegenschaften betreffenden Entscheidung des zuständigen Organs; die Entscheidung soll, selbstverständlich, rechtskräftig sein. Eine andere Grundlage für die Vormerkung ist die Kollaudierungsentscheidung: Als der Eigentümer des Neubaus, der der Gegenstand der Evidenz im Kataster ist, wird der in der Kollaudierungsentscheidung angeführte Bauherr eingetragen. wenn es durch eine andere Urkunde nicht beweist ist, daß der Eigentümer jemand Andere ist (z. B. durch die Urkunde über die Anerkennung des Eigentumsrechts – das kann praktisch sein, wenn die Eltern die Bauherren sind, aber das

Abkommen mit den Kindern zur Entstehung des Anteilmitteigentums führt, weil die Kindern auf dem Bau teilnehmen). Die Vormerkung wird jedoch erst auf Grund der Meldung des Baueigentümers gemacht.

- b) der Bestätigung über den Liegenschaftsverkauf in der öffentlichen Feilbietung – dem G. Nr. 427/1990 Slg. (das Gesetz über die sog. kleine Privatisierung) gemäß stellte die Bezirksprivatisierungskommission die Bestätigungen darüber, daß dem Ersteiger die Betriebseinheit in der öffentlichen Feilbietung verkauft wurde, und daß er mit dem Tag des Klopfens des Lizitators ihr Eigentümer wurde. Die Bezirksprivatisierungskommission sandte eine Ausfertigung dieser Bestätigung dem Katastralamt.
- c) der Bescheinigung in der Form der notariellen Eintragung oder der vom Gericht genehmigten Schlichtung (vor allem über die Ersitzung, den Zuwachs und die Verarbeitung). Hier knüpft die Bekanntmachung ans § 5 Abs. 6 des G. Nr. 344/1992 Slg. an. Dieses führt wortgetreu an, daß wenn man die Entstehung, die Veränderung oder das Erlöschen des Rechtsbezugs auf Grund einer rechtlichen Tatsache oder eines einseitigen Rechtshandeln nicht beurkunden kann, und wenn diese unbestritten sind, können sie ins Kataster nur auf Grund der Bescheinigung in der Form der notariellen Eintragung oder auf Grund der gerichtlichen Schlichtung eingetragen werden. Dasselbe gilt, wenn es sich um die Veränderung der Angaben in den Rechtsbezügen im Kataster infolge des Vergleichs oder der Anerkennung des Eigentumsrechts handelt. Dieser Vorgang ist nur im Falle möglich, da die Folgerung unbestritten ist. Sobald ein Streit entsteht, z. B. zwischen dem Ersitzer und dem ursprünglichen Eigentümer, ist es notwendig, daß die Folgerung (die Entstehung, die Veränderung oder das Erlöschen des Rechtsbezugs) durch die Entscheidung des Gerichts deklariert wird (dazu dient auch die Bemerkung – sieh weiter). Die Unbestrittenheit soll jedoch offensichtlich sein. Das heißt, daß es nicht nur die Erklärung einer der Parteien darüber reicht, daß sie ersaß, sondern es muß auch der Standpunkt der anderen betroffenen Partei festgelegt werden, d. h. des ursprünglichen Eigentümers. Wenn ihre Standpunkte übereinstimmend sind, verhindert nichts die Anerkennung des Eigentumsrechts des Ersitzers oder die beiderseitige Erklärung (hier "überdeckt" das Gesetz sich selbst, denn auch die Anerkennung des Eigentumsrechts ist praktisch eine Erklärung beider Seiten). Die Bescheinigung über die Erklärung wird gemäß dem § 80 des G. Nr. 358/1992 Slg. über die Notare und ihre Tätigkeit (die Notarordnung) durchgeführt. Der Notar soll nicht überprüfen, ob die Erklärung wahrhaftig ist; er bescheinigt nur, daß die Erklärung vor ihm gemacht wurde.

- d) Das Gesetz enthält gewöhnlich nicht genug der konkreten Angaben für die Vormerkung. Es wird deswegen im § 40 Abs. 2 der Bekanntmachung Nr. 126/1993 Slg. konstatiert, daß die Vormerkung auf Grund des Antrags des Erwerbers der Rechte durchgeführt wird, der zuständige Angaben enthalten soll. D. h. die Identifikation des betroffenen Eigentümers und die Angaben über die Liegenschaft nach dem § 5 Abs. 1 des Katastralgesetzes (das sind konkret das Katastralgebiet, die Nummer der Parzelle, und die Nummer des Hauses oder die Evidenznummer; bei den Wohnungen und gewerblichen Räumen ihre Nummern oder ihre Lagebestimmung).
- e) Durch die Vormerkung werden auch die Eigentumsrechte zu den aus dem privatisierten Vermögen stammenden Liegenschaften eingetragen.

Die von den Staatsorganen ausfertigten Urkunden und andere Urkunden werden von ihren Herstellern dem Katastralamt gesandt, und dieser soll die Vormerkung ins Kataster in der Frist von 30 Tage seit dem Tag ihres Inkrafttretens oder seit dem Tag ihrer Ausfertigung durchführen. Auf Grund dieser bezeichnet das Katastralamt die Plombe im Komplex der Beschreibungsauskünfte.

Das Katastralamt überprüft, ob die angeführten Entscheidungen und Urkunden leserlich und rechtskräftig sind (selbstverständlich nur bei denjenigen, bei den die Rechtskraft in Betracht gezogen wird – z. B. nicht bei den Erklärungen); ob die darin angeführten Liegenschaften nach den Angaben des Katasters bezeichnet sind, bzw. ob diese einige Fehler in den Schreiben und Zahlen oder andere offensichtliche Unrichtigkeiten nicht enthalten. Ist die vom Staatsorgan ausfertigte oder eine andere Urkunde zur Vollbringung der Vormerkung befähigt, durchführt das Katastralamt die Eintragung ins Kataster. Wenn aber das Katastralamt festlegt, daß die Entscheidung oder die andere Urkunde eine von den Fehlern hat, oder daß der geometrische Plan fehlt, soll es sie dem Vorleger zurücksenden. Nach der Vormerkung der Angaben ins Kataster abschafft das Katastralamt die Plombe.

C. Die Bemerkung

Die Bemerkung kann als der Akt des Katastralamtes charakterisiert werden, der zur Bezeichnung der Tatbestände oder des Verhältnisses bestimmt ist, die sich auf die Liegenschaft oder auf die Person beziehen; und sie übt keinen Einfluß auf die Entstehung, die Veränderung oder das Erlöschen des Rechtes aus. Die Bemerkung dient nicht zur Eintragung einer Veränderung des Rechtsbezugs; sie hat auch einen bestimmten Signalisationscharakter – sie macht bekannt, daß die Angaben im Kataster von einer baldigen Veränderung können betroffen werden, denn die Rechtsbezüge der Gegenstand eines Verfahrens sind. Nach der Art der Bemerkung bzw. nach der

Tatsache, die ins Liegenschaftskataster durch die Bemerkung bezeichnet ist, kann man auch die Folgerungen dieser Tatsache bestimmen. Das gilt vor allem für die zufällige Begrenzung der Vertragsfreiheit des Eigentümers.

Es wird ins Liegenschaftskataster durch die Bemerkung eingetragen: die Eröffnung des Verfahrens über die Vollstreckung der Entscheidung durch den Verkauf der Liegenschaft, die Konkurseröffnung gegen den Liegenschaftseigentümer und die Eröffnung des Enteignungsverfahrens. Die durch den Verkauf der Liegenschaft gemachte Vollstreckung der Entscheidung wird nach den § 335 und folgenden der Zivilgerichtsordnung durchgeführt, wobei das Verfahren durch den Gerichtsbeschuß über die Verordnung der Entscheidungsvollstreckung eröffnet wird. Dieser Beschuß muß das Verbot enthalten, nach dem der Verpflichtete die Liegenschaft an jemanden Anderen nicht übertragen oder sie irgendwie belasten kann (darin spiegelt sich auch die Bedeutung der Bemerkung). Das Verfahren über den Konkurs wird gemäß dem G. Nr. 328/1991 Slg., in der Fassung der späteren Vorschriften durchgeführt. Über die Konkurseröffnung entscheidet das Gericht durch den Beschuß, wobei die Wirkung der Konkurseröffnung ist der Übergang der Berechtigung mit dem Vermögen der Masse zu disponieren auf den Verwalter. Das Enteignungsverfahren durchläuft nach dem Baugesetz Nr. 50/1976 Slg. in der Fassung der späteren Vorschriften; es wird vom Bauamt durchgeführt und auf Antrag des Verwaltungsorgans, der juristischen oder natürlichen Person eröffnet. Dieses Organ oder diese Person soll den Enteignungsgegenstand zu demjenigen Zweck ausnützen, für den es enteignet wird. Auf Grund der rechtskräftigen Entscheidung über die Endung des Verfahrens aufhebt das Katastralamt die Eintragung der Bemerkung (extabuliert die Bemerkung); gleichzeitig ist jedoch auch die Vormerkung zu machen, und zwar nach dem Ergebniss des Verfahrens.

Wenn jemand behauptet, daß er im Rechtsbezug der Berechtigte ist, kann aber seine Behauptung nicht beweisen, wird er vom Katastralamt auffordert, binnen eines Monats seit dem Tag der Aufforderung beim Gericht den Antrag auf die Bestimmung des Rechtsbezugs zu erheben. Es wird zugunsten desjenigen, der diesen Antrag erhebt, die Bemerkung im Kataster durchgeführt, daß der Rechtsbezug vom Gericht bestimmt werden soll. Wenn das Gericht in der Entscheidung bestimmt, daß es hier einen Rechtsbezug gibt, so durchführt das Katastralamt die Vormerkung und aufhebt gleichzeitig die Bemerkung. Zurückweist das Gericht den Antrag auf die Bestimmung des Rechtsbezugs oder des Rechts, so soll es diese Tatsache binnen 30 Tage seit dem Tag des Inkrafttretens der Entscheidung dem Katastralamt melden, das die Bemerkung aufhebt.

* * *

S U M M A R Y

Katastr nemovitostí v České republice

Transformace českého právního řádu se promítá také do úpravy právnických vztahů k nemovitosti a jejich evidence. K 1. lednu 1993 nabyly účinnosti právní předpisy, kterými byl zaveden katastr nemovitostí a byly upraveny důsledky zřízení katastru.

Do katastru nemovitostí se zapisují především právní vztahy k nemovitostem, a to zejména vlastnické právo a jiná věcná práva (zástavní právo, věcná břemena, předkupní právo), dále i nájmy a výpůjčky zemědělských a lesnických pozemků, trvající déle než pět let.

Zápis těchto práv může být proveden různým způsobem, přičemž nejdůležitější je vklad (intabulace). Vkladem se zapisují právní vztahy vzniklé ze smluv a jeho účinky mají konstitutivní povahu (právo vzniká, mění se nebo zaniká až vkladem do katastru a tyto účinky nastávají zpětně ke dni podání návrhu na vklad). Záznam a poznámka mají deklaratorní povahu. Záznamem se zapisuje vznik, změna nebo zánik evidovaných právních vztahů, k nimž došlo např. ze zákona, rozhodnutím příslušného orgánu, vydržením, přiklepením licitátora ve veřejné dražbě. Poznámka neslouží k zápisu nějaké změny právního vztahu, má informativní charakter, označuje, že údaje v katastru mohou být dotčeny změnou, neboť právní vztahy jsou předmětem určitého řízení.

Das Konkurs – und Ausgleichsverfahren in der Tschechischen Republik *

Ilona SCHELLEOVÁ

1. Die Rechtsregelung des Konkurs – und Ausgleichsverfahrens

Das Konkurs- und Ausgleichsverfahren wird, wie aus der vorherigen Kapitel folgt, durch das Gesetz 328/1991 vom 11. Juli 1991 geregelt. Das Gesetz wurde durch das Gesetz der Föderativen Versammlung CSFR 471/1992 vom 9. Oktober 1992 (erste Novelle) und durch das Gesetz des Parlamentes der Tschechischen Republik 122/1993 vom 25. März 1993 (zweite Novelle) novelliert. In der Slowakischen Republik wurde das föderative Konkursgesetz durch das Gesetz 91/1993 vom 26. März und 122/1993 vom 19. Mai 1993 novelliert.

Das Gesetz über Konkurs und Ausgleichen ist systematisch in vier Teile gegliedert. In dem ersten (§§ 1-3) sind der Zweck des Gesetzes und die Begriffsabgrenzung beschrieben. Der zweite Teil widmet sich dem Konkursverfahren (§§ 4-45). Der dritte Teil beinhaltet die Rechtsregelung des Ausgleichsverfahrens (§§ 46-52). Der letzte Teil faßt gemeinsame, vorübergehende und Abschlußregelungen.

Das Gesetz ist durch die Kundmachung des Justizministeriums 476/1991 ergänzt, mit der sich einige Regelungen des erwähnten Gesetzes durchführen. Die Kundmachung wurde durch neue Kundmachungen 37/1992 und 583/1992 novelliert und ergänzt.

Wenn wir über komplexen rechtlichen Regelung des Konkurs-, und Ausgleichsverfahrens sprechen, dürfen wir die Handlungsordnung für die Landkreis-, und Landesgerichte nicht vergessen, die in Form der Kundmachung des Justizministeriums 37/1992 vom 23. Dezember 1991 erlassen wurde, heute in Worten der Kundmachung 584/1992 gültig, wo sich dem Konkursverfahren der sechste Teil widmet.

*Článek byl napsán v rámci spolupráce s právníkům spolkem sdružujícím české a slovenské právnický v Zürichu. Je určen k prohloubení vzájemné informovanosti o změnách právních řádů v České republice a ve Švýcarsku.

2. Der Verlauf des Konkursverfahrens

2.1. Die Konkurseröffnung

Der Konkurs wird auf Antrag des Schuldners, seinen Gläubiger oder Liquidators der juristische Person. Eröffnung des Verfahrens ohne den Antrag kommt also nicht in Betracht. Wenn es um Antrag des Gläubigers geht, ist es notwendig zu belegen, daß der Antragssteller an den Schuldner Forderungen hat, auch wenn sie noch nicht fällig ist, die Umstände aufzuzeigen, die darauf hinweisen, daß der Schuldner im Verfall ist. Antrag zur Konkurseröffnung kann beliebiger Konkursgläubiger stellen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß mehrere Gläubiger gemeinsam den Antrag stellen.

Antrag an Konkurseröffnung muß in formeller Hinsicht alle Erfordernisse erfüllen, die allgemein im § 42 Abs. 3 der bürgergerichtlichen Ordnung vorgeschrieben sind. Außer der Existenz der Forderung muß der Gläubiger in seinem Antrag die an Verfall hinweisende Umstände auführen. Wenn jedoch der Schuldner die Zahlungen gesperrt hat, geht es um unwiderlegliche Vermutung der Insolvenz, und deshalb muß nicht die Existenz des Verfalles näher nachgewiesen werden. Den Antrag kann man nur bis zur Konkurseröffnung widerrufen. Wenn dazu kommt, stellt das Gericht das Verfahren ein.

Die Hauptvoraussetzung für Konkurseröffnung ist, daß der Schuldner Eigentum mindestens zur Deckung der Verfahrenskosten. Diese Bedingung muß das Gericht vor der Konkurseröffnung untersuchen, und ist sie nicht erfüllt so muß das Gericht den Antrag ablehnen. Diese Bedingung muß auch noch während des ganzen Konkursverfahrens erfüllt. Stellt das Gericht während des Verfahrens ein Mangel dieser Bedingung fest, stellt das Verfahren ein.

Unter Eigentum versteht man Aktiven des Konkurs. Es ist selbstverständlich, daß man vor der Konkurseröffnung ihren Umfang nur abschätzen kann. Stellt das Gericht fest, daß die Bedingungen zur Konkurseröffnung erfüllt sind, entscheidet über Konkurseröffnung in einem Beschluß, der eine Begründung beinhalten muß. Sonst lehnt den Antrag zur Konkurseröffnung ab. Im Beschluß über Konkurseröffnung muß der Verwalter ernannt werden und die Gläubiger müssen aufgefordert werden, alle ihre Forderungen innerhalb der Frist von 30 Tagen von der Konkurseröffnung anzumelden, mit der Angabe ihres Betrages, des rechtlichen Grundes ihrer Entstehung und ihrer Sicherung. Die Aufforderung muß den Hinweis beinhalten, daß auf Forderungen, die nicht angemeldet werden, im Konkurs keine Rücksicht genommen wird.

Der Beschluß über Konkurseröffnung wird den Teilnehmern des Konkurs zugestellt. Weiter wird er dem Verwalter, Likvidator und allen bekannten Gläubigern, sowie den zugehörigen Finanzorganen. Dem Schuldener wird der Beschluß eigenhändig zugestellt. Zugleich wird der Beschluß am selben Tag, am er ausgestellt wurde,

in voller Fassung oder in geeigneter Verkürzung an die Amtstafel des Gerichtes und weiter an die Amtstafel des Landkreisgerichtes, in dessen Bezirk sich das Unternehmen des Schuldner oder seine Anschrift befindet, aufgehängt, falls sie außerhalb des Gerichtesitzes sind. Auszug des Beschlusses wird auch durch gegebene besondere Vorschrift veröffentlicht. Ist der Schuldner im Handelsregister oder in anderem Register eingetragen, informiert das Gericht über Konkurseröffnung das Organ, das den Register führt und das diese Bekanntmachung einschreibt. Zugleich informiert das Gericht über die Konkurseröffnung Organe, die mit der Evidenz der Immobilien beauftragt sind. Wirkungen der Konkurseröffnung entstehen am Tag, an dem der Beschluß an der Amtstafel aufgehängt wurde. An dem Tag wird der Schuldner zum Gesamtschuldner und der Likvidator während der Zeit des Konkurs verrichtet seine Tätigkeit nicht.

Die zweite Novelle des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen brachte Regelungen über Schutzfrist, als ein Teil des Vorbereitungszeitraumes. Die Schutzfrist genehmigt das Gericht auf Antrag des Schuldners. Der Schuldner kann die Erlaubnis der Schutzfrist innerhalb von 15 Tagen nach der Erhaltung des Antrages zur Konkurseröffnung, der von Gläubiger oder anderen Personen als dem Schuldner gestellt wurde, beantragen.

Der Antrag auf die Erlaubnis der Schutzfrist muß außer allgemeinen Erfordernisse der Einreichung auch Angaben beinhalten, die man in Handelsregister einschreibt, Verzeichnis der Immobilien des Schuldners (sie können sich auf verschiedenen Plätzen befinden, was die Feststellung falls er nicht alle aufführt erschwert), einschließlich der Pfand,- und Unterpfandrechte, Verzeichnis der Gläubiger mit dem Betrag ihren Forderungen und Größe der Aktiva und Passiva zum letzten Tag des vergangenen Monats.

Das Gericht erlaubt die Schutzfrist, wenn der Antrag rechtzeitig, von der berechtigten Person gestellt ist und beinhaltet die vorgeschriebene Erfordernisse. Sonst lehnt es den Antrag ab. Beschluß wird in 10 Tagen nach der Stellung des Antrages erteilt. Den Beschluß über die Erlaubnis der Schutzfrist stellt das Gericht dem Schuldner und den aufgeführten Gläubigern zu. Es stellt ihn auch dem Gericht, das den Handelsregister führt, in dem der Schuldner eingetragen ist, und den Katasterämtern, die Immobilien des Schuldners evidieren. Ist der Schuldner ein Staatsbetrieb oder andere staatliche Organisation schickt das Gericht den Beschluß denjenigen, die Gründer oder Errichter des Schuldners sind.

Zugleich muß man den Beschluß an der Amtstafel an dem Tag aufhängen, an dem er herausgegeben wurde und veröffentlicht man ihn im Handelsanzeiger.

Die im Antrag auf die Schutzfrist aufgeführte Gläubiger und weitere, die sich zum Verfahren im Laufe der Schutzfrist angemeldet haben, haben die Stellung der Konkursgläubigern. Gleichzeitig mit der Erlaubnis der Schutzfrist ruft das Gesetz eine Versammlung der Gläubiger zusammen, gegebenenfalls ernennt einen Kurator für die Gläubiger. Die Versammlung wählt den Ausschuß der Gläubiger. Gegen dem Beschluß, durch den das Gericht die Schutzfrist erlaubt, kann keine Berufung

eingelegt werden.

Die Schutzfrist dauert drei Monate und beginnt am Tage, an dem der Beschluß an der Amtstafel des Gerichtes aufgehängt wurde. Auf den im Laufe der Schutzfrist beantragten Antrag des Schuldners kann das Gericht sie um weitere drei Monate verlängern, und das nur dann, wenn damit der Ausschluß der Gläubiger einverstanden ist.

Während der Dauer der Schutzfrist:

- a) kann man nicht den Konkurs eröffnen und im Konkursverfahren begrenzt sich das Gericht nur auf Prozeßhandlungen, die aus der Sicht des Verlaufs der Schutzfrist notwendig sind,
- b) Die Gläubiger können nicht ihre Forderungen durch die Exekution einbringen, mit Ausnahme der Forderungen aus dem Titel der Steuern, der Gebühren, des Zolles, der Sozial,- und Krankenversicherung. Die schon begonnene Verfahren werden unterbrochen.
- c) Das Gericht kann auf Antrag des Ausschusses der Gläubiger oder des Kurators entscheiden, daß der Schuldner seine Handlungen überhaupt nicht oder nur mit Genehmigung des Ausschusses oder des Kurator macht. Rechtshandlungen, die im Widerspruch zu diesem Beschluß des Gerichtes stehen, sind gegenüber den Schuldnern ungültig.
- d) Vom Schuldner durchgeführte Rechtshandlungen, die die Interessen der Gläubiger, ihre Forderungen zu befriedigen, sind gegenüber den Gläubigern ungültig.
- e) Der Schuldner ist unumständig verpflichtet um die Überwindung des Verfalls zu streben und den Ausschuß der Gläubiger oder den Kurator über angenommene Maßnahmen zu informieren, und im Falle des Bedarfs seine Zusammenarbeit einzuholen.

Nach der Beendigung der Schutzfrist setzt das Gericht das Konkursverfahren fort.

2.2. Die Konkursmasse

Die Konkursmasse bildet das dem Konkurs unterstehende Eigentum. Es ist also Eigentum, das zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Das Gesetz löst die Frage des rechtlichen Charakters des Eigentum nicht ausdrücklich. Den Konkurs betrifft das Eigentum, das am Tag der Konkurseröffnung dem Schuldner gehörte, und das, das er während des Konkurs erwarb. Unter diesem Eigentum versteht sich auch das Lohn oder andere Einkommen. Hinsichtlich darauf, daß die Konkursmasse vom Eigentum abgegrenzt wird, gehört zu ihr nicht nur Gegenstände, sondern auch Forderungen des Gemeinschuldners, sowie andere Rechte und Geld, schätzungsfähigen Wert hat. Von der Forderungen gehören nicht zur Konkursmasse nur Forderungen, bei den die Einbringung nur an die Person des Schuldners begrenzt

ist, sowie das Recht auf Schmerzensgeld und Ersatz für Erschwärung der gesellschaftlichen Stellung, da es um unübertragbare Forderungen geht. Von den materiellen Gegenständen gehören nicht in den Konkurs Immobilien im Ausland, aber mobile Gegenstände im Ausland in ihn gehören.

Zur Konkursmasse gehört auch das Eigentum, das nicht der Exekution betreffen kann. Dabei ist das zur gewerblichen Tätigkeit dienende Eigentum nicht ausgeschlossen.

Genaue Sicherstellung der Konkursmasse ist sehr bedeutend. Falls den Konkurs der Schuldner beantragt, liegt zusammen mit dem Antrag ein Verzeichnis über seine Aktiva und Passiva vor. Ist es keiner Antrag des Schuldners, ist der Gesamtschuldner den Verzeichnis sofort vorzulegen, sobald ihn der Verwalter auffordert, spätestens in 15 Tagen nach der Konkurseröffnung.

Bei der Zusammenstellung der Konkursmasse gibt das Gericht Instruktionen dem Verwalter zur Zusammenstellung der Konkursmasse nach dem vom Gesamtschuldner vorgelegten Verzeichnis und mit Zusammenarbeit des Ausschusses der Gläubiger. Subjekte, die in die Konkursmasse gehörenden Gegenstände haben, sind verpflichtet es dem Verwalter mitzuteilen, sobald sie von der Konkurseröffnung erfahren und müssen dem Verwalter es ermöglichen, das Gegenstand in das Verzeichnis einzuschreiben und zu begutachten. Sonst haften sie für dadurch entstehende Schäden. Ein Bestandteil des Verzeichnisses ist das von Gerichtsgutachter durchgeführte Gutachten. Im Falle der Zustimmung des Ausschusses der Gläubiger kann sich das Gericht mit dem vom Gesamtschuldner oder vom Verwalter durchgeführten Gutachten begnügen.

Gibt es Zweifel, ob ein Gegenstand in die Konkursmasse gehört, trägt man es in das Verzeichnis der Konkursmasse mit der Bemerkung über die von anderen Personen gestellte Ansprüche oder mit Bemerkung über andere Gründe, die das Einordnen des Gegenstandes ins Verzeichnis bezweifeln, ein. Falls ein Gegenstand in die Konkursmasse einbezogen ist, der nicht eingeordnet sein sollte, auferlegt das Gericht demjenigen, der diese Behauptung zur Geltung bringt, in einer bestimmten Frist eine Anklage gegen den Verwalter zu erheben, sonst ist man der Ansicht, daß der Gegenstand ins Verzeichnis berechtigt aufgenommen wurde.

2.3. Teilnehmer des Konkurs

Die Teilnehmer des Konkursverfahrens sind Gläubiger, die ihre Rechte zur Geltung bringen und der Schuldner. Kreis der Teilnehmer ist es nicht möglich zu unterscheiden, deshalb falls an dem Konkursverfahren andere Subjekte bestimmten Anteil haben, ist es notwendig, sie nur für die am Verfahren beteiligte Personen zu halten, unter die vor allem der Verwalter der Konkursmasse und Organe der Gläubiger gehören. Beim Konkursverfahren ist es auch nicht möglich Bestimmungen der bürgerrechtlichen Ordnung über Nebenteilnehmer.

Der Schuldner – Gesamtschuldner – Kridatar ist physische oder juristische Per-

son, dessen Eigentum dem Konkurs unterliegt.

In dem Fall, daß es Gläubiger als Teilnehmer des Konkurs mehr gibt, haben alle die gleiche Position.

2.4. Verwalter der Konkursmasse

Die Zentralfigur des Konkursverfahrens ist der Verwalter der Konkursmasse, der im Beschluß über Konkurseröffnung ernannt wird, den das Gericht aus dem Verzeichnis der Verwalter beim zugehörigen Gericht wählt. In dieses Verzeichnis können nur unbescholtene Personen eingetragen werden, die voll zu den Rechtshandlungen berechtigt sind, angemessene Fachausbildung haben und mit der Eintragung einverstanden sind. Das Gericht kann nur eine unbefangene physische Person bestimmen.

Der Verwalter ist bei der Verrichtung seiner Funktion verpflichtet, mit fachlichen Sorgfältigkeit vorzugehen, und für die durch Verstoß der Pflichte, die ihm das Gesetz oder das Gericht auferlegt, entstandene Schäden zu haften. Das Gesetz gibt vor allem dem Verwalter folgende Tätigkeiten auf:

- a) das Umgehen mit dem Eigentum des Gesamtschuldners, das die Konkursmasse bildet,
- b) Erteilung der Zustimmung zu einigen Rechtshandlungen des Gesamtschuldners,
- c) statt des Gesamtschuldners Rechtsprozesse zu führen, sie zu beginnen und selbstständig in ihnen aufzutreten,
- d) das Verzeichnis des Gesamtschuldner über sein Eigentum Handelsbücher und andere Dokumente zu übernehmen und die Konkursmasse aufzustellen,
- e) dafür zu sorgen, daß in die Konkursmasse auch Gegenstände, die sich bei dritten Personen befinden, einbezogen werden,
- f) Durchführung des Gutachtens zu sichern, geg. selbst Eigentum, das in die Konkursmasse gehört, zu begutachten,
- g) Ausschließung eines Gegenstandes von der Konkursmasse zu behandeln,
- h) Abschriften der Anmeldungen der Gläubiger zu übernehmen, sie zu überprüfen und ihrer Verzeichnis aufzustellen,
- i) Angemeldete Ansprüche zu bestreiten, die er nicht anerkannte,
- j) Begleichung des ungeteilt Mitbesitzes der Eheleute durch Einigung oder auf dem Gerichtsweg durchzuführen,
- k) das Eigentum der Konkursmasse außer Auktion zu Geld umzusetzen.
- l) den Antrag auf gerichtliche Auktion zu stellen und bei ihr zu wirken
- m) Ausschließung der unverkäufliche Gegenstände aus der Konkursmasse zu,
- n) einige Ansprüche im Laufe des Konkursverfahrens zu befriedigen,
- o) Ausarbeiten und dem Gericht die Endinformation über Abrechnung vorzulegen.

Der Verwalter ist bei der Verrichtung seiner Funktion verpflichtet, mit fachlichen Sorgfältigkeit vorzugehen, und für die durch Verstoß der Pflichte, die ihm das Gesetz oder das Gericht aufergibt, entstandene Schäden zu haften. Funktion des Verwalters der Konkursmasse erlöscht mit dem Beschluß des Gerichtes über die Enthebung der Funktion. Der Verwalter hat Anspruch an der Ersatzkosten und an Vergütung. Die Höhe der Vergütung wird durch die Kundmachung 476/1991 geregelt. Erfüllt der Verwalter seine Pflichte nicht richtig, kann ihm das Gericht eine Ordnungsstrafe.

Falls es der Ausmaß der Verwaltung erfordert, kann das Gericht zur Hilfe des Verwalters einen besonderen Verwalter für bestimmten Bereich der Verwaltung. Der besondere Verwalter hat Rechte, Pflichte und Verantwortung des Verwalters im Rahmen seiner Tätigkeit. Für den Fall, daß der Verwalter vorübergehend seine Funktion aus schwerwiegenden Gründen nicht ausüben könnte, und wenn es sinnvoll ist, kann das Gericht einen Vertreter des Verwalters ernennen.

2.5 Der Ausschuß der Gläubiger

In jedem Fall, wenn es nötig ist die Stellungnahme der Gläubiger für weitere Führung des Konkurs zu wissen, ruft das Gericht die Versammlung der Konkursgläubiger zusammen und führt ihre Handlung. Auf Antrag des Verwalters ruft sie das Gericht immer zusammen. Versammlung der Gläubiger muß auf geeigneter Weise mit der Angabe des Tages und des Verhandlungsgegenstand bekanntgegeben werden.

Versammlung der Konkursgläubiger wählt den Ausschuß der Gläubiger oder Vertreter. Zur Gültigkeit des Beschlusses und der Wahl des Ausschusses ist die Mehrheit der nach dem Betrag der Forderungen gerechnete Stimmen, falls es nicht anders bestimmt wird. Man zählt nur die an der Versammlung anwesende oder ordentlich vertretende Gläubigerstimmen. Zur Gültigkeit der zur Revisionshandlung stattgefundenen Versammlung ist notwendig, daß mindestens zwei Konkursgläubiger anwesend sind, die mindestens ein Viertel der Konkursforderung vorstellen.

Abstimmen können nur Konkursgläubiger, deren Forderung sichergestellt wurde. Das Gericht entscheidet, ob auch Konkursgläubiger abstimmen können, deren Forderung noch nicht sichergestellt, gegebenfalls bedingt wurde.

Gläubiger, die ihre Forderung durch ihre Zession erst nach der Konkursöffnung bekommen, haben kein Wahlrecht, nur wenn sie eine Forderung als Gegenwert der Verpflichtung, die sie vor der Konkursöffnung übernommen haben.

Ist man damit eiverstanden, kann auf der Versammlung der Konkursgläubiger der Ausschuß der Gläubiger gewählt werden, dessen Mitglieder physische oder juristische Personen aus der Reihe der Konkursgläubiger werden können und sie können sich auf ihre Kosten vertreten lassen. Zugleich ist es notwendig die selbe Anzahl der Stellvertreter zu wählen. Der Ausschuß der Gläubiger wählt aus seiner Mitte den Vorsitzenden und seinen Stellvertreter, überwacht die Tätigkeit des Verwalters und erfüllt die vom diesen Gesetz oder vom Gericht bestimmten Aufgaben. Er ist berech-

tigt dem Gericht die des Verlaufs des Verfahrens betreffende Vorschläge zu stellen. Der Ausschuß der Gläubiger wird vom Gericht zusammengerufen oder man geht von eigenen Initiative aus. In die Sitzung werden alle Mitglieder und Stellvertreter des Ausschusses der Gläubiger eingeladen. Zur Gültigkeit des Ausschußbeschlusses der Gläubiger ist die Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder, gegebenfalls der Stellvertreter, falls sie sie vertreten, notwendig. Kein Mitglied darf in eigener Sache mitbestimmen. Mitglieder und Stellvertreter des Ausschusses können Gegenstände aus der Konkursmasse nur durch Versteigerung oder durch öffentliches Handelswettbewerb erwerben, sonst nur mit Benehmigung der Versammlung der Gläubiger. Das gilt auch für den Erwerb durch andere Person.

Mitglieder des Ausschusses der Gläubiger und die Stellvertreter haben Anspruch an den Ersatz der notwendigen, mit der Verrichtung ihrer Funktion verbundenen Ausgaben. Mit Genehmigung des Gerichtes kann ihnen der Verwalter eine angemessene Belohnung auszahlen, und das noch vor der Beendigung des Konkurs, falls sie im Auftrag des Gerichtes oder des Ausschusses eine besondere Aufgabe geleistet haben oder falls die Mitgliedschaft (Stellvertretung) mit außergewöhnlichem Zeitverlust oder mit außergewöhnlicher Anstrengung verbunden war.

Solang der Ausschuß der Gläubiger nicht bestimmt ist oder der Stellvertreter der Gläubiger nicht gewählt ist, kann das Gericht den Gläubigern einen Kurator bestimmen, falls das zum Schutz ihrer Rechte notwendig ist. Rechte und Pflichten des Kurators erlöschen mit der Aufstellung des Ausschusses der Gläubiger oder mit der Wahl des Stellvertretes der Gläubiger.

2.6. Auswirkungen der Konkursöffnung

Die Konkursöffnung hat folgende Auswirkungen:

- a) Das Behandlungsrecht über Eigentum der Konkursmasse geht an den Verwalter über. Die dieses Eigentum betreffenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldner, sind gegenüber den Gläubigern ungültig. Person, die mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abgeschlossen hat, kann von ihm abtreten nur falls in der Zeit seiner Abschließung über die Konkursöffnung wußte.
- b) Der Gemeinschuldner kann nur mit Genehmigung des Gerichtes die Annahme eines Geschenks oder einer Erbe ablehnen.
- c) Man kann Verfahren, das die Ansprüche auf getrennte Befriedigung oder Ausschließung der Sachen aus der Konkursmasse, beginnen und nur gegen dem Verwalter fortsetzen.
- d) Andere Verfahren, als im vorher genannten Punkt, werden unterbrochen. Diese Verfahren werden auf Antrag des Verwalters, Gegners des Gemeinschuldners oder untrennbaren Teilnehmers des Verfahren, fortgesetzt. Der Gemeinschuldner kann diesen Antrag nur dann stellen, falls so der Verwalter in der vom Gericht festgesetzten Frist nicht macht.

- e) Wegen einer Forderung gegen dem Gemeinschuldner ist es nicht möglich die das in die Konkursmasse zugehörige Eigentum betreffende Exekution anzuordnen, und das Recht auf getrennte Befriedigung zu bekommen.
- f) Rechte auf getrennte Befriedigung, die das in die Konkursmasse zugehörige Eigentum betreffen und die Gläubiger bekommen sie in letzten zwei Monaten vor der Antragsstellung auf Konkurseröffnung, werden erlöscht, aber falls der Konkurs nach dem §§ 44 Absatz 1 a) des Gesetzes über Konkurs und Ausgleich aufgelöst wurde, kann man diese Rechte zur Geltung bringen. Würden jedoch alle Sachen oder Forderungen bei der Exekution in oben genannten Frist ins Geld umgesetzt, wird der auf sie entfallende Ertrag in die Konkursmasse einbeschlossen.
- g) Die nicht fällige die Konkursmasse betreffende Forderungen und Pflichten werden fällig.
- h) Anweisungen des Gemeinschuldners, Vollmächte, Prokuren und noch nicht angenommene Vorschläge auf Vertragsabschließung werden erlöscht.
- i) Verrechnung ist in den Fällen nicht möglich, wenn einer der Teilnehmer erwarb eine gegenseitige sonst verrechenbare Forderung erst nach der Konkurseröffnung.
- j) Der Vorgang des Privatisierungsprozeß wird nach besonderen Vorschriften (Gesetz 92/1991 über Bedingungen der Übertragung des Staatseigentums an andere Personen, Gesetz 171/1991 über Wirkung der Organe der Tschechischen Republik in Sachen der Übertragung des Eigentums an andere Personen und über den Fonds des Volkseigentums der Tschechischen Republik.) angehalten.
- k) Der unteilbare Mitbesitz der Eheleute erlöscht, und in die Konkursmasse kommt Teil, der zur gewerbetreibenden Tätigkeit diente.

Der Verwalter der Konkursmasse ist berechtigt die Mietsverträge zu kündigen, die der Vermieter mit Gemeinschuldner als dem Untermieter abgeschlossen hat, und das auch auf bestimmte Zeit.

Das Gesetz über Konkurs behandelt weiter die anfechtbare Rechtshandlungen und gibt den Gläubigern oder dem Verwalter die Möglichkeit den Handlungen zu widerstehen, die die Befriedigung der vom Schuldner einbringende Forderung verkürzen könnte. Voraussetzung ist jedoch das, daß diese Handlungen in letzten drei Jahren vom Schuldner mit der Absicht seine Gläubiger zu schaden durchgeführt wurden, und diese Absicht müßte der zweiten Seite bekannt werden.

Spezielle Rechtsregelung betrifft die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen, zu den es zwischen dem Schuldner und Personen in seiner Nähe kam, oder er tat sie zum Nutzen dieser Personen. Hier wird nicht verlangt, daß diese Absicht der zweite Seite bekannt ist. Das gilt jedoch nicht, wenn die zweite Seite die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, nach gehöriger Sorgfältigkeit nicht erkennen konnte.

Das Recht sich den Rechthandlungen zu widersetzen, muß man gegen dem anwenden, der aus anfechtbarer Rechtshandlung ein Nutzen. Wer sich widersetzen will, muß selbstständig die Person aufsuchen, gegenüber der sich die Handlung des Schuldners gerichtet hat, und muß die vom Gesetz fordende Behauptungen nachweisen. Die Rechtshandlung, der sich der Gläubiger mit Erfolg widersetzte, ist gegenüber ihn soweit ungültig, daß der Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung aus dem fordern kann, was bei der angefochten Handlung aus dem Eigentum des Schuldners entkommen ist, und falls dies nicht möglich ist, hat er das Recht auf Ersatz gegenüber dem, der den Nutzen aus dieser Handlung hatte.

Anfechtbare Rechtshandlung kann nicht gegenseitige Forderung des Gegners gegenüber dem Gemeinschuldner ausgeglichen werden.

Alles, um das durch angefochtene Rechtshandlung verkürzte Eigentum, muß in die Konkursmasse zurückgegeben werden, und falls es nicht möglich ist, muß ein Geldersatz angeboten werden.

2.7. Die Forderungsanmeldungen

Damit die Gläubiger die prozeßliche Subjekte werden könnten, müssen ihre Forderung anmelden. Erst in diesem Augenblick werden sie zu Konkursgläubigern. Das Gesetz bestimmt, daß in der im Beschluß über Konkurseröffnung gegebenen Frist, sind die Gläubiger verpflichtet ihre Forderungen anzumelden, ohne Rücksicht darauf, ob man gegen sie gerichtliche Verfahren oder Exekution durchführt. Zugleich führen sie auf, ob sie geteilte Befriedigung zur Geltung machen, eventuell andere Gründe für die Durchsetzung der Teilung. Wichtig ist die Bestimmung für Konkursgläubiger im Ausland, daß sie verpflichtet sind, in der Anmeldung ihre Namen, ihre Stellvertreter für die Zustellung im Lande aufzuschreiben, sonst wird vom Gericht so ein Vertreter auf ihre Kosten ernannt.

Anmeldungen werden doppelt abgegeben. Dem Verwalter wird die Gleichschrift der angemeldeten Forderungen und die Abschrift der in das Verzeichnis gegebenen Anmeldung zugestellt. Der Verwalter stellt nach der Reihe für die Zwecke der Aufteilung die angemeldete Forderungen in ein Verzeichnis zusammen.

Der Verwalter überprüft alle Anmeldungen vor allem nach den Handelsbüchern und anderen Dokumenten des Gemeinschuldners und fordert den Gemeinschuldner auf, daß er zum zusammengesetzten Verzeichnis der Forderungen Stellung nimmt. Dieses Verzeichnis legt er dem Gericht vor. Den Teilnehmern wird das Recht in das Verzeichnis der angemeldeten Forderungen und in Dokumente über diese Forderungen einzuschauen gewährleistet.

Anmeldung der Forderung hat für den Verlauf der Frist für Verjährung und Erlöschen dieselben Folgen, wie die Anwendung des Rechts beim Gericht.

Manche Forderungen müssen nicht gemeldet werden, und ausdrücklich deshalb, daß außer Konkurs zur Geltung gemacht werden können. Im konkreten Fall geht es um folgende Forderungen:

- a) Forderungen nach Unterhaltsgeld nach dem Gesetz über Familie werden nicht nach der Konkurseröffnung von der Konkursmasse, sondern vom übriggebliebenen Vermögen des Schuldners befriedigt.
- b) Forderungen, für die der Schuldner nur gehaftet hat, gegebenfalls sich er anders zu ihrer Haftung verpflichtete.
- c) Wenn der Gemeinschuldner eine Handelsgesellschaft, Genossenschaft oder eine andere juristische Person ist, für deren Liquidation § 20 a) Absatz 4 des Handelsgesetzbuches, angemessene Vorschriften über Handelsgesellschaften gelten, kann sich der Teilbesitzer der Handelsgesellschaft (Mitglied der Genossenschaft oder anderer juristischen Person) nicht als Konkursgläubiger mit Anspruch auf Begleichungsanteil oder Liquidationsanteil anmelden, da diese Forderungen erst nach der Zufriedenstellung der Ansprüche aller bekannten Gläubigern der juristischen Person
- d) Forderungen, die von der Befriedigung der Aufteilung ausgeschlossen sind. Wenn es um Ansprüche der akzessorischen Eigenschaft geht, kann man jedoch die Hauptforderung anmelden, die um Zinsen und andere Zuwächse erhöht werden. Forderungen, die selbstständige Eigenschaft besitzen, kann man überhaupt nicht anmelden.
- e) Forderungen nach der Konkursmasse, die im § 31 Absatz 2 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen genannt werden, haben Differenzeigenschaft. Gemeinsam haben sie nur eigentlich das, daß nicht während des Konkurs befriedigt werden können. Dabei diejenige, die erst im Laufe des Konkursverfahrens entstehen, müssen nicht angemeldet werden, sondern sie werden im Rahmen der Verwaltung der Konkursmasse während des Konkurs befriedigt.
- f) Rechte auf Ausschließung der Sachen aus der Konkursmasse müssen ebenfalls nicht angemeldet werden, da auch diese Rechte werden nicht durch die Aufteilung der Konkursmasse befriedigt werden, sondern aufgrund selbstständigen Klagen.

2.8. Die Überprüfungshandlung

Ein Bestandteil des Konkurs ist die Überprüfungshandlung, die obligatorisch ist, bei der die Angelegenheiten ausgerichtet werden sollen, die man im Rahmen des Konkursverfahrens nicht ausrichten kann. Sie kann erst nach der vergangenen Frist für die Anmeldung der Forderungen. Das schickt zu ihr den Verwalter, Gemeinschuldner und alle Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben. Die Teilnahme des Verwalters und des Gemeinschuldners ist notwendig, sie kann vor allem durch die Ordnungsvorschriften nach §§ 52 und 53 der bürgergerichtlichen Ordnung. Grundlage für die Überprüfungshandlung ist das Verzeichnis der vorgelegten Forderungen, vom Verwalter aufgestellt, mit der Bezeichnung ihrer Reihenfolge und Besonderheit. Nach diesem Verzeichnis werden einzelne angemeldete Forderungen aus der Sicht behandelt, ob es möglich ist sie für sichergestellt zu halten oder ob sie strittig sind.

Dabei der Umstand, ob sie der Verwalter anerkennt oder widerspricht, wird schon aus dem Verzeichnis der angemeldeten Forderungen sichtbar, weitere Subjekte, die ihre Forderungen widersprechen können, sollen es eben bei der Überprüfungshandlung tun.

Das Protokoll über die Überprüfungshandlung muß das veränderte Verzeichnis aller angemeldeten Forderungen beinhalten. Grundlage dazu ist das vom Verwalter aufgestellte Verzeichnis, wobei seine Änderung die Bemerkung betreffen wird, ob es um strittige Forderung mit der Angabe der Maßnahme, die das Gericht getroffen hat, um sie sicherzustellen. Dieser Teil des Protokoll über Überprüfungshandlung hat doppelte Prozeßbedeutung. Vor allem nach diesem Teil des Protokolls wird bei der Aufteilung des Ertrages der Konkursmasse fortgeschritten, da nur sichergestellte Forderungen an der Aufteilung teilnehmen können. Außerdem wird dieser Teil des Protokolls nach der Aufhebung des Konkurs zum Exekutionstitel, für die Einbringung der Forderungen, die bei Aufteilung nicht befriedigt wurden.

Der Gemeinschuldner und auch die Konkursgläubiger können die Richtigkeit, Höhe und die Reihenfolge der angemeldete Forderungen verleugnen.

Wenn es möglich ist, überprüft des Gericht auch Anmeldungen, die nach der Anmeldefrist angekommen sind. Sonst verordnet es für sie eine besondere Überprüfungshandlung. Das Gericht auferlegt den Konkursgläubigern, die ihre Anmeldungen verspätet gestellt haben, die mit der Vorladung und der Teilnahme des Verwalters verbundene Kosten zu ersetzen. Die Konkursgläubiger, deren Anmeldungen in einer besonderen Überprüfungshandlung überprüft wurden, können nicht die Richtigkeit und Reihenfolge der schon auf vorherigen Überprüfungshandlung Forderungen verleugnen.

Die Forderung hält man für sichergestellt, wenn sie von Verwalter anerkannt und von keinem Gläubiger widersprochen wurde. Widersprechen der Forderung durch den Gemeinschuldner wird im Verzeichnis der Anmeldungen bemerkt, für weitere Sicherstellung der Forderung hat jedoch keine Bedeutung.

Konkursgläubiger der Forderungen, die was die Richtigkeit, Reihenfolge oder Höhe betrifft strittig blieben, können ihre Rechte fordern. Die Anklage müssen gegen die widersprechende Konkursgläubiger und gegen den Verwalter erheben. Sie dürfen mit ihr nur den in der Anmeldung oder bei der Überprüfungshandlung aufgeführten Rechtsgrund anstreben, und die Forderung können nur in ihnen aufgeführten Höhen zur Geltung zu bringen. Wenn es um eine Sache geht, die nicht in die Rechtsfähigkeit des Gerichtes gehört, entscheidet über die Richtigkeit der Forderung zugehöriges Verwaltungsorgan.

Wer eine ausführbare Forderung bestreiten, muß er diese Stellungnahme nach dem Charakter der Forderung entweder beim Gericht oder beim zugehörigen Verwaltungsorgan zur Geltung zu bringen. Zur Leugnung der Forderung bestimmt das Gericht eine angemessene Frist mit der Belehrung, daß es beim Versäumnis dieser Frist nach § 24 Absatz 1 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen nicht möglich ist solche Forderungen zu berücksichtigen, und daß beim Versäumnis der Frist nach

§ 24 Absatz 2 solche Forderungen nächstes mal für unumstritten gehalten werden.

Konkursgläubiger der Forderungen, die was die Richtigkeit, Reihenfolge oder Höhe betrifft strittig sind, die nicht bei der Überprüfungshandlung anwesend waren, werden verständigt, wer und aus welchem Grund die Forderung bestreitet.

Während die Konkursgläubiger Forderungen bestreiten können, die Richtigkeit, Reihenfolge oder Höhe betreffend, ist der Verwalter berechtigt, den Anspruch des Konkursgläubiger der Höhe oder des rechtlichen Grundes betreffend zu bestreiten. Das Gericht informiert dem Konkursgläubiger, um dessen Anspruch es geht, über die Bestreitung des Verwalters und zugleich fordert ihn auf, den Anspruch, seine Höhe oder rechtlichen Grund innerhalb von 30 Tagen beim Gericht, das den Konkurs eröffnete, oder anderen Verwaltungsorgan zur Geltung zu bringen, sonst nimmt man auf den bestrittenen Anspruch, seine Höhe und rechtlichen Grund keine Rücksicht.

Bestreitet der Verwalter ein schon ausführbaren Anspruch, ist er selbst verpflichtet diese Bestreitung beim Gericht, das den Konkurs eröffnete, oder anderen Verwaltungsorgan zur Geltung zu bringen. Bringt er diese Bestreitung nicht innerhalb der Frist von 30 Tagen, wird der Anspruch für sichergestellt gehalten. Der Beschluß des Gerichtes oder des Verwaltungsorganes über Richtigkeit, Höhe und Reihenfolge der bestrittenen Forderungen sind gegenüber allen Gläubiger wirksam.

Kosten des Streites über Richtigkeit, Höhe und Reihenfolge bestrittenen Forderungen werden für Aufwand der Konkursmasse gehalten, wenn sich der Verwalter an solchem Streit beteiligt hat. Hat er sich nicht beteiligt, haben die bestreitende Gläubiger Anspruch auf Ersatzkosten von der Konkursmasse nur dann, wenn es zum grundlegenden Nutzen bei der Streitführung gekommen ist.

2.9. Beziehung zwischen dem unteilbaren Mitbesitz der Eheleute und dem Konkurs

Kam es durch Konkurseröffnung zum Erlöschen des unteilbaren Mitbesitzes der Eheleute oder wenn bei der Konkurseröffnung der schon vorher erloschte unteilbare Mitbesitz des Gemeinschuldners noch nicht beglichen wurde, ist es notwendig seine Begleichung durchzuführen.

Beziehung zwischen dem unteilbaren Besitz der Eheleute und dem Konkurs ist einmal im § 14 Absatz 1 k) des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen gelöst, wo bestimmt wird, daß Konsequenz der Konkurseröffnung das Erlöschen des unteilbaren Mitbesitzes des Gemeinschuldners, und daß in die Konkursmasse derjenige Teil kommt, mit dem der Gemeinschuldner Gewerbe getrieben hat, und einmal im § 26 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen. Wie jedoch schon F. Zoulik in seinem Kommentar zu diesem Gesetz erwähnte, aus keinen der beiden erwähnten Bestimmungen des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen folgt jedoch nicht genau, wie ist die Beziehung des Ehegatten des Gemeinschuldners gegenüber dem Eigentum in der Konkursmasse, vor allem ob man ihn für Person, die den Anspruch auf Ausschließung der Sachen aus der Konkursmasse zur Geltung bringt, für Gläubiger

der Forderungen nach Konkursmasse oder für Konkursgläubiger halten soll. Da sich konkrete rechtliche Regelung der Stellung des Gemeinschuldnersehegatten im Konkurs von den oben erwähnten Beispielen unterscheidet, ist es an der Stelle dem Ehegatten des Gemeinschuldners eine besondere Stellung zu bekennen, was jedoch nicht ausschließt, daß in Teilfragen die gleiche Stellung mit anderen Subjekten hat.

Grundlegendes Unterschied zwischen der Stellung des Ehegatten und der Stellung anderer Subjekte besteht darin, daß man die Begleichung des unteilbaren Mitbesitzes der Eheleute obligatorisch, aber Ansprüche der Gläubiger prinzipiell zur Geltung bringt. Das bedeutet, daß zur Begleichung sowie von der Initiative des Ehegatten des Gemeinschuldners als auch von der Initiative des Verwalters der Konkursmasse. Initiative des Gemeinschuldners hat keine rechtliche Relevation, weil nach zugehörigem § 26 Absatz 2 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen der Verwalter statt des Gemeinschuldners handelt. Wenn es zum Erlöschen des unteilbaren Mitbesitzes der Eheleute vor der Konkurseröffnung kam,

- a) sind Vereinbarung über die Begleichung des unteilbaren Mitbesitzes, die in den letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung abgeschlossen wurden, ungültig,
- b) falls das Verfahren über die Begleichung des unteilbaren Mitbesitzes schon begonnen wurde, die noch nicht rechtskräftig beendet wurde, tritt der Verwalter in das Verfahren statt des Gemeinschuldners am Tag der Konkurseröffnung,
- c) falls das Verfahren über die Begleichung des unteilbaren Mitbesitzes noch nicht begonnen wurde, ist der Verwalter verpflichtet unumgehend diese Begleichung statt des Gemeinschuldners zu stellen,
- d) zur Wirksamkeit der Vereinbarung über Begleichen des unteilbaren Mitbesitzes ist Genehmigung des Gerichtes notwendig.

Im Rahmen des Konkurs kann jedoch der Ehegatte des Gemeinschuldners auch in einer anderen Stellung auftreten, als er sie bei der Begleichung des unteilbaren Mitbesitzes hat.

1. Er kann eine zur Klage über Ausschließung der Sache aus der Konkursmasse berechtigte Person sein, wenn in ihr Verzeichnis auch Sachen miteinbezogen wurden, von denen er behauptet, daß sie sein ausschließliches Eigentum ist.
2. Er kann auch der Gläubiger der Forderungen nach der Konkursmasse sein.
3. Er kann auch Konkursgläubiger sein, falls es zwischen ihm und dem Gemeinschuldner eine Pflichtbeziehung gab.

2.10. Die Verwertung und Aufteilung

Die Konkursmasse kann vom Gericht entweder durch den Verkauf der Gegenstände auf der in der Bestimmungen über Exekution behandelnden Weise oder durch den Verkauf außerhalb der Versteigerung verwertet werden. Die Verwertung ist einzige Möglichkeit, wie die Konkursmasse mit dem Ziel aus ihr die Konkursgläubiger zu befriedigen zu realisieren.

Das Gesetz gibt Vorrang der Verwertung der Gegenstände auf der von der bürgergerichtlichen Ordnung im Teil über Exekution beandelnenden Weise durch den Verkauf der mobilen und immobilien Sachen. Art der Versteigerung wurde ausführlich in der vorherigen Kapitel dieses Lehrbuches beschrieben.

Verkauf außerhalb der Auktion verwirklicht der Verwalter mit der Genehmigung des Gerichtes und des Ausschuß der Gläubiger, nach dem vorherigen Anhören des Gemeinschuldners. Der Verkauf wird nach den vom Gericht festgesetzten Bedingungen verwirklicht. Es passiert so vorwiegend durch den Vereinbarungsverkauf, das heißt Verkauf aus der freien Hand. Gegenstände kann man auch außerhalb der Auktion unter dem Schätzungspreis verkaufen. Ähnlich kann man auch strittige oder schwer einzubringende Forderungen überführen.

Uneintreibbare Forderungen und Gegenstände, die man nicht verkaufen konnte, kann der Verwalter nach der Genehmigung des Gerichtes von der Konkursmasse ausschließen.

Gläubiger, die durch Pfandrecht und vorenthaltenes Recht, gegebenfalls durch Einschränkung der Immobilienübertragung gesichert wurden, haben bei der Verwertung das Recht, daß ihre Forderungen von dem Ertrag des Verkaufes der Gegenstände befriedigt werden, an die sich das Pfandrecht oder vorenthaltenes Recht bindet.

Der Verwalter gibt dem Gericht Berichte über der Verwertung des Eigentums aus der Konkursmasse. Den Endbericht zusammen mit der Abrechnung seiner Belohnung und Ersatzkosten legt er nach der Verwertung des Eigentums aus der Konkursmasse vor. Belohnung und Ersatzkosten rechnen auch die besondere Verwalter und Stellvertreter des Verwalters, sowie diejenige, die im Verlauf des Verfahrens von ihrer Funktion des Verwalters abgelöst wurden, ab.

Das Gericht überprüft den Endbericht über Verwertung des Eigentums aus der Konkursmasse und die Abrechnung der Belohnung und der Ersatzkosten, beseitigt nach dem Anhören des Verwalters vorgebundene Fehler oder Unklarheiten und benachrichtigt über den Endbericht und die Abrechnung den Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger. Es macht dabei aufmerksam, daß sie innerhalb von 15 Tagen ab dem Tag, an dem der Endbericht und die Abrechnung an der Amtstafel ausgehängt wurden, gegen ihnen Einsprüche erheben können.

Den Endbericht und die Abrechnung behandelt das Gericht an einer Verhandlung, zu der der Verwalter, Gemeinschuldner und Konkursgläubiger, gegebenfalls auch Ausschuß der Gläubiger vorgeladen werden, die Einsprüche erhoben haben.

Nach der Rechtskraft des Beschlusses über die Genehmigung des Endberichtes und der Abrechnung der Belohnung und Ersatzkosten, gibt das Gericht den Aufteilungsbeschuß aus. Dieser Beschuß wird den Teilnehmern eigenhändig, mit Ausnahme der Konkursgläubiger, deren Forderungen schon voll zufriedengestellt wurden, zugestellt.

Im Verlauf des Konkursverfahrens können durchgehend zuerst Forderungen nach der Konkursmasse, Ansprüche an getrennte Befriedigung und Arbeitsansprüche befriedigt werden.

riedigt werden. Andere Ansprüche kann man nur nach dem rechtskräftigen Aufteilungsbeschuß befriedigen.

Forderungen nach der Konkursmasse, entstandene nach der Konkurseröffnung sind Ansprüche auf die mit der Erhaltung und Verwaltung der Konkursmasse verbundenen Ersatzkosten, einschließlich der Anspruch des Verwalters auf Belohnung und seine Ersatzkosten, Steuer und Gebühren, falls zu ihrer Fälligkeit im Verlauf des Konkursverfahrens kam, und weiter Ansprüche der Gläubiger aus den vom Verwalter abgeschlossenen Vereinbarungen, sowie Ansprüche auf Zurückzahlung der Leistungen aus der Vereinbarung, von denen nach dem § 14 Abs.1 a) des Gesetzes über Konkurs und Ausgleich abgetreten wurde.

Arbeitsansprüche (im Sinne des § 31 Abs.3 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleich) sind Ersatzleistungen der Belohnung der Arbeiter des Gemeinschuldner und ihre aus der materiellen Sicherstellung der Arbeiter folgende Ansprüche.

In der Aufteilung werden zuerst Forderungen nach der Konkursmasse (§ 31 Absatz 2) und Arbeitsansprüche (§ 31 Absatz 3) befriedigt. Reicht der Ertrag für Verwertung zur vollen Deckung diesen allen Forderungen nicht aus, deckt man zuerst die Ausgaben des Verwalters und andere Forderungen verhältnismäßig. Der Gesetzgeber rechnet nicht mit der Eventualität, daß der Ertrag für Verwertung nicht zur Deckung der Ausgaben des Verwalters decken würde. Er setzt voraus, daß in diesem Fall das Konkursverfahren nicht eröffnet würde.

Nach der völligen Zufriedenstellung der genannten Forderungen werden auch andere Ansprüche nach Einreihung in Klassen der Bedeutung zufriedengestellt:

1. In die erste Klasse der Forderungen gehören drei Forderungen:
 - a) Ansprüche der Arbeiter des Gemeinschuldners aus dem Arbeitsverhältnis, für letzte drei Jahre vor der Konkurseröffnung zugehörig.
 - b) Forderungen nach Unterhaltsbeitrag nach dem Gesetz über Familie, es handelt sich um sogenannten Schuldunterhaltsbeitrag, also um den vor der Konkurseröffnung fälligen Unterhaltsbeitrag.
 - c) Forderungen nach dem Ersatz nach den die Verminderung einigen Eigentumsunrechte regelnden Gesetzen.
2. In die zweite Klasse gehören Steuer, Gebühre, Zoll und Beiträge der Sozialversicherung, wenn sie frühestens drei Jahre vor der Konkurseröffnung entstanden sind, falls sie nicht durch die durch Pfandrecht belasteten Sachen befriedigt werden. Es handelt sich also um an die öffentlichrechtliche Vorschrift gelehnte Forderungen.
3. Die dritte Klasse bilden alle andere Forderungen ohne jede weitere Differenzierung.

Wenn es nicht geht, Forderungen der einzelnen Klassen voll zu befriedigen, werden sie verhältnismäßig befriedigt.

Von der Befriedigung der Forderungen werden ausgeschlossen:

- a) Zinsen aus den vor der Konkurseröffnung entstandenen Forderungen, falls sie im Laufe der Zeit nach der Konkurseröffnung angewachsen sind,
- b) die durch die Teilnahme am Konkursverfahren entstandene Ausgaben der Teilnehmer des Verfahrens,
- c) Ansprüche der Gläubiger aus der Spendenverträge,
- d) die das Eigentum des Gemeinschuldners betreffende Außervertrags-sanktionen

Weiterhin bestimmt das Gesetz, daß Beträge auf

- a) anfechtbare Ansprüche, die der Verwalter bestritten hat und ihre Bestreitung rechtzeitig zur Geltung brachte,
- b) bedingte Ansprüche, die der Verwalter anerkannte,
- c) Ansprüche, die die Gläubiger rechtzeitig zur Geltung brachten und der Verwalter sie bestreite, in die Aufbewahrungsstelle des Gerichtes gelegt und nach der Erfüllung der Bedingungen werden sie durch einen neuen Aufteilungsbeschluß aufgeteilt.

2.11. Das Zwangsausgleichen

Das Gesetz ermöglicht dem Gemeinschuldner vorzuschlagen, falls es zur Herausgabe des Aufteilungsbeschlusses noch nicht kam, daß der Konkurs durch Zwangsausgleichen beendet werden kann. Antrag auf dieses Ausgleichen, der jedoch erst nach Revisionsverhandlung gestellt werden kann, muß vor allem beinhalten, welches Ausgleichen der Gemeinschuldner anbietet. Im Falle dessen, daß der Antragsteller in diesem Antrag Personen aufführt, die bereitwillig sind für die Erfüllung des Zwangsausgleichens zu haften, müssen diese Personen den Antrag mitunterschreiben und ihre Unterschriften müssen amtlich beglaubigt werden.

Das Zwangsausgleichen also, genau wie das Ausgleichen, ermöglicht die Lösung des Verfalles des Schuldners auf anderen Weise, als durch die Verwertung der Konkursmasse und Aufteilung des Ertrages unter die Gläubiger. Durch sein Charakter unterscheidet sich das Zwangsausgleichen von dem Ausgleichen rechtlich, im dritten Teil des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen formuliert, und vor allem dadurch, daß das Ausgleichen außer Konkursverfahren im selbstständigen Verfahren, wobei das Zwangsausgleichen nur im Rahmen des Konkursverfahrens sich verwirklicht, womit einige seine Phasen ersetzt.

Das Gesetz bestimmt auch die Umstände, wann das Zwangsausgleichen unzulässig ist. Es ist so dann, falls Umstände in Zweifel stellen, ob es um ehrliche Absicht des Gemeinschuldners geht. Solche Umstände sind vor allem mangelhafte Zusammenarbeit des Gemeinschuldners bei der Sicherstellung seines Eigentums, Mängel in der Buchhaltung, Verkürzen der Gläubiger in der Zeit vor der Konkursanmeldung,

frühere Konkurse und Ausgleichen und unangemessene Befriedigung der Forderungen der Konkursgläubiger nach dem Antrag auf Zwangsausgleichen im Vergleich mit Möglichkeiten der Konkursbefriedigung.

Das Gericht lehnt den Antrag auf Zwangsausgleichen in drei taxativ genannten Fällen ab:

- a) wenn durch seine Bestätigung die Ausschließung der Sachen von der Konkursmasse, Rechte auf getrennte Befriedigung oder auf Gewährung des Unterhaltsbeitrags berührt würden, oder
- b) wenn die mit der privilegierten Stellung in § 31 Absatz 2 und 3 und in § 32 Absatz 2 a) und b) des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen genannten Forderungen nicht erfüllt würden, oder
- c) wenn der durch Konkurseröffnung oder vor der Konkurseröffnung erlöschte unteilbare Mitbesitzer der Eheleute nicht beglichen wurde.

Falls das Gericht nicht entscheidet, daß das Zwangsausgleichen unzulässig ist, so verordnet durch Beschluß der Verhandlung über Zwangsausgleichen und verlegt die Verwertung der Konkursmasse.

Zur Verhandlung über das Zwangsausgleichen lädt das Gericht vor allem

- a) den Gemeinschuldner,
- b) Personen, die für die Erfüllung des Zwangsausgleichens haften,
- c) den Verwalter,
- d) alle bisher unbefriedigte Konkursgläubiger und Mitglieder des Ausschusses der Gläubiger, falls er bestimmt wurde, ein. Die Vorladung stellt es eigenhändig zu und legt den Antrag auf Zwangsausgleichen bei. Mitteilung über festgelegte Verhandlung wird an der Amtstafel aufgehängt.

Das Gesetz bestimmt, daß der Gemeinschuldner verpflichtet ist zur Verhandlung einzutreffen. Falls er ohne erforderliche Entschuldigung nicht eintrifft, ist man der Ansicht, daß er vom Antrag auf Zwangsausgleichen abläßt.

Bei der Verhandlung gibt der Verwalter dem Gericht notwendige Informationen über das Eigentum des Gemeinschuldners, über sein Wirtschaften, die Ursachen des Verfalles und über das Ergebnis, das die Konkursgläubiger erwarten könnten, wenn der Konkurs zum Ende geführt würde. Das Gericht überprüft diese Nachricht. Zu dieser Nachricht kann das Gericht ein Fachgutachten einholen. Zugleich stellt fest, welche Konkursgläubiger bereitwillig sind mit dem Antrag auf Zwangsausgleichen einverstanden sind.

Voraussetzung für Bestätigung des Zwangsausgleichens vom Gericht ist die Zustimmung der Mehrheit der an der Verhandlung anwesenden oder vertretenen Konkursgläubiger, die rechtzeitig ihre Forderungen gestellt haben und ihre Stimmen stellen mehr als drei Viertel aller angemeldeten Forderungen.

Das Gesetz bestimmt genau, welche Konkursgläubiger kein Wahlrecht haben und wessen Stimme nicht zählen:

- a) Konkursgläubiger, dessen Rechte durch das Zwangsausgleichen nicht berührt werden (vor allem getrennte Gläubiger, Gläubiger der Konkursmasse),
- b) Konkursgläubiger, die nahe Personen des Gemeinschuldners sind, nur wenn sie Forderung von einer Person, die nicht dem Gemeinschuldner nah ist, früher als 6 Monate vor der Konkurseröffnung erwarben, ihre Stimmen zählen jedoch, falls sie gegen den Antrag auf Zwangsausgleichen stimmen,
- c) Rechtsnachfolger der nahen Personen, falls sie Forderung von der nahen Person während der 6 Monate vor der Konkurseröffnung erwarben. (ihre Stimmen zählen jedoch, falls sie gegen den Antrag auf Zwangsausgleichen stimmen)
- d) Konkursgläubiger, deren angemeldete Forderung im Konkurs noch nicht festgestellt wurde, ist strittig oder bedingt, nur falls das Gericht nach Anhören der anderen Teilnehmer des Verfahrens ihnen das Wahlrecht eingeräumt hat.

Wählen können nur die berechtigten Konkursgläubiger, die an der Verhandlung anwesend oder vertreten sind. Die anders zur Geltung gebrachten Stimmen der Konkursgläubiger werden nicht anerkannt. Bei der Abstimmung werden nur die noch unbefriedigte Forderungen gezählt, und das in der Höhe, in der sie noch nicht befriedigt wurden.

Über die Bestätigung des Zwangsausgleichens entscheidet das Gericht durch ein Beschluß, der die Fassung des Zwangsausgleichens beinhaltet. Dieser Beschluß wird im notwendigen Ausmaß öffentlich ausgerufen und an der Amtstafel des Gerichtes mit der Angabe des Tages der Aufhängung aufgehängt. Er wird am Tag der Aufhängung eigenhändig dem Gemeinschuldner, allen Konkursgläubigern und Personen, die sich zur Erfüllung des Zwangsausgleichens als Garanten oder Mitschuldner verpflichtet haben.

Das Gericht ist jedoch verpflichtet das Zwangsausgleichen abzulehnen, auch wenn die Konkursgläubiger einverstanden waren, falls es sich herausstellte, daß es Gründe gibt, für die der Antrag auf Zwangsausgleichen nicht zulässig ist, falls dem einem Konkursgläubiger besondere Vorteile gegenüber den gleichgestellten Konkursgläubiger gewährt wurden oder falls dem Gemeinschuldner in dem Zwangsausgleichen die seiner wirtschaftlichen Verhältnissen unangemessene Vorteile gewährt werden oder falls das Zwangsausgleichen der gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht, oder falls die "privilegierte" Gläubiger der Konkursforderungen spätestens innerhalb von einem Jahr weniger als ein Drittel ihrer Forderungen bekommen oder falls das Zwangsausgleichen an das unehrliche und leichtsinnige Wirtschaft angeknüpft würde. Der Beschluß über die Ablehnung des Antrages wird dem Gemeinschuldner, Verwalter, den Konkursgläubigern und Personen, die sich zur Erfüllung des Zwangsausgleichens als Garanten oder Mitschuldner verpflichtet haben, zugestellt. Dem Gemeinschuldner und den Konkursgläubigern, die sich der Annahme des Zwangsausgleichens nicht widersetzt haben, wird der Beschluß eigenhändig zugestellt. Nur sie können gegen diesen Beschluß Berufung einlegen.

Nach dem Inkrafttreten der Rechtskraft des Beschlusses über Bestätigung des Zwangsausgleichens gibt das Gericht durch den Beschluß dem Gemeinschuldner das

Vefügungsrecht über sein Eigentum zurück, das in die Konkursmasse gehört, und erklärt, daß der Gemeinschuldner an die Stelle des Verwalters in allen Verfahren tritt, die statt des Gemeinschuldners der Verwalter führte und daß er an seine Stellung tritt. Gleichzeitig gibt es dem Gemeinschuldner alle durch Konkurseröffnung begrenzte Rechte zurück.

Durch dieses bestätigtes Ausgleichen werden jedoch nicht die Rechte der Gläubiger gegenüber den Mitschuldnern und Garanten des Gemeinschuldners angetastet, solange diese Gläubiger ausdrücklich nicht damit einverstanden sind, daß diese ihre Rechte begrenzt werden.

Würde das vom Gericht bestätigte Zwangsausgleiche rechtzeitig und völlig erfüllt, wird der Gemeinschuldner der Pflicht, den Verlust der Konkursgläubiger zu ersetzen, enthoben, und gleichzeitig wird er den Pflichten gegenüber Garanten und anderen Personen, die gegenüber ihm Rückgriff hätten, enthoben. Diesem widersprechende Beschlüsse sind ungültig. Die in der Zeit seit der Konkurseröffnung entstandene Zinsen der Konkursforderungen und die den einzelnen Konkursgläubigern aus der Teilnahme am Konkurs entstandene Kosten kann man nicht gestehen.

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht berücksichtigt wurden, können auch nach der Auflösung des Konkurs vom Schuldner volle Bezahlung fordern, nur falls sie von der Konkurseröffnung wüßten oder wissen müßten.

Falls jedoch auf das Eigentum des Gemeinschuldners eher der Gemeinschuldner das Zwangsausgleichen erfüllte ein neuer Konkurs eröffnet wurde, sind die Konkursgläubiger nicht verpflichtet das zurückzugeben, was sie im besten Glauben aufgrund des Zwangsausgleichens bekamen. Im Falle eines neuen Konkurs werden ihre Forderungen nur in der Höhe, die ihnen nach dem Zwangsausgleichen tatsächlich ausbezahlt wurde, für befriedigt gehalten.

Der Gesetzgeber ermöglicht, daß nach dem bestätigten Zwangsausgleichen, das eine Möglichkeit der Rehabilitierung des Gemeinschuldners darstellt, das Wirtschaften des Gemeinschuldner derartig sein kann, daß auf sein Eigentum ein neuer Konkurs eröffnet wird, eher er sich in der "Probefrist" bewährt hat, das heißt er erfüllte das Zwangsausgleichen nicht vollständig.

Würde das vom Gericht bestätigte Zwangsausgleichen nicht erfüllt, obwohl der Gemeinschuldner vom Konkursgläubiger durch ein Einschreibenbrief mit Gewährleistung einer zusätzlichen Ermäßigung und anderen durch das Zwangsausgleichen gegebene Vorteile, gemahnt wurde, werden die durch das Zwangsausgleichen erworbene Rechte der Konkursgläubiger gegenüber dem Gemeinschuldner nicht angetastet. Falls das Zwangsausgleichen durch betrügerische Handlung oder durch unerlaubte Gewährung besonderen Vorteile den einzelnen Konkursgläubigern erreicht wurde, kann jeder Konkursgläubiger innerhalb von drei Jahren nach der Bestätigung des Zwangsausgleichens den Anspruch stellen, um seine Forderungen voll zu befriedigen, oder um andere Vorteile für unwirksam gehalten zu werden, das zur Verhandlung zugehöriges Gericht ist jenes, das den Konkurs eröffnete. Der Anspruch gehört jedoch nicht den Konkursgläubigern an, die sich an betrügerischen Handlungen oder

unerlaubten Vereinbarungen teilnahmen, oder die die Gründe der Unwirksamkeit im Verfahren über die Bestätigung des Zwangsausgleichens zur Geltung brachten könnten.

Wurde der Gemeinschuldner innerhalb von drei Jahren nach der Bestätigung des Zwangsausgleichens für vorsätzliche Straftat verurteilt, durch die er das Zwangsausgleichen erreichte oder durch die er die Befriedigung seiner Konkursgläubiger verkürzte, wird das Zwangsausgleichen ungültig werden, und die Konkursgläubiger können an dem Gemeinschuldner volle Befriedigung ihren Forderungen verlangen, die Ausführbarkeit der im Konkursverfahren entstandenen Beschlüsse wird dadurch nicht angetastet. Unter Bedingung, daß das Eigentum des Gemeinschuldners mindestens zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens genügt, können sie wiederholte Eröffnung des Konkursverfahrens vorschlagen.

2.12. Die Auflösung des Konkurs

Unter der Auflösung des Konkurs verstehen wir den Beschluß des Gerichtes, durch den das Konkursverfahren beendet wird. Dieses Verfahren kann nicht anders als mit dem gerichtlichen Beschluß enden, weil es auf anderer Weise nicht geht, Auswirkungen der Konkurseröffnung zu beseitigen.

In dem Fall, daß es zu keiner Bestätigung des Zwangsausgleichens kam, löst das Gericht durch ein Beschluß den Konkurs in drei im Gesetz aufgeführten Fällen auf:

- a) falls es feststellt, daß es keine Voraussetzungen für den Konkurs
- b) nach der Erfüllung des Aufteilungsbeschlusses,
- c) auf Antrag des Gemeinschuldners, falls alle Konkursgläubiger ihre Zustimmung durch eine Schrift mit amtlich beglaubigten Unterschriften ausdrückten, und falls damit der Verwalter einverstanden ist.

Kam es zur Bestätigung des Zwangsausgleichens, das Gericht löst den Konkurs auf, falls der Gemeinschuldner nachweist, daß die von ihm zur Erfüllung der Ansprüche auf Ausschließen der Sachen von der Konkursmasse, der Ansprüche auf getrennte Befriedigung (§ 28 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen), sowie auch der Ansprüche nach § 31 Absatz 3 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen gegebene Sicherstellungen genügen. Falls es zur Auflösung des Konkurs nicht aus dem Grund kam, daß das Zwangsausgleichen nicht bestätigt wurde, löst das Gericht den Konkurs erst nach der Erfüllung des Zwangsausgleichens auf.

Auswirkungen des Beschlusses über Auflösung des Konkurs sind im Gesetz weder taxativ noch demonstrativ genannt. Der Gesetzgeber neigte zur allgemeinen Formulierung, daß durch Auflösung des Konkurs die im § 14 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen aufgeführte Auswirkungen der Konkurseröffnung erlöschen. Von der einzelnen Auswirkungen ist notwendig zu bemerken:

- a) Im vollen Ausmaß werden die Verfügungsrechte des Gemeinschuldners erneuert.

- b) In dem Fall, daß es in Folge der Konkurseröffnung zum Erlöschen einiger Rechtshandlungen kam, kommt es nicht zu ihren Erneuerung.
- c) Wenn das Gerichtsverfahren läuft, kann in ihn der Gemeinschuldner selbst wieder eintreten.
- d) Soweit es die Rechte auf getrennte Befriedigung betrifft, die bei der Konkurseröffnung entstanden, kommt es zu ihren Erneuerung nur dann, falls es zur Konkursauflösung nach dem § 44 Absatz 1 a) kam.
- e) Soweit es die Fälligkeit der Forderungen betrifft, die durch Konkurseröffnung entstanden, ist es nicht möglich, daß Forderungen, die schon einmal fällig wurden, wieder für unfällig gehalten werden.
- f) In dem Fall, daß durch Konkurseröffnung der unteilbare Mitbesitz der Eheleute erloschte, wird durch Konkursauflösung nicht automatisch erneuert, sondern man braucht zu seiner Erneuerung einen Beschluß des Gerichtes

3. Das Ausgleichen

3.1. Die Ausgleichensmasse

Das Ziel des Ausgleichens ist gleich wie beim Konkurs, die Situation des Schuldners zu lösen, der in den Verfall kam. Schuldner, bei dem die Bedingungen zur Konkurseröffnung erfüllt sind, kann nach dem Gesetz über Konkurs und Ausgleichen, falls der Konkurs noch nicht eröffnet wurde, den Antrag auf Ausgleichen stellen. Die Ausgleichensmasse beruht auf dem Angebot des Schuldners über Befriedigung der Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens. Deshalb behandelt das Gericht den Antrag auf Ausgleichen nur dann, falls der Konkurs noch nicht eröffnet wurde.

Wie F.Zoulik in seinem Kommenter zum Gesetz über Konkurs und Ausgleichen (Seite 144) erwähnt, das Ausgleichen verbindet in sich die materiellrechtliche Seite mit der Prozeßseite, was bei der Betrachtung seines rechtlichen Charakters oft dazu führt, daß eine von ihnen zum Nachteil der zweiten verdeutlicht wird. So kam es dazu, daß die Ausgleichensmasse im materiellrechtlichen Bereich gesucht wurde, und das Ausgleichen für ein Vertrag oder Aufrihtung (*transactio*) gehalten wurde. Diese Auffassung ist nicht nur deshalb unzulässig, daß der Charakter und die Regelung dieser materiellrechtlichen Institutionen anders sind, aber vor allem deshalb, daß man nicht erfordert, daß mit dem Ausgleichen alle in es einbezogene Gläubiger einverstanden sind, was bei den Beziehungen des materiellrechtlichen Charakters ausgeschlossen ist. Andere Theorien sahen die Ausgleichensmasse in dem Gerichtsbeschuß, der ähnlich wie bei außerstrittigen Verfahren den konstitutiven Charakter hat, aber die Erteilung des Beschlusses ist praktisch völlig in der Disposition der Teilnehmer und es geht bei ihm nicht um die Erschaffung neuen Beziehungen nach der Überlegung des Gerichtes, aber eigentlich um die Überprüfung der gesetzlichen

Voraussetzungen des gestellten Ausgleichens. Offensichtlich ist also notwendig das Ausgleichen für eine Institution sui generis zu halten, die mit ihrem Charakter der materiellen Begleichung zwar in den Bereich des materiellen Rechtes gerichtet ist, aber die man nicht außerhalb dem Prozeß realisieren kann.

Das Ausgleichsverfahren ist es notwendig für selbstständigen Teil des bürgergerichtlichen Verfahrens zu halten, das sich vor allem vom Konkursverfahren durch Durchsetzung einigen prozeßlichen Grundlagen, durch verschiedenen Kreis der Teilnehmer, durch verschiedenen Verlauf des Verfahrens und durch Verschiedenheit einer ganzen Reihe prozeßlichen Institutionen unterscheidet. Das ändert nichts daran, daß das Konkurs, und Ausgleichsverfahren eine ganze Reihe der gemeinsamen Merkmale haben.

3.2. Die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens

Die Eröffnung des Verfahrens wird rein nach dem Dispositionsprinzip geführt, also wird auf Antrag des Schuldner eröffnet. In seinem Antrag führt der Schuldner auf, welches Ausgleichen er anbietet und gleichzeitig welche Garantien zur Erfüllung des Antrages durch die Haftung der anderen bereitwilligen Personen, die sich als Mitschuldner oder Garanten verpflichten, gibt. Diese Personen müssen den Antrag mitunterschreiben. Soweit der unteilbare Mitbesitz der Eheleute nicht beglichen wurde, muß den Antrag auch der zweite unteilbare Mitbesitzer zum Beweis unterschreiben, daß er mit der Benutzung des gesamten Eigentums des unbeglichenen unteilbaren Mitbesitzes zum Zwecke des Ausgleichens einverstanden ist. Alle Unterschriften müssen beglaubigt werden.

Ist der Antragssteller ein Unternehmer, führt er im Antrag die Anzahl seiner Arbeiter im Betrieb und die Maßnahmen auf, die er zur Reorganisierung und weitere Finanzierung des Betriebes durchführt.

Das Gesetz gibt Voraussetzungen für den Schuldner an, die er gleichzeitig mit der Antragstellung erfüllen muß. Man fordert die Beilage des gesamten Verzeichnisses seines Eigentums mit der Übersicht des Eigentumstandes in der Zeit der Antragstellung. Bei den einzelnen Sachen des mobilen und immobilien Eigentums muß man angeben, wo sie sich befinden, bei Forderungen ihre Höhen, Grund ihrer Entstehung und Möglichkeiten ihrer Befriedigung. Weiterhin ist der Schuldner verpflichtet auch seine Pflichte gemeinsam mit der Adresse der Gläubiger und bezeichnen, welche im Verhältnis der nahen Personen stehen. Ist der unteilbare Mitbesitz der Eheleute nicht beglichen, muß der Schuldner angeben, welche Sachen aus dem Verzeichnis in seinem exklusiven Besitz sind, und welche zum unteilbaren Mitbesitz der Eheleute gehören. Man gibt auch die Höhe der Überschuldung an.

Wenn der Schuldner die grundlegende Mängel im Antrag in der vom Gericht bestimmten Frist nicht beseitigt, hält das Gericht das Verfahren an.

Die Teilnehmer des Ausgleichens sind:

- a) der Schuldner, der gleichzeitig der Antragssteller ist,

- b) Ehegatte des Schuldners, soweit in der Zeit der Antragsstellung auf Ausgleichen der unteilbare Mitbesitz der Eheleute nicht beglichen wurde,
- c) Mitschuldner und Garanten des Schuldners, falls sie den Antrag auf Ausgleichenseröffnung mitunterschrieben und
- d) Gläubiger, die rechtzeitig ihre Forderungen anmeldeten und nicht völlig befriedigt wurden

Von der Antragsstellung bis zum Beschluß über die Genehmigung des Ausgleichens darf der Schuldner keine Immobilien entwenden oder belasten, keine Rechte auf getrennte Befriedigung verschaffen, keine unangemessene Spenden aus seinem Eigentum leisten und keine Handlungen durchführen, die die Gläubiger schädigen könnten. Handlungen, die diesem widersprechen, wären gegenüber den Gläubigern ungültig. Beliebiger Gläubiger könnte die Unwirksamkeit beim Gericht spätestens am Tage der Veröffentlichung des Beschlusses über Anhaltung oder Auflösung des Ausgleichens an der Amtstafel des Gerichtes zur Geltung bringen.

Das Gericht entscheidet über den Antrag durch einen Beschluß über Ablehnung des Antrages auf Ausgleichen oder über Genehmigung.

Zur Ablehnung kommt es im Gesetz in taxativ aufgeführten Fällen:

- a) wenn der Schuldner in den letzten fünf Jahren vor seiner Antragstellung für Straftat des Betrug oder der Schädigung der Gläubiger verurteilt wurde, oder falls es aus der Umständen folgt, daß durch die Antragstellung keine ehrliche Absicht verfolgt,
- b) wenn in den letzten fünf Jahren vor der Antragstellung auf das Eigentums des Schuldners Konkurs eröffnet wurde oder der Schuldner den Antrag auf Ausgleichen gestellt hat,
- c) falls der Antrag die Bezahlung oder Sicherstellung der Bezahlung der Vorzugsforderungen nach dem § 60 Absatz 1 b) über Konkurs und Ausgleichen nicht ermöglicht,
- d) wenn den Gläubigern, deren Forderungen kein Vorzugsrecht haben, die Bezahlung mindestens 45 Ausstattung innerhalb von zwei Jahren nach der Antragstellung nicht angeboten wurde,
- e) falls der Antrag nicht die im § 46 Absatz 3 (Anzahl der Arbeiter des Betriebs und Maßnahmen, die er zur Reorganisierung und weiteren Finanzierung des Betriebes durchführt) aufgeführte Wirklichkeiten beinhaltet.

Die Ablehnung des Antrages wird nur dem Antragssteller zugestellt.

Wenn das Gericht über Genehmigung des Ausgleichens beschließt, dann

- a) ernennt es den Verwalter von der in ein besonderen Teil des Verzeichnisses eingeschriebenen Personen, für dessen Rechte und Pflichte angemessen die Bestimmungen über den Verwalter der Konkursmasse gelten,
- b) anordnet es die Ausgleichsverhandlung spätestens innerhalb von 6 Wochen ab der Aufhängung des Beschlusses an der Amtstafel des Gerichtes,

- c) fordert es die Gläubiger auf, ihre Ansprüche schriftlich oder mündlich in das Protokoll innerhalb von vier Wochen ab dem Tage der Aufhängung anzumelden,
- d) entscheidet es über Maßnahmen, die zur Sicherstellung des Schuldners notwendig sind.

Dieser Beschluß über Genehmigung des Ausgleichens wird dem Schuldner, Verwalter, den bekannten Gläubigern und den Steuerorganen zugestellt. Den Gläubigern wird auch gleichzeitig die Gleichschrift des Verzeichnisses über das Eigentum des Schuldners und die Übersicht des Eigentumstandes des Schuldners zugestellt. Das Gericht ist verpflichtet den Beschluß den mit der Evidenz der Immobilien beauftragten Organen, sowie Organen, die Handels, oder andere Register führen, falls in ihnen der Schuldner eingetragen ist, mitzuteilen. Ist gegen dem Schuldner Exekution auf seine Immobilie, verlegt es in zugehörigen Akten die Gleichschrift des Beschlusses.

Die Gläubiger und der Schuldner können innerhalb von 15 Tagen nach der Zustellung vorschlagen, einen anderen Verwalter zu ernennen. Der Verwalter kann seine Ernennung ablehnen. Gegen dem Beschluß, durch den das Ausgleichen genehmigt wurde, können Gläubiger, deren Forderungen kein Vorzugsrecht haben, Einspruch erheben. Gegen die Ablehnung des Antrags auf Ausgleichen kann jedoch nur der Schuldner den Einspruch erheben.

Die Genehmigung des Ausgleichens hat nach dem § 52 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen folgende Auswirkungen:

- a) Der Schuldner darf nicht selbstständig Rechtshandlungen durchführen, durch die die Interessen der Gläubiger verkürzt würden. Der Ausgleichsverwalter ist berechtigt Rechtshandlungen des Schuldner zu bestimmen, zu denen seine Genehmigung notwendig wird, und kann sich vorbehalten, daß er statt des Schuldners Zahlungen annehmen und leisten oder andere Pflichten erfüllen wird.
- b) Das Gericht kann dem Schuldner anordnen, bestimmte Rechtshandlungen überhaupt nicht oder nur mit vorherigen Zustimmung des Ausgleichsverwalters zu tun. Es kann über andere zur Sicherstellung des Eigentums des Schuldners notwendige Maßnahmen entscheiden.
- c) Die den Bestimmungen unter a) und b) widersprechende Rechtshandlungen sind gegenüber den Gläubigern unwirksam.
- d) Der Schuldner kann nicht während des Ausgleichens die Konkursöffnung anmelden
- e) Die Gläubiger können nicht auf das Eigentum des Schuldners das Konkurs anmelden, auch nicht Exekution der Forderungen führen, die keinen Vorzug haben.
- f) Bei den in das Ausgleichen miteinbezogenen Forderungen entstehen Auswirkungen durch Anerkennung der Forderung vom Schuldner.

Forderungen der Gläubiger, die vom Gericht aufgefordert wurden ihre Ansprüche anzumelden, oder die von dem Ausgleichsverfahren wußten, erlöschen, falls sie nicht während der vom Gericht bestimmten Frist nichtangemeldet wurden.

Bei dem Ausgleichen wird für Gläubiger jeder gehalten, der aufgrund der Aufforderung des Gerichtes sein Anspruch anmeldet. Die Art, Reihenfolge und der Maß der Befriedigung der Forderung wird erst im bestätigten Ausgleichen bestimmt, falls ihre Befriedigung außerhalb des Ausgleichens nicht möglich war. Von dem Ausgleichen sind Zinsen einschließlich Verzugszinsen ab dem Tag, an dem die Genehmigung des Ausgleichens rechtskräftig wurde, und das Recht auf sie erlöscht am Tag, an dem der Beschluß über Genehmigung des Ausgleichens rechtskräftig wurde

Das Recht auf Vorzugsbefriedigung im Ausgleichen haben:

- a) die die Ausgleichenskosten betreffende Forderungen
- b) Forderungen aus der Rechtshandlungen des Schuldners, oder des statt des Schuldners handelnden Verwalters (§ 52 Absatz 2 a) und b)) und Anspruch auf Belohnung und Ersatzkosten,
- c) Steuer, Gebühren, Zoll und Abgaben der Sozialversicherung, wenn sie frühestens drei Jahre vor der Genehmigung des Ausgleichens entstanden, falls sie nicht durch durch das Pfandrecht belastete Gegenstände nicht befriedigt werden,
- d) alle die aus dem arbeitsrechtlichen Verhältnis folgende Forderungen, falls sie nicht die Ansprüche der letzten drei Jahre vor der Genehmigung des Ausgleichens übersteigen.

Wichtige Bestimmung beinhaltet § 55 des Gesetzes über Konkurs und Ausgleichen, wo die Pflicht des unteilbaren Mitbesitzers beinhaltet ist, der den Antrag auf Ausgleichen unterschrieben hat, zu ertragen, daß zum Zwecke des Ausgleichens das gesamte Eigentum des unteilbaren Mitbesitzers der Eheleute verwendet wird. Diese Pflicht besteht, auch wenn nach der Antragstellung zum Erlöschen oder zur Aufhebung des unteilbaren Mitbesitzes kam. Durch den Tod des unterschriebenen unteilbaren Mitbesitzers erlöscht diese Pflicht.

Für unbeglichen hält man auch den unteilbaren Mitbesitz der Eheleute, der durch Vereinbarung zwischen beiden Mitbesitzern in den letzten sechs Monaten vor der Antragstellung beglichen wurde.

Das Gerichtsverfahren über Begleichung des unteilbaren Mitbesitzes der Eheleute, die nicht vor der Antragsstellung auf Ausgleichen beendet wurde, kann nach der Antragsstellung auf Ausgleichen nur durch den Beschluß des Gerichtes beendet werden. Ab der Antragsstellung auf Ausgleichen bis zur Beendigung oder Aufhebung des Verfahrens läuft die Frist nicht nach der besonderen Vorschrift, die § 149 Absatz 4 des Bürgergesetzbuches im Wortlaut der letzten Novelle ist.

3.3. Die Ausgleichsverhandlung

Die Gläubiger müssen ihre Ansprüche schriftlich oder mündlich in das Protokoll innerhalb von vier Wochen ab dem Tage der Aufhängung an der Amtstafel anmelden. In der Anmeldung muß man die Höhe und den rechtlichen Grund der Entstehung der Forderung aufführen, gegebenenfalls auch die Bezeichnung des Gerichtes, bei dem die Forderung schon eingebracht wurde. Forderungen müssen auch die Vorzugsgläubiger anmelden.

Zur eingetroffenen Anmeldungen holt sich die Stellungnahme des Schuldners ein, falls er die einzelnen Forderungen anerkennt. Das Gesetz setzt auch die Pflichte des Ausgleichsverwalters und des Gerichtes fest, bestimmt die Weise der Aufstellung der Forderungen und setzt den Vorgang fest, wie die Stellungnahme der Gläubiger aufgezeichnet werden. Bei der Ausgleichsverhandlung stellt das Gericht fest, welche Gläubiger bereitwillig sind den Antrag auf Ausgleichen anzunehmen.

Gläubiger, die ihre Forderungen rechtzeitig anmeldeten, sind auch vor der Ausgleichsverhandlung berechtigt Anträge und Erklärungen zu stellen, sowie über das Ausgleichen abzustimmen. Auf die verspätete Anmeldungen wird bei der Ausgleichsverhandlung nur dann Hinsicht genommen, falls es möglich ist sie ohne überflüssige Verlegung zu überprüfen.

Bei der Ausgleichsverhandlung stellt das Gericht fest, welche Gläubiger bereit sind den Antrag auf Ausgleichen anzunehmen. Über das Wahlrecht gilt ähnlich die Bestimmung § 38 ("Voraussetzung der Genehmigung des Zwangsausgleichens ist Zustimmung der Mehrheit der auf der Verhandlung anwesende oder vertretete Konkursgläubiger, die ihre Forderungen rechtzeitig angemeldet haben und deren Stimmen mehr als drei Viertel allen angemeldeten Forderungen") mit folgenden Abweichungen:

- a) An der Ausgleichsverhandlung muß sich der Schuldner persönlich teilnehmen. Nach der Eröffnung der Verhandlung kann er den Antrag auf Ausgleichen nicht zurückziehen oder ihn zum Nachteil der Gläubiger ändern. Falls er nicht ohne Entschuldigung oder seine Entschuldigung nicht vom Gericht anerkannt wurde antrifft, hält das Gericht das Verfahren an.
- b) Die Gläubiger des Schuldners sind nicht verpflichtet persönlich zu erscheinen. Abstimmen über Genehmigung des Ausgleichens können nur persönlich anwesende oder vertretene Gläubiger
- c) Das Wahlrecht gehört nur denjenigen Gläubigern, die durch das Ausgleichen ein Eigentumsverlust erlitten haben
- d) Getrennte Gläubiger (§ 28) stimmen nur für den Teil der Forderung, die nicht durch das Recht auf getrennte Befriedigung gedeckt wird
- e) Gläubiger mit Vorzugsrecht und Gläubiger, deren Wahlrecht vom Verwalter oder von anderem Gläubiger bestritten wurde, haben kein Wahlrecht

f) Kein Wahlrecht haben sogar Gläubiger, die Forderung von dem Schuldner durch Zession in der Zeit erworben, als der Schuldner schon im Verfall war.

Bei dem Ausgleichsverfahren kann zur Bestreitung der Forderung, was die Höhe oder Richtigkeit anbelangt, durch den Schuldner, den Verwalter oder durch den zur Wahl berechtigten Gläubiger kommen. Die Bestreitung hat folgende Auswirkungen:

- a) Falls die Forderung der Schuldner bestritten, muß das Gericht nach dem Anhören der Teilnehmer auf Antrag des Gläubigers anordnen, daß der zur bestrittenen Forderung zugehöriger Betrag durch Deponierung in die Aufbewahrungsstelle des Gerichtes sichergestellt wird. Gleichzeitig verordnet es dem Gläubiger der bestrittenen Forderung eine Frist zur ihren Durchsetzung mit dem Hinweis, daß den sichergestellten Betrag zum Vorteil des Schuldners freimacht, falls die Frist ungenügend wird. Die Bestreitung der Forderung vom Schuldner hat zur Folge, daß man für sie keine Exekution aufgrund des vom Gericht bestätigten Ausgleichens führen kann, falls jedoch die bestrittene Forderung ausführbar, kommt es auf den Schuldner an, ob er seine Rechte nach der Bestimmungen der bürgergerichtlichen Ordnung (siehe § 80 c) und § 268 der bürgergerichtlichen Ordnung) zur Geltung bringt.
- b) Falls die Forderung der Verwalter bestritten kann man nicht für sie Exekution aufgrund des vom Gericht bestätigten Ausgleichens führen.
- c) Die Bestreitung der Forderung von anderem Gläubiger bleibt ohne Auswirkung auf Ausgleichen.

Das Gericht bestätigt das Ausgleichen durch den Beschluß unter der Voraussetzung, daß folgende Bedingungen erfüllt sind:

- a) Ansprüche der zur Forderung nach der Ausschließung der Sachen berechnete Personen, Ansprüche der Gläubiger und Ansprüche auf Unterhaltsbeitrag sind durch das Ausgleichen nicht angetastet,
- b) Vorzugsforderungen sind bezahlt oder ist ihre Bezahlung gesichert,
- c) Gläubiger anderen Forderungen sind mit gleichem Maß befriedigt, falls sie nicht damit einverstanden sind, daß einer vorzüglich befriedigt wird,
- d) falls kein besonderer Vorteil dem einen Gläubiger der selben Reihenfolge gewährleistet wird, wenn es nicht um den im vorherigen Absatz c) erwähnten Vorteil geht,
- e) falls keine Rechte der Gläubiger gegenüber den Mitschuldern und Garanten des Schuldners angetastet sind, außerdem, daß mit diesem die Gläubiger ausdrücklich einverstanden wären.

Nach dem Inkrafttreten der Rechtskraft wird durch den Beschluß, durch das das Ausgleichen bestätigt wurde, das Ausgleichen ausführbar. Bei der Bestätigung des Ausgleichens vom Gericht wird ähnlich wie beim Zwangsausgleichen vorgegangen. Wenn der Schuldner vor dem Beschluß über Bestätigung des Ausgleichens stirbt, kann das Gericht das Ausgleichen nur dann bestätigen, falls die berechtigten Erben des Schuldners spätestens bei der Ausgleichsverhandlung erklären, daß sie mit dem

benutzten Ausgleich einverstehen sind. Sonst stellt das Gericht das Ausgleich ein.

Gibt es keine Gründe dafür, daß das Ausgleich erlaubt würde oder wenn einem der Gläubiger besondere Vorteile gewährleistet wurden oder wenn nach 30 Tagen ab der Annahme des Ausgleichs die Kosten des Verfahrens nicht bezahlt wurden oder ihrer Ersatz nicht gesichert wurde, auch wenn der Schuldner dazu auf vorgeschriebenen Weise aufgefordert wurde, lehnt das Gericht ab das Ausgleich zu bestätigen.

Von seiner freien Überlegung hängt der Beschluß über Ablehnung des Antrages auf Ausgleich ab, falls die für den Schuldner aus dem angenommenen Ausgleich folgende Vorteile im großen Widerspruch mit seinen ermittelten wirtschaftlichen Verhältnissen stehen oder falls es nicht möglich ist genügende Übersicht von den wirtschaftlichen Verhältnissen zu bekommen, vor allem deshalb, weil er nicht ordentlich Buchhaltung geführt hat oder falls angenommenes Ausgleich im grundlegenden Widerspruch zur gemeinsamen Interesse der Gläubiger steht.

Gegen diesen Bestätigungsbeschluß können ein Einspruch nur diejenigen Gläubiger erheben, die ausdrücklich die Zustimmung zum Ausgleich nicht gaben, weiter Garanten und Mitschuldner des Schuldners. Gegen dem Ablehnungsbeschluß können den Einspruch der Schuldner und die Gläubiger erheben, die ihre Zustimmung zum Ausgleich ausdrückten, und das in der Frist von 15 Tagen.

3.4. Auswirkungen des Ausgleichs

In dem Fall, daß der Beschluß über Bestätigung des Ausgleichs rechtskräftig wurde und der Schuldner völlig und rechtzeitig seine Pflichte nach ihm erfüllt, erlöscht seine Pflicht den Gläubigern Teil der Verpflichtungen zu erfüllen, zu deren Erfüllung er nicht nach dem Inhalt des Ausgleichs verpflichtet wurde, und das auch, falls sie gegen die Annahme des Ausgleichs wählten oder sich an der Wahl nicht beteiligten. Durch die Bestätigung des Ausgleichs bleiben die Rechte gegenüber den Mitschuldnern und Garanten des Schuldners nicht angetastet, falls sie auf diese Rechte ausdrücklich nicht verzichten. Wurde auf das Eigentum des Schuldners der Konkurs eher eröffnet, als die aus dem Ausgleich folgende Pflichte des Schuldners völlig erfüllt wurden, werden Forderungen der Gläubiger des Konkurs für zu dem Betrag, der ihnen nach dem Ausgleich tatsächlich ausbezahlt wurde, für befriedigt gehalten. Aufgrund des rechtskräftigen Beschlusses über Bestätigung des Ausgleichs, kann man für in das Verzeichnis der Anmeldungen eingeschriebene Forderung Exekution führen, mit Ausnahme der Fällen der Bestreitung der Forderungen vom Schuldner oder Verwalter. Durch die Exekution können gegenüber dem Schuldner auch die Kosten des Verfahrens ermahnt werden, die im Ausgleich bestimmt wurden, falls sie nicht innerhalb der bestimmten Frist bezahlt oder gesichert wurden.

In dem Fall, daß das vom Gericht bestätigte Ausgleich nicht erfüllt wurde, obwohl der Schuldner vom Gläubiger durch ein Einschreibbrief mit Gewährleistung

einer mindestens 8 tägigen Frist zur zusätzlichen Erfüllung ermahnt wurde, werden alle die im Ausgleich dem Schuldner angebotene Ermäßigungen und andere Vorteile bei allen Gläubigern unwirksam. Die durch Ausgleich geleistete Rechte gegenüber anderen Personen bleiben jedoch erhalten.

Das Gesetz über Konkurs und Ausgleich genau bestimmt die Auswirkungen der betrügerischen Handlung, gegebenfalls das Begehen einer vorsätzlichen Straftat des Schuldners. Bei betrügerischen Handlung kann der Gläubiger in der Frist von drei Jahren ab den rechtskräftigen Beschluß über die Bestätigung des Ausgleichs beim Gericht seinen Anspruch auf volle Befriedigung seinen Forderungen oder auf Erklärung des besonderen Vorteils für unwirksam zur Geltung bringen. Wurde der Schuldner innerhalb von drei Jahren nach der Bestätigung des Ausgleichs rechtskräftig für vorsätzliche Straftat verurteilt, durch die er Ausgleich erreichte oder durch die er seinen Gläubiger schädigte, wird das Ausgleich unwirksam und die Gläubiger können ohne Weiteres die Befriedigung ihrer Ansprüche fordern. Ungültigkeit des Ausgleichs tastet ihre Rechte nicht an, die für sie aus dem Ausgleich entstanden.

Das Gericht hält das Ausgleich ein:

- a) falls der Schuldner seinen Antrag auf Ausgleich vor der Ausgleichsverhandlung zurücknimmt, oder falls der Antrag des Gläubigers nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Erlaubnis des Ausgleichs (diese Frist kann das Gericht angemessen verlängern, wenn es um Ausgleich eines wirtschaftlich bedeutenden Betriebes geht und wenn die Verlängerung der Frist die öffentliche Interesse erfordert) angenommen wird,
- b) wurde der Beschluß rechtskräftig, durch den die Bestätigung des Ausgleichs abgelehnt wurde,
- c) falls alle Erben des Schuldners spätestens bei der Ausgleichsverhandlung nicht erklären, daß sie mit dem angebotenen Ausgleich einverstanden sind (§ 60 Absatz 2).

Der Beschluß über das Anhalten des Ausgleichs wird an der Amstafel des Gerichtes und auf anderer geeigneten Weise veröffentlicht. Das Gericht teilt gleichzeitig das Anhalten des Ausgleichs den mit der Evidenz der Immobilien beauftragten und den Handelsregister führenden Organen mit.

Das Gericht erklärt das Ausgleich durch Beschluß für beendet, sobald der Beschluß über bestätigtes Ausgleich rechtskräftig wurde. Dieser Beschluß wird den Teilnehmern nicht zugestellt und gibt gegen ihm keinen Berechtigungsmittel.

Nach dem Anhalten des Verfahrens oder nach seiner Beendigung entscheidet das Gericht durch ein Beschluß über die Belohnung des Verwalters und seine Ausgaben und stellt den Beschluß dem Schuldner und dem Verwalter zu. Wenn es innerhalb von 15 Tagen nach dem Anhalten des Verfahrens zur Konkursöffnung kommt, bilden

die Kosten des Ausgleichens einen Teil der Konkurskosten.

* * *

S U M M A R Y

Konkursní a vyrovnací řízení v České republice

Publikace rozebírá hlavní myšlenky současné právní úpravy konkursního a vyrovnacího řízení, jež je zakotvena v zákoně č. 328/1991 Sb. ze dne 11. července 1991, který byl novelizován zákonem č. 471/1992 Sb. z 9. října 1992 (první novela) a zákonem České republiky č. 122/1993 Sb. z 25. března 1993 (druhá novela). Ve Slovenské republice byl federální konkursní zákon novelizován zákonem č. 91/1993 Zb. z 26. března 1993 a zákonem č. 122/1993 z 19. května 1993.

Zákon o konkursu a vyrovnání je systematicky strukturován do čtyř částí. V první (§§ 1 – 3) je vymezen účel zákona, vymezeny pojmy atd. Druhá část je věnována konkursnímu řízení (§§ 4 – 45). Třetí část obsahuje právní úpravu vyrovnacího řízení (§§ 46 – 52). Poslední čtvrtá část zahrnuje společná, přechodná a závěrečná ustanovení.

Zákon o konkursu a vyrovnání je doplněn vyhláškou ministerstva spravedlnosti České republiky č. 476/1991 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení uvedeného zákona. Vyhláška byla novelizována a doplněna vyhláškou č. 37/1992 Sb. a vyhláškou č. 583/1992 Sb.

Hovoříme-li o komplexní právní úpravě konkursního a vyrovnacího řízení neměli bychom zapomenout i na jednací řád pro okresní a krajské soudy, jenž byl publikován ve formě vyhlášky ministerstva spravedlnosti České republiky č. 37/1992 Sb. ze dne 23. prosince 1991 dnes platné ve znění vyhlášky č. 584/1992 Sb., kde je konkursnímu řízení věnována šestá část.

Účinný důkaz v trestním řízení de lege lata

Alexander NETT

Úvodem

Otázkám účinnosti důkazů je věnována v odborné literatuře pozornost především v souvislosti s problematikou dokazování. Jedná se o práce našich předních trestněprávních odborníků, ať již monografií či časopiseckých článků. Císařová, D. Aktuální problémy dokazování v trestním řízení, 1975, UK Praha, Mathern, V. Dokazovanie v čs. trestnom procese, 1984, Obzor, Bratislava, Repík, B. Procesní důsledky porušení předpisů o dokazování v trestním řízení, Bulletin advokacie, 1984, Musil, J. Nezákonné důkazy v trestním řízení, Československá kriminalistika, 1992, č. 4. Ze starší literatury lze připomenout učebnice trestního řízení Růžek, A. Československé trestní řízení, Panorama, Praha 1982 či Kalláb, J. Učebnice trestního řízení, Právník, 1930, Praha.

Ke škodě věci se však česká trestněprávní teorie zabývá účinností důkazů pouze okrajově.

Pokud se týká zahraniční literatury lze konstatovat, že této problematice je věnována výrazně větší pozornost¹.

Zásadní význam mají též rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva a Evropského soudu pro lidská práva, která jsou přijímána na základě Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, zejména pak čl. 6. Signatářem Úmluvy je i Česká republika. I když Úmluva neřeší přímo otázku přípustnosti důkazů a ponechává ji na vnitrostátní právu, je však nutno zdůraznit, že rozhodovací činnost obou orgánů může být v jistém směru inspirativní i pro řešení vnitrostátní právní úpravy.

Jako pramen poznání nelze také pominout soudní praxi, tedy přístupy uplatňované především Nejvyššími soudy v České republice.

Cílem tohoto příspěvku je poskytnout širší odborné veřejnosti základní přehled o problematice účinnosti důkazů v trestním řízení, a to na základě poznatků shro-

¹Baumann, R. Brenner, H. Die strafprozessuellen Beweisverbote Grudfalle, Richard Booberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover 1991, s. 176 Debbasch, CH. Beweisverfahren und Beweisrecht, Berlin, Duncker u. Humboldt, 1992, s. 107

mážděných z české odborné literatury, a především rozhodovací praxe Nejvyšších soudů České republiky.

Autor provedl průzkum zaměřený na poznání posuzování otázek účinnosti důkazů soudní praxí. Za tím účelem analyzoval soubor judikátů za léta 1974 až 1994².

1. Účinný důkaz de lege lata

Trestní řád stanoví požadavek provedení důkazu v trestním řízení v souladu se způsobem a za podmínek, jež podrobně upravuje. Předpisy o provádění důkazů jsou různé povahy. Zákon ani výslovně nestanoví jejich účel a význam. Z tohoto faktu pramení především problémy při stanovení důsledků porušení předpisů o provádění dokazování. A. Růžek v této souvislosti uvádí, že problém spočívá především v tom, že zákon ani neuvádí, které ustanovení o provádění dokazování považuje za zvlášť významné, podstatné a jehož porušení má za následek neúčinnost důkazu³.

Pro trestní řízení platná zásada oficiality požaduje, aby procesní dokazování plnilo dvě funkce. První je vyhledávání skutečností důležitých pro rozhodnutí v trestním řízení, druhá představuje jejich verifikaci způsobem, jež stanoví příslušný procesní předpis.

Pro orgán činný v trestním řízení je důležitá jeho vlastní procesní činnost, jejímž prostřednictvím přímo poznává určité skutečnosti. Příkladem je ohledání místa činu. Vedle toho poznává další skutečnosti zprostředkovaně, např. informace získané prostřednictvím výsledku svědka či obviněného.

J. Fiala uvádí, že znakem pro vymezení pojmu procesního důkazního prostředku je tedy to, že důkazní prostředek má sloužit orgánu činnému v trestním řízení k poznání určité skutečnosti. Proto je procesním důkazním prostředkem orgánu jeho vlastní procesní činnost při provádění procesního dokazování⁴.

Přímé poznatky, které orgán získává nebo může získat svou činností při procesním dokazování nazýváme procesním důkazem. Jsou tedy procesním důkazem výsledky získané ohledáním, obsah výpovědi slyšených osob, obsah listin. Mezi důkazním prostředkem a důkazem je rozdíl formy a obsahu.

Výsledek získaný procesním dokazováním je důkazem v procesním smyslu, a to i tehdy, byl-li získán nezákonným způsobem. Otázka zákonnosti důkazu je otázkou především hodnocení důkazu. V tomto směru je třeba zdůraznit, že předmětem procesního dokazování jsou vždy určité skutečnosti, nikoliv právo.

Cílem získávání procesního důkazu je především jeho hodnocení. Hodnocení důkazu je prováděno v několika rovinách, resp. hledisek. *Důkazy je třeba hodnotit z hlediska závažnosti, pravdivosti a skutečnosti, zda byl získán dovoleným způsobem.*

²Nett, A. K problematice účinnosti důkazů v trestním řízení (předáno k publikaci), PF MU Brno, 1995

³Růžek, A. K některým důsledkům porušení předepsaného procesního postupu, Socialistické soudnictví 1966, č. 5

⁴Fiala, J. Pojem důkazu ve smyslu procesním, Stát a právo 1967, č. 13, s. 22

Způsob získání a provedení důkazu je určován právními předpisy. Není tomu tak vždy. V zásadě je možno si představit situaci, kdy proces získání důkazu není právně upraven, zatímco proces jeho provádění ano. Pro trestní proces je typické, že způsob získání důkazu není právně upraven.

Zákonnost představuje hodnotové hledisko důkazu. J. Fiala v této souvislosti uvádí, že zákonnost důkazu je jeho hodnotou⁵. Poruší-li orgán provádějící dokazování předpisy platné pro dokazování, je důkaz nezákonný. Nezákonnost však nemá vždy stejné účinky. Výpověď v kterémkoliv řízení se považuje za nezákonnou byla-li vynucena jinak, než zákonem stanoveným postupem. Je tedy právně neúčinná. Absolutní neúčinností je stížena výpověď obviněného získaná fyzickým či psychickým donucením, rovněž i výpověď prováděná pomocí použití klamavých nebo nepravdivých okolností předstíraných ze strany orgánu činného v trestním řízení (§ 92 odst. 3 tr. ř.).

Další kategorií jsou nezákonné důkazy, kdy nezákonnost nedosahuje takového stupně. Jedná se o případy, kdy nezákonnost může být v dalším řízení odstraněna. Jedná se například o výslech osob u nichž se požaduje splnění dalších podmínek (§ 99 tr. ř.). Důkaz provedený bez souhlasu těchto osob je neúčinný, ale pouze relativně, neboť oprávněná osoba může svým projevem souhlasu tuto neúčinnost odstranit.

Třetí skupinu představují důkazy, při jejichž provádění došlo sice k nezákonnosti, avšak jedná se o porušení méně závažné. Příkladem může být neúplné zjištění totožnosti svědka. Takový důkaz je sice vadný, ale vada nedosahuje takového stupně, aby došlo k ohrožení či porušení účelu sledovanému v procesních pravidlech upravujících výslech svědka.

Je věcí výkladu dovodit jaké důsledky má ta či ona nezákonnost toho kterého důkazu. Z hlediska bytí nezákonný důkaz existuje. Z hlediska jeho právní relevance je buď absolutně či relativně neúčinný nebo je účinný.

Novelou trestního řádu provedenou zákonem č. 178/1990 Sb. byla poprvé od roku 1950 v našem trestním řádu řešena problematika účinnosti důkazů v trestním řízení de lege lata. Stalo se tak doplněním ust. § 89 odst. 3 tr. ř. podle něhož důkaz získaný nezákonným donucením nebo hrozbou takového donucení nesmí být použit v řízení. Výjimečně jej však lze použít, a to proti osobě, která takového donucení nebo hrozby donucení použila.

K doplnění tohoto ustanovení došlo v souvislosti s převzetím závazku našeho státu z Úmluvy proti mučení a jinému nelidskému, či ponižujícímu zacházení nebo trestání.

Věnujme nyní tomuto ustanovení několik poznámek, neboť jeho výklad může být v jistém směru problematický.

Teorie důkazů rozlišuje následující fáze dokazování vyhledání (tj. vypátrání, resp. zjištění existence důkazu), opatření, provedení a procesní zajištění a hodnocení důkazu. B. Repík zdůrazňuje, že v trestním řízení je nutno přísně rozlišovat fázi

⁵tamtéž, s. 26

vyhledávání a fázi opatření důkazu, neboť tyto fáze jsou zřetelně rozlišeny pokud jde o subjekty, jež je provádějí i pokud jde o formy řízení jimiž se uskutečňují. Je třeba je rozlišovat i z hlediska jejich zákonnosti. Vyhledání důkazu může být zákonné, jeho opatření nezákonné a naopak. Procesní důsledky porušení zákona nejsou v obou případech stejné⁶.

Vyhledávání důkazů se děje před i v průběhu trestního stíhání neprocesními prostředky. Soud se zpravidla ani nedozví způsob, jakým byla existence důkazu vypátrána. *Zákonnost vyhledávání důkazu podléhá kontrole pouze tehdy, jestliže byl důkaz vypátrán procesními úkony v rámci trestního stíhání.*

Hodnocení z hlediska zákonnosti podléhá sice celý proces dokazování, ale pouze tehdy, když se celý uskutečňuje procesním postupem.

Za této situace se jeví dopad ustanovení § 89 odst. 3 problematicky. Jeho prostřednictvím by byly pod sankcí neúčinnosti pouze důkazy u nichž lze zákonnost dokazování přezkoumat, tj. pokud celý proces dokazování se uskutečňuje procesními úkony. Pokud by se především vyhledání důkazu neuskutečnilo procesním postupem, pak by nemohla být zkoumána otázka zákonnosti vyhledání důkazu. Naše teorie se k takovému názoru přiklání⁷.

Za této situace pak lze dospět k jednoznačnému závěru, že nezákonného donucení nebo hrozby donucení se ve smyslu ust. § 89 odst. 3 může dopustit pouze orgán činný v trestním řízení, neboť ten jediný je oprávněný k provádění procesní činnosti, která je předmětem zkoumání z hlediska zákonnosti.

Z podaného vyplývá, že prostřednictvím ust. § 89 odst. 3 nelze řešit situace, kdy vyhledání důkazu neprobíhalo v procesní formě a v jeho průběhu došlo k použití hrozby donucení či donucení. Příkladem může být použití nezákonného donucení jinými orgány, než orgány činnými v trestním řízení, jehož prostřednictvím pak občan sdělí úkryt kořisti, o němž se dověděl od pachatele trestného činu.

S pomocí ust. § 89 odst. 3 rovněž nelze řešit případy, kdy se nezákonného donucení dopustí občan s cílem opatřit věc, jež bude použita jako důkaz.

Jaký je tedy přínos tohoto zákonného ustanovení? Podle našeho názoru tu existuje několik nesporně pozitivních faktorů.

Předně se jedná o splnění smluvního závazku z mezinárodní smlouvy. Dalším nepochybným pozitivem je skutečnost, že je tu jednoznačně vyjádřen záměr zákonodárce stanovit podmínky, za nichž lze důkaz považovat za absolutně neúčinný. Podmínkou absolutní neúčinnosti je existence nezákonného donucení nebo hrozby takového donucení. V zásadě se vždy musí jednat o působení na živou osobu, a to psychickým či fyzickým nátlakem.

Dalším nesporným pozitivem je fakt, že prostřednictvím tohoto ustanovení se zajišťuje též právo na spravedlivý proces.

⁶Repík, B. Procesní důsledky porušení předpisů o dokazování v trestním řízení, Bulletin advokacie, 1982, s. 127

⁷viz odkaz pod č. 3, s. 230

Stanovením podmínek použitelnosti neúčinného důkazu proti osobě, jež hrozbu donucení či donucení použila, vytváří příznivé předpoklady pro uplatnění trestní odpovědnosti.

Výkladem a contrario lze dále dospět k závěru, že nezákonné donucení či hrozba takového donucení představuje veškeré formy donucení mimo ty, jež připouští jako dovolené trestní řád. Jinými slovy. Každé jiné, než v zákoně předvídané donucení, lze ve smyslu ust. § 89 odst. 3 považovat za nezákonné. Intenzita, resp. stupeň donucení pak není právně relevantní okolností při úvahách o aplikaci tohoto ustanovení. Z faktu, že tu vedle sebe vystupuje hrozba nezákonného donucení a nezákonné donucení jako dvě rovnocenné skutečnosti mající za následek neúčinnost důkazů plně svědčí tomuto závěru.

V judikatuře se aplikace ust. § 89 odst. 3 dosud neprojevila⁸.

Z podaného je zřejmé, že uvedené zákonné ustanovení lze v souhrnu hodnotit pozitivně, neboť poprvé stanovilo kritéria absolutní neúčinnosti důkazů. Je však třeba připomenout, že nepostihuje všechny situace, které mají za následek absolutní neúčinnost důkazů. Lze mít výhrady k dosahu tohoto ustanovení pokud se týká řešení situací, kdy k donucení či hrozbě donucení došlo ve fázi vyhledání důkazů, které nebylo provedeno za pomoci procesních předpisů.

Vzhledem k tomu, že ust. § 89 odst. 3 úzce souvisí především s výsledky, považujeme za vhodné blíže se zabývat dopadem tohoto ustanovení na řešení některých otázek výsledku svědka a obviněného v trestním řízení.

2. Výslech svědka

Pro výslech svědka stanoví trestní řád základní procesní pravidla:

- a) zjistit totožnost svědka a jeho poměr k obviněnému,
 - b) poučit svědka o právu odepřít výpověď, o zákazu výsledku a povinnosti vypovědět úplnou pravdu a nic nezamlčovat, dále o významu svědecké výpovědi z hlediska obecného zájmu a o trestních následcích křivé výpovědi,
 - c) zjistit poměr svědka k projednávané věci, ke stranám a zjistit skutečnosti významné pro hodnověrnost výpovědi,
 - d) zabezpečit souvislou výpověď a následně kladení otázek,
 - e) zajistit dodržení zákazu sugestivních a kápiciozních otázek.
- sub. a)

Zjištění totožnosti svědka je podstatnou náležitostí tohoto úkonu. Pokud není totožnost zjištěna a není tedy zřejmé, kdo takto vypověděl, nemůže být taková výpověď považována za důkaz. Vyloučit použitelnost důkazu nelze v případě, kdy jsou chybně nebo neúplně uvedena osobní data vyslychané osoby. Za takové situace nelze uvažovat o absolutní neúčinnosti důkazu. Jedná se o vadu odstranitelnou a jejím odstraněním dojde ke konvalidaci, tedy zhojení vady. Výslech lze pak použít

⁸viz odkaz pod č. 2

jako důkazu v trestním řízení. Bez odstranění takové vady by však takový úkon byl taktéž použitelný.

sub. b)

Celý rozsah poučení svědka je nepochybně podstatnou náležitostí svědecké výpovědi. Lze se proto důvodně domnívat, že výpověď učiněná bez poučení nebo po neúplném či nesprávném poučení nelze považovat za důkaz.

Samostatně je pak tato problematika řešena u případů, kdy svědek nebyl řádně poučen o právu odepřít výpověď. Podle ustanovení § 211 tr. ř. může být protokol o výsledku svědka čten v hlavním líčení pouze za předpokladu, že byl svědek před výsledkem řádně poučen o svém právu odepřít výpověď a výslovně prohlásil, že jej nevyužívá. Podle judikátu č. 3/1981 je součástí řádného poučení svědka podle ust. § 101 odst. 1 tr. ř. i poučení o právu odepřít výpověď podle ust. § 100 odst. 1, 2 tr. ř. je označení skutku, jehož se má výpověď týkat a po vznesení obvinění také označení osoby obviněného, v jehož věci má svědek vypovídat. Bez takového poučení nemůže svědek posoudit zda má či nemá právo odepřít výpověď. Jestliže svědek nebyl v přípravném řízení takto řádně poučen a v hlavním líčení odepřel výpověď, nelze tento protokol o jeho výpovědi z přípravného řízení přechíst vzhledem k ustanovení § 211 odst. 3 tr. ř. To platí i tehdy, je-li svědkem osoba uvedená v ust. § 102 tr. ř.

Určitou nejasnost může vzbuzovat absence právní úpravy týkající se poučení o zákazu výslechu. Domníváme se, že opět se jedná o podstatnou náležitost výslechu svědka, neboť jde o součást poučení. Proto absence takového poučení musí nutně způsobit neúčinnost důkazu. Sankce neúčinnosti tu působí nejen ve vztahu k trestnímu řízení, ale má zde patrně i další funkci. Jejím cílem je zabránit dalším formám zveřejnění informací krytých povinnou mlčenlivostí.

A. Růžek v této souvislosti uvádí, že nemožnost použít výpovědi učiněných v rozporu s ust. § 99 a 100 tr. ř. jako důkazu není odůvodněna tím, že by porušením těchto ustanovení byla ohrožena správnost výpovědi, ale je nutná pro zajištění ochrany zájmů, pro které zákon zákaz výpovědi a právo odepřít výpověď stanovil. Orgány činné v trestním řízení, již v důsledku svého pochybení zaviniily porušení těchto ustanovení, jsou povinny přispět samy k nápravě. Jinak to učinit nemohou, než tím, že výpověď nebudou používat jako důkaz⁹.

Podle judikátu č. 9/1985 musí být svědek poučen o právu odepřít výpověď. Musí se k tomuto poučení výslovně vyjádřit a má-li právo odepřít výpověď, musí výslovně prohlásit, zda tohoto práva používá či nikoliv. Obsah jeho vyjádření musí být uveden v protokolu o výsledku. Jedině při splnění těchto podmínek je možno výpovědi svědků, kteří mají právo odepřít výpověď považovat za důkaz, který je v případě potřeby použitelný v hlavním líčení. Nebyl-li takový svědek poučen o tomto právu nebo nevyjádřil-li se výslovně, zda tohoto práva využívá či nikoliv, jde o podstatnou vadu řízení, kterou lze odstranit jen opakováním vadně provedených úkonů.

⁹ viz odkaz pod č. 3, s. 227

Z tohoto rozhodnutí je patrné, že poučení svědka o právu odepřít výpověď, je považováno za podstatnou náležitost výsledku svědka a rovněž, byl to zákon nevadí, je za podstatnou náležitost považováno výslovné prohlášení svědka o využití takového práva. Z rozhodnutí je zřejmé, že je kladena na stejnou úroveň absence poučení i výslovné vyjádření se k poučení. Z toho vyplývá závěr, že toto rozhodnutí klade poměrně přísné požadavky na dodržení této náležitosti výsledku svědka. Vedle řádného poučení požaduje i výslovné vyjádření svědka k jeho právu odepřít výpověď. Pokud tu výslovné vyjádření neexistuje, je to považováno za podstatnou vadu výsledku.

Shodně je tento závěr uveden v judikátu č. 34/1980, podle něhož poučení svědka, který má právo odepřít výpověď, musí obsahovat i označení skutku a osoby, proti které se řízení vede, jinak svědek nemůže posoudit, zda má či nemá právo výpověď odepřít. Protokol o výpovědi svědka musí též obsahovat vyjádření svědka, zda svoje právo využívá či nikoliv. Jestliže tyto podmínky nejsou splněny, výpověď nelze číst k důkazu podle ust. § 211 odst. 3 tr. ř.

Za povšimnutí dále stojí i judikát č. 20/1984, podle něhož ustanovení § 100 odst. 1 tr. ř. o právu odepřít výpověď, nelze obcházet takovým způsobem, že vyšetřovatel, přesto, že svědek oprávněně odepřel výpověď, se ho dotazuje na pohnutky a důvody odepření výpovědi a na skutečnosti, které měly být předmětem výslechu. Takový postup je nepřijatelný a obsah takové výpovědi nelze číst k důkazu.

Opomenutí spočívající v tom, že není ze strany orgánu činného v trestním řízení při provádění výslechu svědka zjištěn poměr svědka k projednávané věci, ke stranám popř. zjištění jiných okolností významných pro zjištění věrohodnosti svědka, nezakládá neúčinnost důkazu.

sub. d)

Porušení povinnosti, že svědek se má k věci vyjádřit nejdříve souvisle a teprve poté mu mají být kladeny otázky, není patrně možné považovat za podstatnou náležitost provedení důkazu. Jedná se v podstatě o procesní pravidlo, jehož porušení nemá vliv na účinnost důkazu. To platí pouze za situace, že procesní postup byl porušen v tom směru, že nejdříve byly kladeny otázky a potom byl svědek požádán o souvislou výpověď a rovněž v případech, kdy tu absentuje buď souvislá výpověď nebo výslech formou kladení otázek. V ostatních případech může dojít porušením tohoto pravidla ke vzniku důkazu, který bude nepoužitelný.

Demonstrativním příkladem může být judikát pod č. 52/I/1977, podle něhož nelze výslech svědka provést takovým způsobem, že orgán činný v trestním řízení dá svědkovi přechíst protokol o výsledku jiného svědka a vyslýchaný svědek do protokolu prohlásí, že tato výpověď má být považována za jeho vlastní. Takové prohlášení nelze považovat za důkaz výsledkem svědka a nelze k němu při rozhodování přihlížet.

Rovněž lze v tomto směru připomenout judikát č. 56/1984, podle něhož „přecítání záznamu předsedu senátu o obsahu telefonického rozhovoru so svedkom nemožno nahradit výslech svědka“.

sub. e)

Zákaz sugestivních a kaptiozních otázek není v zákoně formulován. Požadavek zákazu vyplývá z povahy důkazu. Porušení zákazu lze považovat s ohledem na jeho účel za podstatnou vadu důkazu mající za následek neúčinnost.

Pokud se týká judikatury, nebylo k této problematice v námi sledovaném souboru žádné rozhodnutí vydáno¹⁰.

Vady vzniklé při provádění výslechu svědka je možno v zásadě odstranit opakovaním výslechu, pokud je to objektivně možné. Vyloučené je to v případě např. úmrtí svědka. Při provádění nového výslechu nelze použít informace získané výslechem, který je stížen neúčinností.

Pravidlo o provádění poučení osoby mladší 15 let vyplývající z ust. § 102 odst. 1 tr. ř., podle něhož musí být poučení přiměřené věku, lze považovat za podstatnou náležitost výslechu. Porušení této povinnosti podle našeho názoru činí výpověď neúčinnou.

Jiný názor vyplývá z judikátu č. 11/1/1994.

Vada přípravného řízení záležející v tom, že výslech svědka, jímž byla osoba mladší než patnáct let, byl proveden bez dodržení podmínek stanovených v ust. § 102 odst. 1 tr. ř., není zhojena tím, že tato osoba mezitím dovršila 15 rok věku. Bez odstranění takové vady nemůže být takový důkaz použit před soudem.

Uvedené důsledky však nemá vada přípravného řízení záležející jen v tom, že osobě mladší než 15 let bylo poučení před výslechem svědka dáno ve formě a rozsahu odpovídajícím obecným ustanovením o výslechu svědka a nikoliv podle zvláštního ustanovení pro osoby mladší než 15 let, pokud je z okolností případu zřejmé, že svědkovi bylo v rámci poučení vysvětleno, jaký význam jeho výpověď má a že jeho povinností je poskytnout úplnou a pravdivou výpověď.

Nejčastější způsoby porušení procesních předpisů při výslechu svědka, jež mají za následek neúčinnost důkazu, můžeme shrnout takto:

- a) porušení ustanovení o zákazu výslechu svědka podle ust. § 99 tr. ř.,
- b) zanedbání poučení svědka o oprávnění odmítnout výpověď dle ust. § 100 tr. ř.,
- c) zanedbání poučení svědka o následcích křivé výpovědi dle ust. § 101 odst. 1 tr. ř.,
- d) zanedbání speciálního poučení osob mladších 15 let,
- e) zjevné zkraslování výpovědi svědka prostřednictvím protokolace.

Prvořadým a nezastupitelným cílem poučení svědka je, aby osoba měla zcela jasnou představu o svém postavení v trestním řízení. Současná právní úprava jednoznačně nezakotvila obsah poučení svědka. Podle našeho názoru je to ke škodě věci. Ve starší právní úpravě nalezneme velmi podrobně upravený obsah poučení. Zákon používal termínu přísaha.

¹⁰viz odkaz pod č. 2

Nyní několik poznámek k aplikaci ust. § 89 odst. 3 tr. ř. v souvislosti s problematikou účinnosti svědecké výpovědi.

Zákon v tomto ustanovení používá pojem „nezákonné donucení“ a „donucení“. V zásadě si lze představit různé formy donucení.

Lze rozlišit přímé a nepřímé, fyzické a psychické. Pokud se týká přímého působení, pak představuje určitý nátlak na osobu, jež má podat svědeckou výpověď. Nepřímý nátlak je takový, kdy prostřednictvím osoby či věci je působeno na osobu, která má podat svědeckou výpověď. Nepochybně existuje různá intenzita donucení. Je dána především prostředkem, jímž je donucení působeno, jakož i psychickým a nepochybně též fyzickým stavem osoby na níž je působeno.

Nezákonné donucení je tedy takové, jež zákon nedovoluje, resp. přímo zakazuje.

Vedle toho nezákonné donucení či hrozba takového donucení patrně ne ve všech případech bude naplňovat skutkovou podstatu trestného činu. Intenzita použití nezákonného donucení či hrozby donucení ovšem na druhé straně není právně relevantní okolností ve vztahu k použitelnosti důkazu. Ovšem stupeň nezákonného donucení či hrozby donucení má nepochybně svůj právní význam při úvaze o odpovědnosti osoby, které donucení či hrozbu donucení použila. Může jít o jednání, které nelze trestněprávně postihnout až po takové, jež naplňuje skutkovou podstatu trestného činu (např. vydírání atd.).

Z podaného je zřejmé, že použití donucení či hrozby donucení při získávání důkazu má za následek jeho nepoužitelnost v trestním řízení, a to bez dalšího.

Vzniká tedy otázka, jak zákonné podmínky neúčinnosti důkazu upravené v ust. § 89 odst. 3 tr. ř. přispívají k řešení problému neúčinnosti svědecké výpovědi.

V zásadě si lze představit následující situace:

1. Svědecká výpověď je získána prostřednictvím nezákonného donucení ze strany orgánu činného v trestním řízení a je v důsledku tohoto postupu pravdivá.
2. Svědecká výpověď je získána prostřednictvím hrozby nezákonného donucení ze strany orgánu činného v trestním řízení a je v důsledku tohoto postupu pravdivá.
3. Svědecká výpověď je získána prostřednictvím nezákonného donucení ze strany orgánu činného v trestním řízení a je v důsledku tohoto postupu nepravdivá.
4. Svědecká výpověď je získána prostřednictvím hrozby nezákonného donucení ze strany orgánu činného v trestním řízení a je v důsledku tohoto postupu nepravdivá.

Všechny výše popsané situace lze řešit prostřednictvím ust. § 89 odst. 3 tr. ř. Ve všech případech jsou dány podmínky pro absolutní neúčinnost důkazu.

Další situace lze popsat takto:

1. Svědecká výpověď je ovlivněna pohrůzkou nezákonného donucení ze strany osoby mající zájem na výsledku řízení a v důsledku toho je výpověď pravdivá.
2. Svědecká výpověď je ovlivněna použitím nezákonného donucení ze strany osoby mající zájem na výsledku řízení a v důsledku toho je výpověď pravdivá.

3. Svědecká výpověď je ovlivněna pohružkou nezákonného donucení ze strany osoby mající zájem na výsledku řízení a v důsledku toho je výpověď nepravdivá.
4. Svědecká výpověď je ovlivněna použitím nezákonného donucení ze strany osoby mající zájem na výsledku řízení a v důsledku toho je výpověď nepravdivá.

Tyto výše popsané situace nelze řešit prostřednictvím ust. § 89 odst. 3 tr. ř. Požitelnost takového důkazu zde bude posuzována podle toho, že ve všech případech tu existuje nedostatek svobody vůle osoby, jež svědeckou výpověď podává. Absence svobody vůle je podstatnou náležitostí svědecké výpovědi a proto za této situace je důkaz absolutně neúčinný.

Další problém činí skutečnost, že zákon výslovně nestanoví v případě výslechu svědka zákaz kapcionních a sugestivních otázek. Domníváme se však, že tento zákaz má své opodstatnění i v případě výslechu svědka. Používání kapcionních a sugestivních otázek vede zpravidla k deformaci poznání skutečností, jež jsou předmětem výslechu.

Použití takového postupu představuje podstatnou vadu důkazu. Je však otázkou, zda taková vada působí absolutní neúčinnost důkazu. Přiřkláníme se k závěru, že ano, je-li celý výslech veden tímto způsobem. Pokud jenom část výslechu, pak lze uvažovat o částečné neúčinnosti důkazu. Ke škodě věci jsme ve sledovaném souboru nenalezli k této problematice žádné stanovisko¹¹.

Rovněž nepovažujeme za správné, že zákon neuvádí přesný obsah poučení svědka. Domníváme se, že právě prostřednictvím stanovení obsahu poučení by bylo možno formulovat i mechanismus neúčinnosti důkazu. Absence poučení svědka by činila svědeckou výpověď absolutně neúčinnou. Obdobný přístup byl zvolen v trestním řádu z 23. května 1922 (zák. č. 168/1922 Sb.) podle něhož byla přísaha svědka v hlavním líčení povinná. Její opomenutí zakládalo neplatnost svědecké výpovědi.

3. Výslech obviněného

Po výslech obviněného stanoví trestní řád poměrně přísná procesní pravidla, jejichž účelem je zabezpečit správné provedení tohoto procesního úkonu.

Jedná se o následující požadavky:

- a) K výpovědi či doznání nesmí být obviněný žádným způsobem donucován, při výslechu je nutno šetřit jeho osobnost (§ 91 tr. ř.).
- b) Výslech obviněných je nutno provádět odděleně (§ 91 odst. 2 tr. ř.).
- c) Před prvním výslechem je nutno zjistit osobní data obviněného (§ 92 odst. 1 tr. ř.).
- d) Před prvním výslechem je nutno objasnit obviněnému podstatu obvinění (§ 92 odst. 1 tr. ř.).

¹¹viz odkaz pod č. 2

- e) Obviněnému musí být dána možnost se podrobně vyjádřit, zejména uvést okolnosti, které obvinění zeslabují a nabídnout o nich důkazy (§ 92 odst. 2 tr. ř.).
- f) Otázky mají být kladeny až po skončení souvislé výpovědi k odstranění neúplnosti, nejasnosti a rozporů (§ 92 odst. 3 tr. ř.).
- g) Otázky musí být kladeny jasně a srozumitelně bez předstírání klamavých a nepravdivých okolností, nesmí v nich být naznačeno, jak na ně odpovědět. Jsou zakázány kapcionní a sugestivní otázky (§ 92 odst. 3 tr. ř.).
- h) Obviněnému může být dovoleno, aby dříve, než dá odpověď, nahlédl do písemných poznámek (§ 93 odst. 1 tr. ř.).
- i) Protokol o výpovědi s výjimkou protokolu o hlavním líčení nebo veřejném zasedání musí být obviněnému předložen k přečtení nebo požádá-li o to přečten a obviněný má právo žádat doplnění a opravy v soulase s výpovědí.

sub. a)

V návaznosti na ust. § 89 odst. 3 tr. ř. je zcela nepochybné, že porušení zákazu donucení k výpovědi nebo doznání má za následek absolutní neúčinnost důkazu.

Podle judikátu č. 25/III/1990 provádění výslechu obviněného za záměrně vytvořených okolností výrazně nepříznivě ovlivňujících jeho psychický stav, jako je např. výslech bezprostředně následující po dlouhodobé eskortě obviněného uskutečňovaný po dlouhou dobu i v nočních hodinách za aktivní účasti většího počtu vyslychaných, je nedovoleným nátlakem na obviněného a může být tak podstatnou vadou takového výslechu, že půjde o důkaz absolutně neúčinný.

sub. b)

Porušení ustanovení o odděleném výslechu několika obviněných nelze považovat bez dalšího za tak podstatnou vadu, která by měla za následek neúčinnost důkazů. Za určitých okolností však by se mohlo jednat o prostředek orgánů činných v trestním řízení, směřující k donucení obviněného vypovídat nebo se doznat. Za takové situace by bylo možno uvažovat o posouzení takto získaného důkazu jako neúčinného. Samotné porušení ustanovení o odděleném výslechu obviněných nezakládá neúčinnost důkazu. Teprve za situace, kdy porušení tohoto ustanovení směřuje k donucení, lze považovat takto získaný důkaz za neúčinný.

sub. c)

Požadavek zjištění totožnosti, je nutno považovat za podstatnou náležitost procesního úkonu, výslechu obviněného. Při její absenci je zcela samozřejmé, že je důkaz stížen absolutní neúčinností.

Je otázkou, zda absence některých dat (mimo totožnosti obviněného) týkajících se osoby obviněného, zakládá taktéž neúčinnost důkazu. Jsme toto názoru, že tento problém je nutno řešit s přihlédnutím k významu absentujících dat. Tak např. absence údajů o místě narození není důvodem neúčinnosti důkazu. Absence údajů o příjmení by mohla být považována za stav, kdy nebyla vlastně zjištěna totožnost, zejména za situace, kdy např. vedle toho absentuje údaj o datu narození a rodném čísle.

Podle našeho názoru je třeba vycházet z povahy a rozsahu chybějících dat. Pokud chybějící data mají za následek, že nelze totožnost spolehlivě zjistit, měl by být takový důkaz považován za absolutně neúčinný.

sub. d)

Pokud nebylo obviněnému sděleno obvinění, není tato osoba v procesním postavení obviněného. Proto absenci sdělení obvinění lze považovat za podstatnou vadu výslechu obviněného. Absence takového úkonu by měla mít za následek neúčinnost důkazu. Na podporu tohoto závěru uvádíme judikát č. 42/1990, podle něhož pokud byl obviněný vyslechnut k dalšímu skutku předtím, než bylo pro tento skutek zahájeno trestní stíhání, nelze se po zahájení tohoto trestního stíhání a po vznesení obvinění spokojit s tvrzením obviněného, že v předchozí výpovědi vypovídal pravdivě a že se na tuto výpověď odvolává. Původní výpovědi totiž vzhledem k okolnostem za nichž byla učiněna, nelze před soudem použít, neboť jde o důkaz absolutně neúčinný. Po zahájení trestního stíhání a vznesení obvinění pro další skutek je nutno obviněného znovu vyslechnout v souladu s příslušnými ustanoveními trestního řádu.

sub. e)

Poučení obviněného lze rovněž považovat za podstatnou náležitost výslechu. Proto lze dovést závěr, že absence poučení činí důkaz absolutně neúčinným, rovněž tak chybné poučení. A. Růžek, uvádí, že význam mají nepochybně pouze ty nedostatky, poučení, které se týkají postavení obviněného jako důkazního prostředku a o jeho právech a povinnostech při provádění výslechu¹².

Domníváme se, že povaha poučení, jeho význam a účel je natolik závažný, že nedostatek poučení (úplná či částečná absence, chyba) představuje porušení práv obhajoby.

sub. f)

Porušení ustanovení o způsobu provedení výslechu patrně nelze považovat za závažnou vadu působící neúčinnost důkazu. To platí pouze za situace, že procesní postup byl porušen v tom směru, že nejdříve byly kladeny otázky a potom byl obviněný požádán o souvislou výpověď a rovněž v případech, kdy tu absentuje buď souvislá výpověď nebo výslech formou kladení otázek. V ostatních případech porušení tohoto pravidla může dojít k situaci, kdy bude důkaz neúčinný. Příkladem může být situace, kdy orgán činný v trestním řízení dá obviněnému přecíst výpověď spoluobviněného a obviněný prohlásí, aby tato výpověď byla považována za jeho vlastní.

sub. g)

K porušení tohoto ustanovení lze shodně uvést tytéž závěry jako u písmene f).

sub. h)

Používání kápiciozních a sugestivních otázek je zákonem zakázáno. Porušení takového zákazu lze považovat za podstatnou vadu procesního úkonu vedoucí k neúčinnosti důkazu. Je otázkou, zda půjde jen o částečnou neúčinnost vztahující se k tě

¹²viz odkaz pod č. 3, s. 228

části výslechu, kdy zakázané otázky byly použity nebo úplnou neúčinností. Příkládáme se spíše k názoru, že při porušení zákazu klát kápiciozní a sugestivní otázky ze strany orgánů činného v trestním řízení by měl být procesní úkon jako celek stížen sankcí neúčinnosti. Důvodem tohoto přístupu je především fakt, že porušení zákazu vzbuzuje pochybnosti o správnosti provedení výslechu jako celku.

sub. ch)

Orgán činný v trestním řízení je oprávněn rozhodnout o tom, zda povolí obviněnému nahlížení do poznámek či nikoliv. Vzhledem k této právní konstrukci nelze uvažovat o vadě důkazu.

Zákon akcentuje důkazní význam protokolu, resp. správné protokolace. Správná protokolace je podstatnou zárukou toho, že obsah výpovědi, resp. průběhu výpovědi byl správný. Směrnice o protokolování by měla zabezpečit soulad obsahu protokolu se skutečností. Porušení této směrnice by mohlo vést k neúčinnosti důkazu. Zaujímout zde jednoznačné stanovisko je velmi problematické. Lze mít za to, že pokud není splněn zákonný požadavek předložení výpovědi obviněnému k přečtení, lze to považovat za podstatnou vadu procesního úkonu a takový důkaz je neúčinný. To bez ohledu na fakt, zda je protokol v souladu se skutečností či nikoliv. Růžek A. v tomto směru poznamenává, že ani dodržení předepsaného postupu nevyklučuje, že obsah protokolu neodpovídá tomu, co vyslýchaný vypověděl¹³. S tím lze samozřejmě souhlasit. Podle našeho názoru však námitka obviněného, že protokolace nesouhlasí se skutečností za situace, kdy k porušení procesního postupu upraveného v ust. § 95 odst. 2, 3 tr. ř. nedošlo, nelze považovat za důvod pro neúčinnost důkazu.

Nejčastějšími způsoby porušení procesních předpisů při výslechu obviněného, jež mají za následek neúčinnost důkazu lze shrnout takto:

- zanedbání poučení obviněného,
- porušení zákazu kladení kápiciozních a sugestivních otázek,
- porušení povinnosti sdělit obvinění,
- zjevné zkreslování výpovědi obviněného prostřednictvím protokolace,
- nezákonné donucení obviněného k výpovědi.

Nyní několik poznámek k aplikaci ust. § 89 odst. 3 tr. ř. v souvislosti s problematikou účinnosti výslechu obviněného.

Opět bude vhodné formulovat základní alternativy určitých problémových situací. V zásadě platí to, co bylo řečeno u výslechu svědka s tím, že v případě výslechu obviněného tu má zřejmě ještě zvláštní význam poučení obviněného, jeho možnost nevypovídat či vypovídat nepravdivě a zákaz kápiciozních otázek.

Poučení svědka má vést nejen k objasnění jeho práv a povinností, ale je zde sledován i zájem na pravdivosti výpovědi. U obviněného je nepochybně cílem poučení seznámit ho s obsahem jeho práv a povinností, nicméně zde na rozdíl od svědka poučení nezavazuje k pravdivé výpovědi. Naopak. Obviněnému je dáno ke zvážení, zda se rozhodne vypovídat či nikoliv. Pokud se rozhodne vypovídat, má

¹³viz odkaz pod č. 3, s. 228

zde možnost se rozhodnout, zda vypovídat pravdivě či nepravdivě. Zákonodárce se i v tomto případě vzdává zájmu na zjištění skutkového stavu věci a preferuje zájem na dodržení procesních ustanovení o výsledku obviněného i eticky akceptovatelných metod výslechu a proto jednoznačně zakazuje používání sugestivních a kápiciozních otázek při výslechu obviněného. Činí tak výlučně u obviněného nikoliv u svědků, kde pravdivost jejich výpovědi klade na první místo. Toto řešení se jeví rozumné.

Přesto máme několik připomínek k řešení důsledků použití kápiciozních otázek dle platné právní úpravy. Pokud je v zákoně vysloven zákaz, patrně by bylo lze předpokládat, že zákon vyřeší i důsledky porušení tohoto zákazu. Není tomu tak. Kápiciozní otázky, resp. jejich využití při výslechu může vést k poznání pravdivého stavu věci. Zákonodárce se této možnosti na jedné straně vzdal, ale nedořešil, jak posuzovat fakt, že tento zákaz byl překročen. Patrně by bylo potřebné považovat porušení zákazu za důvod nepoužitelnosti takto získaného důkazu.

Rovněž se přikláním k jednoznačnému řešení důsledků vzniklých v souvislosti s nesprávným poučením obviněného či dokonce jeho absencí. V důsledku takové vady je nepochybně ovlivněno rozhodnutí obviněného, zda vypovídat či nikoliv a dále rozhodnutí obviněného, zda vypovídat pravdu či nikoliv. Toto má pro obviněného velmi závažné důsledky.

V důsledku nesprávného poučení či absence poučení se obviněný rozhodne:

1. nevypovídat, ačkoliv to není v souladu s jeho původním přesvědčením,
2. vypovídat pravdu, ačkoliv to není v souladu s jeho původním přesvědčením,
3. nevypovídat pravdu, ačkoliv to není v souladu s jeho původním přesvědčením,
4. nevypovídat pravdu a současně si svojí výpovědí způsobit trestní stíhání pro trestný čin křivého obvinění, ačkoliv to není v souladu s jeho původním přesvědčením.

Jednoduše vyjádřeno, jde vlastně o jednání obviněného, v omylu.

S ohledem k povaze následků absence či nesprávného poučení obviněného se přikláníme k názoru, aby oba tyto důvody zakládaly absolutní neúčinnost výpovědi obviněného.

4. Úvahy de lege ferenda

Domníváme se, že de lege ferenda by bylo vhodné zvážit přijetí koncepce takové právní úpravy, při níž by šlo o kombinaci obecné zákonné klauzule s kazuistickou úpravou nejzávažnějších a nejtypičtějších případů neúčinnosti důkazů, a to buď u jednotlivého druhu důkazu samostatně, nebo bez ohledu na druh důkazu.

Námi uváděné návrhy vycházejí z požadavku uvést u jednotlivého druhu důkazu nejzávažnější a nejtypičtější důvody neúčinnosti důkazů.

Ustanovení § 89 odst. 3 r. ř. považujeme v jistém slova smyslu právě za onu obecnou zákonnou klauzuli, byť jsme si vědomi jistých omezení jejího dosahu.

Toto ustanovení dopadá pouze na případy, kdy hrozba nezákonného donucení nebo hrozby donucení je použita orgánem činným v trestním řízení v rámci jeho

procesní činnosti. Současně jednoznačně stanoví použitelnost neúčinného důkazu v řízení proti osobě, která se hrozby nezákonného donucení či nezákonného donucení dopustila.

Problém činí případ, kdy vyhledávání neproběhlo v procesní formě. Za této situace je ust. § 89 odst. 3 nepoužitelné. Tyto situace je možno řešit podle povahy věci tak, že hrozba nezákonného donucení či nezákonného donucení může být posouzena jako přestupek nebo trestný čin.

I za této situace lze jednoznačně, a to bez ohledu na skutečnost, zda byl důkaz opatřen jednáním naplňujícím znaky trestného činu nebo přestupku, označit za důkaz neúčinný. Domníváme se, že není pochyb o tom, že se jedná o neúčinnost absolutní.

Zákony ovšem neřeší, zda i tento důkaz lze použít v dalším řízení proti tomu, kdo svým jednáním způsobil jeho neúčinnost. Máme za to, že tato absence může být zdrojem pochybností.

Navrhujeme, aby zákon tuto otázku zcela jednoznačně vyřešil.

Další problém činí skutečnost, že trestní řád neřeší, jak posuzovat účinnost důkazů, které byly opatřeny činností soukromých osob, přičemž tyto osoby použily při opatřování důkazu hrozbu nezákonného donucení či donucení.

Domníváme se, že se v podstatě jedná o obdobu výše uvedeného. Bez ohledu na fakt, zda jednání osoby bude kvalifikováno jako trestný čin či přečin, je právně významné, že opatření důkazu bylo provedeno pohrůžkou nezákonným donucením či donucením a tudíž podle našeho názoru by mělo jít o důkaz neúčinný, stížený sankcí absolutní neúčinnosti. Rovněž i v tomto případě by měl být použitelný v řízení proti osobě, která se takového jednání dopustila.

1. Výslech svědka

Positivně lze hodnotit dosah ustanovení § 89 odst. 3 tr. ř. Na rozdíl od výslechu obviněného však není v zákoně formulován zákaz kápiciozních a sugestivních otázek. Domníváme se, že je potřebné tuto záležitost v zákoně výslovně vyjádřit a současně vyřešit důsledky porušení takového zákazu. V daném případě navrhujeme řešení prostřednictvím absolutní neúčinnosti.

Rovněž není v zákoně řešena otázka důsledků absence poučení či nesprávného poučení. Domníváme se, že lze uvažovat o dvou alternativách řešení tohoto problému. Buď postihnout sankcí absolutní neúčinnosti jak absenci poučení tak i nesprávné poučení nebo pouze absenci poučení.

2. Výslech obviněného

Pokud se týká výpovědi obviněného, je opět možno pozitivně hodnotit dopad ust. § 89 odst. 3 na řešení otázek účinnosti tohoto důkazu. Toto ustanovení ovšem nepřináší komplexní řešení problému. Zákon zejména nestanovil důsledky použití kápiciozních a sugestivních otázek.

Pokud bychom považovali používání tohoto typu otázek za jistou formu nedovoleného donucení, pak při jejich použití bude provedený důkaz stížen absolutní neúčinností.

Trestní řád rovněž neřeší důsledky absence poučení, či nesprávného poučení. Máme za to, že se jedná o tak závažnou vadu výslechu obviněného, že by měla být v zákoně vyslovena absolutní neúčinnost takto provedeného důkazu.

* * *

S U M M A R Y

Effective evidence in criminal proceedings in respect of de lege lata

The article deals with the problems of evidence effectiveness in the criminal proceedings with a special attention paid to the examination of a witness and an accused. The author uses pieces of knowledge gained by means of summarizing judicature and, further, considers the import of the general legal clause stipulated in § 89 par. 3 of the Penal Code that deals with reasons of absolute evidence ineffectiveness.

On the basis of the analysis of the legal regulation in force, the author draws a wide number of situations concerning the problems of evidence effectiveness appearing at examinations of witness and an accused and provides suggestions leading to solutions of that situations.

In respect of de lege ferenda, the author recommends to solve the problems by means of combining the general legal clause with a casuistic regulation of the most serious and most typical cases of procedure provisions breaches concerning evidence execution.

Proposals for improvement of Masaryk university economic system

Ivan VÁGNER

1. Introduction and aim of article

The subject of this article is an economic system of Masaryk University Brno (hereafter MU). Its aim is to analyse the current strategic and financial position of MU, to suggest and to justify some achievable medium term financial targets for MU and to consider the possible problems of top management when implementing these above targets.

2. The current strategic position of MU

The strategic aim of MU is the achievement of the standard european university's level in the medium period. As to the determination of MU position from the point of view of typology of product generic strategy I believe that the production of MU can be included in each of the four segments:

- producing education with wide application in the labour market at relatively low production costs, e.g. economy and law,
- producing education with certain specific application in the labour market at relatively low production costs, e.g. pedagogy, philosophy,
- producing education with certain specific application in the labour market at relatively high production costs, e.g. medicine,
- producing education of a narrow application range in the labour market at relatively high production costs, e.g. some natural scientific fields.

3. The financial position of MU

The financial position is determined by external and internal factors. Therefore it will be useful firstly to describe influences of the economic environment of MU and then to characterise own financial position of MU.

3.1. Influence of economic environment on financial position of MU

Economic environment of Czech universities is characteristic by continuing and at the same time reducing stagnation of the Czech economy and the impacts of the application of the balanced economic policy of the state. It is therefore not surprising that in general there is not a lack of state financial sources and that they are rather covering only the operation of universities.

The development of universities is more or less possible by means of securing other financial means by their own activities, e.g. economic activity, sponsoring etc. In future the deepening of the deficit between the justified need of financial sources and appropriations or state contributions can be hypothetically presumed.

The following changes can be expected in the state financing of institutions of higher education:

- subsequent leaving or reducing the importance of the historical principle at distribution of state finances within the framework of institutions of higher education,
- development of contract bid distribution of finance in connection to the projects accepted by state (innovations),
- deepening of flexibly structured financing esp. for equipment and operation according to the purpose of application,
- transfer of a part of financing to the students in the form of school fee introduction.

3.2. The present financial position of MU and its development

MU is the so called "contributory" organization, which means that it finances its needs from the state contribution, its own sources (admission proceeding, grants and sponsors) and by economic activity.

While the state contribution distribution among the MU subjects is based mostly on historical principle other financial sources are predominantly available for their producers. The rules of economy exist, nevertheless, they are not univocal.

There are two basic problems of the economic system of MU. The first is in the manner of budgeting the state contribution where the accent laid on indexation of historically based division among individual subjects of MU is overcome only with difficulties.

The second problem concerns the allround lack of economy and its tolerance and the effort to solve the tension between sources and needs mostly by demanding a greater portion in total university sources.

In the future the portion of the state contribution will relatively and probably also actually be rather sinking and MU as well as other institutions of higher education should come to terms with the impacts of the budget limitation.

Short summary of the structure, range and development of financial sources for both investment and operational financing of the main activity of MU is given in Appendix No. 1.

The following conclusions can be made based on the data in Appendix No.1.:

- there is a considerable dependence of MU functioning and development on state finance,
- in the course of the period under consideration a significant decrease in the creation of the own financial sources took place,
- the real increase in financial sources is negative, except for the operational allocations from the state and under including the parallel increase in the number of students from 10,366 in 1992 to 11,286 in 1993 which means relatively less financial source in all positions under consideration.

The overview of MU economy in 1993 is given Appendix No. 2. The tight financial situation in covering the MU operation is evident, implicitly the effort to withdraw entire state finance. In the cost structure the dominant role play wages and insurance and another important cost position are material and energy cost.

Finally it can be stated that the current financial position of MU is still satisfactory as the sources are slightly exceeding the present financial needs. With regard to the expected development in economical environment of MU (real decrease in state contribution, introduction of university fees, increase in prices of purchased inputs) and expected internal increase of requirements for financial covering as a result of the increase in demands (number of students will be still rising, requirement for material equipment of the training process are rising as well) the financial position of MU can be endangered very soon.

4. Financial objectives of MU

The predicted development of MU financial position implies the determination of a general financial objective of MU to secure good financial position of MU for the next 3 - 5 years. The implementation of this general objective is possible by meeting the following partial objectives:

- to make the planning system for financial needs more objective,
- to qualitatively change the budgeting system,
- to cover approx. 30 % of operational costs by own sources,
- to create a system stimulating economical behaviour.

In the following text I will try to render the reason for determination of individual objectives and to suggest a framework procedure for their achievement.

4.1. Planning of financial needs of the implementation of educational activities

Planning of financial needs is a subsystem of MU educational activity planning. The problem lies with the fact that the set of this activities include besides the newly introduced activities especially those that are in a certain stage of work in process and that arose according to the past decisions corresponding to the production philosophy of the MU function. In other words, both structure and contents of educational activities in process were not created consistently according to the predicted needs of education for application in the labour market. While the creation of new educational activities should take place already in the sense of the marketing philosophy of the MU activity, the already performed activities should be considered for fixed. The creation of new educational programmes should be started in individual faculties or also in the Rector's Office of MU (if the need of a boundary study programme arises) by their responsible formulation under the priority of the target approach, however, also with regard to the real personnel, material and spacial sources. The subsequent stage should be centralization of the proposed new activities and their evaluation in the sense of strategic objectives and possibilities of MU as a whole.

In all stages of the creation of new educational programmes and also at the determination of requirements for sources in case of activities already performed it is necessary to lean on a proper standard base which enables making the demands for material, spatial and human resources more objective by its up-dated image. The basic standard unit should be the subject of study to which minimum and optimum demands for individual sources can be allotted and thereby to provide a base for expressing the total needs for sources for implementation of the proposed set of educational activities.

By comparison of the planned need of sources and their availability (both actual and planned) it can be then stepped to the decision concerning definite composition of educational activities in the given period.

Intentionally, I have not still mentioned the question of financial need and sources which nevertheless, actually would play a decisive role at final decision making. Finding of the need of financing the planned and already performed educational activities will of course be based on material targets, normative base and prices of production factors in the existing and predicted market. The amount of available financial sources will depend on the state contribution, possibilities and capabilities of the MU itself to really create further sources and since 1996 also on the school-fee.

The rise of this situation should be mentioned. The proposed scope of educational activities may be implementable both from the material and personnel source point of view but the financial covering need not be secured. Then the financial

aspect will mean the necessity of the plan reduction.

4.2. Budgeting system

The present budgeting system may be defined as "incremental budgeting". I am convinced that with regard to the principal qualitative and quantitative changes in the environment and internally it should be necessary to pass to the "zero based budgeting". In the sense of ideas mentioned in the preceding section the budget should be based on the approved material tasks of individual MU subjects, incl. actual determination of task in the creation of extra-budgetary sources and to respect particular operational conditions in individual objects etc. with regard to the fact that the transition to a completely different budgeting system will certainly cause considerable tension inside MU, the creation of reserves should be considered and the over-dimensioning of human resources in some subjects should be solved step by step, nevertheless, purpose-oriented. While in the present budgeting system the subjects in boom are rather suffering, the new system will cause difficulties to the stagnating subjects. On the contrary, it should be clear that the life is changing the conditions and the reactions to it should be come at the best already in advance.

A separate chapter is the problem of monitoring and inspection of withdrawal from the budget by individual MU subjects. The following principle should be applied. The withdrawal is possible only in compliance with the planned tasks and in no case the exceeding of given limits should occur. The responsibility for respecting this principle is born by the statutory representative. The MU subject can withdraw financial means over the limit of the budget only from its own reserves created in the preceding budgeting periods.

4.3. Creation of own financing sources

The stress on increased creation of own financing sources is becoming more and more actual. Therefore the target idea of 30 % of MU need covered by own sources is not extreme. If not considering the influence of future introduction of university fees other possible own sources are:

- economical activity,
- grants,
- sponsoring and gifts.

While the first and to a certain extent also the second group of own source depends directly on the activity of MU subjects, the third group has stochastic character. In the case of this third group the main concern is to convince potential sponsors on the purpose of their support for particular activities and not to be in the position of an applicant as it was the case up to now.

The first and second group of the creation of own sources requires the creation of simple and effective stimulating system which should be based on the following principles:

- The prevailing part of the profit (approx. 90 %) resulting from the economical activity belongs to the particular party who created this profit, the remaining part is redistributed e.g. between the faculty and Rector's Office in the ratio 7 : 3;
- Grant means belong to the solver who will pay to the particular subject most probably indirect cost by an inclusive fixed sum in advance and then he will contribute e.g. 3 % into the university fund;
- The centralized means serve for allocations to such subjects that would be under the average of the creation of own financial sources for objective reasons.

4.4. Economy

As I stated above, the economical behaviour of neither individuals nor MU subjects is a typical phenomenon. However, the saved crown is the cheapest source of reasonable purpose-oriented financing. Therefore it is necessary also in a non-profit organization to stimulate people to behave economically and to act in compliance with simple and effective economy rules. These rules may be effective only when they stimulate economical acting directly at the place of consumption, i.e. at the workplace. Therefore I suppose that each workplace (department, institute etc.) will receive a budget and it will be interested in meeting its tasks as economically as possible. The prevailing part of the saved budgetary means will be left for the saving party (e.g. 80 %) and the remaining part will be transferred to the faculty and Rector's Office, e.g. in the proportion 7 : 3. The rise of the saving should not result in reducing the budget for the next period and the saving itself is an allocation of funds of the workplace according to the decision of its head. For the reason of the national control of wages it will be probably needed either to prevent at all or to limit the application of saved means for wages.

5. Problem sphere of implementation of financial objectives

Implementation of the above financial objectives will be influenced by external and internal aspects. By conjuncture the effect of external aspects is mainly positive as the decreasing amount of the real state contribution and the rising competition supported by the prepared new university law enforces the implementation of principal internal change of MU management system. On the contrary the effect of internal factors acts against the implementation of the proposed financial objectives. There are more reasons for the negative internal influence. As one for all

I would like to mention the rules for budgetary organizations valid till a near past (MU was budgetary organization still in the year 1991) when e.g. it was necessary to spend all money until 31st December etc. and the up to now implemented system of budgeting which supports conservative approach to the allocation of sources.

To assert the proposed objectives require at first to persuade the MU top management of the necessity of their achievement. However, it will not be easy for the reason of its weak point just in the strategic management. At the lower levels I expect support of introduction of exact economic rules, maybe also stimulation of the creation of own financial sources. However a strong resistance will occur against the proposed budgeting system as it will have a negative impact on such subjects that still have a privileged position within the MU. Similarly there will be a general disapproval to returning to the application of planned process which is still understood as comeback to the totality period.

For the above reasons I held for necessary to step forward gradually, nevertheless, aimed at the implementation of financial objectives and simultaneously to perform a consequent educational activity based on the stress of not perspective character of the existing proceedings with regard to the changing external environment. And what is very important, at first to begin in such a way so that the academic community would understand the positive impact of the implementation of objectives as soon as possible.

Conclusion

The predicted development of the MU financial position implies the determination of a general financial objective:

"to secure good university financial position for the next 3 - 5 years".

The achievement of this general objective is possible by meeting the following strategies:

- to make the planning system for financial needs more objective,
- to qualitatively change the budgeting system,
- to cover approx. 30 % of operational costs by own sources,
- to create a system stimulating economical behaviour.

Appendices

Appendix no.1:

The survey of the financial sources of MU

in 1000Kc

Year	State sources			MU sources	Summary investment	
	oper.	for invest.	summary		without	with
1992	346.133	61.944	408.077	20.448	366.581	428.525
	94.4 %		95.2 %	4.8 % 5.6 %	100 %	100 %
1993	429.693	23.768	453.461	6.947	436.640	460.408
	98.4 %		98.5 %	1.5 % 1.6 %	100 %	100 %
93/92 nom.	1.24	0.38	1.11	0.34	1.19	1.07
93/92 real %	3.2	(82.8)	(9.8)	(86.8)	(1.8)	(13.8)

note: rate of inflation 20.8 %

Appendix no.2:

Survey of economy of MU in 1993

in 1000Kc

item	abs.	%
state operation financial resource	429.693	
own financial resource	6.947	
operation financial resource	436.640	
operation costs	429.693	100.0
include:		
personal costs	271.094	63.1
material costs	84.270	19.6
purchased services	73.921	17.2
other costs	408	0.1
state resource less costs	0	
all resource less costs	6.947	

Source: Analysis of economical dealing in 1992

MU Brno, 1993

Analysis of economical dealing in 1993

MU Brno, 1994

References

- [1.] Business Policy and Strategic Marketing (Diploma in Management Studies) Brno, Brno Business School of Technical University Brno, 1994.
- [2.] Managing Finance (Certificate in Management). Brno, Brno Business School of Technical University Brno, 1994.
- [3.] Financial Resources - Integrated Management Development Programme (Diploma in Management Studies). U.K. Nottingham Business School, 1994.
- [4.] Bowler, I., Tassi, P.: Financial Resources (Diploma in Management). U.K. Nottingham Business School, 1994.

* * *

S U M M A R Y

Návrhy pro zdokonalení ekonomického systému Masarykovy univerzity

Ekonomický systém Masarykovy univerzity je založen na příspěvkové formě hospodaření, která dává široký prostor pro uplatnění interní iniciativy k tvorbě vlastních finančních zdrojů. Poněvadž budoucí rozvoj školy bude stále významněji limitován schopností zajistit jej především vlastními silami, je tento článek věnován rámcové analýze finanční pozice univerzity, včetně jejího predikovaného vývoje a hlavně formování některých námětů pro zdokonalení funkce ekonomického systému. Návrhy jsou směřovány jak do oblasti interních úspor nákladů, tak i ve smyslu podpory hospodářské činnosti. Pozornost je též věnována možné implementaci doporučení ke zlepšení rozpočtových aktivit a plánování potřeby finančních zdrojů pro zabezpečení provozu školy.

Burza cenných papírů, obchody na burzách cenných papírů

Karel MAREK

Dnes se burzy nacházejí na celém světě: v Tokiu, Curychu, Londýně, Hong Kongu atd. Nejdůležitější se dnes jeví burza tokijská, londýnská a zejména burza v New Yorku. (Dále se mezi světové burzy počítají burzy v Amsterodamu, Frankfurtu nad Mohanem, Paříži a Curychu.)

Newyorská burza – snad nejproslulejší – existuje již dvě století. S počtem na ní registrovaných podniků (1185) a hodnotou akcií těchto podniků na finančním trhu (3,7 mld. US dolarů) patří mezi největší. Velmi známá je též americká elektronická burza NASDAQ.

Vývoj ukazatelů na burzách má značnou vypovídací schopnost, jde zejména o důležitý indikátor ekonomických i společenských tendencí; vytváří mj. možnost prognóz vývoje konkrétního jevu; poskytuje cenné informace o postavení a očekávaném vývoji obchodního partnera, pevnosti měny daného státu ve vztahu k jiným konvertibilním měnám i ve vztahu k vlastní ekonomice. Jistou vypovídací schopnost lze perspektivně očekávat i od burzy cenných papírů u nás.

Předpokladem vzniku a fungování burzy (burz) cenných papírů je mimo jiné příslušná právní úprava – zákon o burze cenných papírů č. 214/1992 Sb.

Náš zákon o burze navázal zejména na zákon o bankách a na obchodní zákoník a navazuje na něho mj. zákon o cenných papírech.

Zákon o burze vychází z požadavku vytvořit organizovaný trh (zákon o cenných papírech upravuje i další možnosti veřejných trhů a obchodů s cennými papíry) pro cenné papíry. Aby tomu tak bylo, musí burza fungovat jako nezávislá tržní instituce. Vyjádřením nezávislosti je zásadní oddělenost burzy od státu a vybavení potřebnou samosprávou. Z poslání burzy vyplývá veřejná prospěšnost jejího fungování. Jako jeden z finančních institutů se burza stane místem důležitých operací. Její služby bude mít možnost využít široký okruh podnikatelských subjektů. Právě na burze se totiž bude soustřeďovat důležitá část nabídky a poptávky po jednotlivých druzích cenných papírů, zejména pak po akciích a dluhopisech. Veřejná prospěšnost je mimo jiné dána i efektivním pohybem kapitálu podle relace nabídky a poptávky. Nikoliv nepodstatné je i hledisko legitimacy uzavřených obchodů.

Pojmem „burzovní obchod“ se rozumí nákup a prodej CP na burze členy burzy.

K tomuto účelu se v zákonu předvídá, že burza vydává burzovní řád a pravidla o obchodování na burze, jimiž budou účastníci burzovních obchodů vázáni. (Pokud dále nemáme uvedeno jinak, vycházíme v našem pojednání z předpisů Burzy cenných papírů Praha.)

Z hlediska systémového lze burzu cenných papírů považovat za systém koordinující činnost jednotlivých funkčních subsystémů, pokrývajících základní aktivity nezbytné pro činnost burzy jako celku. Mezi základní subsystémy burzy cenných papírů patří:

1. Burzovní obchodní systémy – tj. systémy pro sestavení a uzavření (konfirmaci) burzovních obchodů pracující nad množinou obchodovatelných cenných papírů v rámci daných obchodních pravidel,
2. Burzovní kotační systém – tj. systém pro parametrickou registraci cenných papírů, které jsou na burze obchodovány (možné parametry – např. likvidita cenného papíru, informační povinnosti emitenta apod.),
3. Burzovní clearing–settlement systém – tj. systém pro vypořádání uzavřených burzovních obchodů.
4. Burzovní informační systém – tj. systém zajišťující zpracování všech potřebných informací nutných k zajištění činnosti burzy a přenos vybraných informací vytvářených burzou obchodníkům s cennými papíry a investorům.

Burzovní obchodní systémy jsou z hlediska systémového primárním prvkem v rámci funkčního schématu burzy cenných papírů. Jejich výjimečné postavení je dáno tím, že bez nich ztrácejí smysl existence všechny ostatní funkční subsystémy burzy. Základním cílem činnosti burzy je totiž zprostředkovávat svým členům za předem určených obchodních pravidel (na základě kterých jsou pak realizovány jednotlivé burzovní obchodní systémy po stránce technické) nákup a prodej cenných papírů (případně jiných komodit u peněžních a komoditních burz). Ostatní funkční subsystémy tedy vytvářejí pouze určitý rámec činnosti a služeb podporujících činnost burzovních obchodních systémů.

Burzovní obchodní systémy jsou s ostatními funkčními subsystémy burzy propojeny řadou různých vazeb, které je nutno definovat (tj. přesně definovat obsah a činnosti jednotlivých subsystémů a jejich postavení v hierarchické struktuře burzy) a formalizovat (tj. přesně definovat styková rozhraní mezi jednotlivými funkčními subsystémy burzy, zejména s ohledem na vytváření informačních zdrojů, kompetence a odpovědnosti). V rámci této formalizované hierarchické funkční struktury burzy lze specifikovat některé základní systémové požadavky na vazby mezi jednotlivými subsystémy, které je nezbytné respektovat při vytváření burzovních obchodních systémů.

1. Všechny subsystémy musí pracovat s jediným strukturovaným datovým tokem, přičemž kompetenci a odpovědnost měnit data v určité struktuře tohoto toku má vždy pouze jeden funkční subsystém.

2. Všechny subsystémy spolupracují v časově vázaných režimech a musí mít vytvořeny dostatečné systémové i technické rezervy pro dodržení svých časově limitovaných vazeb vůči ostatním subsystémům.
3. Všechny subsystémy musí zajistit co nejrychlejší a bezchybnou prezentaci a přenos všech nezbytných informací (včetně jejich transparentního obnovení) k uživatelům burzovních obchodních systémů.¹

Ačkoliv zákon o burze cenných papírů umožňuje zřízení většího počtu burz, je to otázka diskusní. Pro postavení pochopitelně mezinárodní platí, že čím je objem burzovních obchodů větší, tím je pozice burzy silnější. Zároveň se objektivizuje úroveň kurzů na burze dosahovaných.

Pro nás je v tomto smyslu zajímavý poslední vývoj regionálních burz obecně; například ve Velké Británii byly uzavřeny burzy v Liverpoolu, Bristolu a Newcastleu. Zbývající britské regionální burzy (Glasgow, Manchester, Birmingham, Belfast) slouží vlastně jen k podpoře služeb londýnské mezinárodní burzy.

K integraci dochází i v SRN. Na cestě k vytvoření „německé burzy“ (celoněmecké) byly, jak se zdá, odstraněny důležité překážky. Sedm tzv. regionálních burz – Berlín, Brémy, Hamburk, Hannover, Düsseldorf, Mnichov a Stuttgart se dohodly, že se budou podílet na kapitálu nové německé burzy. Podílet se bude i frankfurtská burza i německá burza termínová. Nová burza bude mít pravděpodobně sídlo ve Frankfurtu nad Mohanem a mělo by zde dojít k vytvoření finančního centra konkurujícího Tokiu, Londýnu i New Yorku.²

Přes obecné integrační burzovní snažení byly založeny burzy v hlavních městech obou republik bývalé ČSFR.³ Zakladatelskou smlouvou byla v Bratislavě ustavena akciová společnost Burza cenných papírů Bratislava v návaznosti na usnesení vlády Slovenské republiky č. 370/90. Založena byla i burza v Praze. Předcházel jí přípravný výbor, který vznikl v roce 1991 a jehož členy bylo osm tehdejších nejvýznamnějších peněžních ústavů.

Tento přípravný výbor v roce 1991 přijal název Burza cenných papírů Praha, zájmové sdružení. Akciová společnost byla založena společenskou smlouvou ze dne 24. 7. 1992, za účasti dvanácti československých bank a pěti brokerských firem.

U nás jsme se vydali cestou dematerializace cenných papírů. Na počítačový systém by měly být postupně napojeny i banky, takže by obchodovaly přímo ze svých prostor (dealing – rooms).⁴ Dematerializace cenných papírů je dnes již značného rozsahu (akcie z kuponové privatizace jsou v nehmotné podobě).

Základní otázky burzy cenných papírů u nás řeší hned prvá ustanovení zákona č. 214/1992 Sb., o burze cenných papírů. Burza cenných papírů je charakterizována jako právnická osoba, oprávněná organizovat na určeném místě a ve

¹Stalmach, P.: Teorie burzovního trhu, Burza č. 140/94, str. 7.

²Red. čl. „Deutsche Börse AG“, Akcionář č. 13/1992, s. 9.

³Red. čl.: Burzovní otázky, Týdeník obchodu a podnikání č. 38/1991.

⁴Interview s předsedou Burzy cenných papírů v Praze, Úspěch č. 1/1992, s. 18 – 19.

stanovenou dobu prostřednictvím oprávněných osob poptávku a nabídku cenných papírů.

Zákon č. 214/1992 Sb. stanoví, že burza je akciovou společností, která se řídí obch. zák., pokud zákon o burze nemá speciální úpravu (burza má zakladatelskou smlouvu a stanovy). Dílčí otázky přitom v souladu se zákonem upravuje Burzovní řád a Burzovní pravidla, připravovaná a vydávaná burzou zákonným způsobem.

Na burze se obchoduje s akciemi a dalšími cennými papíry, s nimiž je spojeno právo týkající se majetkové účasti na podnikání, dluhopisy, jakož i s dividendovými a úrokovými kupóny.

Z hlediska pochopení charakteru, významu a poslání burzy, je nutné si uvědomit, že burza je akciovou společností, pro kterou platí ustanovení obchodního zákoníku se speciální úpravou uvedenou v zákoně o burze cenných papírů, tj. že je samostatným nositelem práv a povinností – právnickou osobou. To, že se pro burzu využívá v maximální možné míře stejné úpravy jako pro jiné akciové společnosti, považujeme za pozitivní a racionální. Burzu může založit nejméně deset zakladatelů a podle zákona nemůže být založena veřejným upisováním akcií.

Subjekty oprávněné obchodovat na burze

Obchodování na burze je vyhrazeno pouze oprávněným osobám. Kupovat a prodávat cenné papíry na burze mohou osoby, které jsou oprávněné k obchodování s cennými papíry podle zvláštního zákona (viz zákon o bankách a zákon o cenných papírech) a které jsou akcionáři burzy nebo osobami, kterým burzovní komora na jejich žádost a po zaplacení zápisného udělila oprávnění kupovat a prodávat cenné papíry na burze. K nákupu a prodeji cenných papírů je oprávněna též centrální banka.

Oprávnění k burzovnímu obchodu nesmí být uděleno osobě, na jejíž majetek byl prohlášen konkurs (§ 4 zákona č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání ve znění pozdějších předpisů), nebo bylo provedeno vyrovnání, nebo byl návrh na prohlášení konkursu zamítnut pro nedostatek majetku, a to po dobu pěti let po skončení tohoto řízení, a fyzické osobě, která není bezúhonná. Pro účely zákona o burzách cenných papírů se nepovažuje za bezúhonnou fyzická osoba, která byla pravomocně odsouzena pro trestný čin majetkové povahy, nebo jiný úmyslný trestný čin. Osoby, které nejsou oprávněny k nákupu a k prodeji cenných papírů, mohou je nakupovat a prodávat jen prostřednictvím osob, které splňují zákonem stanovené podmínky.

Tímto způsobem se zabezpečuje, aby obchodování na burze probíhalo kvalifikovaně, především prostřednictvím bank, jejich dceřiných společností zřízených pro burzovní obchod, makléřských a investičních společností.

Obchodník s cennými papíry může svou činnost vykonávat pouze prostřednictvím fyzické osoby – makléře, který k tomu má povolení ministerstva financí. Toto povolení udělí ministerstvo na žádost, která musí obsahovat listinu potvrzující složení makléřské zkušební a doklad o bezúhonnosti.

Maklěrem se může stát osoba starší 18 let, bezúhonná, způsobilá k právním úkonům a s ukončeným úplným středoškolským vzděláním. Zákon přitom neumožňuje, aby maklér jednal vlastním jménem.

Členy Burzy cenných papírů Praha jsou:

1. Česká národní banka,
2. osoby oprávněné k obchodování s cennými papíry dle příslušných zákonů, které jsou akcionáři burzy,
3. osoby oprávněné k obchodování s cennými papíry dle příslušných zákonů, které Burzovní komora přijala za členy.

V dnešní době provádí obchody na pražské burze celkem 62 členů. Patří mezi ně banky, investiční společnosti a fondy a specializované makléřské firmy, které svojí schopností rychle reagovat vyvolávají tak důležitý prvek tržní ekonomiky – konkurenci mezi členy.

Přijímání nových členů na burze je upraveno burzovními předpisy.

Žadatelé o přijetí za člena burzy, jejichž předmětem činnosti má být obchodování na cizí účet, musí prokázat splacení základního jmění nejméně ve výši 200 tisíc Kč. Ti, jejichž předmětem činnosti má být obchodování na vlastní nebo současně na cizí i vlastní účet, musí prokázat splacení základního jmění nejméně ve výši 10 milionů Kč.

K žádosti se vyjádří výbor pro členské otázky a na jeho návrh rozhodne Burzovní komora.

Výbor projedná žádost do 60 dnů po obdržení žádosti a rozhodne prostou většinou hlasů alespoň z dvoutřetinové účasti jeho členů. Výbor může žádost vrátit žadateli zpět s odůvodněním svého stanoviska. Proti tomuto postupu lze podat protest do 14 dnů po obdržení stanoviska. Burzovní komora při svém rozhodování bere na zřetel nejen stanovisko výboru, ale zejména přihlíží k potřebám a možnostem burzy. Její rozhodnutí je konečné.

Postavení člena burzy se řídí zákonem, burzovním řádem a dalšími předpisy. Všichni členové mají stejná práva a povinnosti. Základním právem je právo účastnit se burzovních obchodů po splnění předpokladů stanovených burzou. Pokud se týká uzavírání mimoburzovních obchodů s cennými papíry (CP) přijatými k obchodování na burze, lze je provádět jen v rozsahu povolení Burzovní komory:

– V případě, že součet hodnot nakoupených a prodaných CP jedné emise v průběhu jednoho dne na mimoburzovním trhu přesáhne 500 000 Kč, jsou členové burzy povinny do 10 dnů tuto skutečnost oznámit oddělení inspekce burzy cenných papírů (BCPP).

– Skotovanými CP nesmí člen obchodovat na území ČR mimo burzu.

Další povinností, kterou musí nový člen nezbytně splnit, aby mohl obchodovat, je prohlášení o přistoupení ke sdružení Garančního fondu burzy prohlášení o přistoupení ke sdružení Garančního fondu burzy. Účelem tohoto fondu je sdružení finančních prostředků k zajištění závazků a pokrytí rizik vyplývajících z obchodů na Burze

cenných papírů Praha (dále též BCP, event. BCP v Praze), které uzavírají členové burzy, a z jejich vypořádání. Prostředky Garančního fondu burzy jsou určeny ke splnění závazku z burzovního obchodu člena, jemuž hrozí prodlení. Nebezpečí prodlení je na straně kupujícího, pokud je v platební neschopnosti, a na straně prodávajícího, pokud cenné papíry, které prodal, nejsou registrovány na jeho účtu. Základní vklady členů určuje Burzovní komora na základě posouzení každého jednotlivého člena a jeho minimální hodnota je 130 000 Kč. Výše vkladu se potom dále mění v závislosti na objemu a četnosti burzovních obchodů účastníka.

Členství na burze zaniká:

- a) na vlastní žádost člena burzy, a to písemným oznámením burzovní komoře,
- b) odnětím oprávnění k obchodování s cennými papíry,
- c) nesplňuje-li člen burzy podmínky burzovních pravidel,
- d) u akcionáře burzy zcizením všech jeho akcií burzy,
- e) na základě rozhodnutí burzovní komory.

Vznik, rozdělení, sloučení a splynutí burzy

Zákon č. 214/1992 Sb. předpokládá, že ke vzniku burzy, k jejímu příp. rozdělení, sloučení nebo splynutí s jinou burzou, jakož i k jejímu zrušení bez právního nástupce, je třeba povolení, které uděluje na žádost zakladatelů ministerstvo financí. Náležitosti žádosti jsou stanoveny tak, aby orgán, který povolení uděluje, mohl posoudit reálnost záměru a zabezpečení nezbytných podmínek pro řádný chod burzy.

V žádosti o povolení ke vzniku burzy uvedou zakladatelé: obchodní jméno a sídlo burzy, seznam zakladatelů, výši základního jmění a podíl zahraničního kapitálu, věcné a personální zajištění činnosti. K žádosti se připojí zakladatelská smlouva včetně návrhu stanov, návrh burzovního řádu a návrh řádu burzovního rozhodčího soudu.

Při rozhodování o žádosti přihledne ministerstvo financí zejména k potřebám finančního trhu a k přiměřenosti výše základního jmění ve vztahu k předpokládanému rozsahu burzovních obchodů.

O žádostech se rozhodne do 60 dnů od doručení.

V žádosti o povolení ke zrušení burzy se uvede obchodní jméno a sídlo burzy, která má být zrušena. Jde-li o rozdělení, sloučení nebo splynutí burzy s jinou burzou, uvedou se o právním nástupci burzy shodné údaje s údaji, které se uvádějí v žádosti o povolení ke vzniku burzy. Jiné osoby než burzy zřízené podle tohoto zákona nemohou ve svém obchodním názvu nebo jménu použít označení burza cenných papírů.

BCPP byla založena zakladatelskou smlouvou ze dne 24. 7. 1992 jako právní nástupce zájmového sdružení BCP v Praze. Společnost byla založena na dobu neurčitou a jejím sídlem je Praha.

Předmětem činnosti společnosti je:

- soustřeďovat na určeném místě a ve stanovenou dobu prostřednictvím oprávněných osob nabídku a poptávku cenných papírů,
- organizovat na určeném místě a ve stanovenou dobu prostřednictvím oprávněných osob obchod s cennými papíry,
- zajišťovat publikování výsledků burzovních obchodů a kurzů cenných papírů,
- provádět poradenskou, osvětovou a další činnost související s hlavním předmětem činnosti burzy cenných papírů. Akcie burzy znějí na jméno a jsou převoditelné na jiné osoby jen se souhlasem burzovní komory. Burza nesmí vydávat přednostní ani zaměstnavatelské akcie. Pokud burzovní komora nesouhlasí s převodem akcií na jinou osobu, je povinna tyto akcie odkoupit, nejvýše však za jejich jmenovitou hodnotu. Na úhradu kupní ceny může použít prostředků rezervního fondu. Nabyté akcie je burza do tří let od jejich nabytí povinna prodat a nejsou-li akcie v této lhůtě prodány, je burza povinna vzít je z oběhu a o jejich jmenovitou hodnotu snížit základní jmění. Zahraniční osoby (§ 21 odst. 2 obč. zák.) a právnické osoby se sídlem na území republiky, u kterých majetková účast zahraniční osoby převyšuje 50 % základního jmění, mohou nabývat akcie burzy, jejichž celková jmenovitá hodnota nepřesáhne jednu třetinu základního jmění.

Orgány burzy, organizace burzovního trhu

Jako hlavní orgány burzy působí: valná hromada akcionářů burzy, burzovní komora a dozorčí rada. Dále též na burze pracují:

- burzovní výbory a
- generální tajemník.

Součástí organizace burzovního trhu jsou:

- burzovní rozhodčí soud,
- sdružení Garančního fondu burzy,
- burzovní registr cenných papírů.

Valná hromada

Valná hromada je nejvyšším orgánem Burzy cenných papírů Praha. Jejího jednání se mají právo účastnit všichni akcionáři. Do její působnosti patří především rozhodnutí o zvýšení nebo snížení základního jmění, volba a odvolávání členů burzovní komory, dozorčí rady a stanovení jejich tantiem, schválení roční účetní uzávěrky, rozhodnutí o zrušení společnosti, schválení burzovního řádu a rozhodnutí o dalších otázkách, které do působnosti valné hromady zahrnuje zákon nebo stanovy burzy. Řádnou valnou hromadu (VH) svolává jednou ročně, a to do 31. 3. každého roku, burzovní komora.

Burzovní komora

Burzovní komora je statutárním orgánem Burzy cenných papírů Praha, řídí činnost společnosti a jedná jejím jménem vůči třetím osobám. Je ze své činnosti odpovědná

valné hromadě a je povinna se řídit usnesením a pokyny jí schválenými. Burzovní komoru volí valná hromada, a to z akcionářů burzy nejméně polovinu a z burzovních dohodců nejméně jednoho člena. Další členové jsou voleni z řad odborníků, finančních investorů a z jiných osob. Za právnickou osobu je volitelný člen jejího statutárního orgánu, který je oprávněn samostatně jednat jménem této právnické osoby. Počet členů nesmí být menší než 10 a větší než 24 členů. Volebním obdobím členů burzovní komory jsou tři roky. Opětovné zvolení je možné, VH je může kdykoliv odvolat.

Burzovní komora se schází zpravidla jednou za dva měsíce a svolává ji předseda nebo pověřený člen. Burzovní komora musí být svolána na žádost člena a to do 15 dní od doručení žádosti. Žádost musí obsahovat odůvodnění a návrh pořadu zasedání.

Zasedání burzovní komory řídí její předseda. Při volbě a odvolání předsedy a místopředsedy, při projednávání návrhu burzovního řádu, návrhu řádu burzovního rozhodčího soudu a jejich změn musí být přítomny alespoň dvě třetiny členů burzovní komory a rozhodnutí musí být schválena alespoň dvoutřetinovou většinou hlasů přítomných členů. Jinak musí být na zasedání burzovní komory přítomna alespoň polovina členů burzovní komory a rozhoduje se prostou většinou hlasů. Při rovnosti hlasů rozhoduje hlas předsedy.

Burzovní komora dbá, aby při činnosti burzy byly dodržovány právní předpisy, burzovní řád a burzovní pravidla a zabezpečována ochrana zájmů finančního trhu; předkládá valné hromadě ke schválení burzovní řád, řád burzovního rozhodčího soudu a burzovní pravidla jejich změny a stanoví způsob jejich zveřejnění. Určuje způsob evidence o burzovním obchodu a využívání výpočetní techniky při tomto obchodu, zabezpečuje ochranu zájmů účastníků burzovních obchodů, přičemž má oprávnění přijmout opatření, které zabrání ohrožení činnosti burzy nebo zájmů jejich akcionářů a účastníků finančního trhu; především může změnit obchodní dny a pozastavit zčásti nebo zcela burzovní obchod, stanoví výši burzovních poplatků, zřizuje stálé nebo dočasné burzovní výbory, pozastavuje jejich činnost nebo je ruší a přenáší části svých pravomocí na tyto výbory, stanoví zaměření a zásady činnosti burzovních výborů, schvaluje jednací řád burzovní komory, rozhoduje o přijetí cenných papírů k burzovnímu obchodu.

Rovněž burzovní komora zveřejňuje kurzy cenných papírů a údaje o jejich nákupu a prodeji na burze; uděluje a odmíná též oprávnění k nákupu a prodeji cenných papírů.

Práva a povinnosti burzovní komory zahrnují dále zejména: jmenování a odvolání generálního tajemníka burzy a burzovních dohodců; vyhlášení výběrového řízení pro jejich jmenování a stanovení kvalifikačních předpokladů; výkon dohledu nad činností burzovních dohodců způsobem stanoveným v burzovním řádu.

Mezi práva a povinnosti burzovní komory patří též stanovení výše zápisného, kauce, odměn za služby poskytované burzou a odměn za zprostředkování burzovního obchodu burzovními dohodci; přijímání opatření, jejichž účelem je zabránit ohrožení činnosti burzy nebo zájmů jejich akcionářů a účastníků finančního trhu

(zejména mění burzovní dny a pozastavuje zčásti nebo zcela burzovní obchod); rozhodování o protestech proti rozhodnutím burzovních výborů, týkajících se oprávnění obchodovat na burze, a přijetí cenných papírů k burzovnímu obchodu (pokud toto oprávnění bylo na burzovní výbory přeneseno); rozhodování o protestech proti vyhlášeným kurzům cenných papírů. Ukládá sankce podle zákona o burze: Burzovní komora pak provádí i ostatní činnosti související s řízením burzovního obchodu.

Burzovní komora vykonává i další činnosti uvedené v zákoně o burze cenných papírů. Burzovní komora rovněž plní funkce představenstva akciové společnosti.

Své pravomoci, týkající se oprávnění k nákupu a prodeji, k rozhodování o přijetí cenných papírů k burzovnímu obchodu, zveřejňování kurzů a údajů o nákupu a prodeji a výkonu dohledu nad činnostmi burzovních dohodců, může burzovní komora uplatnit buď sama nebo prostřednictvím burzovních výborů. (V posléze uvedeném případě rozhoduje o protestech proti rozhodnutí burzovních výborů.)

Burzovní výbory

Burzovní komora zřizuje tyto burzovní výbory:

1. Burzovní výbor pro členské otázky,
2. Burzovní výbor pro kotaci,
3. Burzovní výbor pro burzovní obchody.

Pravidla jednání burzovních výborů, které mohou být stálé nebo dočasné, podrobně upravuje burzovní řád. Burzovní výbory jsou složeny z členů burzovní komory a z řad odborníků, finančních investorů a jiných osob. Předsedy a členy burzovních výborů jmenuje a odvolává burzovní komora.

Burzovní výbory se scházejí podle potřeby vyplývající z povahy jejich činnosti, nejméně však 1 x za měsíc a rozhodnutí přijímají prostou většinou hlasů za přítomnosti alespoň poloviny členů.

Burzovní výbor pro členské otázky předkládá burzovní komoře návrhy rozhodnutí o žádostech o členství na burze a návrhy na ukončení členství na burze. Dále rozhoduje o dočasném pozastavení členství v případě porušení burzovních předpisů, navrhuje burzovní komoře uložení sankcí a navrhuje pravidla pro přijímání členů burzy.

Burzovní výbor pro kotaci cenného papíru uděluje povolení ke kotaci (přijetí) cenného papíru k burzovnímu obchodu a určuje, na kterém trhu bude s nimi obchodováno. Je oprávněn pozastavit nebo zrušit kotaci cenného papíru, navrhuje strategii a zásady týkající se kotace, kontroluje plnění povinností emitenta a prostřednictvím generálního tajemníka zveřejňuje průběžně získané informace o emitentovi a stejně jako ostatní výbory navrhuje uložení sankcí při porušení povinností emitenta.

Burzovní obchody a fungování obchodního systému má na starosti burzovní výbor pro burzovní obchody. Zveřejňuje kurzy cenných papírů, sleduje funkčnost obchodního systému, dlouhodobé trendy na burze a navrhuje případné opatření.

Generální tajemník

Řízením aparátu burzy a jejího provozu je pověřen generální tajemník (zaměstnanec burzy). Jeho práva a povinnosti určuje podrobněji burzovní řád. Generální tajemník se zúčastňuje zasedání burzovní komory a výborů (v obou případech s hlasem poradním). Ve stanovených případech (§ 31 odst. 4 zákona o burze cenných papírů) ukládá pokuty. Generální tajemník je jmenován na základě výběrového řízení (musí být státním občanem ČR) a odvoláván burzovní komorou.

Generální tajemník burzy vykonává usnesení burzovní komory, zastupuje burzu v rozsahu stanoveném burzovní komorou (BK), řídí provoz burzy a činnost burzovního aparátu, je odpovědný za hospodaření burzy, obstarává běžné záležitosti burzy a další činnosti, které souvisí s fungováním burzy.

Dozorčí rada

Dozorčí radu Burzy cenných papírů Praha má pět členů, které volí valná hromada z akcionářů burzy a jiných osob. Členem dozorčí rady nesmí být zaměstnanec burzy, ani člen burzovní komory, prokurista nebo osoba oprávněná jednat jménem společnosti. Volební období členů dozorčí rady je tři roky. Členové volí ze svého středu předsedu, který svolává a řídí zasedání. Zasedá podle potřeby, nejméně však dvakrát ročně z podnětu předsedy. Dozorčí rada je usnášení schopná, je-li přítomna nadpoloviční většina jejích členů, ne však méně než tři. Pro platnost usnesení je třeba, aby hlasovala nadpoloviční většina přítomných. Dozorčí rada dohlíží na výkon působnosti burzovní komory a dále jejím členům přísluší (čl. 33 Stanov Burzy cenných papírů Praha):

- a) nahlížet do všech dokladů a záznamů týkajících se činnosti společnosti,
- b) kontrolovat, zda činnost společnosti se uskutečňuje v souladu s právními předpisy, stanovami a pokyny valné hromady,
- c) kontrolovat vedení účtů společnosti,
- d) přezkoumávat roční účetní uzávěrku,
- e) účastnit se valné hromady a seznamovat ji s výsledky své kontrolní činnosti,
- f) zastupovat společnost vůči členům burzovní komory v řízení před soudy nebo jinými orgány.

Dozorčí rada však nemá právo kontrolovat jednotlivé burzovní obchody.

Investoři a ochrana obchodování

Investorem na pražské burze se může stát jakákoliv osoba, která je způsobilá nakládat se svým majetkem, dosáhla 18 let věku a je občanem České republiky. Pokud chce investor nakupovat cenné papíry, stačí mu určité finanční prostředky na účtě. Pokud chce prodávat, je zásadně potřebný výpis ze Střediska cenných papírů, který potvrzuje vlastnictví akcií.

Investorů ze zahraničí se týká určité omezení. Jde především o omezení při nákupu akcií peněžních ústavů, kdy si musí investor nejprve vyžádat předběžný souhlas České národní banky. Důležitou otázkou je ochrana investorů, kteří se rozhodli vstoupit

na burzu. Každá osoba totiž žádá určité záruky, že investování jeho finančních prostředků nebude zneužito, že o své peněžní prostředky nepřijde. Vyhledává proto takové instituce, které mu poskytnou co největší možnou ochranu. Na burze cenných papírů je tato otázka velmi citlivá. Nebezpečí podvodů a využití určité situace pro machinace je nám známo z jiných již dlouhou dobu fungujících burz. Proto byly vyvinuty ochranné systémy na různých stupních, které se snaží postihnout celý proces obchodování.

První úrovní je ochrana před možným zneužitím informací zaměstnanců, osob, které se pohybují a mají přístup k určitému druhu informací. Zahrnujeme sem samozřejmě i členy orgánů burzy, dohlížecí instituce apod.

V obchodu, a v burzovním zejména, je zvláštní důraz kladen na vzájemnou důvěru a čestnost jednání jeho účastníků. To je důvodem, proč z burzovních obchodů mají být vyloučeni ti, kteří mají díky svému postavení dříve než ostatní k dispozici informace o skutečnostech, které mohou ovlivnit kurzy některých cenných papírů. Tyto informace je zakázáno využívat i ve prospěch jiných osob. To platí do doby, než se tyto informace stanou obecně známými. Burzovní komora určí v burzovních pravidlech, které osoby vzhledem ke svému zaměstnání nebo postavení nemohou uzavírat burzovní obchody.

Kromě toho, účastníci zasedání burzovní komory, jejích výborů, zaměstnanci burzy a právnické osoby, které provádějí vypořádání burzovního obchodu, jsou povinni zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, které získají ze svého postavení a které mají význam pro vývoj finančního trhu nebo se dotýkají zájmů jeho jednotlivých účastníků. (Pro účely občanského nebo trestního řízení mohou být tyto osoby předsedou burzovní komory zproštěny povinností mlčenlivosti.)

Druhou úrovní ochrany investora je jeho ochrana ze strany makléře. Základem je už samotné povolení ministerstva financí a absolvování makléřské zkoušky je předpokladem profesionality a orientace na kapitálovém trhu. Vychází se tedy z faktu, že jen odborník může kvalitně hájit zájmy investora. Dosavadní koeficient úspěšnosti při složení zkoušky je zatím velmi nízký (méně než 20 %). Toto číslo svědčí o náročnosti a důkladnosti přípravy pro obchodování s cennými papíry.

Jsou tu i opatření, která se týkají emitenta. Emitent nesmí při propagaci vydávání svých cenných papírů používat nepravdivé nebo zavádějící informace nebo zamlčovat skutečnosti, které jsou důležité při rozhodnutí o nabytí cenných papírů.

Každý emitent je přitom povinen nejméně jednou ročně publikovat zprávu o své hospodářské situaci. Způsob zveřejnění musí být oznámen v Obchodním věstníku. Určitým momentem ochrany je i kotovaný trh cenných papírů.

„Pro investora znamenají kotované cenné papíry záruku jisté kvality emitenta i samotné emise. Není to samozřejmě právní záruka. Ovšem krach firmy, jejíž akcie nebo obligace byly kotovány na burze, je ve světě spíše výjimkou a také systém kotace na Burze cenných papírů Praha by měl být zárukou této kvality. Kotace investorovi poskytuje ochranu minimálně v tom, že emisi z pohledu bonity prověřila

skupina odborníků.“⁵

Velmi důležitá při ochraně investora je jeho informovanost. Pokud bude mít investor dostatek informací o všem, co je potřebné znát o obchodování na burze, může se lépe chránit. Samozřejmě obeznámení znamená i vzbuzení určité důvěry, a to je základní předpoklad pro vstup investora na burzu. Ochrana investorů je garantována státním dozorem. Pověřeno jím bylo ministerstvo financí, které chrání nejen investory, ale také zájmy státu.

Burza cenných papírů vytvořila vlastní nástroje pro ochranu investorů:

1. Garanční fond, který slouží k případnému krytí nesplněných závazků členů z burzovního obchodu vůči klientům,
2. složení kauce člena,
3. možnost upravovat podmínky obchodování.

Burzovní obchody

Problematicke burzovního obchodu je věnována třetí část zákona o burze cenných papírů. Burzovní obchod je definován jako nákup a prodej cenných papírů na burze, a pro účely tohoto zákona i zprostředkování tohoto nákupu a prodeje oprávněnými osobami. Dobu a místo burzovního obchodu stanoví burzovní řád. Protože se na burze používá pouze automatizovaný systém obchodování, považují se za jednotlivé burzovní obchody ty, které jsou v tomto systému evidovány. Účastníky burzovního obchodu jsou akcionáři burzy, osoby, kterým burzovní komora udělila oprávnění a centrální banka.

Jak už bylo výše napsáno, na burze se uskutečňují burzovní obchody, které smí provádět jednotliví členové burzy prostřednictvím svých makléřů. Předmětem obchodu mohou být pouze cenné papíry a práva s nimi spojená, které:

- a) jsou přijaty k obchodování na burze v souladu s kótačními pravidly obsaženými v „Podmínkách přijetí cenných papírů k burzovnímu obchodu“ – kotované cenné papíry,
- b) nejsou přijaty k obchodování na burze podle kótačních pravidel, ale je s nimi obchodováno na burze prostřednictvím automatizovaného obchodního systému (dále jen „AOS“). Jejich vstup na trh nekotovaných cenných papírů se uskutečňuje na základě splnění formálních náležitostí stanovených v „Podmínkách pro registraci cenných papírů k obchodování na trhu nekotovaných cenných papírů“.

Za burzovní obchod se považují i přímé obchody, které jsou evidovány v AOS a které podléhají vypořádání prostřednictvím Burzovního registru cenných papírů, s.r.o. Burzovní obchody se uzavírají a vypořádávají v sídle burzy v burzovních

⁵Kříž, M.: Bude kótační výbor dlouho bez práce? Profit, příloha Ekonomika č. 20/1993, s. 1

dnech. Burzovní obchod je uzavřen okamžikem, kdy na základě porovnání objednávek k nákupu a prodeji cenných papírů AOS stanoví podle definovaných algoritmů cenu.

Cenová podmínka objednávky může být podána buď za limitní cenu nebo za tržní cenu (co nejlépe). Limitní cenou objednávky nákupu se rozumí „zobchodování objednávky“ za nižší kurz nebo maximálně za kurz odpovídající limitu. Limitní cenou objednávky prodeje se rozumí „zobchodování objednávky“ za vyšší kurz nebo minimálně za kurz odpovídající limitu. Objednávka za tržní cenu (co nejlépe) se provede za stanovený kurz v daný burzovní den.

Pokud objednávka neobsahuje žádnou cenovou podmínku, je považována za objednávku za stanovený kurz.

Objednávka může být časově podmíněna buď určitým datem nebo počtem burzovních dnů. Objednávka bez časové podmínky je platná pouze pro nejbližší burzovní den. Maximální platnost objednávky je jeden měsíc ode dne předání do AOS.

V říjnu minulého roku byla na BCPP zavedena nová služba tzv. blokové obchody. Obchodování s bloky cenných papírů patří do oblasti přímých burzovních obchodů, tj. obchodů uzavíraných mezi dvěma stranami, avšak probíhajících aukčním způsobem bezprostředně na parketu burzy. Tím se výrazně liší od přímých obchodů, které mohou být předjednány mezi obchodníky mimo burzu a jsou podány na burze k vypořádání.⁶

Burzovním obchodem s bloky cenných papírů (dále jen „blokovaný obchod“) je obchod s cennými papíry organizovaný burzou, u nichž byl během předchozích burzovních dnů stanoven kurz a které jsou při obchodování soustředěny do skupin o určitém počtu a hodnotě.

Blok je soubor cenných papírů jedné emise obsažený v jedné objednávce, jehož hodnota je stanovena jako součin počtu kusů cenných papírů, které jsou obsahem bloku, a jejich ceny uvedené v objednávce.

Významnou otázkou řešenou zákonem o burze cenných papírů je, kdo provede vypořádání obchodů na burze. Vlastní vypořádání burzovních obchodů formou vzájemného zúčtování, úschovy, dodání či odebrání cenných papírů (CP) má provádět banka, popřípadě jiná právnická osoba (na základě uzavřené smlouvy), která však sama nesmí burzovní obchody provádět. Je povinna předkládat burzovní komoře a burzovnímu komisaři na požádání informace o uzavřených burzovních obchodech a jejich vypořádání. Touto právnickou osobou je Burzovní registr cenných papírů, s.r.o. (BRCP), který byl založen jako dceřiná společnost Burzy cenných papírů Praha. Burzovní komora schvaluje pravidla burzovního registru, upravuje jeho organizační uspořádání a podmínky činnosti.

Hlavním předmětem činnosti burzovního registru je vypořádání burzovních obchodů, které z pověření účastníků provádí burzovní registr na základě výsledků burzovních obchodů obsažených v závěrkovém listě. Vypořádání zahrnuje:

- a) odebrání a dodání cenných papírů prodávajícím a práv s nimi spojených kupujícímu (dodání CP),
- b) obstarání převodu peněžních prostředků z kupujícího na prodávajícího (zaplacení).

Pro naplnění hlavního předmětu činnosti burzovního registru uskutečňuje další činnosti, jimiž jsou:

- a) vedení evidence cenných papírů účastníků a práv s nimi spojených na účtech cenných papírů (majetkové účty),
- b) služby spojené se správou cenných papírů evidovaných na majetkových účtech účastníky,
- c) hromadná úschova cenných papírů evidovaných na majetkových účtech účastníků,
- d) služby spojené se správou a řízením výše vkladů účastníků sdružených v Garančním fondu burzy.

Účastníkem vypořádání burzovních obchodů je člen burzy, kterému byly na jeho žádost otevřeny majetkové účty v BRCP.

Člen burzy je povinen před zahájením obchodování na burze požádat o otevření majetkového účtu v BRCP.

V rámci své činnosti je burzovní registr účastníky oprávněn uzavřít smlouvy:

- a) se Střediskem cenných papírů, o zadávání příkazů burzovního registru jménem účastníků a o způsobu přenosu dat mezi burzovním registrem a Střediskem cenných papírů,
- b) s Českou národní bankou o zadávání příkazů burzovního registru jako třetí strany zúčtovacímu centru České národní banky.

Mimo vypořádání vykonává BRCP i evidenci CP. BRCP zřizuje na žádost účastníků majetkové účty cenných papírů obchodovaných na burze a práv s nimi spojených.

Uzavírat burzovní obchody má z ekonomického hlediska smysl pouze v případě, že se jedná o relativně vyšší finanční objem. Důvodem je poplatek za realizaci obchodu. To pochopitelně platí i v těch případech, kdy se uvažuje o nákupu akcií k získání určitého zisku. Z této skutečnosti pak vyplývá, že na burze nebude koncentrován úplně celý obchod s cennými papíry a kromě obchodování na dalším veřejném trhu – RM systému budou část obchodu zřejmě zprostředkovávat některé banky.

Osoby, které nově (bez významných zkušeností) vstupují na trh cenných papírů, by se přitom měly vyvarovat pokoutních obchodů. Jen tak lze vyloučit případy, kdy se obchoduje s bezcennými „cennými papíry“, zejména zahraničními, které měly být skartovány.

⁶Svoboda P.: Odpovídáme čtenářům, Burza č. 126/94, str. 5.

Přijetí cenných papírů k burzovním obchodům

Otázky spojené s přijetím cenných papírů k burzovním obchodům upravuje zákon o burze cenných papírů v souladu s požadavky právních a finančních záruk solidnosti a čestnosti burzovních obchodů.

Na BCPP existují dva trhy cenných papírů – trh kotovaných a trh nekotovaných cenných papírů. S pojmem nekotovaný trh se setkáme pouze na pražské burze. Světové burzy všechny cenné papíry, které přijmou k obchodování, zařazují na jediný – kotovaný trh. Přijetí cenného papíru na kotovaný trh ukazuje, že tento cenný papír odpovídá určitému standardu, tj. splňuje předem dané podmínky. Trh nekotovaný u nás vznikl z důvodu potřeby rychlejšího zahájení burzovních obchodů, kdy bylo vhodné zahájit obchodování akciemi z kuponové privatizace. Tyto akcie však nebyly schopny splnit požadavky kotovaného trhu.

Postupně by mělo dojít k zániku nekotovaného trhu a na trh kotovaný lze pak přenést pouze ty akcie, které splňují předepsané podmínky.

Kotací cenného papíru burza garantuje účastníkům trhu kvalitu cenného papíru, což obecně může přinést emitentovi následující nezanedbatelné výhody:

- možnost získat dodatečný kapitál,
- snadnější přístup k bankovním úvěrům,
- zajištění dalších způsobů financování,
- vyšší hodnotu akcií pramenící z vyšší důvěry investorů,
- vyšší atraktivitu pro zahraniční společnosti a investory,
- vyšší bonitu společnosti při zakládání společných podniků,
- zvýšení prestiže a dobrého jména podniku.

Burza samozřejmě nemůže kotovat všechny emise cenných papírů. Kotují se pouze ty, které zaručují vytvoření likvidního a stabilního trhu, což dokáží zajistit pouze dobře vedené prosperující společnosti.

Kotovanými cennými papíry jsou cenné papíry, které jsou vydány v souladu s obecně závaznými právními předpisy a které jsou přijaty k burzovnímu obchodu podle burzovního řádu a podmínek přijetí. Na burze se cenné papíry kotují podle jednotlivých emisí.

K tomu, aby se cenný papír mohl obchodovat na kotovaném trhu, musí projít tzv. „připouštěcím řízením.“

„Připouštěcí řízení na pražské burze bylo burzovní komorou delegováno na výbor pro kotaci, který má nyní čtrnáct členů reprezentujících všechny významné akcionáře burzy. Rozhoduje většinou osmi hlasů o připuštění jednotlivých emisí na burzovní trh.“⁷

⁷Barabas, A.: Jak bude fungovat burza (II.), Kotace cenných papírů, Ekonom č. 9/1993, s. 28.

Prvním krokem je podání žádosti o kotaci, kterou podává emitent prostřednictvím některého člena. K ní musí být přiložen prospekt, který je nezbytnou součástí žádosti.

Žádost musí obsahovat:

- a) obchodní jméno, název nebo jméno emitenta, sídlo nebo adresu trvalého bydliště, identifikační číslo organizace nebo rodné číslo,
- b) druh, celkovou hodnotu emise a podobu cenného papíru, který má být kotován, číslo ISIN.

K žádosti musí být přiloženo:

- a) povolení příslušného ministerstva k vydání cenného papíru a k veřejnému obchodování, je-li jej třeba podle obecně závazných právních předpisů,
- b) doklad o přidělení čísla ISIN,
- c) prospekt ověřený bankou,
- d) kotační inzerát,
- e) dva vzory listinného cenného papíru a popis jeho technického provedení nebo doklad střediska cenných papírů o založení registru emitenta,
- f) průkaz živnostenského oprávnění a výpis z obchodního rejstříku (notářsky ověřená kopie, je-li emitentem osoba, která je v obchodním rejstříku zapsána,
- g) společenská smlouva nebo stanovy emitenta.

Prospekt musí obsahovat:

- a) úvodní ustanovení
 1. právní podklad k vydání CP,
 2. rozhodnutí příslušného ministerstva o povolení k vydání cenného papíru nebo povolení k veřejnému obchodování,
 3. účel emise,
 4. další informace důležité pro investora (např. způsob, jakým emitent uveřejňuje informace o své činnosti a postavení),
 5. informace o skutečnosti, že povolením kotace emise nepřebírá burza žádné závazky z takových cenných papírů.
- b) charakteristiku a podmínky emise cenného papíru
- c) základní údaje o emitentovi
- d) údaje o předmětu podnikání emitenta
- e) finanční situaci emitenta
- f) orgány správy a řízení emitenta
- g) závěrečná ustanovení

1. jména osob, které prospekt vyhotovily, včetně dne, k němuž byl prospekt vyhotoven,

2. prohlášení odpovědných osob, že skutečnosti v prospektu uvedené jsou úplné a pravdivé,
3. prohlášení emitenta o převzetí odpovědnosti za správnost prospektu a podpis statutárního orgánu emitenta,
4. prohlášení banky o ověření prospektu, s uvedením jejího obchodního jména, sídla a podpisy oprávněných osob.

Burzovní komora může emitentům uložit povinnost zveřejňovat během roku informace o svém hospodaření, svou roční účetní závěrku ověřenou auditorem a komentář o finanční situaci.

Obecně platí, že emitent cenného papíru přijatého na burzovní trh musí neprodleně oznámit burzovní komoře a podle jejího požadavku zveřejnit změny ve své finanční situaci, nebo jiné skutečnosti, které mohou vyvolat změnu kurzu cenného papíru, nebo zhoršit schopnost emitenta plnit závazky z emise cenného papíru.

Rozhodnutí o povolení kotace nabývá účinnosti okamžikem zaplacení poplatku za kotaci, jestliže emitent do 60 dnů od vydání rozhodnutí o povolení kotace nezaplátil stanovené poplatky a neuveřejnil kотаční inzerát, je žádost považována za zamítnutou.

Emitent musí vydat kотаční inzerát. Tímto inzerátem informuje o skutečnosti, že s emisí cenných papírů bude obchodováno na burze.

Ustanovení části zákona o burze cenných papírů o přijetí cenného papíru k burzovnímu obchodu se nevztahuje na dluhopisy vydávané státem, u nichž se jeví dostatečné záruky jejich spolehlivosti.

Přijetí cenného papíru na nekotovaný trh je vázáno na splnění určitých podmínek. Ty však jsou volnější a méně formální. Stejně jako na kotovaném trhu, i zde musí emitent podat žádost o registraci cenného papíru prostřednictvím člena burzy nebo generálního tajemníka burzy. Registrace se uskuteční, pokud žádost obsahuje přeepsané náležitosti a pokud podíl části emise vydané na základě veřejné nabídky na celé emise je nejméně 10 %.

Účastníci burzovního obchodu obecně jsou přítomni povinni dodržovat burzovní řád a burzovní pravidla, plnit závazky z jednotlivých burzovních obchodů, přistoupit ke stanovenému způsobu zúčtování burzovního obchodu, složit na účet burzy kauci k zabezpečení závazků a rizik plynoucích z burzovního obchodu a jeho zúčtování (výše kauce určí burzovní komora s přihlédnutím k rozsahu a riziku burzovního obchodu), předkládat burzovní komoře roční účetní závěrku ověřenou auditorem.

Kurzy cenných papírů

Obecně platí, že kurzy publikované burzou mají vyjadřovat platnou burzovní cenu určitého cenného papíru. Předpokladem objektivitu kurzu je zohlednění širokého okruhu obchodů. Vlastní tvorba kurzu je mimo jiné ovlivněna poměrem nabídky a poptávky po kapitálu, diskontní politikou emisní banky, stavem ekonomiky i společensko-politickou situací.

Pokud se na burze používá pouze automatizovaný systém burzovního obchodu, vypočítává se úřední kurz za pomoci tohoto systému. Způsob určování kurzů cenných papírů stanoví burzovní řád.

V dosavadní praxi se na burzách vytvořily dva základní způsoby zaznamenávání, resp. tvorby kurzů akcií: prvním z nich je stanovení pevného kurzu (tzv. fixing), druhý je označován jako „průběžná“ (kontinuální) kotace, tj. nepřetržité zaznamenávání, resp., tvorba kurzu.

Burza cenných papírů si pro svůj začátek zvolila fixing, a to především pro jeho výhody: stabilní ceny a menší výkyvy kurzů. Nezanedbatelným faktem je také levnější fungování trhu a také to, že stanovením kurzu dochází ke snížení rizika podvodů a omylů. Zákon o cenných papírech hovoří o tom, že kurzy cenných papírů určují burzovní dohodci. Na pražské burze jejich funkci supluje automatizovaný obchodní systém, který tvoří kurzy podle předem daných pravidel. Software pro tyto operace byl Burze cenných papírů Praha poskytnut francouzskou asociací burz.

Výpočet kurzu CP upravuje zvláštní burzovní předpis – Kurz CP a jeho výpočet. Kurzem se pro tyto účely myslí cena, za kterou se CP kupuje a prodává na burze. Cena CP v rámci přímých obchodů se za kurz nepovažuje. Výpočet kurzu se provádí prostřednictvím automatizovaného obchodního systému burzy.

Na základě všech shromážděných objednávek na nákup nebo prodej cenného papíru k určitému okamžiku je vyhledávána tržní hodnota. Tržní hodnota slouží za základ pro určení kurzu cenného papíru.

Při stanovování tržní hodnoty jsou srovnány objednávky podle stejné cenové podmínky. Při stanovování tržní hodnoty jsou postupně využívána následující kritéria (použito je vždy druhé v pořadí, pokud první kritérium nepostačuje ke stanovení tržní hodnoty):

- a) největší možný počet prodaných a koupených cenných papírů,
- b) nejmenší rozdíl mezi počtem nabízených a poptávaných cenných papírů (převis).

Jestliže jsou dodrženy tyto požadavky a nastane situace, za které existuje více nejmenších převisů v několika cenových pásmech, pak výslednou cenou bude:

- a) nejnižší z cen akumulovaných objednávek, které odpovídají příslušným převisům („nabízené ceny“), pokud vzniknou převisy pouze na straně nabídky,
- b) nejvyšší z nabízených cen, pokud vzniknou převisy pouze na straně poptávky,
- c) nabízená cena nejbližší předchozímu kurzu, při níž je možno krátiť objednávky za situace, pokud vzniknou převisy jak na straně nabídky, tak na straně poptávky,
- d) předchozí kurz, pokud se předchozí kurz nachází uprostřed mezi dvěma nabízenými cenami.

První kritérium vychází ze zásady, že největší snaha je o co nejvíce uspokojených objednávek. Aby proběhlo nejvíce burzovních obchodů. Pokud bude převis stejný u dvou nebo více cenových limitů, je určujícím druhé kritérium.

Pro stanovení nového kurzu platí pravidla připouštějící pouze omezené rozpětí změny kurzu oproti předešlému kurzu. Kurzy cenných papírů se vyhlášují v sídle burzy a výsledky se uveřejňují v kurzovním lístku. Ten je veřejnosti dostupný v informačním středisku burzy, na disketách prodávaných burzou i v burzovních novinách. Kurzovní lístek obsahuje základní informace o daném cenném papíru v určitém dnu seance. V kurzovním lístku jsou uváděny tyto informace:

- kurz dnešní,
- kurz předcházející,
- změna kurzu v procentech,
- stav trhu,
- objem obchodu,
- zobchodované množství cenného papíru,
- minimální a maximální cena v posledním roce,
- dividenda,
- P/E ratio

U dluhopisů jsou navíc tyto údaje:

- úroková sazba,
- datum splatnosti,
- datum výplaty kupónu,
- alikvotní úrokový výnos,
- hrubý výnos ke dni splatnosti.

(Označení P/E ratio vyjadřuje poměr kurzu akcie a čistého zisku připadajícího na jednu akcii.)

Spory, sankce

Spory z obchodů s cennými papíry uzavřených na Burze cenných papírů Praha řeší burzovní rozhodčí soud (BRS). Ve sporech z burzovního obchodu není přípustná námitka, že šlo pouze o sázku nebo hru.

Burzovní rozhodčí soud zřizuje burzovní komora. Burzovní rozhodčí soud působí jako stálý a nezávislý orgán v sídle burzy. Pravomoc rozhodčího soudu byla založena písemnou smlouvou mezi členy burzy. Rozhodčí soud se skládá z předsedy, místopředsedy, rozhodců a tajemníka.

Předseda je volen burzovní komorou na dobu tří let a dohlíží především na řádný chod rozhodčího řízení.

Rozhodci rozhodují ve tříčlenných senátech. Rozhodce musí být zapsán v seznamu rozhodců, který podléhá schválení burzovní komory. Rozhodci jsou při výkonu funkce nezávislí a nestranní. Každá strana sporu má právo zvolit si (jmenovat) jednoho rozhodce, ti potom zvolí předsedu rozhodčího senátu z řad rozhodčích soudců.

Sjednají-li účastníci burzovního obchodu pravomoc burzovního rozhodčího soudu, platí, že se podřídili rovněž jeho řádu platnému v době podání návrhu na zahájení řízení. Rozhodčí nález je konečný a vykonatelný.

Porušení určených ustanovení zákona o burze je vystaveno sankčnímu postihu. Skutkové podstaty zakládající možnost uložení sankce pamatují mimo jiné na případy porušení povinností stanovené zákonem o burze cenných papírů, burzovním řádem a burzovními pravidly a na případy úmyslného rozšiřování nepravdivých zpráv, které ovlivnily nebo mohly ovlivnit kurzy cenných papírů s úmyslem poškodit účastníky finančního trhu. Burzovní komora může uložit sankce účastníkovi burzovního obchodu (členům burzy nebo makléři člena) a emitentu cenného papíru přijatého k bankovnímu obchodu. Sankční pravomoci generálního tajemníka burzy se vztahují na makléře a další osoby vykonávající činnost na burze.

Státní dozor

Činnost burzy podléhá státnímu dozoru, který vykonává ministerstvo financí prostřednictvím burzovního komisaře. Komisaře a jeho zástupce jmenuje a odvolává podle zákona č. 214/1992 Sb. ministr financí. Oprávnění burzovního komisaře při provádění státního dozoru jsou stanovena tímto zákonem. Výkon rozhodnutí burzovní komory může být ve stanovených případech pozastaven burzovním komisařem nejdéle na dobu sedmi dnů, do kdy o něm s konečnou platností rozhodne ministerstvo financí.

Ministr financí je oprávněn na návrh burzovního komisaře odejmout burzovní komoře její oprávnění uvedená v tomto, popřípadě ve zvláštním zákoně, pokud závažným způsobem porušila právní předpisy nebo burzovní řád a pravidla a hrozí-li nebezpečí ztrát z prodlení. Ministr v tomto případě dočasně pověří zmocněnce jednáním jménem burzy a řízením burzy, než bude zvolena nová burzovní komora. Ministr je podle návrhu zákona oprávněn dočasně pozastavit burzovní obchod nebo obchody, jestliže nelze jinak zabránit velkým hospodářským škodám.

Pokud ministerstvo zjistí nedostatky či přestupky proti pravidlům finančního trhu, může udělit pokutu až do výše 5 mil. Kč. Ministerstvo může také např. omezit či ukončit činnost účastníků finančního trhu nebo zakázat emisi a obchod s cennými papíry. Odejme-li ministerstvo povolení, může účastník finančního trhu znovu žádat o udělení povolení teprve po uplynutí 10 let.

Burzovní komora se proti rozhodnutí ministra může do sedmi dnů odvolat ke stanovenému soudu. Odvolání však nemá odkladný účinek.

Předpoklady dalšího rozvoje

Při obchodování s cennými papíry se objevují problémové otázky. K jejich řešení se zejména navrhuje:

Uvolnění povinnosti evidence všech dematerializovaných cenných papírů ve Středisku cenných papírů.

Posílení ochrany investora. Ochranu investora i dalších účastníků kapitálového trhu lze posílit především:

- uzákoněním povinnosti pravidelně (měsíčně) zveřejňovat stanovené informace o hospodářské situaci akciové společnosti (výsledovka, rozvaha atd. v souladu s harmonizací se směrnicemi Evropského společenství).
- povinností vlastníka zveřejnit skutečnost, že vlastní více než 10 % akcií jedné akciové společnosti (se stanovením určité „tolerance“ pro případy, že by vlastník nakoupil CP spekulativně a do jednoho měsíce by je zamýšlel prodat).
- povinností SCP informovat při převodu majitele, zástavce, věřitele, nabyvatele a správce CP o tom, že CP je zastaven.
- přesným vymezením toho, kdo má přístup k informacím ze SCP.
- omezením možností emitenta akcií na doručitele zjistit, kdo je jejich držitelem.

Dále je navrhováno zjednodušení administrativy, operací ve Středisku cenných papírů a náležitostí účastníků kapitálového trhu. (Je zbytečné, aby se obchodník s cennými papíry neustále musel prokazovat svým oprávněním ve SCP. To stačí učinit jednou a poté jen na požádání). Mělo by dojít ke zkrácení lhůt na operace v SCP.

Počítá se rovněž s upřesněním práv a povinností Střediska cenných papírů. Středisko je neustále přetěžováno. Navíc jeho cílem není zisk. Nemělo by proto vykonávat nové služby, ale pouze plnit povinnosti, které mu ukládá zákon.

SCP by mělo mít přitom povinnost evidovat komu, kdy, z jakého důvodu a jaké informace byly poskytnuty. Softwarový systém by měl být upraven tak, aby jinak nebylo možno informaci poskytnout.

Ke zlepšení situace by se pak mělo umožnit, aby emise jednoho emitenta měly různou podobu a mohly být vytištěny v různé tiskárně.

Předpokládá se i zkrácení lhůty na materializaci CP a to zkrácením ze 3 let na minimum. Neodůvodněně dlouhá lhůta posiluje monopol SCP a příp. zabraňuje emitentovi zvolit si jinou formu evidence atp. svých cenných papírů.

Dále se oprávněně navrhuje, aby fyzické nebo právnické osoby (např. větší obchodníci), které by získaly povolení příslušného orgánu ministerstva, mohly individuální účty svých klientů vést samy. Hromadný účet by byl veden u SCP pro tohoto obchodníka.

Literatura

- [1.] Beneš, V.; Musílek, P. : *Burzy a burzovní obchody*, Informatorium Praha, 1991, 227 s.;
- [2.] Bestmann, U. : *Börsen und Effekten von A-Z*, C.H.Beck München, 1989, 313 s.;
- [3.] Jirkůvová, M.; Marek, K.; Tomíčková S. : *Banky, burza cenných papírů*, Právnická fakulta MU Brno, 2. vydání, 1995, 200 s.;
- [4.] Marek, K. : *K obchodním závazkovým vztahům*, Právnická fakulta MU Brno, 2. vydání, 1995, s. 138-159.

- [5.] Pelikánová, I. a kol. : *Obchodní právo I. díl*, CODEX Praha, 1993, s. 418-432;
- [6.] Rieger, L. : *Burzovní lexikon*, Victoria Publishing Praha 1992, 238 s.;
- [7.] Schmidt, H. : *Wertpapierbörsen*, Wahlen München, 1988, 125s.
- [8.] Weilinger, A. : *Börsegesetz 1989*, VÖS Wien 1990, 250 s.;

* * *

* * *

S U M M A R Y

The Stock Exchange, Trading on the Stock Exchange

Stock exchange Act proceeds from the requirement for the creation of an organised market of securities (Securities Act regulates also the possibility of other public markets and securities trading). To achieve this state, the stock exchange has to operate as an independent market institution. The strict separation of the stock exchange from the state and the establishment of the necessary self-government express this independence. The public benefit of the stock exchange good performance ensues from its mission. As a one of key financial institutes, the stock exchange will be the place, where important operations will take place. The possibility of using its services will be opened to the wide circle of enterprising subjects. The stock exchange will concentrate an important part of supply and demand for different sorts of securities, especially for shares and bonds. Its benefit to public resorts also from the efficient movement of capital according to the relation of demand and supply. The aspect of executed trades legitimacy can not be considered as insignificant as well.

K problematice singularárních lesů

Ivana PRŮCHOVÁ

I.

Úvodní poznámka

V souvislosti s přípravou zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku (dále jen „zákon o půdě“) nebyly podle mého názoru zpracovateli dostatečně zohledněny všechny nuance a specifika pozemkového vlastnictví a pozemkové držby lesních pozemků. Pozornost byla soustředěna především na pozemky zemědělské resp. tvořící součást zemědělského půdního fondu a naopak problematika pozemků tvořících součást lesního půdního fondu byla zpracována v předloze zákona méně důkladně. Na této skutečnosti nic nemění ani dodatečné pokusy prostřednictvím následných novelizací zákona o půdě (konkrétně zákonem č. 93/1992 Sb. a zákonem č. 183/1993 Sb.) specifika lesních pozemků do zákona o půdě promítnout. Naopak, některé tyto zásahy byly provedeny nedůsledně, což s sebou přineslo řadu následných aplikačních problémů.¹

Cílem tohoto příspěvku je zamyslet se nad specifiky, která se týkají tzv. singularárních lesů. Celá záležitost je navíc komplikována tím, že s odbornými polemikami ohledně právní povahy singularistického majetku² se lze setkat i na stránkách komentáře Obecného občanského zákoníku z roku 1811, případně v komentářích k lesním zákonům.³

¹Tento závěr se týká např. otázky restituce pozemků bývalých lesních družstev složených výlučně z fyzických osob – viz blíže Průchová, I.: Zákon o půdě a restituce majetku bývalých lesních družstev složených výlučně z fyzických osob, Časopis pro právní vědu a praxi, č. I/1994, s. 155 nsl.

²V literatuře se lze setkat jak s pojmy singularistický majetek, tak singularární majetek, k označení téže majetkové podstaty

³Srov. např. Rouček, F. – Sedláček, J.: Komentář k čsl. obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, II. díl, s. 223 nsl., Praha 1935, ZEIS, E.: Zákon lesní, honební, rybářské a o ochraně výroby zemědělské, Praha 1937, Horna, F., Daňha, J., Ministr, J.: Komentář lesních zákonů ma nařízení platných na celém území ČSR, Praha 1937

II.

K podstatě a právní povaze singularistického majetku

V případě singularistických společností (společenstev, spolků apod.) máme co do činění s historickoprávním majetkovým útvarem, jehož podoba se utvářela dlouhým historickým vývojem. Přitom singularární majetek je různého původu. Existence obdobných útvarů není typická pouze pro Čechy a Moravu, lze se s jeho obdoby setkat i na Slovensku (v podobě tzv. majetku urbaniálního a komposesorátního). Obdobně kolektivní majetková společenstva existovala i v jiných zemích (např. v Prusku). Ve všech případech je třeba jejich kořeny vidět v majetkových poměrech původních rodinných organizací, z nichž se postupně vyvíjely různé odrůdy majetkových společenství selských usedlostí, s tím, že vůči některým majetkům bylo s ohledem na racionálnost takového řešení vytvářeno jakési „nedělené“ vlastnictví resp. spoluvlastnictví (pastvin, lesů), jehož základním cílem bylo zajistit jejich společné užívání všemi dotčenými spoluvlastnickými subjekty. Do této skupiny patří v Čechách a na Moravě jednak majetky označované zejména jako majetky rustikalistů, které se však posléze – v souladu s právní úpravou přeměnily buď v tzv. obecní statek, který byl pak následně zrušen a přeměněn v tzv. kmenové jmění obecní. Vedle toho se lze setkat s majetkem singularistů, pro které je typické, že nebyl v minulosti výslovně upraven (tedy ani výslovně zrušen), a proto při řešení právních poměrů jednotlivých singularistů vznikají dnes potíže.

Navíc je třeba zdůraznit, že vedle výše popsaného singularistického majetku vytvořeného prakticky cestou zvykového práva jako zbytek původní rodové (dědinné) organizace vlastnictví k zemědělské, ale hlavně lesní půdě, byl v minulosti výslovně právně regulován lesní majetek singularistický, a to konkrétně císařským patentem č. 130 z roku 1853 ř.z., o vyvazení a výkupu služebnosti. V tomto případě byly lesy odstoupeny singularistům při výkupu a vyvazení lesních služebností. Záměrem zákonodárce bylo vytvořit společná majetková společenstva lesních singularistů, a ne drobit poměry mezi jednotlivými oprávněnými subjekty na individuální reálné vlastnické podíly.

Z výše uvedeného tedy vyplývá, že ne všechny singularární lesy byly vytvořeny v návaznosti na citovaný císařský patent č. 130 z r. 1853, ale naopak, že některé se vyvinuly historicky ze situace popsané na prvním místě, tj. z historického vývoje rustikálního venkovského nebo měšťanského majetku.

Je proto nutno v každém individuálním případě na základě zápisů v pozemkové knize zkoumat, jakým historickým vývojem majetkové poměry singularárních lesů prošly. Zabývat se jednak otázkou vzniku práva vlastnického, jednak otázkami jeho dalšího pohybu. Velká část singularárního majetku byla totiž původně obecním statkem, ale různými právními cestami (narovnání s obcí, rozsudkem soudu, agrární operací) přešel tento majetek do neomezeného spoluvlastnictví dosavadních uživatelů obecního statku. Tím jsou takové pozemky vyloučeny z vlastnictví obcí

a přestaly být právně obecním majetkem. Ve vztahu k „obecnímu majetku“ mohly tedy v minulosti nastat v zásadě dvě situace – první, při níž někdo kupoval zemědělskou usedlost a spolu s ní získal za úplaty „uživací právo na obecním“. Vedle toho byla druhá skupina případů, kdy subjekt spolu s koupí usedlosti, s níž byl historicky spojen podíl na singularistickém majetku, věděl, že tento podíl nabývá do svého vlastnictví (ne tedy pouze do užívání). Těmto na druhém místě jmenovaným vlastníkům zůstalo vlastnictví ideálního podílu na majetku singularním zachováno i po nabytí účinnosti z. č. 421 z r. 1919 Sb. z. a n., o zrušení obecního statku.

Zápis singularistického majetku do pozemkové knihy se prováděl tak, že se jako vlastník zapsali jednotliví singularisté a udaly se podíly náležející ke každému oprávněnému číslu domovnímu (usedlosti).

Právní úprava vnitřních poměrů singularních společenstev nebyla v minulosti výslovně upravena. Někdy si vzájemně vztahy uspořádali singularisté speciální smlouvou (dohodou), někdy se přímo konstituovali jako spolek. Většinou však pro jejich právní úpravu vnitřních záležitostí byla směrodatná soukromoprávní smlouva. Vzhledem ke všem těmto skutečnostem je třeba každý případ singularního majetku řešit individuálně, neboť i z dobové literatury vyplývá, že si právní praxe mnohdy s řešením těchto otázek nevěděla jednoznačně rady. Většinou je pojímala jako spoluvlastnictví podle 16. hlavy Obecného občanského zákoníku s nárokem na rozdělení společné věci (viz § 825 nsl. obecného občanského zákoníku), stejně tak postupovala judikatura Nejvyššího soudu (viz rozhodnutí Nejvyššího soudu č. 1772).

Naproti tomu odborná literatura (viz např. SEDLÁČEK J.: Vlastnické právo, Praha 1935), s touto praxí nesouhlasila a řadila singularistický majetek pod právní pojem tzv. „spoluvlastnictví bez podílu“ (viz § 361 Obecného občanského zákoníku). Podle názoru J. Sedláčka měli singularisté jen právo společného užívání věcí, nemohli disponovat svými podíly, nemohli je samostatně zcizit. Z toho vyplývalo, že podle něho nebylo možné žádat jednotlivým účastníkem singularního společenství rozdělení společného singularního majetku.

Navíc pro právní poměry na Moravě a ve Slezsku je třeba připomenout právní úpravu práv podílníků na singularistickém majetku a na jeho rozdělení (viz z. č. 31/1884 mor. z. z. a z. č. 13/1888 slez. z. z.). Příslušný k takovému řízení byly úřady pro agrární operace.

Smyslem uvedení těchto historických právních předpisů bylo poukázat na problematičnost vzájemných poměrů a dělení majetku singularistů od samého počátku jejich existence. Nesporné je to, že primárním smyslem těchto společenství bylo zajistit právo společného užívání, postupem doby – a to jak v souvislosti s převody a přechody majetků na právní nástupce původních singularistů, tak s ohledem na individuální odlišné zájmy jednotlivých společníků – se otázka postupu při případném rozdělování singularního majetku stávala stále více aktuální.

V souvislosti se snahou státu po roce 1945 a zejména po únoru 1948 postupně likvidovat respektive alespoň omezit individuální pozemkové vlastnictví fyzických osob, byly majetky bývalých singularistů *via facti* předávány do užívání právníkům

osobám (státním lesům, družstvům apod.). Na právní úpravu jejich poměrů nereagovala výslovně ani zvláštní úprava. Poněkud konkrétnější byla reakce zákonodárství ve Slovenské republice, kde byly přijaty dva speciální zákony SNR zabývající se regulací právních poměrů bývalých urbáriátníků, komposesorátů a podobných právních útvarů (konkrétně se jedná o zákony SNR č. 81/1949 Sb. SNR a z. SNR č. 2/1958 Sb. SNR). Tyto dva zákony SNR představují prakticky realizaci zmocnění obsaženého v § 2 odst. 3 z. č. 46/1948 Sb., o nové pozemkové reformě (trvalé úpravě vlastnictví k zemědělské a lesní půdě).

V českých zemích zůstalo pouze u zmocnění obsaženého v § 2 odst. 3 z. č. 46/1948 Sb., podle něhož měla být úprava majetku urbáriálních obcí (společného majetku bývalých urbárialistů), komposesorátů, singularistů a podobných právních útvarů a majetku pastvinářských družstev provedena zvláštním zákonem, vyjímajíc ustanovení § 3 odst. 4 cit. zákona o nové pozemkové reformě.

Konkrétně to znamenalo, že majetky těchto právních útvarů nepodléhaly ustanovením zákona o nové pozemkové reformě jako celky, avšak podléhaly mu jednotlivé podíly spoluvlastníků, činil-li jejich podíl sám o sobě nebo s ostatní půdou podílníka a jeho rodinných příslušníků více než 50 ha nebo kdyby vlastník tohoto podílu na půdě nepracoval.

III.

Zákon o půdě a singularní lesy

Osud majetkových podílů singularistů (a jim podobných útvarů) pokud byly stále vedeny v pozemkové knize jako majetkové podíly singularistů co by členů singularních společenstev, mohl být tedy v souvislosti s realizací pozemkové reformy po roce 1948 dvojitý. Ve vztahu k zákonu č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku je proto třeba zkoumat, zda došlo k přechodu vlastnictví na stát nebo jinou právní osobu či zda zůstaly nadále v soukromém vlastnictví singularisty.

V prvním případě by se použil režim části druhé z. č. 229/1991 Sb. – tj. části restituční. Ve smyslu původní podoby zákona o půdě (tj. před jeho novelizacemi provedenými zákonem č. 93/1992 Sb. a z. č. 183/1993 Sb.) byla v tomto směru konkrétně využitelná ust. § 6 odst. 1 písm. b) případně písm. p) nebo r).⁴ Známý jsou rovněž případy, kdy převod podílu singularisty na stát (nebo jinou právní osobu

⁴ – § 6 odst. 1 písm. b) zákona o půdě: „odnětí bez náhrady postupem podle § 142/1947 Sb., o revizi první pozemkové reformy, nebo podle zákona č. 46/1948 Sb., o nové pozemkové reformě“

– § 6 odst. 1 písm. p) zákona o půdě: „převzetí nemovitostí bez právního důvodu“

– § 6 odst. 1 písm. r) zákona o půdě: „politické persekuce nebo postupu porušujícího obecně uznávaná lidská práva a svobody“

osobu) byl učiněn společně s jiným majetkem na základě darovací smlouvy. Pak by by v řízení restitučním využitelný i titul uvedený pod § 6 odst. 1 písm. h) zákona o půdě (smlouva o darování nemovitostí uzavřené dárce v tísní). Po novele realizované zákonem č. 93/1992 Sb. se zavedením speciálního restitučního titulu v § 6 odst. 1 písm. u) situace ohledně singulárních lesů zjednodušila v tom směru, že postačí prokázat, že v rozhodném období došlo k převodu na stát společně užívaných singulárních lesů. Nedostatkem této novelizace bylo, že restituční titul byl výslovně vázán pouze na případy převodu na stát. Tj. mimo i nadále zůstávaly jednak případy ztráty vlastnictví k singulárním lesům, k nimž došlo jinak než převodem (tj. právě např. ve vazbě na rozhodnutí v rámci pozemkových reforem) a dále případy, kdy nabyvatelem takového majetku nebyl stát. Tím byl tento restituční titul co do svého vztahu k obecným princip restituce zakotveným v zákoně o půdě nelogicky zúžen. Tyto nedostatky se pokusila odstranit novelizace realizovaná zákonem č. 183/1993 Sb.. Bohužel i nadále figuruje v textu § 6 odst. 1 písm. u) zákona o půdě termín „převod“, který při striktním výkladu nezahrnuje již výše uvedené případy přechodů vlastnictví. Nutno však připustit, že v tomto směru je zákon o půdě i na jiných místech nedůsledný a osobně bych se klonila k závěru, že v daných souvislostech nebyl pojem převod použit ve smyslu striktně právněteoretickém pro označení smluvních dispozic s předmětným majetkem, ale že je třeba jej vykládat ve spojení s uvozujícím ustanovením § 6 odst. 1 zákona o půdě, na základě něhož budou oprávněným osobám vydány nemovitosti, které přešly na stát nebo jinou právnickou osobu jak cestou převodů, tak cestou přechodů. Pokud by aplikační praxe striktně trvala na zužujícím výkladu a § 6 odst. 1 písm. u) zákona o půdě by byl aplikován pouze na případy převodů ve smyslu smluvních dispozic, bylo by třeba v ostatních případech postupovat tak, jak umožňovala právní úprava obsažená v zákoně o půdě ve své původní podobě, tj. za využití ust. § 6 odst. 1 písm. b), p) a r) zákona o půdě.

V případě, že k pozbytí vlastnictví nedošlo – a to bude, jak signalizuje praxe – velké množství případů, uplatní se postup podle § 22 z. č. 229/1991 Sb., tedy režim řešící užívání a nájemní vztahy. Z povahy věci vyplývá, že ke dni účinnosti zákona o půdě – tj. k 24.6.1991, pokud bylo zachováno individuální vlastnictví k těmto pozemkům, byly tyto v minulosti právníky osobami užívány z titulu práva užívání k zajištění lesní výroby (lesní pozemky), užívání k zajištění zemědělské výroby (zemědělské pozemky, zejména pastviny), případně z titulu družstevního užívání. I tuto skutečnost je třeba při řešení případu individuálně posoudit, včetně skutečnosti, zda je či není dnešní vlastník ideálního podílu na bývalém singulárním majetku členem zemědělského družstva či ne a pokud ano, tak jaká pravidla obsahují stanovy družstva ve vztahu k rozsahu povinnosti sdružit pozemky ke společnému družstevnímu užívání.

Při řešení je pak třeba vyjít z hlediska platné právní úpravy z následujících základních právních předpisů:

– z § 22 nsl. z. č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému

- zemědělskému majetku, ve znění pozdějších změn a doplnění
- z. ČNR č. 284/1991 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech, ve znění zákona č. 38/1993 Sb., (úplné znění z. č. 221/1993 Sb.)
 - v návaznosti na § 1 odst. 3 z. č. 229/1991 Sb. ustanoveními občanského zákoníku – zejména § 136 nsl. z. č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších změn a doplnění.

Výše uvedené právní předpisy jsou základním rámcem pro řešení majetkoprávních otázek spojených s majetkem singularistů vůči lesním pozemkům. Současně je třeba respektovat pravidla chování obsažená v lesním zákonodárství, a to zejména ve směru k povinnostem vlastníka lesa při jeho obhospodařování.

Jedná-li se tedy o majetkové společenství singularistů, jejichž právní poměry – jak bylo již uvedeno – nebyly v minulosti výslovně detailně opraveny – je třeba na toto společenství pohlížet při úvahách o jejich zrušení a vypořádání ze zorného úhlu platné právní regulace.

Současná právní úprava rozlišuje jak spoluvlastnictví podílové, tak spoluvlastnictví bezpodílové. Současně však stanoví, že bezpodílové spoluvlastnictví může vzniknout jen mezi manžely (§ 136 občanského zákoníku). Režim spoluvlastnictví bývalých singularistů a jeho případného zrušení a vypořádání musí být tedy řešen podle ustanovení týkajících se podílového spoluvlastnictví (§ 137 – 142 občanského zákoníku). Současně je však třeba doporučit přihlídnout všemi zainteresovanými subjekty ke specifikům, která byla historicky vlastní singulárním společností a podobným spolkům a záležitost, resp. výpovědi z nájmu řešit racionálně s přihlédnutím ke specifikům obhospodařování lesních pozemků.

V souladu s právní úpravou podílového spoluvlastnictví je třeba uvést, že podíl vyjadřuje míru, jakou se spoluvlastníci podílejí na právech a povinnostech, vyplývajících ze spoluvlastnictví ke společné věci (a tou je v našem případě singulární les). Spoluvlastníci buď mohou mít zájem na dalším trvání podílového spoluvlastnického společenství, a pak občanský zákoník upravuje jejich vzájemná práva a povinnosti (§ 139 občanského zákoníku) či mohou mít zájem na zrušení spoluvlastnictví a vzájemném vypořádání. K tomu by mělo docházet především dohodou, případně nedojde-li k dohodě – zruší ve smyslu platné právní úpravy spoluvlastnictví a provede vypořádání na návrh některého spoluvlastníka soud. Přihlédne přitom k velikosti podílu a k účelnému využití věci. Jestliže je to možné, rozdělí soud věc mezi spoluvlastníky podle výše podílu. Není-li rozdělení věci dobře možné, přikáže věc za přiměřenou náhradu jednomu nebo více spoluvlastníkům, přihlédne přitom k tomu, aby věc mohla být účelně využita. Z důvodů zvláštního zřetele hodných soud nezruší a nevypořádá spoluvlastnictví příkázáním věci za náhradu nebo prodejem věci a rozdělením majetku.

Tolik základem ustanovení občanského zákoníku ve směru k zrušení a vypořádání spoluvlastnictví. V případě bývalých singulárních lesů máme dnes co do činění s knihovně zapsanými ideálními podíly původních vlastníků (resp. jejich právních

nástupců – s tím, že je často nutné provést doprojednávání nově objeveného dědicství, neboť vesměs nebyvaly tyto pozemky předmětem dědického řízení). Nicméně singulární společnosti jako takové dnes neexistují. Lze proto doporučit v daných lokalitách dotčeným fyzickým osobám založit na základě platné právní úpravy sdružení spoluvlastníků singulárních lesů, a to buď za účelem budoucího společného obhospodařování singulárního majetku případně pouze za účelem zrušení a vypořádání vzájemných vztahů mezi správními nástupci singularistů v souladu s platnou právní úpravou.

V praxi je samozřejmě zcela běžný takový přístup původních singularistů, případně jejich právních nástupců, že zcela individuálně, v rozsahu původního ideálního spoluvlastnického singularistického podílu vypovídají zákonem vytvořený nájemní vztah dosavadnímu uživateli (dnes tzv. nájemci). Je nepochybné, že nelze fyzické osobě, která zjistí, že vlastní nějaký majetek, byť historicky náležející pod režim singulárního majetku, právo na takový postup upírat. Projevuje tímto úkonem svoji vůli ujmout se dnes, v podmínkách restituce a reprivatizace svého vlastnictví i reálně a zajistit si obhospodařování odděleně od ostatních ideálních spoluvlastníků singulárních lesů. Na druhé straně je třeba zdůraznit, že velikost podílů je např. id. 1/99, id. 1/234 apod., a tedy z hlediska právně technického je reálné oddělení tohoto majetku iluzorní. Navíc by mělo dojít k dohodě o zrušení a vypořádání bývalého singulárního společenství mezi dotčenými subjekty, což je rovněž nereálné, pokud se neaktivizují výše naznačeným postupem založení sdružení spoluvlastníků singulárních lesů.

V daných souvislostech lze doporučit vedle občanskoprávní úpravy (dohoda spoluvlastníků případně vypořádání soudem) uvažovat i o využití právní úpravy obsažené v z. ČNR č. 284/1991 Sb., o pozemkových úpravách, ve znění pozdějších změn a doplnění, a v dané lokalitě, kde se singulární lesy nacházejí, zahájit jednoduchou pozemkovou úpravu zaměřenou právě na řešení této problematiky, a to pro celý původní singulární majetek. Samozřejmě tímto doporučením nelze zabránit jednotlivému vlastníkovu, aby se obrátil s návrhem na řešení své situace na soud.

Z výše uvedených skutečností lze dospět k následujícímu doporučení, jež se zřejmě bude zdát – viděno očima vlastníků – zdlouhavé a nerespektující jejich vlastnické postavení, nicméně právě s ohledem na to, co bylo řečeno o historických kořenech majetku singularistů se jedná o řešení snažící se respektovat princip racionality zásahů do hospodaření v lesích:

1. Dosavadní uživatelé (dnes nájemci) singulárních lesů – vesměs Státní lesy ČR, s. p. – by měly shromáždit všechny doručené výpovědi jednotlivých „singularistů“.
2. Potvrdit vlastníkovu skutečnost jeho právního vlastnictví ideálního podílu na původním singulárním majetku se současným sdělením, že nájemce podává ve smyslu z. ČNR č. 284/1991 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech, ve znění pozdějších změn a doplnění podnět k zahájení pozemkové

- úpravy vůči danému singulárnímu lesu. Náklady pozemkových úprav hradí stát.
3. Stejný úkon (tj. dát podnět k zahájení pozemkové úpravy) je možné učinit i ze strany singularistů, tj. původních vlastníků ideálního podílu, případně jejich právních nástupců.
 4. V písemném potvrzení a přijetí výpovědi a potvrzení existence vlastnictví s upozorněním na podání podnětu k zahájení pozemkových úprav dále vlastníka poučit, že má případně možnost řešit situaci soudní cestou (zrušení a vypořádání singulárního spoluvlastnictví) s tím, že součástí rozhodování soudu resp. jedním z podkladů pro jeho rozhodování by bylo samozřejmě rovněž vyhotovení geometrických plánů včetně řešení otázky nesení nákladů na jejich vyhotovení.

Vzhledem ke komplikovanosti daných právních poměrů se jako nejschůdnější jeví cesta pozemkových úprav, kterou by se vyřešily nejen otázky majetkověprávní, ale především i otázky organizačně technického zásahu do území. Nicméně v praxi se lze setkat i s negativními reakcemi pozemkových úřadů, které uvádějí, že pozemkové úpravy v lesích nepovažují za možné a že se jim budou pokud možno vyhýbat. V tomto směru je třeba zdůraznit, že z. ČNR č. 284/1991 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech, ve znění pozdějších změn a doplnění se vztahuje na všechny pozemky nacházející se v daném území bez ohledu na jejich účelové určení, a tedy i na pozemky lesní. Ani v ustanovení § 3 odst. 2 cit. zákona, který uvádí, které pozemky jsou z pozemkových úprav vyloučeny, lesní pozemky uvedeny nejsou.

Jednalo by se samozřejmě o akci technicky, organizačně i právně mimořádně náročnou, ale jiné řešení na cestě narovnání vlastnických a užívacích vztahů lesních pozemků a konkrétně lesních pozemků náležejících v minulosti do kategorie singulárních lesů zřejmě není. Každé jiné řešení znamená riziko jak neúčelného a neracionálního rozdrobení lesního hospodářství, tak i riziko ne zcela právně čistých přístupů k vypořádání právních poměrů bývalých singularistů. Pokud by bylo po kvalifikované analýze konstatováno, že lesní pozemky obecně a singulární lesy speciálně je třeba vyloučit z věcné působnosti zákona ČNR č. 284/1992 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech, ve znění pozdějších změn a doplnění, je třeba tento závěr také v textu zákona kvalifikovaně vyjádřit a eventuálně nalézt zcela specifický mechanismus zásahů do ucelených lesních částí z hlediska jejich racionálního obhospodařování, tak jak tomu např. bylo v podmínkách prvorepublikové legislativy.

IV.

Závěrem k výše uvedenému považuji za nezbytné uvést, že přes obecně existující trend (s nímž se ztotožňuji), zbytečně nezařazovat do platného právního řádu speci-

fické právní úpravy, je otázkou, zda právě s ohledem na historickoprávní zvláštnosti singulárních lesů by nebylo vhodné v tomto případě z tohoto pravidla připustit výjimku (a to jak v rovině majetkoprávních otázek, tak v rovině pozemkových úprav).

Do doby než se tak stane, eventuálně pro případ, že se tomu tak nestatně vůbec, není jiného řešení, než využívat při řešení problémů souvisejících se singulárními lesy obecné instrumenty, na něž bylo poukázáno v textu tohoto příspěvku.

* * *

S U M M A R Y

To the singular forests problems

The contribution is devoted to the singular forests problems which is analysed from the historical viewpoint and from the valid law viewpoint. The stress is put on the expression of the applicability of the Land Act Act No. 229/1991 Coll. in cases of the so called restitution proceedings and users' relations. At the same time, the fundamental possibilities, ensuing for the singular forests proprietors from the general regulation comprised in the Civil Code, are indicated. Particular attention is paid to the singular forests problems in the proceedings on the grounds delimitation adjustments.

Právní problematika zásahů do tělesné integrity¹

Josef ZIMEK

1.

Obecně k problematice

V rámci setkání zdravotnických pracovníků, kdy pro jednání o dědičných metabolických poruchách byla zvolena problematika fenylketonurie za hlavní téma prvního dne jednání, chci obrátit pozornost účastníků jednání na základní skutečnosti, které souvisí s právní problematikou jakéhokoliv zdravotnického výkonu souvisejícího se zásahem do tělesné integrity člověka. A tyto skutečnosti mají význam ať se jedná o rozsáhlé a náročné zdravotnické výkony či o výkony jednoduché.

Z vlastní zkušenosti vím, že zdravotničtí pracovníci byli v období 70-tých a 80-tých let „zaplaveni“ množstvím resortních směrnic, jakými byly závazná opatření, metodická opatření, metodické návody a pokyny, publikované ve Věstníku ministerstva zdravotnictví ČR. Tyto směrnice měly základní cíl a to upravovat postupy ve zdravotnictví a z větší části stanovovaly i povinnosti zdravotnických pracovníků, oproti čemuž v zásadě nebyly vznášeny námitky, zdravotničtí pracovníci ovšem byli za této situace nuceni věnovat pozornost každodennímu dodržování velkého počtu takových resortních pokynů a tím jim obecně unikala podstata základního vztahu mezi nimi a pacienty z hlediska právní úpravy postavení jednotlivce a zabezpečení základních lidských práv a svobod. Mnohdy se zdravotníci domnívali, že povinnosti jim stanovené v resortních pokynech jsou povinnostmi i pro pacienty. V současné době je tato problematika důležitá zejména proto, že čím dál více se občané našeho státu zajímají o svá práva a svobody a o jejich realizaci v praxi. Je někdy ke škodě ve vztahu zdravotníka a pacienta, že zdravotničtí pracovníci postrádají dostatek základních informací o právní úpravě postavení jednotlivce.

Považuji za potřebné informovat účastníky tohoto setkání o základní právní úpravě postavení jednotlivce v návaznosti na základní práva a svobody jedince zaručené v ústavním pořádku ČR.

¹Příspěvek pro X. prac. dny zdravotníků o dědičných metabolických poruchách v Olomouci 1. – 2. 6. 1995

2.

Ústavně právní úprava v ČR

Jde tedy o ústavní úpravu, která má rovněž vztah k oblasti zdravotnictví, jak bude dále uvedeno. Od této ústavní úpravy se totiž odvíjí zákonné úpravy jednotlivých právních odvětví a tedy i zdravotnictví.

- a) Především musím konstatovat, že Ústava České republiky – jako základní zákon státu – vymezuje základní postavení občana ČR v čl. 2, odst. 4, tak, že každý občan může činit, co není zákonem zakázáno a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.
- b) Toto klíčové ustanovení Ústavy ČR je východiskem pro úpravu problematiky lidských práv a svobod, kdy další základní ústavněprávní normou pro ČR je Listina základních práv a svobod. Tato Listina je součástí ústavního pořádku ČR a je právní normou, která zakotvuje v českém právním řádu postavení jednotlivce-osobnosti, zejména tím, že kodexem základních práv a svobod vymezuje postavení jedince, stanoví podmínky omezení základních práv a svobod a zároveň upravuje jakým způsobem mohou být stanoveny povinnosti pro jednotlivce. Již z tohoto stručného přehledu je zřejmé, jakou významnou právní normou je Listina a že určitým způsobem zasahuje i do vztahu zdravotníka a pacienta.

Pro bližší pochopení je nutné upozornit na čl. 2, odst. 3 Listiny, podle kterého každý (tedy občan, bezdomovec či cizinec) může činit, co není zákonem zakázáno a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.

Z této úpravy se rezultuje i úprava v čl. 4, odst. 1 Listiny a to, že povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod. V praxi to znamená, že povinnosti pro jednotlivce může stanovit zákon a na základě jeho zmocnění i prováděcí předpis, který však může upravovat povinnosti jen v mezích zákona.

- c) Dále je nutné připomenout, že pro ústavní úpravu práv a svobod jednotlivce v ČR je důležitá ještě jedna skutečnost. Součástí této ústavní úpravy jsou podle čl. 10 Ústavy ČR také mezinárodní smlouvy o lidských právech a svobodách ratifikované a vyhlášené ve Sbírce zákonů ČR. Těmito smlouvami je naše republika vázána a mají v českém právním řádu přednost před zákonem. Takovou mezinárodní smlouvou je i Úmluva o právech dítěte, která zakotvuje široký standart práv dětí a zasahuje rovněž do oblasti zdravotnictví.

3.

Konkretizace některých základních práv a svobod jednotlivce pro oblast zdravotnických výkonů

Z hlediska poskytování zdravotní péče a realizace jednotlivých zdravotnických výkonů je, z hlediska praxe, důležité zabývat se těmito základními právy a svobodami:

- a) Z Listiny základních práv a svobod
– Právo na život (článek 6 Listiny)

„Každý má právo na život. Lidský život je hoden ochrany již před narozením. Nikdo nesmí být zbaven života“.

Jde o komplexní zakotvení ochrany života, kdy praktické otázky s tímto právem spojené se týkají i zdravotnictví. V tomto právu je zahrnuta problematika ochrany života, rozhodování o životě, ochrany lidského života před narozením, interrupce a euthanasie. Z výčtu je patrné, že nepůjde o každodenní činnost zdravotníků (snad mimo interrupce) význam tohoto nejzákladnějšího práva má dopad na celou společnost. (Blíže o této problematice v publikaci autora J. Zimka: Právo na život, 1995, MU Brno)

- Nedotknutelnost osoby (článek 7 Listiny)

„Nedotknutelnost osoby a jejího soukromí je zaručena. Omezena může být jen v případech stanovených zákonem. Nikdo nesmí být podroben ponižujícímu zacházení“.

Jedná se o úpravu související se zásahy do tělesné integrity člověka a z hlediska praxe jde i o problematiku zdravotnických výkonů, při kterých zdravotníci zasahují do integrity pacienta. Následně přijímané zákony potom konkretizují podmínky těchto zásahů do tělesné integrity a stanoví i výjimky, kdy jednotlivce je povinen strpět takový zásah. V oblasti zdravotnictví k zásahům do tělesné integrity může dojít zásadně se souhlasem pacienta a dále při zdravotnických prohlídkách a vyšetřeních stanovených obecně závazným předpisem při léčení přenosných nemocí nebo jiných nemocí společensky zvláště závažných.

- Osobní svoboda (článek 8 Listiny)

„Osobní svoboda je zaručena“

Jedná se především o úpravu směřující ke svobodě pohybu. Jejím omezením se tedy rozumí zejména držení jednotlivce na určitém místě. V oblasti zdravotnictví dochází k realizaci, resp. k omezení této svobody zejména při hospitalizaci pacientů bez jejich písemného souhlasu.

- Právo na zdraví (článek 31 Listiny)

„Každý má právo na ochranu zdraví“

Toto právo je nutno chápat v kontextu vztahu jednotlivce a státu. Každý jednatel má podle tohoto práva nárok vůči státu, aby tento přijímal a prováděl

opatření ke zdravému vývoji jedince v celém komplexu tohoto pojmu. Jedná se o problematiku celé společnosti, realizace tohoto práva je zabezpečována širokou soustavou zákonů a dalších obecně závazných právních předpisů, zejména na úseku všeobecného zdravotního pojištění.

S tímto článkem Listiny souvisí i další ustanovení, která rozšiřují toto základní právo. Je to např. čl. 32 Listiny, kterým je zaručena zvláštní ochrana dětí a mladistvých. Pro zdravotnické pracovníky je důležité, že zdravotnictví významnou měrou zabezpečuje realizaci uvedeného práva jednotlivce a to z pověření státu.

b) Z úmluvy o právech dítěte

Z komplexní úpravy, která má základní cíl a to zabezpečení zvláštní péče a podpory dětí, lze upozornit zejména z oblasti zdravotnictví na:

- čl. 6 Úmluvy

„Smluvní strany uznávají, že každé dítě má přirozené právo na život. Zabezpečují v nejvyšší možné míře zachování života a rozvoj dítěte“.

- čl. 24 Úmluvy odst. 1

„Smluvní strany uznávají právo dítěte na dosažení nejvyšší dosažitelné úrovně zdravotního stavu.... usilují o zabezpečení toho, aby žádné dítě nebylo zbaveno svého práva na přístup k takovým zdravotnickým službám“

odst. 2 - 4 Konkretizuje jednotlivá potřebná opatření a proto odkazují na úplné znění těchto odstavců

4.

Zákonné záruky k realizaci základních lidských práv a svobod ve zdravotnictví

Meze základních práv a svobod lze upravit v ČR pouze zákonem. Pro zdravotnické pracovníky to znamená, že zákonem jsou upravovány i práva pacientů, které jsou povinni zdravotníci respektovat.

V resortu zdravotnictví je to základní právní norma a to zákon č. 20/1966 Sb. o péči o zdraví lidu v platném znění. Tento zákon „zastřešuje“ veškerou činnost zdravotníků. Není účelem tohoto příspěvku pojednávat v širším rozsahu o obsahu zákona. Chtěl bych se pouze zmínit o základní skutečnosti, která patří k problematice lékařských výkonů a týká se rozhodování o životě a zdraví člověka a konkrétních zásahů do tělesné integrity člověka.

K právu jedince a pacienta patří tyto základní instituty:

- informace o stavu zdraví a poučení nemocného
- informace o prognóze a způsobu léčby a jejich důsledcích
- udělení souhlasu k zásahům do tělesné integrity

ad a,b)

V této oblasti čs. právní řád a nyní i právní řád ČR řeší tyto otázky z hlediska zájmu pacienta. Jde v podstatě o tzv. hippokratický požadavek ohledu k pacientovi,

zamlčovat pravdu o jeho nepříznivém stavu, snahu zabránit duševnímu traumatu. V historii zdravotnictví je tento způsob považován za humánní řešení a základní etickou zásadu – neškodit pacientovi².

V našem státě je tato zásada konkretizována jako požadavek rozvážné šetrnosti.

Podle platné právní úpravy v ČR jde o tyto povinnosti:

Zákon č. 20/1966 Sb. o péči o zdraví lidu (v úplném znění pod č. 86/1992 Sb.):

§ 23, odst. 1 – „Lékař je povinen poučit vhodným způsobem nemocného, popřípadě členy jeho rodiny o povaze onemocnění a o potřebných výkonech tak, aby se mohli stát aktivními spolupracovníky při poskytování léčebné preventivní péče“.

§ 27 c – „... před udělením souhlasu musí být osoba úplně informována o povaze výkonu a jeho rizicích“.

Jde zde o povinnost lékaře – nikoliv jiného zdravotnického pracovníka – přiměřeně vhodně pacienta informovat. Není tedy stanoveno sdělovat mu přímo konkrétní diagnózu či prognózu. Je kladen důraz na informování o potřebných opatřeních. Lékař je vlastně dáván prostor do jaké míry a jakým způsobem poučit pacienta o nemoci a jejich rizicích. Jde o požadavek šetrného poučení.

V našich podmínkách obsah poučení závisí na osobě pacienta, na jeho intelektuální úrovni, na jeho psychickém stavu či zdravotním stavu. Informace by neměly ohrozit péči o pacienta.

V praxi je přijímáno, že čím závažnější je onemocnění, tím šetrněji je třeba pacienta informovat (např. rakovina). Nutno říci, že zde záleží velmi na etickém přístupu lékaře, na jeho psychologii a taktu.

Zhruba od 60-tých let je požadavek rozvážné šetrnosti v některých zemích odmítán. Je to např. v USA, SRN či částečně v Anglii. Klade se důraz na právo pacienta na sebeurčení. V praxi to znamená úplnou informovanost, přesné poučení o nemoci, prognóze a jakémkoliv zákroku s jeho možnými riziky.

Proti požadavku rozvážné šetrnosti je dáván důraz na požadavek, že vůle nemocného je nejvyšším zákonem (voluntas aegroti suprema lex). Tento stav zřejmě souvisí s rozvojem medicíny a novými možnostmi léčení i nejzávažnějších onemocnění.

K tomuto způsobu se přiklání v USA a SRN značná část lékařů, přesto druhá část lékařů stojí před známým problémem: šetřit pacienta nebo podrobně informovat.

ad c)

Otázky souhlasu pacienta je nutno posuzovat jak při převzetí do péče ambulantní, tak i ústavní (hospitalizace), tak i pro jednotlivé lékařské výkony. V praxi známe souhlas buď přímý nebo nepřímý (člověk vezme nutnost zákroku na vědomí).

²Hippokrates z , 460-370 př.n.l., nejslavnější řecký lékař, jeho díla byla hlavní autoritou pro středověké lékařství. Jeho diagnostické a terapeutické metody dosud budí úctu zdravotníků.

Podle platné právní úpravy v ČR jde o tyto povinnosti:

– Zákon č. 20/1966 Sb. o péči o zdraví lidu (v úplném znění pod č. 86/1992 Sb.):

§ 23, odst. 2. – „Vyšetřovací a léčebné výkony se provádějí se souhlasem nemocného, nebo lze-li tento souhlas předpokládat. Odmítá-li nemocný přes náležité vysvětlení potřebnou péči, vyžádá si ošetřující lékař o tom písemná prohlášení (revers).“

§ 27 c. – „Každý lékařský výkon, který není v bezprostředním zájmu osoby, na které má být proveden, lze provést pouze s předchozím písemným souhlasem takové osoby“.

Souhlasu samozřejmě předchází informování pacienta, jak je výše uvedeno. Mnohdy však ani lékař nezná předem, jaký bude rozsah výkonu a proto nemůže pacienta v celém rozsahu informovat.

Zde se očekává od nemocného souhlas s volností postupu (jde o bianco souhlas).

Nedostatek souhlasu při provádění lékařských výkonů zakládá protiprávnost jednání a jde-li o zaviněné jednání, mohla by přicházet v úvahu odpovědnost pracovněprávní a vzhledem k pacientovi i odpovědnost občansko-právní.

Provádění výkonů bez souhlasu nemocného

V návaznosti na výše uváděné skutečnosti je nutné zmínit se i o provádění výkonů bez souhlasu nemocného. Podle platné právní úpravy v ČR jde o tyto instituty:

– zák. č. 20/1966 Sb. o péči o zdraví lidu (v úplném znění pod č. 86/1992 Sb.):

§ 23, odst. 3. – „Je-li neodkladné provedení vyšetřovacího nebo léčebného výkonu nezbytné k záchraně života nebo zdraví dítěte anebo osoby zbavené způsobilosti k právním úkonům a odpírají-li rodiče nebo opatrovník souhlas, je ošetřující lékař oprávněn rozhodnout o provedení výkonu. Toto ustanovení se týká dětí, které nemohou vzhledem ke své rozumové vyspělosti posoudit nezbytnost takového výkonu“.

§ 23, odst. 4. – „Bez souhlasu nemocného je možné provádět vyšetřovací léčebné výkony, a je-li to podle povahy onemocnění třeba, převzít nemocného i do ústavní péče

- a) jde-li o nemoci stanovené zvláštním předpisem, u nichž lze uložit povinná léčeni
- b) jestliže osoba jevící známky duševní choroby nebo intoxikace ohrožuje sebe nebo své okolí anebo
- c) není-li možné vzhledem ke zdravotnímu stavu nemocného vyžádat si jeho souhlas a jde o neodkladné výkony nutné k záchraně života či zdraví“

§ 24 – „Převzetí nemocného bez jeho písemného souhlasu do ústavní péče z důvodů uvedených v § 23, odst. 4 je zdravotnické zařízení povinno do 24 hodin oznámit soudu, v jehož obvodu má sídlo“.

Z citované právní úpravy je zřejmé, že se jedná o výkony bez souhlasu nemocného či přímo proti jeho vůli. Z praktického hlediska se jedná nejvíce o bod c § 23, odst. 4,

kdy lékař má povinnost poskytnout nutnou péči nemocnému proti jeho vůli, jestliže mu hrozí bezprostředně nebezpečí smrti.

Obdobně jde i o záchranu dítěte, pokud je zákonným zástupcem (rodiče), nebo opatrovníkem odpírán souhlas. Nakonec, takové jednání, t.j. odepření souhlasu k výkonu pro záchranu života dítěte by bylo nutno kvalifikovat jako protiprávní jednání. O tom, že tato problematika je velmi aktuální, svědčí i skutečnost, že byla přijata Úmluva o právech dítěte a Charta práv hospitalizovaných dětí.

5.

Závěry k postupům v péči o děti postižené fenylketonurií

Právní problematika screeningu se odvíjí ze všech uvedených skutečností v tomto příspěvku. Zdravotní péče je upravena metodickým opatřením MZ ČR č.15/1975 Věstníku MZ ČR.

V souladu s mým vysvětlením v úvodu tohoto příspěvku je nutné zdůraznit, že jde právě o rezortní směrnici upravující postup zdravotnických pracovníků a tedy zavazující zdravotníky.

Z hlediska zásahů do tělesné integrity člověka se jedná v podstatě o „šetrný“ výkon, když ve většině případů je odebrán vzorek krve u novorozence bez následků na těle novorozence. Jde tedy o zásah do tělesné integrity novorozence jednoduché povahy.

V souvislosti s dalším případným léčením novorozence jde však již o zdravotní péči dlouhodobou a tedy o významnější problém ve vztahu zdravotníka a pacienta.

Vzhledem k výše uvedeným informacím považuji za potřebné, aby péče o děti postižené fenylketonurií byla sjednocena v postupech všech zdravotnických zařízení a to nejen z hlediska lékařského, ale i právního, když tuto péči zajišťují postupně různá zdravotnická zařízení. Mám na mysli především dvě základní skutečnosti:

- Nutnost zajištění informací a poučení rodičů novorozence o potřebných vyšetřeních a zajištění jejich souhlasu s těmito výkony a vyšetřeními (viz bod č. 4 mého příspěvku).

Tento postup je nutný již i proto, že vyšetření mohou být prováděna i u příslušníků rodiny nemocného dítěte

- Při realizaci resortního pokynu mít na paměti, že zdravotníci musí respektovat základní práva a svobody jednotlivce a že jejich vztah k pacientovi vychází z úpravy postavení jednotlivce v ČR. Tyto zásady je nutné dodržovat i při přípravě nových opatření v této oblasti.

Z mých informací vyplývá, že zdravotnické pracoviště (zejména porodnice) provádí základní výkon – odběr vzorku krve – bez jakékoliv informace pro matku dítěte.

Zřejmě tento stav vyplývá i z nesprávného vědomí zdravotníků a to, že předmětná péče je dána zákonem a že rodiče novorozence jsou povinni strpět zásah do těla novorozence bez dalšího.

Chci upozornit, že metodické opatření je samozřejmě opatřením k zajištění základních práv dítěte. Ale zajišťování této péče musí být v souladu se zákonem a tím i v souladu s ústavně právní úpravou postavení jednotlivce.

Bez prvotní informace na porodnických odděleních je potom ztížená situace pro další odborná pracoviště při zajišťování péče.

* * *

S U M M A R Y

Legal problems of interventions in physical integrity

The basic problems of the constitutionally guaranteed basic human rights and liberties in the Czech Republic, concretised in relation to the medical executions in health service, are the content of this article, which was destined for the X. Medical Working Days on hereditary metabolic diseases.

Before the 1990, many departmental directions, instructions and measures, regulating medical workers methods and fixing their duties, were issued in the medical sphere. The observation of these directions was accompanied by a negative phenomenon – a lack of understanding of legal regulation on the side of medical personnel.

The author acquaints the medical personnel with the constitutional system of the Czech Republic and he concretises some basic rights for the sphere of medical executions right of life, right of personal integrity, personal freedom, right of health guaranteed by the Charter of Basic Rights and Liberties and by the Convention on the Rights of the Child. He then informs about the legal regulation provided by the Act No. 20/1966 Coll. on the Care of People's Health giving the consent to the intervention in physical integrity. In the conclusion he discusses the particular problem – present state of the procedure in the care of children afflicted with FENYLKETONURIE.

Lhůta pro podání ústavní stížnosti z hlediska § 75 odst. 2 zákona o Ústavním soudu

Jan FILIP

1.

Úvod do problematiky

Nejfrekventovanějším typem řízení před Ústavním soudem je řízení o ústavních stížnostech. Je to současně řízení, které je svou povahou, zaměřením a posláním řízením nejspornějším. Je tomu tak podle mého názoru proto, že zde dochází ke střetu několika fundamentálních právních principů. Ústavodárce a zákonodárce se zde rozhodli pro to, že dají vždy přednost určitému principu z hlediska zásady poměrnosti. Tím ale nutně vyvolali nutně napětí při jeho realizaci.

Konkrétně možnost podání ústavní stížnosti řeší vztah mezi principem ochrany ústavnosti a principem právní jistoty. Úspěch ústavní stížnosti sebou nutně nese zásah do již nastolených právních vztahů často i po několika letech od pravomocného rozhodnutí. Účastníci těchto vztahů se často až po několika měsících dovědí, že neúspěšná strana předchozího řízení podala ústavní stížnost a tudíž právní stav může být změněn.

Dále je to s ohledem na soudní rozhodování střet principu nezávislosti soustavy obecných soudů a principem ochrany ústavnosti Ústavním soudem, který je od této soustavy oddělen, není její součástí. Různé názory na to, co je to základní právo a různě široký výklad tohoto pojmu vedou k rušení pravomocných soudních rozhodnutí, což pochopitelně vyvolává negativní reakce obecných soudů. Zatím u nás sice ještě „válka soudců“ nevypukla, nicméně některé novinové články naznačují, že by k ní mohlo dojít¹.

V této souvislosti je nesmírně významná úprava lhůt k podávání ústavních stížností obsažená v zákoně č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu. Jejím úkolem je maxi-

¹Viz např. Lidové noviny z 29. dubna 1995 a reakci E. Wagnerové: Ústavní soud: pojistka demokracie. Lidové noviny. 31. května 1995.

málně sladit uplatnění všech výše uvedených právních principů, přičemž však přednost byla zákonodárcem² dána ochraně ústavnosti.

Zásahy Ústavního soudu tak mohou směřovat nejen proti bezprostředním zásahům do základních práv a svobod, nýbrž i proti pravomocným rozhodnutím správních orgánů a dokonce i orgánů moci soudní.

2.

Obecně k lhůtám pro podání ústavní stížnosti

V tomto příspěvku se hodlám věnovat pouze jednomu z široké palety problémů na tomto úseku. Pomímám proto otázku aktivní a pasivní legitimace a soustředím se pouze na nejednotně vykládanou otázku lhůt k podání ústavní stížnosti³. V této souvislosti je třeba nejdříve uvést, že zákon o Ústavním soudu (dále jen „ZUS“) zná těchto lhůt několik z hlediska jejich délky, ale také z hlediska jejich uplatnění.

2.1. Členění lhůt a jejich povaha

Především je třeba rozlišit lhůty obecné a lhůty zvláštní. Lhůty obecné jsou v souladu s ustanovením § 72 odst. 2 ZUS šedesátidenní v případě ústavní stížnosti fyzické nebo právnické osoby, popř. zastupitelstva obce nebo vyššího územního samosprávného celku⁴ a třicetidenní v případě politické strany nebo politického hnutí podle § 73 odst. 1 ZUS. Zvláštní lhůty jsou zakotveny v § 75 odst. 2 písm. a) a b) ZUS.

V této stati se budu zabývat jen lhůtami pro podání ústavní stížnosti fyzické nebo právnické osoby, neboť počítání lhůt pro jiné stěžovatele (územní samosprávné jednotky, politické strany a politická hnutí) je podle § 72 odst. 2, popř. § 73 odst. 1 ZUS obdobné.

Dodržení lhůty 60 dnů je nutnou (byť ne dostačující) podmínkou pro to, aby mohla být ústavní stížnost soudcem zpravodajem uznána jako přípustná. Tato lhů-

²Čl. 88 odst. 1 Ústavy ČR v tomto směru směru ponechává zákonodárci volnou ruku. Výslovné stanovení „podmínek pro podání návrhu“ nijak neomezuje. Podle mého názoru se přesto zákonodárce musí pohybovat v tomto prostoru tak, aby nevyloučil realizaci dalších právních principů.

³Tím nemá být řečeno, že zde problémy nejsou. Především je nepochopitelné rozhodnutí Ústavního soudu, kterým bylo Ministerstvo kultury vystupující nikoli jako rozpočtová organizace (srov. ustanovení § 3/154 odst. zákona č. 576/1990 Sb., o pravidlech hospodaření s rozpočtovými prostředky ČR a obcí v ČR), nýbrž jako orgán státní správy rozhodující podle zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, připuštěno k podání ústavní stížnosti. Alespoň z odůvodnění nálezu I.ÚS 35/94 (Sbírka nálezů a usnesení. I. sv., s. 260 n.) to jasné není. Státní orgán vystupující jako orgán veřejné moci zde byl připuštěn k podání ústavní stížnosti. Může tedy s odvoláním na toto rozhodnutí napadnout např. každý pozemkový úřad rozhodnutí krajského soudu nebo konečné rozhodnutí správní orgán soudní rozhodnutí, které bylo přezkoumáno v rámci správního soudnictví?

⁴K tomu viz blíže Filip, J.: Ústavní stížnost podle čl. 87 odst. 1 písm. c) Ústavy ČR. Časopis pro právní vědu a právní praxi. Roč. 1995, č. 2.

ta je spjata se dvěma základními problémy. Prvním je určení povahy samotné lhůty. V této souvislosti stále platí⁵ právní názor Ústavního soudu, který byl vyjádřen v nálezu jeho pléna sp.zn. Pl.ÚS 37/93. Při řešení tohoto případu se musel Ústavní soud vypořádat se skutečností, že ZUS nabyt účinnosti dnem 1. července 1993 a stížnost byla podána k poštovní přepravě dne 30. srpna 1993. Pokud by tedy byla posouzena jako materiální, znamenalo by to, že již právo nebylo možno uplatnit. Ústavní soud při této příležitosti vyslovil tento názor: „Uvedenou 60ti-denní lhůtu považuje Ústavní soud za lhůtu procesní, neboť zákon č. 182/1993 Sb. – jenž ji upravuje – je procesním předpisem, který v případě opožděného podání návrhu přikazuje návrh odmítnout, zatímco v případě nedodržení lhůty hmotněprávní by bylo třeba podle obecných zásad návrh věcně zamítnout. Lhůta k podání návrhu na zrušení zákona byla tedy v souzené věci zachována.“

V této otázce se Ústavní soud neopřel o argumentaci části nové odborné literatury, která se zabývá povahou lhůty 60 dnů k podání ústavní stížnosti (normované v ust. § 72 odst. 2 zákona o Ústavním soudu) a jež dovozuje, že jde o lhůtu hmotněprávní, neboť řízení je zahájeno dnem doručení návrhu Ústavnímu soudu (§ 27 odst. 2 zákona). Pro úplnost se poznamenává, že v souzené věci nejde o lhůtu k podání ústavní stížnosti podle § 72 odst. 2 cit. zákona, nýbrž o lhůtu k podání návrhu na zrušení zákona ve smyslu § 74 zákona č. 182/1993 Sb. a to ve zmíněném specifickém případě, kdy Ústavní soud použil ust. § 145 odst. 1 tohoto předpisu toliko analogicky.

Tím Ústavní soud vyřešil při první příležitosti jednu ze zásadních sporných otázek počítání lhůt pro podávání ústavních stížností. Nedomnívám se, že by v tak zásadní věci došlo ke změně tohoto právního názoru. Jednak by to znamenalo zpřísnění podmínek pro stěžovatele, jednak by se Ústavní soud musel s tímto problémem důsledně argumentačně vypořádat. Důvodová zpráva (jak je u nás dobrým zvykem) se řešení sporných otázek obloukem vyhýbá. ZUS je však nesporně procesněprávním předpisem. Ústavní soud se sice v této souvislosti nezabýval samotnou povahou základních práv a svobod, nicméně při posouzení toho, zda se nejedná o hmotněprávní lhůty by se musel vyrovnat s možností zániku základních práv a svobod v důsledku plynutí času. Pak by ovšem musel interpretovat i „přírozenoprávní“ ustanovení čl. 1 Listiny o nezadatelnosti, nezczizitelnosti, nepromlčitelnosti a nezrušitelnosti základních práv a svobod.

Druhým problémem je vyjasnění pravidel pro použití lhůty obecné, která činí 60 dnů a lhůt zvláštních podle § 75 odst. 2 ZUS. Obecná lhůta je zakotvena v § 72 odst. 2 ZUS, který stanoví, že „ústavní stížnost lze podat ve lhůtě 60 dnů. Tato lhůta

⁵Jako jediný ze soudů podal k tomuto bodu nálezu odlišné stanovisko A. Procházka. Podle jeho názoru se podle § 27 odst. 2 ZUS jedná o lhůtu hmotněprávní, tzn. návrh došel Ústavnímu soudu pozdě a měl být odmítnut. Viz Sbírka nálezů a usnesení. Sv. I., s. 76. V tomto názoru se mohl opřít o stanovisko literatury vyjádřené v práci Mikule, V., Sládeček, V.: Ústavní soudnictví a lidská práva. Praha 1994, s. 113. Podle autorů nejde o lhůtu procesní a nestačí proto podat ústavní stížnost v této lhůtě na poštu. V této lhůtě musí být Ústavnímu soudu doručena, jak výslovně stanoví § 27 odst. 2 ZUS.

počíná dnem, kdy nabylo právní moci rozhodnutí o posledním prostředku, který zákon k ochraně práva poskytuje (§ 75 odst. 1), a není-li takového prostředku, dnem, kdy došlo ke skutečnosti, která je předmětem ústavní stížnosti“.

Jak vidět, úprava počítání obecné lhůty je spjata s další nutnou podmínkou pro podání ústavní stížnosti, tj. vyčerpáním prostředků, které zákon k ochraně základního práva nebo svobody poskytuje. Dále je třeba upozornit na výslovné ustanovení o tom, že tato lhůta „počíná dnem, kdy nabylo právní moci rozhodnutí...“, tedy nikoli až den následující po dni, v němž došlo ke skutečnosti určující počátek lhůty (v tomto případě nabytí právní moci), jak je jinak pro počítání času obvyklé (§ 57 odst. 1 OSŘ).⁶

Pouze tam, kde nedošlo k právnímu řízení (např. bezprostřední zákrok) nebo v něm opravné prostředky nejsou možné, se přirozeně vyčerpání těchto prostředků nemůže vyžadovat. Kromě toho se domnívám, že i pravomocné rozhodnutí může být takovou skutečností. Podmínkou v takovém případě bude, že ten, kdo byl pravomocným rozhodnutím poškozen na svých základních právech, nebyl účastníkem řízení. Jako příklad, se kterým jsem se mohl setkat v rámci své konzultační činnosti při volbách, bych mohl uvést ustanovení § 200l OSŘ, ve znění zákona č. 152/1994 Sb.. Zde § 59 zákona č. 152/1994 Sb., o volbách do zastupitelstev v obcích umožňuje podání stížnosti proti vydání osvědčení o zvolení členem zastupitelstva bližší určeným subjektům (občan, volební strana). Podle § 200l odst. 2 OSŘ je však účastníkem řízení před krajských soudem pouze navrhovatel, nikoli již ten, o jehož mandát se v řízení jedná!⁷ Tato osoba se o takovém řízení, které navíc probíhá ve zkrácených lhůtách, nemusí vůbec dovědět.

3.

Zvláštní lhůty a jejich počítání

Z obecného ustanovení však § 72 odst. 2 činí ZUS v ustanovení § 75 významnou výjimku, které se vážně dotýká vztahu obecných soudů a Ústavního soudu. V § 75 odst. 1 ZUS nejdříve stanoví, že ústavní stížnost je nepřipustná, jestliže stěžovatel „nevyčerpá všechny procesní prostředky, které mu zákon k ochraně jeho práva poskytuje; za takový prostředek se nepovažuje návrh na povolení obnovy řízení.“ V odst. 2 téhož ustanovení je však z tohoto pravidla učiněna zásadní výjimka.

Důvodová zpráva k ZUS⁸ v této souvislosti uvádí, že v mimořádných případech se z výše uvedené obecné zásady připouštějí výjimky, aby „efektivita základních práv

⁶Autor děkuje soudci Ústavního soudu P. Varvařovskému, který jej na problémy s počítáním této lhůty upozornil. Rovněž diskuse s kolegyní Ivanou Průchovou mi dala mnohé náměty, pomohla ověřit vlastní stanoviska a upozornila na odlišné pohledy na skoumanou problematiku.

⁷Mimo rámec tohoto příspěvku je posouzení, zda je takové ustanovení vůbec v souladu zejména s čl. 1 a 4 Ústavy a čl. 38 odst. 2 Listiny.

⁸Parlament ČR. Poslanecká sněmovna 1993. I. vol. období. Tisk č. 276.

a svobod nemohla být ohrožena.“ Zákonodárce za takové výjimečné důvody opravňující k nevyčerpání opravných prostředků, popř. k nedokončení řádného instancního postupu považuje situace, kdy:

- skutečnost, která je předmětem ústavní stížnosti, svým významem podstatně přesahuje vlastní zájmy stěžovatele. V takovém případě nevádí, že nebyly vyčerpány všechny procesní opravné prostředky, jak to požaduje ZUS v § 75 odst. 1. Pro tento případ stanoví ZUS zvláštní lhůtu jednoho roku ode dne, kdy k takové skutečnosti došlo,
- byl sice podán opravný prostředek, avšak v řízení o něm dochází ke značným průtahům, z nichž stěžovateli vzniká nebo může vzniknout vážná a neodvratitelná újma. V tomto případě je v zásadě lhůta pro podání ponechána na vůli stěžovatele a uvážení Ústavního soudu. Zde zákonodárce ponechal na judikatuře Ústavního soudu, aby vymezila hranice, kdy již dochází k porušení zejména čl. 38 odst. 2 Listiny a kdy takovou stížnost připustí.

3.1. Lhůta podle ustanovení § 75 odst. 2 písm. a) ZUS

Ústavní soud neodmítne přijetí ústavní stížnosti, i když není splněna podmínka podle § 75 odst. 1 ZUS, jestliže stížnost svým významem podstatně přesahuje vlastní zájmy stěžovatele a byla podána do jednoho roku ode dne, kdy došlo ke skutečnosti, která je předmětem ústavní stížnosti. Formulace je ale taková, že by to mělo být vždy povinností soudce zpravodaje, aby každý návrh přezkoumal a posoudil, zda nespĺňuje tuto zvláštní podmínku. Pochopitelně se to týká i návrhu, který je podán např. do 60 dnů od rozhodnutí orgánů první instance, a tím spíše návrhu podaného po této lhůtě.

Na rozdíl od obecné lhůty podle § 72 odst. 2 ZUS je zde základní rozdíl v tom, že lhůta k podání není 60 dnů, nýbrž jeden rok, tedy je podstatně delší. Navíc je pro stěžovatele zdánlivě výhodnější i v tom, že se při jejím uplatnění nevyžaduje vyčerpání procesních prostředků. Dokonce je možná situace (v praxi již nastala), kdy Ústavní soud přijme stížnost přímo proti rozhodnutí první instance.

Na první pohled by se tak mohlo zdát, že dochází k narušení instancního postupu z hlediska jakéhokoli druhu právního řízení. Důvodová zpráva k zákonu o Ústavním soudu tuto možnost odůvodňuje mimořádností a zájmem na zajištění účinné ochrany základních práv a svobod. Do střetu se tak dostává princip ochrany ústavnosti a úcty k právům a svobodám člověka a občana podle čl. 1 Ústavy ČR a princip nezávislosti a instancnosti soudního rozhodování. Stejně tak se zde na první pohled otevírá prakticky bezplatná či poplatku prostá cesta pro stěžovatele přímo k Ústavnímu soudu. To však není zcela přesné.

Především je třeba zdůraznit, že v řízení instancním se řeší jiná otázka než v řízení před Ústavním soudem. Přesněji ještě dříve, než bude Ústavní soud jednat ve věci samé, musí posoudit, zda bude vůbec ve věci jednat. Zákonodárce to vyjádřil tak, že uložil Ústavnímu soudu, aby nejdříve posoudil, zda stížnost „svým významem

podstatně přesahuje osobní zájem stěžovatele.“ Jinak řečeno, stížnost se musí týkat záležitosti, která se netýká pouze osoby stěžovatele. Její řešení tak má mít dopad na širší okruh případů. Přitom musí jít od „podstatný“ přesah. Tzn. že není rozhodující, o koho se v daném případě jedná.

Tyto podmínky mohou být splněny zejména tehdy, bude-li stížnost spojena podle § 74 ZUS s návrhem na přezkoumání ústavnosti nějakého právního předpisu. Samozřejmě zde Ústavní soud nemůže vyhovět automaticky každému stěžovateli, který by takto postupoval.⁹ Musí zde být další okolnosti, které mohou Ústavní soud vést při uvažování o tom, zda vyjme věc z běžného právního postupu (zejména z rozhodování obecných soudů).

Především to musí být situace, kdy nelze od dalšího řádného postupu ve věci, a to ani před obecnými soudy, očekávat „efektivní ochranu základních práv a svobod“, jak se o tom zmiňuje důvodová zpráva. Taková situace podle mne nastane tehdy, když dejme tomu obecný soud jsa podle čl. 95 odst. 1 vázán zákonem, bude muset rozhodnout v neprospěch stěžovatele, byť by byl subjektivně přesvědčen o oprávněnosti jeho nároku.¹⁰

Jistě lze namítnout, že soud se má podle čl. 95 odst. 2 Ústavy ČR obrátit na Ústavní soud v případě závěru, že zákon kterého má být použito, je neústavní. Zajistí však tento postup „efektivní ochranu základních práv a svobod“? Podle mého názoru zajistí ochranu, avšak s několikaměsíčním, ale často i víceletým zpožděním. To ale není efektivní ochrana. Navíc se za uvedených okolností takových případů u jednotlivých soudů může nashromáždit větší počet. Proto vystoupení z instančního postupu lze přijmout ve prospěch principu ochrany ústavnosti. I kdyby stěžovatel vyčerpal všechny procesní prostředky, neústavní situace by nebyla odstraněna.

Za lichou považuji v této souvislosti možnou námitku, že se tím budou stěžovatelé snažit vyhnout čekání na soudní rozhodnutí. Především si musí každý advokát uvědomit, že tím může porušit své povinnosti při hájení zájmů svého klienta. Pokud se totiž obrátí přímo na Ústavní soud, aniž podá odvolání, riskuje, že stížnost nebude posouzena příznivě¹¹ a jeho klient ztratí možnost řádného projednání věci, když mu uplynou všechny lhůty. Riziko neúspěchu je příliš veliké. Zcela vyloučeno je, aby se stěžovatel obrátil na Ústavní soud v případě, kdy mu obecný soud přímo umožnil

⁹Možno zde poukázat na jiný právní předpis, který nevyčerpání opravných prostředků rovněž připouští, byť v jiné situaci. Jedná se o zákon č. 58/1969 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou rozhodnutím orgánu státu nebo jeho nesprávným úředním postupem, který umožňuje v ustanovení § 3, aby „v případech hodných zvláštního zřetele“ nemuselo dojít k využití procesních prostředků.

¹⁰Může jít např. o zastaralou úpravu rozsahu náhrady škody za nezákonné uvěznění podle zákona č. 58/1969 Sb. I kdyby zde chtěl obecný soud přisoudit více, nemůže, aniž by porušil zákon. Dokonce i v situaci, kdy v analogickém případě Ústavní soud vyslovil neústavnost, nemůže obecný soud sledovat jeho rozhodnutí jako precedens. Všeobecně je zde zřejmě nejznámější případ neústavnosti podmínky trvalého pobytu v případě zákona č. 87/1991 Sb. ve srovnání s obdobnou, avšak stále vázící podmínkou v zákoně č. 229/1991 Sb. a v zákoně ČNR č. 243/1992 Sb.

¹¹Protože se jedná o výjimku z pravidla, není zde extenzivní výklad vůbec možný, spíše restriktivní. Příkazují to ústavní principy organizace soudní soustavy a nezávislosti soudů.

další právní postup.¹²

Konečně je třeba zdůraznit, že při rozhodování podle § 64 odst. 2 písm. d) zákona o Ústavnímu soudu není řešena otázka, která by byla v kompetenci obecných soudů, nýbrž jde o otázku, která je přímo ústavně (čl. 87 odst. 1 písm. a) a čl. 95 odst. 2 Ústavy ČR) vyhrazena výlučně Ústavnímu soudu. Ústavní soud zde posuzuje otázku z hlediska ústavnosti zákona, a nikoli z hlediska čl. 90 Ústavy ČR, jak by to činil obecný soud.

Nálezy Ústavního soudu automaticky neruší obdobná neústavní ustanovení v jiných právních předpisech než v těch, které jsou předmětem jeho konkrétního rozhodnutí. S výjimkou prováděcích předpisů podle § 70 odst. 3 tak Ústavní soud nemůže bez návrhu oprávněného navrhovatele zrušit obdobná ustanovení v jiných zákonech.

V zájmu úplnosti ještě uvedme, že rozdíl v dikci § 72 odst. 2, který používá dvou pojmů, a to „rozhodnutí o posledním prostředku, který zákon k ochraně práva poskytuje“ a „dnem, kdy došlo ke skutečnosti, která je předmětem ústavní stížnosti“ a v ustanovení § 75 odst. 2 písm. a) ZUS, který hovoří jen o „dni, kdy došlo ke skutečnosti, která je předmětem ústavní stížnosti“, nelze brát tak, jako by šlo o různé situace. Především § 75 odst. 2 písm. a) nepočítá s posledním procesním prostředkem. Proto je jeho dikce shrnující možné situace na místě.

Dále toto ustanovení nelze vykládat tak, jako by umožňovalo skrytě podání ústavní stížnosti přímo proti zákonu, ze kterého přímo plyne bez nějakého rozhodnutí zásah do základních práv a svobod (pokud by vůbec taková situace u nás mohla nastat). Vylučuje to ustanovení § 64 odst. 1 písm. d) ZUS, podle kterého může zákon z hlediska ústavnosti napadnout pouze „ten, kdo podal ústavní stížnost za podmínek uvedených v § 74 ZUS“. Tím je podle mne přímý útok na zákon fyzickou nebo právníkou osobou vyloučen.

3.2. Zvláštní počítání času v ustanovení § 75 odst. 2 písm. b) ZUS

ZUS prostě stanoví, že Ústavní soud neodmítne přijetí ústavní stížnosti, i když není splněna podmínka podle ustanovení § 75 odst. 1 ZUS, jestliže v řízení o podaném opravném prostředku podle odstavce 1 „dochází ke značným průtahům, z nichž stěžovateli vzniká nebo může vzniknout vážná a neodvratitelná újma.“

Na rozdíl od postupu podle písm. a) je zde podmínkou kladného přijetí stížnosti skutečnost, že procesní prostředek, který stěžovateli zákon k ochraně jeho práva

¹²V této souvislosti Ústavní soud soudcem zpravodajem naprosto správně judikoval při odmítnutí ústavní stížnosti podané právě s oporou o § 75 odst. 1 písm. a) v situaci, kdy krajský soud v konkrétním případě připustil dovolání. Zde byl vysloven názor (byl ne právní ve smyslu ZUS), podle kterého Ústavní soud nemůže nahrazovat činnost obecných soudů. „Tím spíše“, konstatoval Ústavní soud, „nepřísluší Ústavní soudu nahrazovat svojí činností činnost dovolacího soudu v případě, kdy odvolací soud, vědom si zřejmě právní významnosti problému, dovolání ve svém rozhodnutí výslovně připustil“. Zde není dáno stěžovateli na výběr, jinak by se Ústavní soud vlastně ujal role Vrchního či Nejvyššího soudu, což zcela správně v předmětném usnesení odmítl.

poskytuje, byl skutečně využit. Při jeho projednání však dochází „ke značným průtahům.“ Co to jsou značné průtahy, ZUS přirozeně neurčuje, protože to není možné. Závisí na složitosti a povaze případu, takže není určitelné jednotné měřítko. Dosud Ústavní soud určitou směrnicí při aplikaci ustanovení § 75 odst. 2 písm. b) nevytýčil. Značný průtah však jistě nebude omluvitelný poukazem na všeobecnou přetíženost soudů¹³.

Druhou nutnou podmínkou pro kladné posouzení výjimky z obecného pravidla § 72 odst. 2 a § 75 odst. 1 ZUS je to, že „stěžovateli vzniká nebo může vzniknout vážná a neodvratitelná újma“. Osobně se domnívám, že takových situací zejména v restitučních řízeních vzniká řada, nicméně jejich účastníci sami cítí výjimečnost předmětného ustanovení a obtížnost splnění všech jeho podmínek v podobě:

- a) značných průtahů,
- b) vznikající nebo možné újmy,
- c) která musí být vážná a současně
- d) neodvratitelná.

Zde jim ovšem na rozdíl od využití odchylky podle § 75 odst. 1 písm. a) ustanovení § ZUS nehrozí ztráta lhůt a šancí v řádném instancním řízení. Pokud Ústavní soud posoudí, že věc nesplňuje podmínky § 75 odst. 2 písm. b), tak ji odmítne, aniž rozhodne ve věci samé. Na postupu řízení, ve kterém podle stěžovatele dochází ke značným průtahům, to nebude mít vliv, neboť nebude rozhodnuto ve věci samé. Není však pochyb o tom, že i zde možno očekávat restriktivní přístup Ústavního soudu, jak to konečně vyžaduje výjimečnost takového ustanovení.

V případě ustanovení § 75 odst. 2 písm. b) nejde o lhůtu v pravém smyslu slova tj. určenou přesným počátkem a koncem podle dnů, týdnů, měsíců, hodin apod. Spíše by bylo možno termín „značné průtahy“ označit za podmínku k podání stížnosti. Doba k podání stížnosti je sice vázaná na podání opravného prostředku, šanci na úspěch má však jen v případě, že od podání uplynula určitá doba. Konec tohoto období rovněž není přesně určen. Lze ale předpokládat, že Ústavní soud odmítne takovou ústavní stížnost i tehdy když při vyřízení opravného prostředku skutečně „došlo“ průtahům, ale již k nim „nedochází“, neboť soud či jiný orgán třeba i pod vlivem žádosti soudce zpravodaje o vyjádření podle § 42 odst. 3 ZUS. Jestliže soud nebo jiný orgán soudci zpravodaji sdělí, že již ve věci jedná, nelze již tvrdit, že ve věci „dochází ke značným průtahům“. Na druhé straně není vyloučeno i několikrát podání ústavní stížnosti v téže věci, když jednání opět na delší dobu „znehybni“

¹³V nálezu IV.ÚS 55/94 (ovšem v jiné souvislosti) Ústavní soud za „zcela zbytečným průtahem“ označil dobu téměř dvou let, kdy věc téměř bez pohybu ležela u krajského soudu. Zde vyslovil i pro náš problém důležitý názor (jako obiter dictum). Je sice podle něj pravda, že existuje značná přetíženost soudů, avšak je věci státu, aby organizoval své soudnictví tak, aby jeho principy v Listině a Ústavě ČR byly respektovány, přičemž případné nedostatky v tomto směru „nemohou jít k tíži občanů, kteří od soudu právem očekávají ochranu svých práv v přiměřené době.“ To je podle mého názoru plně použitelné i pro budoucí judikaturu k ustanovení § 75 odst. 2 písm. b) ZUS.

Dalším podstatným rozdílem oproti ustanovení § 75 odst. 2 písm. a) ZUS je to, že ústavní stížnosti nemusí nejen podstatně, nýbrž vůbec přesahovat vlastní zájmy stěžovatele. Naopak jednou z podmínek je právě to, že stěžovateli vzniká vážná a neodvratitelná újma.

Ve vztahu k soustavě obecných soudů zde hrozí nebezpečí střetu nejméně. Stěžovatel totiž postupuje v rámci jednotlivých instancí, drží se stanoveného postupu, avšak závada je právě na straně obecných soudů. Pokud však obecný soud přestane být „nečinný“, neměl by již podle mého názoru Ústavní soud do věci vstupovat. Pokud např. soudci zpravodaji předseda dotčeného senátu obecného soudu sdělí, že je ve věci nařízeného jednání, pracuje se na složitém znaleckém posudku apod., není podmínka pro zásah Ústavního soudu splněna. Pokud se však ukáže, že nařízené jednání nepřineslo obrat v řešení věci, bylo jen formální, bylo hned odročeno na neurčito atd., vytváří se opět předpoklad zásahu Ústavního soudu, pokud zde ovšem trvá podmínka kvalifikované újmy.

Jsem si přirozeně vědom diskutabilnosti některých zde předpokládaných závěrů. Je to dáno malou rozpracovaností této problematiky a současně nedostatečnou praxí na tomto úseku.

* * *

S U M M A R Y

Terms for lodging a constitutional complaint from the viewpoint of § 75 par. 2 of the Constitutional Court Act.

In its contribution, the author analyses the legal terms, fixed by the Act 182/1993 Coll. on the Constitutional Court, for lodging a constitutional complaint. He distinguishes the general terms and the special terms which are not valid, unless strictly set conditions are complied with. On the basis of the analysis of this field beginning practice the author comes to the conclusion that the possibility of using the special provisions on constitutional complaint that facilitate to file a constitutional complaint before using all other procedural means and within longer terms than the general sixty days is very rarely exploited. He emphasises the appropriate restrictive approach of the Constitutional Court. At the same time he refers to the fact that the application of these provisions does not break the principle of the common courts independence. The Constitutional Court decides here the question of constitutionality, therefore it does not replace the common courts' decisions.

Práva intelektuálního vlastnictví a pravidla hospodářské soutěže Evropského společenství: „problematické manželství“

Tomáš FIALA

I. Podstata a charakter práv intelektuálního vlastnictví

Práva intelektuálního vlastnictví (intellectual property rights, dále v textu I.P.R.) zahrnují patenty, obchodní známky, autorská práva, užité vzory, práva k novým odrudám rostlin a často v této souvislosti uváděné know – how, a jejich vztah k soutěžním pravidlům Evropského společenství představují pro ES po více jak 30 let jednu z nejproblematictějších oblastí.

1. Podstata problému:

I.P.R. jsou ve své podstatě exkluzivní práva poskytující svému držiteli legální monopol. Na druhé straně soutěžní právo se vždy snaží zajistit svobodný trh a volnou soutěž. Je zřejmé, že existence I.P.R. a zejména pak výkon těchto práv (nejčastěji prostřednictvím licenčních smluv) může omezit účinnou soutěž. Soutěžní právo musí čelit obtížné situaci při posuzování, jak dalece mohou být I.P.R. legálně vykonávána bez toho, aniž by nepřiměřeně omezovala efektivní soutěž.

2. Relevantní ustanovení ve Smlouvě o založení EHS (dále jen Smlouva) ve vztahu k I.P.R.:

soutěžní ustanovení

čl. 85 (1) Smlouvy

Zakazuje veškeré dohody (i pouhé sladěné praktiky) které mohou ovlivnit obchod mezi členskými státy a které mají za cíl nebo následek vyloučení, omezení nebo zkrácení soutěže na společném trhu.

čl. 86 Smlouvy

Zakazuje zneužití dominantního postavení na společném trhu nebo jeho podstatné části, pokud tím může být ovlivněn obchod mezi členskými státy.

ustanovení k volnému pohybu zboží

čl. 30 – 34 Smlouvy

Kvantitativní omezení dovozu (vývozu), jakož i veškerá opatření s tímž účinkem jsou mezi členskými státy zakázána s výhradou dále uvedených ustanovení.

čl. 36 Smlouvy

Ustanovení článků 30 – 34 nevylučují zákazy nebo omezení dovozu, vývozu nebo tranzitu, které jsou odůvodněny z hlediska ... ochrany průmyslového a obchodního vlastnictví. Tyto zákazy nebo omezení však nesmějí sloužit jako prostředek ke svévolné diskriminaci nebo skrytému omezování obchodu mezi členskými státy.

vlastnictví I.P.R.

čl. 222 Smlouvy

Smlouva se nijak nedotýká úpravy vlastnictví uplatňovaných v členských státech.

II. I.P.R. a volný pohyb zboží

Mimo již výše uvedených problémů koexistence I.P.R. a práva soutěžního je situace v Evropském společenství komplikovanější snahou o vytvoření jednotného trhu mezi členskými státy ES. Účelem jednotného trhu je v podstatě převedení podmínek fungování národních trhů do rámce celého Společenství. Jelikož však oblast I.P.R. není na úrovni Společenství unifikována, národní legislativy jednotlivých členských států ES poskytují vlastníkům I.P.R. ochranu pouze v rámci svých národních jurisdikcí, bez ohledu na existenci společného trhu. Za druhé, národní legislativy se mnohdy liší intenzitou poskytované ochrany, což následně vyvolává cenové rozdíly chráněného zboží a posiluje tendence subjektů I.P.R. chránit si své lukrativnější trhy před dovozy z trhů levnějších.

Tato skutečnost pak může vést k tomu, co je nazýváno jako umělé rozdělování společného trhu. Vlastník I.P.R. se rozhodne vytěžit ze svého I.P.R. co nejvíce tím, že využije tržních, cenových či legislativních rozdílů mezi jednotlivými členskými státy ES. Dovoláním se ochrany I.P.R. poskytované národními legislativami je tak schopen bránit dovozu výrobků legálně obchodovaných v jiných členských státech ES a vytvářet tak překážky volnému pohybu zboží.

Tento rozpor mezi ochranou vlastníka I.P.R. na straně jedné a vytvořením nerušeného toku zboží na straně druhé vyřešil Soudní dvůr pomocí následujících principů:

1. Rozlišení mezi existencí a výkonem I.P.R.

V případě „Deutsche Gramophon¹“ Soudní dvůr judikoval, že právo ES se nemůže dotknout existence I.P.R., tak jak jsou zakotvena národními zákonodárstvími

¹Deutsche Gramophon GmbH v Metro (věc 78/70), 1971 ECR, 487

členských států. Výkon těchto práv je však předmětem omezení pocházejících ze Smlouvy (tj. pravidel svobodné soutěže a volného pohybu zboží).

2. Ochrana „specifického obsahu práva“ (specific subject matter)

Soudní dvůr rovněž stanovil, že výkon práva je ospravedlněn podle čl. 36 Smlouvy, jestliže takový výkon je nutný pro zabezpečení specifického obsahu práva. Určit, co tvoří tento specifický obsah je záležitost Společenství. Specifickým obsahem je, zjednodušeně řečeno, míněna nutná míra ochrany subjektu I.P.R. Soudní dvůr postupně definoval a upřesňoval specifický obsah pro jednotlivé typy I.P.R. Rozhodováním v konkrétních případech tak Soudní dvůr určoval hranice nutné ochrany vlastníka I.P.R. a tím i povolený výkon těchto práv tak, aby nedocházelo k nadměrnému narušování volného pohybu zboží.

3. Princip vyčerpání práv

Tento důležitý princip, poprvé aplikovaný Soudním dvorem v případě „Deutsche Gramophon“, je dobrým příkladem omezení rozsahu I.P.R. v jakém jsou zaručovány národní legislativou, ve prospěch volného pohybu zboží.

Podle tohoto principu vlastník práva nesmí bránit dovozu výrobku chráněného I.P.R. do určitého členského státu, jestliže výrobek byl jím (nebo s jeho souhlasem) již uveden na trh některého z ostatních členských států. Uvedením výrobku na trh jiného členského státu se totiž ochrana poskytovaná I.P.R. „vyčerpává“. Vlastník práva tedy nemůže uměle dělit společný trh ES bráněním dovozu výrobků obchodovaných jím na trhu ES, ač jsou tyto výrobky chráněny příslušným národním právem dovážejícího státu před takovým dovozem.

III. I.P.R. a článek 85 Smlouvy

V principu lze říci, že „test“, zda je možné aplikovat čl. 85 Smlouvy na I.P.R. je stejný jako v případech jiných dohod. Zejména je tedy nutno prověřit, zda dohoda (v případě I.P.R. zejména licenční smlouva) může ovlivnit obchod mezi členskými státy a zda může vyloučit, omezit nebo zkraslit soutěž na společném trhu. Jestliže dohoda spadá pod všeobecný zákaz čl. 85² Smlouvy, stále zde existuje možnost získat buď individuální výjimku, na základě čl. 85 odst. 3, Smlouvy nebo profitovat z jedné ze dvou blokových výjimek přijatých pro oblast I.P.R.

²Vladimír Petrus: Právo Evropských společenství – volný pohyb zboží, Právní praxe 3/1993

Přehled nejběžnějších klausulí v licenčních smlouvách³

Exkluzivita

Ustanovení smlouvy zaručující nabyvateli licence exkluzivní postavení na určitém území jsou Komisí ES obvykle považovány za ustanovení spadající do rámce čl. 85⁴ Smlouvy. Ustanovení o exkluzivitě jsou však povolitelné na základě individuální nebo blokové výjimky.

Vázané obchody (tying)

Čl. 85 se neaplikuje na ustanovení o vázaných obchodech v licenčních smlouvách, jestliže jsou nezbytné pro řádné využití patentu, např. tam, kde majitel patentu oprávněně trvá na jistých zárukách kvality ve vztahu k surovinám nebo určitým komponentům. V případě, že není tato podmínka splněna, spadají ujednání o vázaných obchodech pod zákaz čl. 85 Smlouvy a je nepravděpodobné, že by Komise ES udělila pro tato ujednání individuální výjimku.

Minimální množství vyráběného zboží

Závazek nabyvatele licence vyrábět minimální množství zboží, které je předmětem licence nespadá pod zákaz čl. 85 Smlouvy, neboť účelem tohoto ustanovení je obvykle zajistit řádné využití patentu.

Poplatky za poskytnutí licence

Závazek nabyvatele platit za využití patentu poplatky rovněž nespadá pod ustanovení čl. 85 Nicméně, Komise ES bude posuzovat, zda nabyvatel licence není nucen platit poplatky i po vypršení patentové ochrany nebo zda není nucen platit poplatky i za výrobky, které nejsou předmětem licence.

Omezení ve vztahu k oblastem využití (field of restriction)

Závazek nabyvatele licence omezující využití licence pouze na jednu technickou oblast nespadá pod ustanovení čl. 85 Smlouvy. Např. majitel patentu určí, že specifický, patentovaný motor může být využit pouze pro osobní automobily a ne např. pro motocykly. Nicméně, čl. 85 Smlouvy se bude aplikovat, jestliže nabyvatel licence je omezen ve výběru zákazníků. V tomto případě je vyloučeno profitovat z ustanovení blokové výjimky.

Označování zboží

Závazek označovat zboží vyráběné na základě licence označením majitele patentu nespadá pod ustanovení čl. 85 Smlouvy. Tento závazek však samozřejmě nemůže být rozšířen na výrobky, které nejsou předmětem licence.

Závazek minimální kvality

Závazek uložený nabyvateli licence ke splnění minimálních požadavků na kvalitu zboží vyráběného na základě licence nebude spadat pod ustanovení čl. 85 Smlouvy,

³Např. Bellamy and Child: Common Market Law of Competition, Sweet and Maxwell, 1994

⁴Vladimír Petrus: Právo Evropských společenství – volný pohyb zboží, Právní praxe 3/1993

pokud takové požadavky budou nezbytné pro technicky uspokojivé využití patentu. Stejný princip platí i pro závazky umožňující majiteli patentu provádět kontroly dodržování minimální kvality.

„Grant – back“ klausule

Jedná se o ustanovení smlouvy zavazující nabyvatele licence poskytnout majiteli patentu získané zkušenosti při využití licencovaného patentu a závazek postoupit majiteli patentu licenci ve vztahu k jakýmkoli vynálezům souvisejících s vylepšeními nebo novým využitím licencovaného patentu.

Tyto klausule jsou zakázány čl. 85 Smlouvy, pokud je nabyvatel licence povinen poskytnout tyto zkušenosti výhradně majiteli patentu. Exkluzivní „grant – back“ klausule rovněž vylučují aplikaci příslušných blokových výjimek.

Klausule o nevznášení námitek (no – challenge clause)

Závazek uložený na nabyvatele licence nevznášet námítky k platnosti patentu, k němuž byla udělena licence spadá pod zákaz čl. 85 Smlouvy. Takový závazek totiž neumožňuje nabyvateli licence uvolnit se ze závazků licence namítnutím neplatnosti patentu a může tak mít za následek umělé prodlužované trvání patentu. Tyto klausule rovněž vylučují aplikovatelnost blokové výjimky.

Protikonkurenční klausule

Závazek, který omezuje nabyvatele licence ve vztahu k získání, výrobě, užití nebo prodeji výrobků konkurujících licencovanému patentu spadá pod zákaz čl. 85 Smlouvy. I v tomto případě se bloková výjimka neaplikuje.

Maximální množství vyráběného zboží

Podle názoru Komise ES jsou podobná ustanovení v licenčních smlouvách zakázána čl. 85 Smlouvy, neboť neumožňují nabyvateli licence zvýšit odbyt a mohou mít podobný efekt jako zákaz exportu.

Cenová omezení

Závazek uložený na nabyvatele licence (stejně jako na majitele patentu) ve vztahu k cenám, za něž je možné prodávat licencované zboží třetím stranám porušuje čl. 85 Smlouva obsahující podobná ujednání nemůže profitovat z blokové výjimky.

Vzájemné licence (cross licences)

O vzájemných licencích hovoříme v těch případech, kdy držitelé různých patentů si vzájemně postoupí licence k těmto patentům. V případě, že je tato dohoda doprovázena dohodou o rozdělení trhů jde o porušení čl. 85

IV. Blokované výjimky v oblasti I.P.R.

Komise ES vydala pro oblast I.P.R. dvě následující nařízení o blokových výjimkách:

– nařízení č. 2349/84 o aplikaci čl. 85 odst. 3 Smlouvy na skupiny dohod o patentových licencích, novelizované nařízením

Komise ES č. 151/93 a – nařízení č. 556/89 o aplikaci čl. 85 odst. 3 Smlouvy na skupiny dohod o know – how, novelizované nařízením Komise ES č. 151/93.

Obě nařízení obsahují shodnou základní strukturu. Obě vyjímají dohody o exkluzivních licencích, které by jinak byly zakázány čl. 85 Smlouvy a to bez ohledu na tržní podíl, obrat nebo soutěžní vztah stran. Podobně jako ostatní nařízení o blokových výjimkách obsahují seznam tzv. „bílých“ klausulí, které jsou ve smlouvě akceptovatelné a seznam tzv. „černých“ klausulí, které nesmí být ve smlouvě obsaženy. Jestliže smlouva obsahuje ustanovení, která nespádají ani do bílých ani do černých klausulí mohou strany smlouvu Komisi ES a profitovat z tzv. oponentního řízení. Podle oponentního řízení může Komise ES vznést do 6 měsíců od oznámení dohody námítky proti této dohodě. Pokud tak Komise ES neučiní je dohoda automaticky povolena.

Jak bylo řečeno, obě nařízení jsou v zásadě velmi podobná a proto bude, alespoň ve stručnosti, pojednáno o obou současně.

1. Působnost nařízení⁵

První otázkou na níž je nutné najít odpověď je, které ze dvou nařízení je potřeba aplikovat na příslušnou licenční smlouvu. Toto určení představuje v praxi složitý problém. V běžném hospodářském životě se totiž vyskytuje pouze málo smluv, které by se týkaly výhradně patentů nebo know – how. Mnoho smluv naopak pokrývá současně jak patenty, tak know – how. Přesto můžeme jako vodítko aplikovatelnosti použít preambuli nařízení o blokové výjimce pro dohody o know – how, která stanoví, že:

„smíšené dohody, ve kterých licence na patenty nejsou nezbytné pro výkon licencované technologie spadají pod nařízení o blokové výjimce pro know – how.“

Jinými slovy řečeno, nařízení o blokové výjimce pro patenty má přednost pouze v těch případech, kde jsou patenty nezbytné pro výkon licencované technologie.

2. Společné rysy obou nařízení

Prvním společným rysem obou blokových výjimek je zákaz cenových omezení. Jedná se o klasický zákaz společný právním systémům ochrany hospodářské soutěže.

Obě nařízení rovněž zakazují absolutní teritoriální ochranu. Jedním z hlavních cílů Evropského společenství je vytvoření podobných životních podmínek ve všech členských státech. Je proto nezbytné zajistit volný pohyb zboží mezi členskými státy. Tento cíl je v určitém rozporu s možností majitele patentu (nebo know – how) vyčlenit výhradní území každému z nabyvatelů licence, spojené se závazkem nevykonávat činnost na území ostatních nabyvatelů licence.

⁵Thomas Jestaedt: Treatment of Exclusive Patent and Know – How Licences under the Existing Block Exemption Regulation on Patent and Know – How Licences, seminár o soutěžním právu ES, Budapešť, březen 1995

Stejně jako bloková výjimka o exkluzivní distribuci rozlišují obě nařízení mezi aktivním a pasivním prodejem. O aktivní prodej se jedná tam, kde nabyvatel licence vyvíjí prodejní úsilí mimo vymezené území, např. založením svých poboček nebo pomocí reklamy zacílené na území ostatních nabyvatelů licence. O pasivním prodeji hovoříme tehdy, jestliže se jedná o prodej mimo určené území, který je pouhou odpovědí na neuspokojenou poptávku na tomto území.

Podle nařízení o blokových výjimkách v oblasti I.P.R. může být nabyvateli licence zakázán jak aktivní prodej, tak dokonce po dobu 5 let i pasivní prodej. Tudíž, nabyvatel licence může mít zakázáno prodávat mimo vymezené území po dobu 5 let od prvního uvedení licencovaného výrobku na trh.

Třetím společným rysem je zákaz zamezovat paralelním importům.⁶ Majitelé patentu tedy nemohou uložit nabyvatelům licence prodejní omezení.

3. Rozdílná doba trvání teritoriální ochrany v obou nařízeních

Pokud jde o vztah mezi majitelem patentu a nabyvatelem licence obě nařízení povolují zákaz využívat licencovanou technologii na území druhé strany. Využívání zahrnuje jak aktivní tak pasivní prodej. Mezi majitelem patentu a nabyvatelem licence je tedy povolena absolutní teritoriální ochrana. V případě patentů může tato ochrana trvat až do vypršení právní ochrany licencovaného patentu (v členských státech ES 20 let od podání žádosti). V případě know – how je toto období 10 let od chvíle, kdy majitel know – how podepsal první licenční smlouvu pro území ES ve vztahu k předmětnému know – how.

Pokud jde o ochranu území nabyvatele licence před ostatními nabyvateli licence je nezbytné učinit rozdíl mezi aktivním a pasivním prodejem. Majitel patentu (i know – how) může uložit omezení na nabyvatele licence zdržet se aktivního prodeje na území ostatních nabyvatelů licence. Tato omezení mohou trvat po dobu právní ochrany patentu a pro know – how po dobu 10 let od chvíle, kdy majitel know – how podepsal první licenční smlouvu pro dané know – how na území ES. Ve vztahu k pasivnímu prodeji je možný zákaz po dobu 5 let.

4. Bílé klausule

Článek 2 obou nařízeních obsahuje demonstrativní výčet bílých, povolených klausulí:

- závazek nabyvatele licence nevyzradit know – how i po vypršení licenční smlouvy,

⁶Paralelní import existuje tam, kde kromě „oficiální“ cesty, kterou je zboží importováno (např. exkluzivní distributor) na dané území, existuje i paralelní cesta, kterou jiný obchodník na daném území dováží zboží získané od třetí strany. Paralelní import tak vytváří exkluzivnímu distributorovi konkurenci.

- nabyvateli licence může být uložen závazek nevyužívat patentu nebo know – how po vypršení smlouvy za předpokladu, že know – how je stále tajné nebo, že trvá právní ochrana patentu.
- dalším z možných omezení nabyvatele licence jsou závazky ve vztahu k minimálnímu množství a minimální kvalitě vyráběného zboží.

Zajímavou bílou klausulí v blokové výjimce pro know – how, která nemá obdobu v blokové výjimce pro patenty je možnost uložit závazek nabyvateli licence, aby platil poplatky neohledně na skutečnost, že know – how se stalo veřejně známým. Samozřejmě však tento závazek může existovat pouze po dobu trvání licenční smlouvy. Důvodem k zavedení této klauzule je předpoklad, že s rostoucím počtem uzavřených licencí by se stalo velmi obtížné udržet know – how v tajnosti. Majitel know – how by v tomto případě měl tendenci ukládat mnohem vyšší poplatky v počátku licenční smlouvy.

5. Černé klausule

Bloková výjimka pro patenty obsahuje 11 černých klausulí, bloková výjimka o know – how potom obsahuje 12 takovýchto zakázaných, černých klausulí. V krátkém přehledu se podíváme na, z praktického hlediska, nejvýznamnější klausule.

Obě nařízení uvádějí na seznamu černých klausulí tzv. klausule o nevznášení námitek. Podle názoru Komise, potvrzeného i rozhodnutími Soudního dvora, jdou tyto klausule za rozsah oprávněné ochrany patentu i know – how.

Černé tzv. protikonkurenční klausule vyjadřují na jedné straně legitimní zájem majitele patentu (nebo know – how) na ochraně svého patentu a tajnosti know – how. Na druhé straně však tyto klausule mohou snížit možnosti výzkumu a vývoje v rámci Společenství a vést k nedostupnosti určitých technologií v rámci ES. Jako kompromis zavedla Komise ES do nařízení o know – how závazek nabyvatele licence vynakládat největší úsilí při využívání licencované technologie.

Obě nařízení zakazují klausule ukládající omezení ve vztahu k množství vyráběných licencovaných výrobků.

Obě nařízení rovněž uvádějí mezi černými klausulemi tzv. grant back ustanovení, jimiž je nabyvatel licence vázán postoupit práva, k jím dosaženým zlepšením licencované technologie, výhradně majiteli patentu.

Podle obou nařízeních je také zakázáno účtování poplatků za zboží nebo služby, které nejsou produkovány prostřednictvím licencované technologie nebo za užívání know – how, které se stalo veřejně známé díky jednání majitele know – how.

Obě nařízení rovněž zakazují omezení ve vztahu k okruhu zákazníků, s nimiž může nabyvatel licence obchodovat. Hlavním principem je, že nabyvatel licence by neměl být omezován ve své obchodní, marketingové strategii. Nicméně, tento princip se může dostat do protikladu s povoleným omezením ve vztahu k oblasti využití licencované technologie, která také může vést k rozdělení okruhu zákazníků mezi různé nabyvatele licence.

6. Princip „všechno nebo nic“

Licenční smlouvy obsahující jakoukoliv ze zakázaných, černých klausulí nemohou profitovat z nařízení o blokové výjimce. Tento tzv. všechno nebo nic princip je po mnoho let předmětem značné kritiky ze strany podnikatelské sféry.

7. Odvolání blokové výjimky

Komise ES může v některých případech, odvolat blokovou výjimku, zvláště pak tehdy, když zboží vyráběné na základě licence není vystaveno účinné soutěži.

V případě, že dohoda nemůže profitovat z nařízení o blokové výjimce je stále možné požádat o udělení individuální výjimky podle čl. 85 (3) Smlouvy.

V. Návrh blokové výjimky o přenosu technologií

30. června 1994 publikovala Komise ES návrh blokové výjimky pro přenos technologií. Tato bloková výjimka by měla nahradit blokovou výjimku pro patentové licence, jejíž platnost vyprší 30. června 1995 a blokovou výjimku pro know - how. Hlavní změny obsažené v návrhu mohou být sumarizovány následovně:

- zavedení tržního podílu omezujícího dostupnost blokové výjimky ve vztahu k exkluzivním licenčním smlouvám.
- redukování počtu černých klausulí,
- přijetí jednoho nařízení pro čisté patentové nebo know - how licence, jakož i pro smíšené dohody.

1. Tržní podíl

Návrh blokové výjimky zavádí pro povolení exkluzivity hledisko tržního podílu. Možnost udělení výhradní licence pro určité teritorium je povolena pouze za předpokladu, že nabyvatel licence není v dominantním postavení nebo nepůsobí na oligopolním trhu.

2. Černé klausule

Zakázanými, černými klausulemi jsou podle návrhu:

- omezení ve vztahu k určení cen,
- protikonkurenční klausule,
- omezení pasivních prodejů nebo jiné závazky vedoucí k rozdělení trhů
- omezení ve vztahu k okruhu zákazníků,
- omezení ve vztahu k množství vyráběných výrobků,
- závazek postoupit zlepšení majiteli patentu (know - how).

VI. I.P.R. a článek 86 Smlouvy⁷

Máme-li aplikovat čl. 86 smlouvy na oblast I.P.R. musíme nejprve odpovědět na otázku, zda držitel I.P.R. zaujímá dominantní postavení na příslušném, relevantním trhu. Dominantní postavení bylo vymezeno rozhodnutím Soudního dvora ve věci „United Brands“ jako:

„hospodářsky silné postavení, které podnik má a které mu umožňuje, aby zabraňoval zachování efektivní soutěže, protože mu dává sílu chovat se ve značné míře nezávisle na ostatních soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích.“

I.P.R. jako jsou patenty, autorská práva nebo obchodní známky, bývají často nazývány legálními monopoly. V případě „Deutsche Gramophon v Metro“ Soudní dvůr judikoval, že:

„výrobce držící právo ve vztahu k autorskému právu nedrží dominantní postavení ve smyslu čl. 86 Smlouvy pouze výkonem svého exkluzivního práva.“

Legální monopol na základě národního I.P.R. jako takového tedy nevytváří dominantní postavení ve smyslu čl. 86 Smlouvy. Nicméně je možné, že v případě dalších znaků svědčících pro dominantní postavení může vlastnictví I.P.R. přispět k ustavení dominantního postavení.

Stručně můžeme zrekapitulovat, že na držitele I.P.R. se při určování jeho dominantního postavení aplikuje stejný test, jako na ostatní podniky. Test je založen na schopnosti podniku chovat se na příslušném, relevantním trhu nezávisle. K určení, zda se jedná o takovýto případ je nutné nejprve vymezit relevantní výrobový a geografický trh a na takto určeném trhu zejména zjistit tržní podíl domnělého dominantního podniku. Pouhé vlastnictví I.P.R. nezakládá dominantní postavení, ale může být jedním ze znaků svědčících pro dominantní postavení.

Zneužití dominantního postavení

Složitější otázkou než samotné vymezení dominantního postavení je posouzení, zda toto dominantní postavení bylo zneužito⁸.

1. výkon I.P.R. jako takového není zneužití

Velmi důležitým pravidlem při analýze, zda určité chování zakládá zneužití dominantního postavení je, že výkon chráněného I.P.R. nezakládá zneužití dominance. Proto např. držitel patentu žalující stranu, která údajně porušila jeho patentové právo, nezneužívá své dominantní postavení.

⁷Thomas Jesteadt: Application of Article 86 - EC Treaty in Intellectual Property Cases, seminář o soutěžním právu ES, Budapešť, březen 1995

⁸Čl. 86 nepostihuje nabytí nebo existenci dominantního postavení, stíhá však zneužití takového postavení.

2. Odmítnutí licence není zneužití

Podobně jako výkon I.P.R. ani odmítnutí udělit licenci nezakládá porušení čl. 86 Smlouvy. Tento princip byl založen rozhodnutím Soudního dvora ve věci „Volvo v Erik Veng“⁹. Podle tohoto rozhodnutí může vlastník I.P.R. vykonávat specifický obsah práva (zahrnující i odmítnutí udělit licenci třetím stranám) bez toho, aby toto jednání bylo považováno za porušení čl. 86 Smlouvy.

3. Chování zakládající zneužití dominantního postavení

a) *vytvorování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen nebo jiných obchodních podmínek*

Je zřejmé, že třetí strany usilující o získání licence mohou být ze strany držitele I.P.R. poškozeni nepřiměřenými licenčními podmínkami. Klasickým příkladem jsou nepřiměřeně vysoké licenční poplatky. Důležitá pravidla při posuzování výše těchto poplatků stanovil Soudní dvůr v případě „SACEM“¹⁰:

- Při posuzování, zda jsou licenční poplatky nepřiměřené musí být pozornost zaměřena na výši poplatků aplikovaných ostatními společnostmi působícími na příslušném relevantním, geografickém trhu.
- V případě, že na relevantním, geografickém trhu nepůsobí žádné jiné společnosti, musí být učiněno srovnání s výší poplatků převažující v ostatních členských státech ES. Jestliže zde bude existovat zjevná nerovnost mezi poplatky účtovanými dominantní firmou a poplatky účtovanými jinými podniky v obdobných situacích v jiných členských státech, může dojít k porušení čl. 86 Smlouvy.

b) *Omezování výroby, odbytu nebo technického rozvoje ke škodě spotřebitelů*

V kontextu čl. 86 Smlouvy se jedná o nejčastější kategorii zneužití dominantního postavení v oblasti I.P.R. Znovu se zde dostáváme k otázce, v jakém rozsahu může vlastník I.P.R. vykonávat svá práva bez toho, aniž by porušil čl. 86 Smlouvy.

– **Případ „Tetra Pak“¹¹**

Fakta tohoto případu můžeme stručně zrekapitulovat takto:

- Tetra Pak držel dominantní postavení na trhu nápojových obalů
- Tetra Pak získal firmu Liquipak, která vlastnila exkluzivní licenci, která umožňovala opětovné použití nápojových obalů
- Firma Elopak, jediný konkurent firmy Tetra Pak, podala stížnost ke Komisi ES.

Komise ES rozhodla, že:

„akvizice exkluzivní licence nejenže posílila již významně dominantní postavení firmy Tetra Pak, ale také měla vliv na snížení budoucích možností jakékoliv účinné soutěže. Toto jednání proto zakládá zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 86 Smlouvy.“

⁹ Volvo v Erik Veng Ltd (věc 238/87), 1988 ECR, 6211

¹⁰ Sacem (spojené případy 110, 241 a 242/88), 1989 ECR, 2811

¹¹ Tetra Pak, rozhodnutí Komise ES 88/501, OJ 1988 L 272/27 Tetra Pak v Komise ES (věc 51/89), 1990 ECR II, 309

Zajímavým aspektem rozhodnutí v případě Tetra Pak bylo, že licenční smlouva, jíž Tetra Pak získal firmu Liquipak byla automaticky povolena na základě blokové výjimky o patentových licencích. Nehledě na tuto skutečnost (dohoda neporušila čl. 85 odst. 1 Smlouvy) však došlo k porušení čl. 86 Smlouvy.

– **Případ „TV Magill Guide“¹²**

Kontraverzním případem ve vztahu mezi čl. 86 Smlouvy a I.P.R. je případ dublinského televizního časopisu Magill Publications. Fakta jsou ve stručnosti následující:

- V Irsku vysílají tři televizní stanice (INTV, BBC a ITV)
- Všechny tři stanice připravují vlastní přehledy programů
- Společnost Magill začala vydávat přehled programů složený z programů všech tří stanic
- Tv stanice zažalovaly Magill před irským soudem za porušení autorského práva
- Magill podal stížnost ke Komisi ES.

Komise ES rozhodla, že Tv společnosti zneužily svého dominantního postavení vyloučením nového výrobku z přístupu na trh a využitím autorského práva způsobem nespádajícím pod specifický obsah autorského práva.

Soud první instance potvrdil rozhodnutí Komise ES. Soud odkázal na princip ustavený v případě „Volvo v Venge“, nicméně však uvedl, že jestliže je I.P.R. vykonáváno způsobem, který je zjevně v rozporu s čl. 86 princip známý z případu Volvo se neuplatní.

Soud dále uvedl okolnosti, které podle jeho názoru dokázaly, že Tv společnosti překročily hranici, která je povolena pro ochranu specifického obsahu jejich autorského práva:

- Tv společnosti vyloučily nový produkt (týdenní přehled Tv pořadů) ze vstupu na trh. Navíc po tomto novém výrobku existovala potencionální poptávka.
- Odmítnutí udělit licenci bylo svévolné, neboť zde neexistovala ospravedlnění z důvodu specifických potřeb vlastních publikování televizních programů.

Tv společnosti podaly odvolání proti rozhodnutí Soudu první instance k Soudnímu dvoru, který rozhodnutí potvrdil. Rozhodnutí Soudního dvora vytvořilo důležitý precedens, podle nějž má volná soutěž v podobných případech přednost před I.P.R. Jedná se o první případ, v němž dostala soutěžní pravidla ES přednost před národními zákony o I.P.R.

c) *Uplatňování nerovných podmínek při porovnatelném plnění vůči obchodním partnerům*

Nejčastějším případem diskriminace, na něž odkazuje toto ustanovení čl. 86 Smlouvy, v oblasti I.P.R. je účtování rozdílné výše licenčních poplatků nabyvatelům licence, kteří jsou v obdobném postavení.

¹² Magill Tv Guide, rozhodnutí Komise 89/205, OJ 1989 L 78/43 Soud první instance 1991, ECR II, 485

d) Uzavírání smluv za podmínky, že druhá strana přijme další plnění, které podle povahy věci ani podle obchodních zvyklostí nesouvisí s předmětem smlouvy (vázané obchody)

Příkladem vázaných obchodů v oblasti I.P.R. je nejčastěji výrobce prodávající své zboží, chráněné I.P.R., pouze společně s náhradními díly nebo různými doplňky. V této souvislosti je možné zmínit případ „Hilti“¹³, ve kterém firma Hilti – výrobce nastřelovačů cvočků poskytovala zvláště výhodné podmínky těm odběratelům, kteří od Hilti kupovali i cvočky. Tímto způsobem Hilti poškodilo výrobce srovnatelných cvočků. Komise ES i Soud první instance posoudily tuto praxi jako porušení čl. 86 Smlouvy.

* * *

S U M M A R Y

Intellectual Property Rights v. EC rules on competition: „a difficult marriage“

Intellectual property rights are exclusive by nature, the holder of the rights acquires a legal monopoly enabling him to oppose, by way of an infringement action, any unauthorized use of the subject-matter of the right involved (e.g. patented invention, trade mark, work protected by copyright etc.). These rights can be subject of contract (e.g. licences subject to specific terms).

The existence of IP rights and their exercise (e.g. granting of licences) may be restrictive of free competition. EC Court of Justice developed a set of rules explaining how the EC law on competition and free movement of goods should be applied to the IP rights, or, more precisely to the exercise of such rights (e.g. the exhaustion of rights principle).

The exercise of IP rights may be prohibited as contrary to art. 85 EC Treaty where it is „the subject, the means or the result of a restrictive practice“ i.e. if the agreement restricts competition: e.g. by the creation of artificial territorial partitions of the market, absolute territorial protection etc.: in those cases, the IP rights are indeed merely used in order to set non justified obstacles to free competition.

The exercise of an IP right can, under specific circumstances, constitute an abuse of a dominant position in the sense of art. 86 EC Treaty (e.g. „TV Guide case“: refusal by the Irish broadcasting organisation to grant licences to third parties to reproduce its copyright TV programme schedules).

¹³Hilti AG v Komise ES, 1992 ECR II, 1439

Dvě výročí prof. JUDr. Jaromíra Sedláčka

Ilona SCHELLEOVÁ

V roce 1995 si právní veřejnost připomene nejméně dvakrát jméno jedné z nejvýznamnějších osobností předválečné brněnské právnické fakulty, jehož dílo má bezesporu dodnes trvalou hodnotu – prof. JUDr. Jaromíra Sedláčka. V dubnu uplynulo padesát let od jeho tragické smrti a v září uplyne 110 let od jeho narození.

* * *

Jaroslav Sedláček se narodil dne 2. září 1885 ve Slavkově u Brna. Gymnázium vystudoval v Uherském Hradišti, kde roku 1904 maturoval. Práva studoval nejprve ve Vídni, kde také složil historickoprávní státní zkoušku, poté na české univerzitě v Praze, kde po složení dalších státních zkoušek a rigoros dosáhl roku 1909 hodnosti doktora práv. Ve studiích však chtěl pokračovat dále a tak odjel do Berlína pracovat zejména v tehdy proslulém semináři Josefa Kohlera. Právě z jeho podnětu se začal zabývat otázkami historickoprávního vývoje pojišťovacího práva, což zakončil svou první prací „O materiálně-právní funkci pojistky“ (1912).

Po roční advokátní praxi a dvouleté praxi soudní vstoupil v roce 1912 jako právní úředník do Živnostenské banky a do pojišťovny Moldavia. Od 1. června 1914 do 31. prosince 1919 byl konceptním úředníkem Zemského výboru v Brně. Do tohoto období patří Sedláčkův pokus zpracovat z právního hlediska problém depozitního bankovního obchodu, což učinil ve své druhé monografii „O smlouvě schovací se zvláštním zřetelem k uschování cenných papírů“ (1919).

Jeho zájem o vědeckou práci ho samozřejmě předurčil k působení na vysoké škole. Dne 20. května 1917 se habilitoval na Vysoké škole technické v Brně, kde byl dekretem ze dne 20. ledna 1920 jmenován s platností od 1. ledna 1920 mimořádným profesorem právních věd, a to již na základě svých dalších monografií „Vlastnictví a vlastnické právo“ (1919), kde se zabýval otázkami subjektivního práva, zejména teorií Windscheidovou a Thonovou, a „Zrušení obecního statku“ (1919).

Dekretem ze dne 5. srpna 1921 byl jmenován mimořádným profesorem a 23. ledna 1925 řádným profesorem občanského práva na Právnické fakultě Masarykovy

univerzity v Brně. Akademická půda Právnické fakulty mu vytvořila vhodné zázemí pro jeho další vědeckou práci. Nejprve se zajímá o soukromoprávní ustanovení o pozemkové reformě. Výsledkem byla jeho studie „Pozemková reforma“ (1922). Rokem 1924 však začalo Sedláčkově nejneprodnější období, které ho vyneslo do postavení jednoho z nejpřednějších civilistů a právních filozofů v Evropě. Je to období počínající postupným vydáváním (ve třech svazcích) „Systému obligačního práva“ a vrcholící ve „Všeobecné části občanského práva“ (1931). Právě poslední citovaná práce se stala základním kamenem jeho další vědecké práce.

Sedláčkovy aktivity však byla mnohostranná. Přínosná byla zejména od roku 1926 jeho redakční činnost ve francouzsko-německém časopise „Revue internationale de la théorie du droit“, jehož zakladateli byli Weyr, Kelsen a Duguit. V tomto časopise se podařilo Sedláčkovi uveřejnit právněteoretické práce týkající se hlavně noetiky a právní metodologie ze všech končin světa. Časopis byl přijímán mezinárodní vědeckou veřejností jako jeden z nejlepších a nejserioznějších právnických periodik. V mnoha směrech dokonce převyšoval i v té době hlavní světové právní časopisy „Rivista internazionale della Theoria del diritto“ a „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“.

Máme-li hodnotit Sedláčkovu vědeckou práci a podat jeho vědecký profil musíme se dostat až k samým základům, na nichž vybudoval své skvělé civilistické práce. Sedláček byl totiž běžně označován jako první normativní teoretik občanského práva. Práce Weyrové a Kelsenovy mu poskytly noetické a logické základy pro zpracování občanského práva. S filozofií se však Sedláček seznámil již dříve. Hlavně logiku studoval již za první světové války, přičemž zejména ho ovlivnilo velké dílo logika Sidwarta. Z brněnských normativistů mu však byl nejbližší Kallab, i když v jeho rané práci „Vlastnictví a vlastnické právo“ čteme, že „stupeň poznání jest vskutku velmi skromný, pramení vlastně skoro zcela v učení Weyrově“. Z jeho další práce „Pozemková reforma“ je však patrné, že na něho začínají vedle Weyra a Kelsena působit zejména právně-filozofické práce Kallabovy a noeticko-logické studie Englišovy.

Jak již jsme uvedli, vrcholné Sedláčkovy dílo se začíná právní veřejnosti předkládat od roku 1924. „Obligační právo I. (Obecné nauky o právních jednáních a splnění závazků)“ je již stavěno na vlastních základech noetiky, logiky a právní filozofie. Filozofické zázemí Sedláčka se ovšem dále rozšiřovalo. Zejména se obrátil k dílu Immanuela Kanta, jež tvoří základ normativní teorie, stejně jako základ dalších velkých právních systémů 20. století. V jeho díle se odráží vlivy jak Rudolfa Stammlera, tak novokantské právněfilozofické práce Cohnovy, Salomovy, ale i směr marburský, nebo práce Rickertovy, Laskovy, Radbruchovy, stranou nezástal ani směr heidelberský nebo moderní přirozenoprávní směry v čele s Leonardem Nelsonem, ba dokonce i směry, které jsou mnohdy tak odchýlné jako je fenomenologie (viz zejména práce Felixe Kaufmanna a Schreiera) nebo novohegelianismus (Julius Binder). Sedláček postupem let zvládl kritickou filozofii na nevídaně vysoké úrovni.

Sedláček velmi brzy přestal sdílet Cohenův názor, že Kant je Kantem, jen pokud

jde o kritiku čistého teoretického rozumu („Kritika čistého rozumu“), a pro ani ne celou, nýbrž jen po nauku o ideích a že Kant ve své praktické filozofii čili transcendentální metodu opustil. Sedláček naopak vycházel z poznání, že Kantovo kritické dílo tvoří jeden nerozdílný celek a že všechny tři Kritiky („Kritika čistého rozumu“, „Kritika praktického rozumu“ a „Kritika soudnosti“), stejně jako „Prolegomena“ a „Základy k metafyzice mravů“, „Metafyzika mravů“ a zejména také Kantovy spisy věnované náboženským problémům, tvoří jeden pevný celek. Tento poznatek Sedláčkovi umožnil, že mohl zaujímat kritické postoje i k samé normativní teorii, když si začal uvědomovat, že tato teorie není schopna vyřešit všechny problémy, před něž je praktický právník postaven.

Jak již z předchozího vyplývá, Sedláček nezůstal lpět jen na kritické Kantově filozofii, pokud se týká novokantovců Cohena, Natorpa z marburské školy, Windelbanda, Rickerta z heidelberské školy a slavného objevitele kritického Kantova díla pro právní vědu Stammlera. Na Sedláčka měl také nemalý vliv Arthur Schopenhauer a Bergson s celou francouzskou školou, Gény, Duguit a zakladatel fenomenologické školy Edmund Husserl.

Sedláček však nezůstal uzavřen ani tomistické filozofii. Zejména to bylo dílo jezuitského filozofa Przywary.

Naproti tomu Sedláčkův přístup k Hegelovi a celému novohegelianskému hnutí byl značně rezervovaný, ba dokonce je možné říci, že odmítavý.

Hodnotíme-li tedy Sedláčka jako právního filozofa jeví se nám jako stoupenec kritické čili transcendentální filozofie obohacené všemi cennými myšlenkami 19. a 20. století.

V Sedláčkově „Obligačním právu“ (I., II. a III. část) byl vytvořen společně s Krčmářovým „Právním obligačním“ dosud nepřekonaný systém obligačního práva, který je inspirativní i pro dnešní civilisty. Jsou zde jasně vymezeny pojmy smlouvy obligační a soluční, je třeba upozornit na skvělé výklady o kause právních jednání, o smlouvách ve prospěch třetích osob, na zcela nové řešení problému bezdůvodného obohacení, zejména pokud jde o generální žalobu z bezdůvodného obohacení, na řešení kondičních případů a na řešení struktury 30. hlavy tehdy platného všeobecného občanského zákoníku o náhradě škody, kde všude Sedláček přinesl množství nových pohledů a řešení sporné problematiky. Tato nová řešení měla tehdy i značný vliv na soudní praxi, zejména na praxi tehdejšího Nejvyššího soudu.

Podle Sedláčkových současníků je vrcholem jeho vědecké tvorby dílo „Všeobecné nauky (Občanské právo československé, všeobecné nauky, 1931)“, kde již klade za základ všech výkladů transcendentální filozofii, „že rozum lidský předem (a priori) je schopen uspořádati smyslové (sensualistické) vjemy podle určitých pravidel, čímž je umožněno systematické poznání vědecké“. V této práci Sedláček řeší základní noetické a logické otázky: co je to předmět poznání, povinnost, norma autonomní a heteronomní, subjekt povinnosti, subjekt normy, co jsou to vědy normativní a normologie, co je to formální a obsahové dělítko norem, aby přešel k pojmu právní normy, zejména k základní otázce nejvyšší právní normy, která je mu hypotézou, ni-

koli fikcí, a která mu znamená pojem, který nám činí celý svět heterogenních norem teprve vůbec možný.

Zajímavé je Sedláčkově řešení, pokud jde o určení obsahu normy. Zřejmě pod vlivem Kantova díla „Kritika soudnosti“, které mělo vybudovat most mezi Kantovým světem toho, co je, světem přírody, kde panuje kauzální nutnost, a světem toho, co má být světem mětí, světem povinnosti, dospívá k tomu, že obsah norem nám určuje teleologie a že jenom a výhradně tato nám činí obsah norem vůbec možným. Svérazné je Sedláčkově řešení otázky, tzv. regulativních principů, resp. přirozeného práva, stejně jako přesné rozlišení trojího druhu pojmů, s nimiž právní věda pracuje: Sedláček rozeznává pojmy čisté, obsahové a systematické a ukazuje, že typickým příkladem systematického pojmu je například rozdělení právního řádu na právo veřejné a soukromé. Jiným takovým systematickým pojmem je právo subjektivní, které tehdejší vědou soukromého práva bylo nesprávně povýšeno za základ všeho právního poznání. Rovněž další výklady „Všeobecných nauk“ o pojmu soukromého práva, o jeho pramenech, o výkladu právních předpisů, o časové a místní působnosti československého občanského práva, o osobách, zejména o právnických osobách, o zastoupení, o věcech, čase, o aplikaci práva, o právní moci, o nároku a exekuci nesou nezvýmádně znak původnosti.

Sedláčkova vyzrálost nejen v právním myšlení, ale zejména v oblasti filozofie a sociologie se odráží i v dalším jeho díle „Rodinné právo“ (1934), které bylo evidentně psáno pod vlivem francouzské civilistiky. Sedláček zde ukazuje, že nejcennější výsledky německé civilistiky nejsou německého původu, nýbrž své zřízení odvozují z francouzské literatury.

Na práci „Rodinné právo“ Sedláček o několik let později navázal knihou „Reforma manželského práva“ (1938), kde polemizoval s Kantovou definicí manželství.

Z let 1934 – 1938 pocházejí jednak práce „Právo vlastnické“, komentář k §§ 351 – 356 občanského zákoníku, ale zejména vytvoření společně s prof. Františkem Roučkem rozsáhlého autorského kolektivu v němž byla zastoupena kompletní špička tehdejší civilistiky za účelem vypracování a vydání **Komentáře k občanskému zákoníku**. Dnešní právníká veřejnost jméno prof. JUDr. Jaromíra Sedláčka zná zejména v souvislosti s tímto šestidílným dodnes nepřekonaným komentářem k tehdy platnému občanskému zákoníku. Sedláček v Komentáři sám zpracoval velkou část úvodu, a oddílů o právech, vztahujících se k osobním vlastnostem a poměrům, dále právo rodinné, převážnou část práva obligačního a hodně z částí o upevnění, změně a zrušení práv a závazků. Jeho výklady například o nepravém jednatelství, o versio in rem, o žalobách z bezdůvodného obohacení a zejména o náhradě škody jsou zejména pro právní praxi dodnes cenné.

Při procházení Sedláčkovy vědecké tvorby není možné přejít bez povšimnutí ani jeho práci „Nepravé jednatelství, versio in rem“ v níž se vrátil k svému dávnému zájmu o sporné §§ 1035 – 1044 tehdejšího občanského zákoníku.

K problematice vlastnictví se Sedláček znovu vrátil za okupace, kdy po uzavření vysokých škol musel opustit budovu právní fakulty. Za těžkých podmínek při-

pravoval práci „O vlastnictví“ ve formě platonského dialogu. Vydání této práce se však již nedočkal.

Vědecké dílo prof. JUDr. Jaromíra Sedláčka je neuvěřitelně rozsáhlé a tak zde není možné vzpomenout všech jeho významných vědeckých pojednání. Publikoval v časopisech Právník, Časopisu pro právní a státní vědu, v Právní praxi, Všehrdu, ale i v řadě časopisů zahraničních. Sestavení jeho bibliografie, zejména zahraničních článků, bude obtížným úkolem, ale nezbytné. Každý jeho článek přinesl něco nového a podnětného.

Doposud jsme se zabývali jen vědeckou stránkou Sedláčkovy osobnosti. Jeho pracovní aktivita však byla mnohem širší. V letech 1926 – 1927 a znovu v letech 1934 – 1935 byl děkanem právní fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Byl vynikajícím pedagogem na něhož vzpomínají stovky jeho žáků. Jak vzpomíná prof. Kubeš „*návštěvnost jeho seminářů zůstane nezapomenutelným zážitkem, jak Sedláček dovedl uvést mladého adepta právní vědy v samé její jádro, do vlastní problematiky a s jakým zájmem dovedl sledovat další jeho vědecký růst. Prof. Sedláček nikdy neupěl apodikticky na bezvýhradné správnosti svých názorů. Naopak, on vždy dovedl – plně krásně myšlenku demokratickou – sestoupiti se své výše a postavit se za účelem správně vedené polemiky na stejnou rovinu se svým žákem a největší měl radost, když v argumentaci dovedl jeho žák v nějaké malé podrobnosti pozměnití mínění Mistrovo*“.

Vztah k mládeži Sedláček prokázal i založením (společně s doc. Gerlichem) Společnosti pro mezinárodní právní ochranu mládeže, a kterou vybuďoval v důležitou instituci mezinárodního významu.

Prof. Sedláček však své dílo bohužel nedokončil. Při náletu na Brno dne 12. dubna 1945 v 9.00 hodin dopoledne při cestě do univerzitní knihovny, kde se připravoval na svou poválečnou vědeckou práci, zahynul při náletu. Odešla tím z brněnských vědeckých kruhů největší osobnost civilního práva meziválečného období.

Právnik – historik – numismatik

(K 95. výročí narození
prof. JUDr. Jaroslava Pošváře, CSc.)

Petr PRŮCHA – Karel SCHELLE

Prof. JUDr. Jaroslav Pošvár, CSc. patřil k těm málo profesorů brněnské Právnické fakulty, kteří po jejím zrušení v roce 1950 se ještě dožili jejího znovuočtení v roce 1969 a krátký čas zde také ještě pedagogicky působili.

Prof. J. Pošvár se narodil 1. října 1900 v Brně v rodině finančního konceptního úředníka. V roce 1910 vstoupil do I. českého státního gymnasia v Brně, kde za devět let (1919) maturoval. Na podzim téhož roku se zapsal na Právnickou fakultu Masarykovy univerzity v Brně, kde 30. června 1924 také promoval. Po ukončení studií vstoupil do státní služby jako koncipient politické správy. Nejprve byl přidělen zemské školní radě v Brně, pak postupně různým oddělením zemského úřadu. Zároveň dále pokračoval ve studiu sociologie a filozofie na Filozofické fakultě brněnské univerzity.

V září 1925 složil s velmi dobrým prospěchem politickou ustanovovací zkoušku a byl jmenován koncipistou. Po absolvování vojenské služby byl přidělen k okresnímu úřadu Brno – venkov, kde působil do dubna 1930, kdy byl přeložen na ministerstvo vnitra. Zde byl 1. ledna 1931 jmenován vrchním ministerským komisařem, 1. ledna 1935 odborovým radou a v roce 1938 vrchním odborovým radou.

Již v době studií se začal zabývat vědeckými právními problémy v prvním filozofickoprávním semináři prof. Fr. Weyra a některými otázkami trestního práva v semináři prof. Kallaba. K pravidelné vědecké práci se však dostal až, když začal působit na ministerstvu vnitra. Jeho prvním okruhem vědeckého zájmu byla problematika akciového práva, což také vyústilo v první monografickou práci. Poté obrátil pozornost k správnímu právu trestnímu. Z této problematiky také v roce 1937 na Právnické fakultě v Brně habilitoval a hned nato ji začal přednášet. Pedagogické práce si však mnoho neužil. Přišel Mnichov, okupace a uzavření vysokých škol. Protektorát přečkal na ministerstvu vnitra ve funkci vrchního odborového rady.

V roce 1945 přišlo osvobození a znovuočtení vysokých škol. Právnické fakulta v Brně potřebovala nové pedagogy, a tak se Jaroslav Pošvár stal jejím řádným členem v hodnosti profesora nauky správní a práva správního a začal tento obor

přednášet. Uplatnění našel i v řadě funkcí na fakultě, zejména v letech 1948 – 1949 byl děkanem Právnické fakulty Masarykovy univerzity. V roce 1950 byla fakulta likvidována, a tak J. Pošvár společně s celým pedagogickým sborem byl propuštěn. Tím se mu uzavřela jedna z kapitol jeho života. Kapitola naplněná zájmem o problematiku státní správy a správního práva, a to nejen pedagogicky, ale zejména vědecky. Dokladem toho je dlouhá řada více jak 80 prací, které publikoval jak monograficky, tak časopisecky.

Především je třeba připomenout alespoň některé Pošvářovy práce z oblasti akciového práva, jemuž věnoval pozornost v prvním období své vědecké orientace, a což je vzhledem k další a výraznější Pošvářově profilaci málo známo. V této oblasti věnoval pozornost jak vybraným dílčím otázkám (např. *Význam sídla akciové společnosti*, *Hospodářská politika* č. 3/1933, *Práva akcionáře před valnou hromadou akciové společnosti*, *Hospodářská politika* č. 30/1935, *O právní povaze povolení ku zřízení akciové společnosti*, *Všehrd* č. 3/1936), tak i ucelenějším pohledům (např. *O reformě akciového práva v Anglii*, *Právnik* č. 5/1932). Zvláště je z této oblasti Pošvářovy publikační činnosti třeba poukázat na obsáhlý komentář akciového práva s názvem *Akciová společnost*, vydaný v Praze 1933. Šlo v té době o první a současně jedinou publikaci tohoto druhu.

V oblasti správního práva trestního, jemuž ve vědecké práci v uvedeném období J. Pošvár věnoval výraznější a tedy převažující pozornost, je jeho dílo představováno četnými články a studiemi (např. *O deliktech podle bankovního zákona*, *Veřejná správa* č. 3,4,5/1933, *O vině správních deliktů*, *Veřejná správa* č. 1,3/1936, *O formách viny u přestupků podle zákona o sociálním pojištění*, *Svépomoc* č. 2/1936, *O příslušnosti přestupků podle zákona o sociálním pojištění*, *Svépomoc* č. 5/1936, *Právo milosti ve správním řízení trestním*, *Všehrd* č. 1/1936, *O správním donucením pořádkovým trestem*, *Laštovkova pocta*, Bratislava 1936, *Základy trestního řízení o přestupcích živnostenského řádu*, *Živnostenské právo a politika* č. 2/1937 apod.), jakož i reprezentativními monografickými pracemi.

Správnímu právu trestnímu J. Pošvár věnoval tři navazující monografie, publikované v rozmezí deseti let. V roce 1936 to byla publikace *Nástin správního práva trestního I.*, v roce 1937 publikace *Správní trestní právo a řízení v judikatuře Nejvyššího správního soudu*, a v roce 1946 publikace *Nástin správního práva trestního II.*

V uvedených monografiích podal J. Pošvár ucelený pohled tehdy málo zpracované problematiky, která ještě v té době nebyla upravena zákonem, nýbrž starými ministerskými nařízeními.

Mimořádně přínosná byla již první z jeho uvedených publikací, která prakticky představuje dosud velmi hodnotnou materii o některých pojmech správního práva trestního, a to počínaje pojmy správa a veřejná správa, přes pojmy správní právo a správní právo trestní, až k pojmu viny ve správním právu trestním.

V případě druhé monografie jde potom o systematické uspořádání právních vět nálezů Nejvyššího soudu správního. První část publikace pojednává o nálezech, které se týkají hmotného správního trestního práva a to zejména jednotlivých druhů

správních deliktů, viny a trestu. Část druhá je potom věnována nálezům z procesního správního trestního práva, a to nejprve řízení v prvním stupni a dále řízení ve druhém stupni. Právní věty jsou potom v závěru monografie doplněny texty příslušných předpisů a ministerských oběžníků.

Poslední z uvedených monografií je potom věnována administrativním trestům a správnímu trestnímu řízení. V první části práce se pojednává o principu legality ve správním právu trestním, obecně o právním trestu, dále o trestu správním a trestu soudním. Dále je v práci věnována pozornost vlastnímu pojmu správního trestu, trestu pořádkového a vzájemnému poměru těchto trestů. Samostatná kapitola je potom věnována i trestům disciplinárním. Druhá část práce nejprve pojednává o pramenech a zásadách správního trestního řízení, o správních orgánech a jejich příslušnosti ke správnímu trestnímu řízení, dále o zahájení a průběhu správního trestního řízení v prvním i druhém stupni. Další část této publikace je potom věnována srovnávací studii předpisů v té době platných v Čechách, na Moravě a ve Slezsku, jakož i norem slovenských a rakouských.

Uvedenými monografiemi se však monografická činnost J. Pošváře nevyčerpává. Mimo dosud uvedené okruhy odborného zájmu J. Pošvář věnoval pozornost otázkám obecných a hraničních problémů správního práva, a to včetně syntetických pohledů na správní právo.

Vysoce reprezentativním dokladem této oblasti jeho zájmu ve své době je monografie *Obecné pojmy správního práva*, publikovaná v roce 1947. V ní věnuje nejprve pozornost pojmu práva a jeho metodologii, včetně otázky rozlišování veřejného a soukromého práva. Dále podrobně rozebírá pojem správa, věnuje pozornost pojmu správa obecně, jakož i pojmům veřejná správa a soukromá správa, dále pojednává o poměru veřejné správy k soudnictví a zákonodárství, o subjektech veřejné správy, rozdělení veřejné správy, o policii a o samosprávě a správním dozoru. Další část této publikace je věnována správnímu právu a to nejprve pojmu správního práva, jeho pramenům, interpretaci a aplikaci správního práva a mezím platnosti správního práva. Na to navazuje pojednání o správních aktech, správním řízení, správním řízení trestním a správním řízení exekučním.

Pro tuto i výše uvedené Pošvářovy monografie je příznačné, že jde vesměs o obecné úvahy, které v příslušné míře obráží platné právo. Tyto publikace jsou zpracovány za hojného využití zahraniční literatury, a to zejména rakouské, francouzské, anglické, italské a částečně i německé. Autor těchto pramenů využívá nejen pro představení a zhodnocení tam uvedených odborných názorů, ale i pro konfrontaci s názory svými. Vzhledem k tomu, že se převážná část pojednání v Pošvářových monografiích pohybuje v obecné nebo zobecněné rovině, mají tyto publikace trvalou hodnotu, nepodléhající změnám v právní úpravě. To platí zejména o těch partiích prací, v nichž se pojednává o metodologických a pojmových otázkách.

Nová etapa jeho života začala jeho přidělením do Slovanského ústavu ČSAV v Brně, kde působil až do svého odchodu do důchodu v roce 1961. Začal se zajímat zejména o numismatiku, jejíž přednášky navštěvoval jako externí posluchač brněnské

Filozofické fakulty. Pozornost věnoval zejména studiu regálních práv (horní a mincovní právo, právo viničné) a moravskému i slezskému mincovnictví. Průkopnickou prací bylo jeho studium písemných materiálů v archívech k dějinám moravského mincovnictví. Výsledky shrnula vedle řady článků a studií první syntéza o mincování moravských měst (*Moravské mincovny*, Brno 1970). Šíře rozhledu, hluboké znalosti i vědecká erudice vedly k úspěšnému řešení problematiky vzniku mince u západních Slovanů (*Počátky mince u polabských Slovanů*, Vznik a počátky Slovanů II, 1958; *Die byzantinische Währung und das Grossmährische Reich*, Byzantinoslavica, XXVI, 1965) i ekonomických otázek nejnovějších časových úseků (*Mincovní opatření na Moravě v letech 1750 – 1858*, Moravské numismatické zprávy, 12, 1970; *Administrativně ekonomická opatření na Moravě v 18. a první polovině 19. století*, Brno, Univerzita J. E. Purkyně 1974). Náleží mu prvenství v interpretaci železných sekerovitých hřiven jako naturálního platidla vnitřní směny 9. století na Moravě (*Velkomoravské železné hřivny jako platidlo*, Numismatické listy, XVIII, 1963). V řadě studií shromáždil cenné materiály k dějinám české numismatiky (*Královský registra a impressor J. J. Klauser*, Právněhistorické studie 1966). Stěžejním dílem se stala první syntéza mincování v českých zemích, třikrát vydaná doma v i zahraničí (*Měna v českých zemích od 10. do poč. 20. století*, Opava 1962; *Die Währung in der Ländern der Böhmischen Krone*, Graz 1970; *Měna v českých zemích od 10. do počátku 20. století*, Praha 1977). Dále úspěšně řešil některé složité problémy z oblasti hospodářských dějin, shromáždil celé materiály k otázkám peněžních kursů, mezd, kupní síle peněz, celním tarifům a řadě dalších administrativně ekonomických opatření starší i nové doby.

Přednášková činnost proběhla z velké části i v zahraničí, zejména v numismatických sekcích Polskiego Towarzystwa Archeologicznego i Numizmatycznego ve Varšavě a v Krakově v rámci spolupráce s polskými numismatiky. Dlouhá a bohatá byla jeho činnost v řadě odborných komisí při Československé akademii věd i fakultách vysokých škol (Komise pro dějiny cen a mezd na Filozofické fakultě v Brně, Numismatické komise ČSAV, moravské sekce v Brně a dalších).

Za svoji bohatou práci (bibliografie z tohoto období obsahuje přes 300 bibliografických údajů) obdržel řadu domácích, ale i zahraničních ocenění. Zejména to byla stříbrná medaile Národního muzea v Praze za spolupráci a rozvoj numismatiky, stříbrná medaile Františka Palackého za významný badatelský přínos v oblasti numismatiky, záslužná medaile České numismatické společnosti, pamětní medaile Gustava Skalského za celoživotní badatelský přínos v oblasti české středověké numismatiky, stříbrná medaile Hornické Příbramy, stříbrná medaile Národního technického muzea v Praze, pamětní medaile Vysoké školy báňské v Ostravě atd.

Na sklonku svého života se ještě dočkal znovuočvení Právnické fakulty v Brně. V roce 1969 se stal opět jejím profesorem a vedoucím katedry správního práva. V roce 1970 však musel na základě zákona o stáří učitelů vysokých škol odejít opět do důchodu. V téže roce mu ještě udělila Filozofická fakulta Univerzity J. E. Purkyně v Brně hodnost kandidáta historických věd (CSc.), jako uznání dvacetileté práce

v oboru historie. Určitý čas byl ještě členem vědecké rady brněnské Právnické fakulty fakulty, v řadě Spisů Právnické fakulty Univerzity J. E. Purkyně v Brně (AUB-I) vydal v roce 1974 monografii (*Administrativně ekonomická opatření na Moravě v 18. a v první polovině 19. století*) a ve Sbornících učitelů Právnické fakulty několik svých posledních studií. K problematice správního práva a státní správy se však již trvaleji nevrátil.

Zemřel 19. února 1984, uzavřel se tak život erudovaného vědce, úspěšného pedagoga a činorodého člověka. S jeho dílem však se právníci, historici a numismatici budou setkávat dále, ještě dlouhou dobu bude pro ně zdrojem inspirace pro jejich další vědeckou práci.

Problémy sociální kontroly a práva jako nástroje sociální kontroly

Martina URBANOVÁ

Sociální kontrola, která se zabývá prevencí a reakcí na odchylku od žádaných způsobů chování, by se měla zabývat protiklady, které vznikají mezi jedincem a společností a společnostmi a jedincem¹. Nesmí se, jak se to obvykle stává, omezit pouze na ten první. Již ona poněkud vágní formulace „*žádané způsoby chování*“ provokuje přece otázku po konkrétních nositelích tohoto právního, tedy po oněch osobách nebo skupinách, v jejichž zájmu tyto normované způsoby chování právě jsou. Ukazuje se, že obvyklý odkaz na společnost má často pouze ideologickou funkci². I z těchto důvodů se nemají úvahy o sociální kontrole koncovat výlučně na *reaktivní sociální kontrolu*, to je kontrolu schopnou reagovat až na něco a opomíjet *aktivní kontrolu*. Toto oddělení by poškozovalo pochopení podmínek konformity. Např. *teorie odchylného jednání* nebo *všeobecná teorie kriminality*, které má k sociální kontrole úzké vztahy, má své východisko brát v aktivní sociální kontrole, nebo spíše v jejich mezerách a nedostatcích. *Aktivní sociální kontrolou* přitom rozumíme ty mechanismy, které se snaží nežádoucí chování preventivně vyloučit. To se může stát jednak tím, že je aktérům v určité situaci zprostředkováno jen omezené vědění a vědění o možných alternativách je jim upíráno, zjednodušeně vyjádřeno: tím, že jsou drženi v „hlouposti“. „Taktika držení v hlouposti“ může používat například cenzuru nebo metodu přeinformovanosti, kde se pochopení důležitého skrývá za nedůležitém. Aktivní sociální kontrola může, ale účinkovat i tak, že je aktérům konformita sama učiněna žádoucí, přičemž nejdůležitějším mechanismem tohoto budování *vnitřní kontroly* je zapojení jednotlivce do institucí a legitimizace těchto institucí. Jedinec se pomocí socializace snaží vypořádat především s rozporem jedinec – společnost. Socializace svým obsahem zprostředkovává ty prvky, které legitimizují určitou sociální strukturu (řeč, ideologie, nabízené představy o morálce atd.). Jako konečný produkt přináší socializace chtění toho, co člověk má dělat, chtěnou konformitu. Aktivní kontrola vstupuje do motivace, tj. do vlastní interpretace podnětů. Tak je konformita se sociálními normami nejen samozřejmá, protože je brána jako fakt³ nebo účelově

¹Hess, H: *Mafia. Zentrale Herrschaft und lokale Gegenmacht*, Tübingen 1970

²Srov. Komenda, Keller: *Úvod do sociologie pro právníky*, Olomouc UP 1993, s. 103.

³K tomu např. Durkheim, É: *Erziehung, Moral und Gesellschaft*, Neuwied am Rhein 1973,

racionální, protože odpovídá vlastním materiálním a ideovým zájmům⁴ nebo také hodnotově racionální, odpovídající naučenému přesvědčení o tom, co je správné a dobré.

Ale aktivní sociální kontrola přesto nikdy nemůže zcela zlikvidovat rozdíl mezi individuem a společností a mezi společností a jedincem. Socializace zůstává stále neúplná a sice nejenom proto, že normy, které zprostředkovává mohou být vždy ve své podstatě porušovány. Dělá sice z „malého divocha“ sociokulturního jedince, ale současně jedince, který není stavebním dílem, stejným jako ostatní, který se nedá bez těžkostí včlenit do stavby. Člověk zůstává v podstatě svobodná bytost, která to, co jí je předkládáno, interpretuje vlastním dáváním smyslu. Těžkosti vznikají mimo to tím, že *socializační vlivy* jsou mimořádně mnohotvaré, že člověk stojí v průsečíku mnoha sociálních kruhů, jak řekl už *Simmel*, že naučené role se vytvářejí, jako vykrytalizování normativních očekávání a jejich překřizování vede ke vzniku jedinečných konfigurací.

Efektivněji než na vnitřní vazby jedince je aktivní sociální kontrola vázána na aktuální vztahy mezi jedinci nebo mezi jedincem a skupinou. Přitom je konformita jedince s normami skupiny tím větší, čím lépe je jedinec integrován do skupiny, čím intenzivněji se snaží přizpůsobit zájmové skupině, čím je závislejší na sociální podpoře ostatních, čím rozsáhlejší jsou jeho investice do vztahů a pozic. Významnou roli tu hraje především *rodina* – jako přímá kontrolní instance, ale také jako nepřímá, kdy péče o rodinu nutí ke konformitě v mimorodinné oblasti. Zásadní nejistota takových vazeb, jejich změnitelnost a možnost jejich ztráty vedou ovšem k závěru, že člověk musí být „pozorován“ jako svobodný k odchylkám. Taková odpověď není zdaleka tak banální, jak se zdá. Například kriminologie dlouhou dobu trpěla tím, že problematizovala pouze odchylku a podceňovala vliv řádu.

Nejen biologické, nýbrž také psychologické, psychoanalytické a sociologické teorie deviace postupovaly podle lombrosiánského, etiologického paradigmatu a hledaly svým způsobem příčinu zločinu.

Zdá se přínosné postavit na místo takových přístupů *teorii odchylného jednání*, která vychází z možné připravenosti k odchylce a snaží se na počátku kriminálních kariér odhalit nedostatky aktivní sociální kontroly.

Jen pak by bylo možno vysvětlit individuální variace chování uvnitř kategorií osob, které se nacházejí ve stejné konfliktní situaci, na kterou se dosud pohlíželo jako na kriminogenní, rovněž tak rozdílná skutečná čísla kriminality různých sociálních vrstev. Vedle nedostatků aktivní kontroly se stává, v této souvislosti pro teorie deviace významná, také rozdílná pravděpodobnost sociálních sankcí.

Tím se dostáváme k druhé oblasti sociální kontroly, k *reakci na odchylku*, včetně preventivních momentů obsažených v této reakci, tedy k *sociální kontrole v užším slova smyslu*, k reaktivní sociální kontrole, na kterou je mnoha autory pohlíženo jako

s. 200 a násl.

⁴Rehbinder, M: Rechtssoziologie, Walter Gruyter. Berlin 1989

na zvláštní předmět sociální kontroly. Veškerá reflexe o reaktivní sociální kontrole je její dělení na formální a neformální.

Formální a neformální kontrola

V běžné praxi, řeči, jakož i tam, kde je koncept sociální kontroly užíván právníky, se rozumí sociální kontrolou především její formální část. Sociologové zdůrazňují zase zpravidla neformální sociální kontrolu – už proto, že vidí nutnost vyzvednout zanedbávané stránky neformální kontroly. *Neformální kontrola* je prováděna interakčními partnery ve skupinách, jejichž primární účel není kontrola. Tedy, jak ve zcela obecném dyadickém vztahu „ego – věk“, v prvotních skupinách jako je rodina, sousedství, „peer – group“ atd., tak také ve druhotných skupinách jako je škola, podnik, strana, církev. Její prostředky mohou být především psychické jako potupa, pokárání, ztráta statutu, zrušení nebo ztráta vztahů, dále fyzické a ekonomické, vedoucí zvláště dnes ke konformitě atd. Neformální kontrola je normována zvyky, tradicí, morálkou, nabídkou reciprocity. *Formální sociální kontrola* je prováděna přímo k tomuto účelu zřízenými instancemi, jako např. policií nebo nápravnými zařízeními. V daných případech také armádou. Její prostředky jsou rovněž rozmanité. Je snaha, aby jednání těchto instancí bylo řízeno především *právem*. Protože jsou kontrolní opatření normována, mohou být přirozeně sama, pokud se kontrolní agenti odchýlí od těchto norem, odchýlným jednáním. Pokud jsou normována právně, potom dokonce zločinem. Kde neplní kontrolní instance svůj účel, „vzniká právní vakuum“. Pak mohou být jejich úkoly neformálně přejaty jinými institucemi primárně nesloužícími kontrole, které účinkují jako funkční alternativy – jak to ukázal např. Max Weber na sektách v USA.⁵ Takže zcela vědomě může vzít formální kontrolu do svých služeb jiná instance. I když se zohlední účinek kontrolních opatření, ukazuje se, že předěl mezi formální a neformální kontrolou nelze vymezit přesně: formální kontrola zaznamenává své úspěchy často proto, že stimuluje kontrolu neformální, přičemž sankce této druhé formy zpravidla rozhodně nejsou méně obávané. Asi tak, jako když je s trestem vězení spojena ztráta statutu a sankce všeho druhu.

Je zcela rozhodující, aby všechna opatření sociální kontroly, formální i neformální, měla svůj význam ani ne tak v přímé reakci na odchylku, jako spíše ve všeobecném preventivním momentu obsaženém v této reakci. Tento preventivní nárok je umožněn lidskou schopností anticipovat události a reagovat již na symboly.

Tak účinkují představy potupy a ztráty statutu, ekonomické nevýhody, tělesné tresty nebo trest vězení jako reakce nějakého interakčního partnera ve vlastním nitru dopředu odehraná a prožitá. Tento pocit viny hraje velkou roli v mechanismu socializace zvláště středních vrstev.

Které konkrétní kontrolní reakce z široké škály načrtnutých možností se uplatňují v jednotlivých případech, závisí na věkově nebo subkulturně podmíněných zvláštěnostech.

⁵Srov. Weber, M: Die protestantischen Sekten und der Geist des Kapitalismus, in Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I, Tübingen 7. Auf. 1978, 207 – 236

Tato diagnóza není zcela nezávislá na skutečném chování „odchylného“ a na jeho vlastních definičních postupech, přece však opomíjí rozhodující bod, když nezohledňuje dostatečně *definiční moc kontrolorů*. Tato definiční moc – a zde se opět objevuje zřetelně aspekt vlády v sociální kontrole – není jen rozhodující proto, co má být pozorováno jako odchylka, nýbrž také proto, která forma odchylky jako jednotlivý příklad leží před pozorovatelem.

Kriminalizace, patologizace, neutralizace

Mezi způsoby reakcí, které se uplatňují na určité diagnózy, můžeme vydělit především kriminalizaci, patologizaci a neutralizaci. Nejdůležitější rozdíl mezi *kriminalizací a patologizací* je ve stupni připisování odpovědnosti. Kriminálík je za své jednání volán k zodpovědnosti, nemocnému se pomáhá z nechtěného stavu, kterým sám trpí a na základě kterého je mu odchýlné jednání na určitou dobu prominuto.

Zákonodárce sám přitom může rozhodnout o celých kategoriích jednání, zda se jedná o nemoc, nebo kriminální čin.

Jestliže není nutné prosadit kriminalizaci nějakého všeobecně nežádoucího a od všeobecně platných norem se odchyloujícího chování a jestliže není nutno toto chování definovat jako chorobné, tak se může objevit *neutralizace* jako třetí způsob reakce. Neutralizací se rozumí pokus omezit určité chování určité skupiny osob na určitý sociální kontext. V tomto vymezeném rámci je tolerováno, izolace ho zbavuje jeho ohrožující břitkosti. Sem patří například v určitých mezích revoltující subkultury. Právě tak je jednáno s opilým člověkem, který nečiní žádné násilí a neřídí auto. Přitom je „odchylný“ považován za člověka, kterého nelze brát vážně. Takový postoj představuje veskrze subtilní, ale velmi účinné kontrolní opatření. Tam, kde jsou překračovány vytýčené hranice – kde vnáší jednotlivec takové chování do neuvolněných oblastí nebo kde hrozí, že se takové jednání stane masovým jevem, nastupují pak velmi rychle represivnější formy kontroly. Na jeho místě může však plnit neutralizačně omezená odchylka užitečnou funkci, dá zapomenout na tlak jiných kontrol.

Efektivita tohoto způsobu reakce je dobrá, odchylka je často bezproblémově integrována do stávajícího řádu – pomysleme jen na zpěváky tzv. protestsongu a jiných jevů původních kontrakultur. Přirozeně musí být neutralizace pozorována tím dříve, čím je kulturní systém pluralističtější a flexibilnější a čím je politický systém jistější ve své existenci.

Vůbec se mohou střídat všechny tři formy nebo mohou různí kontrolnoři postupně nebo současně používat různé formy.

Právníci a psychoanalytici jsou někdy nejednotní v otázce trestně právní nebo medicínské reakce. I právníci mezi sebou často diskutují o tom, zda se v určitých případech jedná o stvoření uměleckého díla nebo o kriminální skutkovou podstatu.

Čistě hedonisticky orientovaný konzum psychotropních látek je většinou kriminalizován, pokud jsou ale tyto látky konzumovány pro regeneraci pracovních sil nebo pro zvyšování produkce, je reakce většinou neutralizující. Také zde můžeme jmenovat různou diagnózu opoziční politické činnosti, která v žádném případě nezávisí

pouze na druhu politické činnosti samé, nýbrž rovněž na jistotě režimu, na reakci ostatního obyvatelstva atd.

Účel trestně právní kontroly

Účelem trestně právní kontroly je nejen odplata pachatelů, vyrovnání porušení práva, jehož se pachatel dopustil, nýbrž také především speciální a obecná *prevence budoucích trestných činů*, přičemž sankce obsahují vedle rozmanitých trestů také opatření pro zajištění nápravy. Úspěch popřípadě neúspěch kontrolních opatření v oblasti trestně právní péče je však možno měřit jen velmi obtížně.

Někdy konci kriminální kariéry dopomohou spíše neformální kontroly (pozice v zaměstnání, sňatek atd.). Pokud nezasáhnou takové neformální kontrolní formy, lze formálními sotva něco dokázat. Jen tak je snad možno vysvětlit vysoké číslo recidivy.

Jednání kontrolních instancí však způsobuje někdy důsledky, které jsou v protikladu k preventivní funkci.

Moderní kriminologie, zejména *kritická kriminologie*⁶, poukázala na to, že stigmatizující efekty trestního stíhání s sebou nesou omezení šancí legálního jednání pro pachatele, podporují změnu identity ve směru sebezpočepení jako zločince, tlačí jej do kriminálních rolí a mohou vytvářet rozmanitou sekundární deviaci. Je ovšem pravděpodobné, že v jistých případech je znemožněna intenzivnější kriminální aktivity jednotlivce sankcionujícím zásahem.

Neméně komplexní se jeví prevence. Výzkumy dokládají, že trest smrti a doživotní žalář za vraždu nepůsobí jako odstrašující účinek. Naopak platí, že zostřené tresty za menší delikty se odrážejí pozitivně ve smyslu všeobecné prevence. Otázkou po možné všeobecné prevenci je nutné zodpovědět specificky podle deliktů: bez-trestnost pro zabití v afektu a tresty smrti pro dopravní hříšníky by nám připadaly absurdní⁷ (ačkoliv i takové způsoby reakce se mohou vyskytnout: u mnohých přírodních národů zůstalo zabití blízkých příbuzných nepotrestáno, protože na pachatele samotné bylo pohlíženo jako na nejvíce postižené; a ve třicátých letech nechával Čan-kaj-šek v Pekingu stít řidiče, kteří překročili maximálně povolenou rychlost 15 mil za hodinu).

Ukazuje se, že méně než přísnost trestu zvyšuje odstrašující účinek formálních kontrol pravděpodobnost sankce, která se dá změřit podle císel objasněnosti a neobjasněnosti. Všední pozorování, že přítomnost policie podstatně zvyšuje konformitu s normami v silničním provozu je toho důkazem, stejně tak i odpověď od mladých zločinců, že si konečně byli jisti imunitou – protože nebyli tak dlouho chyceni.

Úvahy o všeobecné prevenci by však byly povrchní, kdyby se nezabývaly diskusí o latentních funkcích státního trestání. Výchozím bodem této analýzy je skutečnost, že instance sociální kontroly si ubírají z celkového počtu pachatelů jen dílčí část, kterou podrobují svým opatřením. Tato selekce se odehrává na všech úrovních kontroly, tedy jak u oznamovatelů, tak u policie, tak i v justici.

⁶Srov. Smaus, G: Kritická kriminologie in Kuchta J. Kriminologie, MU Brno 1993 s. 79 – 87.

⁷Srov. Podgorecki, A: Sociologie práva, Svoboda, Praha 1966, s. 30 – 76.

Zdá se, že mechanismus selekce leží z velké části mimo oblast vědomé manipulace a je řízen pragmatickými teoriemi deviace, zločineckými stereotypy, pravděpodobností úspěchu a strategiemi vyhnout se konfliktu, jejichž výsledky vedou až k tvrzení, že instance formální sociální kontroly produkují tedy v konečném efektu stigmatizovanou menšinu, kterou potom obzvláště masmédia zviditelňují jako takovou veřejnosti.⁸⁾

Neúplná kontrola nemusí bezpodmínečně odporovat všeobecně preventivnímu efektu trestního pronásledování. Pozitivní funkce zločinu a trestu akceptovaná již Durkheimem⁹, tj. mimo jiné zvýraznění norem, osvěžení pocitu kolektivity, upevnění skupinové solidarity s vykonavatelem práva a získání ochoty ke konformitě se mohou stát účinnými – což však Durkheim ještě nevěděl – díky zastírání skutečného kvantitativního rozsahu porušení norem. Obsáhlé informace by naproti tomu jistě platnost norem poškodily. Rovněž všeobecné ušetření horních vrstev a nedostatečné pronásledování pro ně typických činů brání jejich diskretizaci. Funkcí *stigmatizované kriminální menšiny* se dosud zabývali především psychoanalytičtí autoři v rámci tzv. psychologie trestající společnosti, kde byla rozvinuta myšlenka o zločinci jako o *obětním beránku společnosti* (Quetelet). Jistá míra rezignace na pudy a potlačení agresivních snah se zdá podle této teorie pro vznik kultury a sociální přizpůsobení jednotlivce nevyhnutelná. Zakázané choutky však zůstávají jen nedostatečně potlačeny do podvědomí a zas vyvstává snaha o jejich uspokojení. Současně jsou napadány od „nad já“ silnými pocity viny. Na zločince si člověk může hrát tím, že se s ním ztotožní, prožije s ním jeho čin, užije si zakázané radosti, může také rozvinout agresi v trestu na zločinci vykonaném. Tlak „ono“ může být vyslyšen, aniž by došlo k odchylnému jednání. Dále zůstává také „nad-já“ uklidněno tím, že je potrestáním zločince učiněno zadost pasivní potřebě trestu a že jsou vlastní pocity viny zmenšovány. Že obětními beránky musí být nějaká pro tento účel uvolněná menšina, je zcela jasné.

Všeobecně preventivní funkci, kterou má pod tímto úhlem pohledu stigmatizovaná menšina, je možno ukázat na poměru vrchnosti a pariů¹⁰. Skupiny pariů (případně skupiny cizích kmenů v kmenových společenstvích, později čarodejnice, židé, cigáni, černoši) mohou sloužit k tomu, že váží na sebe afekty proti vrchnosti a tím imunizují elity. Dovolují tak zvýšit tlak vrchnosti a zpracovávat ekonomické a politické krize aniž by byla příliš ohrožována legitimizace elit. Psychoanalýza jistě právem pak zdůrazňuje, že tato drazé vykoupená rezignace s sebou nese vysokou citlivost rezignujícího vůči každému, kdo se opovažuje překročit ty tak namáhavě zřízené a v platnosti zůstávající meze a kdo si dovoluje svobodu rozvinout bez zábran. Proč člověk neobrací stejné morální rozhorčení proti té druhé nestigmatizované menšině, která si zjevně také dovoluje svobody? Ambivalenční problém je často řešen tak, že

⁸Srov. Válková, J.: Kriminologické teorie, Institut pro kriminologii a sociální prevenci, Praha 1993, s. 40

⁹Durkheim, E.: Pravidla sociologické metody, VŠP, Praha 1969, s. 82 – 85.

¹⁰Cohen, S.: Visions of Social Control, Postimages 1969

elitě se dostává obdivu, stigmatizované menšině agrese.

Existence kriminální menšiny, vytvořená prostřednictvím mechanismů kontroly, tak odráží pozornost od norem zajišťujících řád a zabraňuje jako moment aktivní kontroly útoku na uživatele pořádku chráněného prostřednictvím sociální kontroly. Také toto je všeobecná prevence.

* * *

S U M M A R Y

The problem of the social control and law as an instrument of the social control.

To define and to thematically delimit the main contradictions arising in the sphere of the social control and law as an instrument of the social control is the basic aim of this paper. These contradictions might be generally defined as the contrasts between individual and society and society and individual (those who rule and those who are ruled over). According to the author's opinion, the social control must not concern just the first ones. At the same time, it should not exclude the reflections on the active control i.e. mechanisms aiming at the preventive elimination of the undesirable behaviours and concentrate exclusively on the reactive control. Then the author deals with the formal and informal social control and their mutual penetrations. The influence of the informal control is seen as the sphere which is often underestimated by jurists.

Attention is also paid to the criminalisation, pathologisation and neutralisation as to ways of legislator's reaction to the deviated behaviour.

The conclusion of the paper is devoted to the aim of the criminal law control representing not only a reprisal on an offender and a rectification of a law breaking, but particularly the special and general prevention of future crimes. This topic is seen from the standpoint of modern and especially critical criminology.

PRÁVNÍ HISTORIE A SOUČASNOST

DIE GESCHICHTE UND DIE GEGENWART DES SCHIEDSVERFAHRENS IN DER TSCHECHISCHEN REPUBLIK *

Ilona SCHELLEOVÁ – Karel SCHELLE

Einleitung

Das Wesen des Schiedsverfahrens und der folgenden Vollstreckung der Schiedssprüche ist die Übertragung der Behandlung und der Entscheidung bestimmter Streite von den Gerichten, in deren Rechtskraft diese Sachen sonst gehören, auf die Schiedsrichter als die privaten, natürlichen Personen. Das Ergebnis der Tätigkeit der Schiedsrichter ist der Schiedsspruch, der prinzipiell dieselben Wirkungen hat wie das rechtskräftige gerichtliche Urteil; er ist also vor allem von der Staatsgewalt vollstreckbar. Weil der Staat im Schiedsverfahren einen Teil seiner Kompetenzen dadurch aufgibt, daß er ermöglicht, daß in bestimmten Rechtssachen statt des Gerichts die Schiedsrichter als private Personen entscheiden, die von den Parteien gewählt werden, denn diese ihnen vertrauen, ist es notwendig, solch eine Rechtsregelung durch ein Gesetz durchzuführen. Das Rechtsinstitut des Schiedsverfahrens hatte vom historischen Gesichtspunkt in den Böhmisches Ländern eine lange rechtliche und faktische Tradition.

* Článek byl napsán v rámci spolupráce s právníkům spolkem sdružujícím české a slovenské právníky v Zürichu. Je určen k prohloubení vzájemné informovanosti o změnách právních řádů v České republice a ve Švýcarsku.

1. Der Weg zur gegenwärtigen Rechtsregelung

Im Zeitraum der österreichisch-ungarischen Monarchie wurde die Josephinische Zivilgerichtsordnung durch die Zivilgerichtsordnung aus dem Jahre 1895 ersetzt (das G. Nr. 113 RGBI). Dieses regelte das Schiedsverfahren in seinem 577 und den folgenden. Es ermöglichte, daß der Schiedsvertrag, durch den die Sache aus der Gerichtskompetenz ausgenommen wurde, in solchen Sachen abgeschlossen wurde, in denen Die Parteien imstande sind, über den Streitgegenstand die Schlichtung abzuschließen. In den folgenden Bestimmungen wurde das System (Mechanismus) der Bestellung der Schiedsrichter und das Schiedsverfahren selbst geregelt.

Die österreichische Zivilgerichtsordnung wurde durch die neue Gerichtsordnung erst im Jahre 1950 ersetzt (das G. Nr. 142/1950 Slg.); diese wurde im Zeitabschnitt des sog. juristischen Zweijahrplans gebildet und trat mit dem 1. Januar 1951 in Kraft. Sie erhielt in ihrer Struktur noch das Schiedsverfahren. Es wurde jedoch die Möglichkeit wesentlich begrenzt, den Schiedsvertrag abzuschließen. Diesen konnte man nur im Falle abmachen, wenn eine der Parteien die tschechoslowakische juristische Person war.

Im Rahmen der neuen Rechtsregelungen des bürgerlichen Materiell- und Prozeßrechts anfangs der Sechziger (Jahre) kam es zu zwei markanten Veränderungen. Das Rechtsinstitut des Schiedsverfahrens, insgesamt der Vollstreckung der Schiedssprüche, wurde selbständig vom G. Nr. 98/1963 Slg. geregelt, das im Einklang mit den damals neuen Zivilgesetzbuch, Zivilgerichtsordnung und Gesetz über das private und prozeßliche Völkerrecht mit dem 1. April 1964 in Kraft trat. Das Schiedsverfahren war also nicht mehr ein Teil der allgemeinen zivilprozeßlichen Vorschrift. Es war aber eine wesentlichere Veränderung, daß es möglich war, den Schiedsvertrag weiter nur in den Streiten über die Vermögensansprüche aus dem aus dem internationalen Handelsverkehr abzuschließen. Es war solcherweise u. a. die Anknüpfung ans damals neue Gesetzbuch des internationalen Handels veräußert, das auch mit dem 1. April 1964 in Kraft trat.

Dieser Rechtsstand dauerte im wesentlichen bis zum Jahre 1994, obwohl es durch einige Rechtsregelungen aus dem Jahre 1992 zu einem bestimmten Eingriff darin kam (G. Nr. 214/1992 Slg., G. Nr. 229/1992 Slg., das Gesetz des Tschechischen Nationalrats Nr. 301/1992 Slg.). Dieser Zustand begann jedoch als unhaltbar scheinen und zwar aus mehreren Gründen. Es war namentlich den Zustand abzuschaffen, der die enge Verwendbarkeit des Schiedsverfahrens nur für die Streite über die im internationalen Handelsverkehr entstehenden Vermögensansprüche ermöglichte.

Vom Gesichtspunkt der internationalen Zusammenhänge ist das Rechtsinstitut des Schiedsverfahrens gut bekannt, rechtlich verankert und viel ausgenutzt in allen hochentwickelten Ländern. Die Applikation des Schiedsverfahrens in manchen Ländern mit der hochentwickelten Marktwirtschaft besteht vor allem in den geschäft-

lichen Sachen, bzw. in den Sachen des internationalen Handels, obwohl die gemeinsame Rechtsregelung die gemeinsame Verwendung des Schiedsverfahrens für weitere Rechtsbezüge ermöglicht.

Die internationale Vollstreckung der Schiedssprüche wird durch das System der zweiseitigen und vielseitigen internationalen Verträge versichert, in dem die Tschechische Republik bedeutend teilnimmt. Es ist praktisch in allen zweiseitigen sog. Verträgen über die Rechtshilfe die gegenseitige Verpflichtung beider Vertragsparteien verankert, die von den Schiedsrichtern der Vertragsparteien gefällt (erlassenen) Schiedssprüche unter den festgelegten Bedingungen zu erkennen und auch vollzuzutrecken.

Die Tschechische Republik ist der Mitgliedstaat einiger vielseitigen internationalen Übereinkommen, die die Erkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche versichern; es ist von diesen vor allem das letzte zu erwähnen – das Europäische Übereinkommen über das internationale geschäftliche Schiedsverfahren (die Bekanntmachung Nr. 176/1964 Slg.).

Die Schiedsrichter werden in allen Ländern als die unabhängigen und unparteilichen Personen begriffen, also das Schiedsverfahren den Forderungen des Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommen über den Schutz der Menschenrechte und der gründlichen Freiheiten entspricht, soweit diese Bestimmung das Recht jedes Menschen setzt, daß seine Gelegenheit gerecht, öffentlich und in der entsprechenden Frist vom unabhängigen und unparteilichen Gericht erörtert wird (im originalen Wortlaut "tribunal"). Dieses Gericht soll durch das Gesetz errichtet werden, das über die bürgerlichen Rechte des Menschen entscheidet.

Was den Gesichtspunkt der Forderung der stufenweisen Harmonisierung des Rechts der Tschechischen Republik mit dem Recht der EU betrifft, man muß anführen, daß das Recht der EU keine einheitliche Rechtsregelung des Schiedsverfahrens hat. Deswegen mußte der Gesetzgeber bei der Schaffung der Grundlage des Gesetzes übers Schiedsverfahren in gewissem Maße die Rechtsregelungen der Schiedsverfahren in manchen Mitgliedstaaten der EU in Betracht nehmen, so daß u. a. die einfache und schnelle gegenseitige Vollstreckung der Schiedssprüche ermöglicht wäre.

Es wurden bei der Vorbereitung der Grundlage nicht nur einige ausländische Rechtsregelungen, sondern auch die Verwendbarkeit einer ganzen Reihe von Bestimmungen des G. Nr. 98/1963 Slg. berücksichtigt. Es wurden im Maße, das für die gegenwärtigen Rechts und Wirtschaftsverhältnisse der Tschechischen Republik möglich ist, die Bestimmungen des sog. Mustergesetzes über das internationale geschäftliche Schiedsverfahren rezipiert, das in Wien im Jahre 1985 vereinbart wurde.

Es war wichtig bei der Schaffung der Grundlage des Gesetzes auch daran zu denken, daß man vom Gesichtspunkt der Einwirkungen auf den Staatshaushalt und auf die Zahl der Beschäftigten konstatieren konnte, daß das beantragte Gesetz weder die Kosten, die aus dem Staatshaushalt bezahlt werden müssen, noch die erhöhte

Zahlen der Beschäftigten braucht. Die größere Ausnützung des Schiedsverfahrens sollte im Gegenteil zu bestimmten Einsparungen im Staatshaushalt führen, die jedoch einstweilen nicht konkret zahlenmäßig festlegbar sind.

Die Streiten, die sonst von den Gerichten entschieden werden sollten, werden auf Grund der Schiedsverträge aus ihrer Rechtskraft ausgenommen; anders gesagt: die Gerichte sollten weniger Sachen entscheiden.

Das Ergebnis der im Großen und Ganzen komplizierten legislativen Vorbereitung war zum Schluß das Gesetz Nr. 216/1994 Slg., das mit dem 1. Januar 1995 in Kraft trat.

2. Die Begrenzung des Schiedsvertrags

Die Grundziele des Gesetzes sind schon im ersten Paragraph begrenzt. Diese sind: die Rechtsregelung des Entscheidens der Vermögensauseinandersetzungen (Vermögensstreite) und die Rechtsregelung der Vollstreckung der von den Schiedsrichtern gefällten Schiedssprüche. Es wird die Stelle der Schiedsrichter als der unabhängigen und unparteilichen Personen betont. Es geht nämlich um eine der gründlichen Voraussetzungen ihrer Entscheidungstätigkeit.

Die Legislative erhielt (wahrte) bei der Schaffung des Schiedsvertrags die klassische Konstruktion des Vertrags als des Rechtsinstituts, durch das die Parteien ihre entstandene oder zukünftige Streite aus der Rechtskraft der Gerichte ausschließen, und betrauen die Schiedsrichter mit den Behandlung und Entscheidung dieser Fälle. Die Grundlage des Gesetzes unterstützte die möglichst große Verwendbarkeit des Schiedsverfahrens indem sie die Möglichkeit den Schiedsvertrag abzuschließen nur mit den Vermögensauseinandersetzungen verbindet, in den man sonst vor dem Gericht gemäß der Zivilgerichtsordnung abschließen könnte. Den Schiedsvertrag kann man also nicht vor allem in den Sachen des sog. unstrittigen Verfahrens abmachen, bei den es ihr Charakter nicht ermöglicht. Das sind die Sachen, bei den den Subjekten der Rechte die Disposition mit dem Subjektiven Recht abgenommen wird, das der Gegenstand des Verfahrens wäre.

Das Gesetz schließt die Möglichkeit aus, den Schiedsvertrag in den im Zusammenhang mit der Exekutionshandlung entstandenen Vermögensauseinandersetzungen abzumachen (sich z. B. § 267, § 268 Abs. 1, Buchstabe g/ und h/ der Zivilgerichtsordnung). Diese Streite werden traditionell in die ausschließliche Rechtskraft der die Exekutionshandlungen durchführenden Gerichte betraut; sie hängen mit dem Exekutionsverfahren eng zusammen und das Ergebnis des Streits übt einen entscheidenden Einfluß nicht nur auf den Verlauf, sondern auch auf das Ergebnis des Exekutionsverfahrens aus.

Auf Grund derselben Gründe gibt das Gesetz nicht die Möglichkeit des Schiedsverfahrens in den Vermögensauseinandersetzungen zu, die durch die Durchführung des Konkurses und des Vergleichs entstehen (G. Nr. 328/1991 Slg. über den Konkurs und den Vergleich in der Fassung der späteren Vorschriften). Wenn das Schiedsver-

fahren auf Grund des geltenden Schiedsvertrags geführt wurde und es kam im Laufe dieses Schiedsverfahrens zur Konkursöffnung, dann wird dieses Schiedsverfahren ex lege unterbrochen (§ 14 Abs. 1 Buchstabe d/ des G. Nr. 328/1991 Slg.), also das Gesetz löst nicht legislativ diese Fälle.

Das Gesetz enthält im Abs. 4 § 2 das Interpretationsregel für den Fall, daß die Parteien im Schiedsvertrag nichts abmachen. Wenn also etwas anderes im Schiedsvertrag nicht angeführt ist, betrifft dieser sowie die Rechte, die direkt aus den Rechtsbezügen entstehen, als auch die Frage der Rechtsgültigkeit dieser Rechtsbeziehungen, und die Rechte, die mit diesen Rechten zusammenhängen.

Es wird die Gebundenheit der Nachfolger der Parteien im Schiedsvertrag ausgesprochen veräußert, soweit es von den Parteien im Schiedsvertrag nicht ausgesprochen ausgeschlossen wird.

Es wird, im Einklang mit der früheren Rechtsregelung, die sich u. a. auch auf die Bedingungen der Anerkennung und der Vollstreckung der Schiedssprüche in den internationalen Verträgen und auf das Mustergesetz stützt, die Forderung der schriftlichen Form des Schiedsvertrags gewahrt. Die schriftliche Form wird gewahrt, wenn auch der Schiedsvertrag mittels des Telegraphs, des Fernschreibers oder der elektronischen Mittel abgeschlossen wird, die ermöglichen den Inhalt dieser Verträge aufzunehmen, und die Personen zu bestimmen, die den Vertrag abschlossen.

Wenn die Schiedsklausel eine der Bedingungen ist, von den der Hauptvertrag (auf den sich die Klausel bezieht) geregelt wird, wird die Schiedsklausel auch damals gültig abgemacht, wenn der schriftliche Antrag des Hauptvertrags mit der Schiedsklausel von der anderen Partei auf solche Art angenommen wurde, daß ihre Zustimmung mit dem Inhalt des Schiedsvertrags klar ist.

3. Die Schiedsrichter

Der Schiedsrichter kann der Bürger der Tschechischen Republik sein, der volljährig und rechtsfähig ist, soweit eine andere Vorschrift nichts Anderes festsetzt. So eine Vorschrift ist z. B.: § 54 Abs. 4 des G. Nr. 335/1991 Slg. über die Gerichte und Richter, in der Fassung der späteren Vorschriften, oder § 4 Abs. 3 des G. Nr. 182/1993 Slg. über das Verfassungsgericht. Beide diesen Vorschriften schließen die Möglichkeit der Richter aus, eine andere bezahlte Funktion oder Tätigkeit ausüben.

Der Ausländer kann der Schiedsrichter werden, wenn er nach dem Recht seines Staats rechtsfähig ist. Es reicht jedoch, wenn er nach dem Recht der Tschechischen Republik rechtsfähig ist.

Es gab eine reiche Diskussion über die Bestimmungen über die Begrenzung der Personen, die die Schiedsrichter werden können. Es wurde im Gesetzantrag die Ingerenz der Staatsverwaltung dadurch verankert, das die Funktion des Schiedsrichter von der Eintragung in die vom Justizministerium geführte Liste der Schiedsrichter bedingt werden sollte. Der Antragsteller wurde darüber klar, daß der Zustand des Rechtswissens und die mit der Wirtschaftstransformation verbundene Umstände zur

Zeit beanspruchen, daß der Staat zumindest in gewissem Maße regulieren kann, wer der Schiedsrichter werden darf. Die neue Rechtsregelung wäre also dadurch von der bisherigen wesentlich unterschiedlich. Aber es wäre problematisch, daß sie sich auch von den ausländischen Rechtsregelungen wesentlich unterscheiden würde. Auf Grund dieser Tatbestände wurde dieser Teil des Antrags nicht angenommen und der Gesetzgeber blieb bei der schon eingelebten Rechtsregelung, die nur eine Bedingung für die Schiedsrichter festlegt. Diese Bedingung ist die Rechtsfähigkeit.

Die Annahme der Funktion des Schiedsrichters ist ein Willensakt jedes einen, der zu dieser Funktion vorgeschlagen wird. Niemand ist also verpflichtet diese Funktion anzunehmen. Wenn er sie aber annimmt, ist er verpflichtet diese Funktion im Einklang mit der geltenden Rechtsordnung auszuüben.

Die Annahme der Funktion des Schiedsrichters soll schriftlich sein. Der Schiedsrichter kann auf seine Funktion nur auf Grund wichtiger Umstände oder mit der Zustimmung der Parteien verzichten. Der Schiedsrichter, der im Widerspruch zu dieser kogenten Bestimmung handeln würde, sollte für die entstandene Schade verantwortlich sein. Die Wichtigkeit der Gründen für das Verzichten auf die Funktion soll man in jedem konkreten Fall beursachen.

Im Maße, das in den anderen Gesetzen gewöhnlich ist, wird die Pflicht des Schiedsrichters bestimmt, von den Tatbeständen zu schweigen, die er im Zusammenhang mit der Ausübung der Funktion erfuhr. Die Schiedsrichter können der Schweigepflicht nur den Parteien entheben werden. Wenn die Parteien den Schiedsrichter der Schweigepflicht nicht entheben, so entscheidet über die Enthebung der Schweigepflicht auf Grund wichtiger Gründe der Vorsitzende des Bezirksgerichtes, in dessen Distrikt der Schiedsrichter wohnt. Hat der Schiedsrichter seinen Wohnsitz nicht auf dem Gebiet der Tschechischen Republik, entscheidet der Vorsitzende des Bezirksgerichtes für Prag 1.

Die Zahl der Schiedsrichter soll gewöhnlich aus dem Vertrag hervorgehen; im Vertrag sollen auch gewöhnlich konkrete Personen bestimmt werden, über die die Parteien übereinkamen. Im Falle, daß es nicht so ist, sollte im Vertrag die Art festgelegt werden, auf die die Zahl und die Personen der Schiedsrichter bestimmt werden sollen. Die schließliche Zahl der Schiedsrichter soll immer ungerade sein. Das Gesetz dachte aber auch daran, daß der Vertrag nichts solches enthalten kann. In diesem Falle bestellt jede Partei einen Schiedsrichter und diese Schiedsrichter sollen dann den vorsitzenden Schiedsrichter wählen.

Derjenige, der zum Schiedsrichter bestimmt oder bestellt (ernannt) ist, soll sofort den Parteien oder dem Gericht alle Umstände melden, die berechtigte Zweifel an seine Unparteilichkeit hervorrufen können und wegen deren er Schiedsrichter nicht werden könnte.

Wenn die Partei, die den Schiedsrichter bestellen soll, dies binnen 30 Tage seit der Zustellung des Aufrufs der anderen Partei nicht macht, oder wenn die bestellten Schiedsrichter in derselben Frist in der Person des vorsitzenden Schiedsrichter nicht übereinkommen können, werden die Schiedsrichter oder der vorsitzende Schi-

edsrichter vom Gericht bestellt, soweit die Parteien in dieser Sache nicht anders übereinkamen. Der Antrag kann von jeder Partei oder von jedem der schon bestellten Schiedsrichter erhebt werden.

Im Falle, das der Schiedsrichter auf seine Funktion verzichtet oder seine Tätigkeit nicht ausüben kann, setzt man voraus, daß die Parteien einen neuen Schiedsrichter bestimmen oder in seiner Person übereinkommen.

Im Falle, daß man erst nachträglich die Umstände feststellt, die den Schiedsrichter aus der behandelten Sache ausschließen, soll er nachträglich ausgeschlossen werden, wenn er auf die Funktion nicht selbst verzichtet.

4. Die stehenden Schiedsgerichte

Die Schiedsrichter können tätig sein:

- a) als die einheitlichen, zufälligen Schiedsrichter, und zwar entweder alleinstehend, oder kann die Streit von mehreren Schiedsrichtern behandelt werden, oder
- b) als die Mitglieder der stehenden Schiedsgerichte.

Bis zum Jahre 1992 bestand als das stehende Schiedsgericht nur das Schiedsgericht der Tschechoslowakischen Handels und Industriekammer. Die Gesetze, die im Jahre 1992 angenommen wurden (G. Nr. 214/1992 Slg. über die Wertpapierbörse, das Gesetz des Tschechischen Nationalrats Nr. 301/1992 Slg. über die Wirtschaftskammer der Tschechischen Republik und die Agrarkammer der Tschechischen Republik in der Fassung der späteren Vorschriften) ermöglichten die weiteren stehenden spezialisierten Schiedsgerichte zu errichten.

Das Ziel des G. Nr. 216/1994 Slg., das auch den Charakter der Prozeßvorschrift hat, ist nicht die stehenden Schiedsgerichte zu errichten oder das System (Mechanismus) ihrer Errichtung zu regeln. Das Gesetz veräußert nur, daß die stehenden Schiedsgerichte nur auf Grund des Gesetzes errichtet werden können. Dadurch wird auch die legislative Praxis des Jahres 1992 bestätigt und erhalten. Es hängt dann von diesen neuen Gesetzen ab, in welchem Maße sie die Staatsingerenz ermöglichen, z. B. in der Frage der Statuten und Ordnungen der neu entstehenden stehenden Schiedsgerichte. Das Gesetz veräußert den in gewissem Maße autonomen Charakter der Statuten und Ordnungen der stehenden Schiedsgerichte. Es legt nur die Pflicht fest, diese im Handelsamtsblatt zu veröffentlichen (sich die Verordnung der Regierung der CSFR Nr. 63/1992 Slg. über das Handelsamtsblatt). Diese Statuten und Ordnungen können die Art der Bestellung der Schiedsrichter und ihre Zahl bestimmen, und sie können auch die Auswahl an die Schiedsrichter mit dem vom stehenden Schiedsgericht geführten Liste verbinden. Die Statuten und Ordnungen können auch die Art der Leitung und der Entscheidung des stehenden Schiedsgerichtes bestimmen, sowie auch andere Probleme und Fragen lösen, die mit der Tätigkeit des stehenden Schiedsgerichtes und der Schiedsrichter entstehen (incl. der Regeln über die Verfahrenskosten und die Entlohnung der Schiedsrichter).

Es wird im Gesetz weiter die unwiderlegbare Rechtsvermutung verankert, daß soweit die Parteien in der Zuständigkeit eines konkreten stehenden Schiedsgerichts übereinkamen, fügten sie sich seinen Statuten und Ordnungen, die in der Zeit der Verfahrenseröffnung in Kraft waren (soweit es jedoch die Parteien im Schiedsvertrag nicht anders abmachten).

5. Das Schiedsverfahren

Die Verfahrenseröffnung wurde im Einklang mit der Zivilgerichtsordnung konstruiert; man öffnet also dieses Verfahren durch die Klage. Es wird mit dem Tag eröffnet, wann die Klage dem stehenden Schiedsgericht oder dem zuständigen Schiedsrichter zugestellt wird. Das Gesetz legt im Einklang mit der früheren Rechtsregelung fest, das die bei den Schiedsrichtern erhobene Klage dieselben Rechtswirkungen hat, als ob sie beim Gericht erhoben wurde. Welche?

Ist die Klage nicht bei dem stehende Gericht erhoben, wird sie beim vorsitzenden Schiedsrichter erhoben, wenn er bestimmt oder bestellt ist. Wenn der vorsitzende Schiedsrichter bisher nicht bestimmt oder bestellt ist, wird die Klage bei irgendeinem bestimmten oder bestellten Schiedsrichter erhoben. Der stehende Schiedsgericht und der Schiedsrichter sind verpflichtet in der Klage den Tag zu bezeichnen, mit dem diese ihm zugestellt wurde, also den Tag der Schiedsverfahrenseröffnung. Diese Bestimmungen sind vom Gesichtspunkt der Rechtssicherheit der Parteien wichtig.

Das Gesetz Nr. 216/1994 Slg. verankert im Einklang mit der früheren Rechtsregelung, mit dem Europäischen Übereinkommen über das internationale geschäftliche Schiedsverfahren und mit dem Mustergesetz die Berechtigung der Schiedsrichter über ihre Rechtskraft zu entscheiden. Wenn diese denken, daß ihre Rechtskraft nicht bestimmt ist, entscheiden sie davon durch einen Beschluß, der dieselben Erfordernisse wie der Schiedsspruch erfüllen soll, und den Parteien zugestellt werden muß. Wenn die Schiedsrichter über ihre Rechtskraft positiv entscheiden, wird solch eine Entscheidung zum Teil der Schiedsspruchbegründung, die in dieser Sache erlassen wurde. Sie ist also kein Gegenstand einer selbständigen Entscheidung.

Der Widerspruch (die Einwendung) des Rechtskraftmangels, der sich auf der Absenz, der Ungültigkeit oder der Erlöschung des Schiedsvertrags gründet (wenn es aber nicht um die Ungültigkeit auf Grund dessen geht, daß es nicht möglich war in der Sache den Schiedsvertrag abzuschließen), kann von der Partei spätestens beim ersten Handeln (Akt) im Verfahren erhoben werden, das diese Sache selbst betrifft.

Die Wirkungen der erhobenen Sache bleiben erhalten, wenn die Parteien ihren Anspruch vor den Schiedsrichtern in der präklusiven oder Verjährungsfrist erhoben, und wenn die Schiedsrichter entscheiden, daß ihre Rechtskraft nicht bestimmt ist; oder wenn der Schiedsspruch aufgehoben wurde und die Partei wieder beim Gericht oder bei einem anderen zuständigen Organ erhebt: die Klage oder den Antrag, binnen 30 Tage nach dem Tag der Zustellung der Entscheidung über den Rechtskraftmangel oder über die Schiedsspruchaufhebung.

Das Schiedsverfahren findet auf dem von den Parteien übereinkommenen Platz statt. Ist der Platz nicht auf diese Art bestimmt, findet es auf dem Platz statt, das von den Schiedsrichtern mit Rücksicht auf die berechtigten Interessen der Parteien bestimmt wurde.

Der prinzipielle Grundsatz des Schiedsverfahrens ist die gleiche Stellung der Parteien, denen die Schiedsrichter volle und gleiche Gelegenheit dazu gewähren müssen, das sie ihre Rechte erheben (geltend machen) können.

Es ist wichtig die Festlegung des Vorgangs, nach dem die Schiedsrichter das Verfahren leiten sollen. Das Gesetz zieht das Abkommen der Parteien darüber vor. Die Fragen des Verfahrens können jedoch auch vom vorsitzenden Schiedsrichter entschieden werden, wenn er dazu von den Parteien oder von allen Schiedsrichtern ermächtigt wurde.

Wenn aber der Vertrag über den Vorgang nach dem die Schiedsrichter das Verfahren leiten sollen nicht abgeschlossen wurde, gehen diese im Verfahren auf diejenige Art vor, die sie für passend halten. Sie leiten das Schiedsverfahren so, daß man ohne überflüssige Formalitäten den für die Entscheidung des Streits nötige Tatsachenbestand der Sache feststellt, wobei man beiden Parteien die gleichen Gelegenheiten für die Erhebung (Geltendmachung) ihrer Rechte gewähren muß.

Einer der allgemein anerkannten Prinzipien des Schiedsverfahrens ist seine Unöffentlichkeit. Das ist auch einer der Gründe, warum das Schiedsverfahren dem Gerichtsverfahren vorgezogen wird. Das Gesetz verankert auch den Mündlichkeitsgrundsatz, soweit darin die Parteien nicht anders übereinkommen.

Im Schiedsverfahren kann man mit Rücksicht auf seinen Charakter keine Staatsnötigung zugeben. Diese würde in der Möglichkeit bestehen, daß derjenige, der als der Teilnehmer, der Zeuge oder der Kenner vor Gericht nicht erscheint, mit Geldstrafe belegt oder vorgeführt wird. Darum wird im Gesetz festgelegt, daß die Schiedsrichter die Zeugen, die Kenner und die Parteien erhören können, nur wenn sich diese freiwillig einstellen und die Aussage gewähren (leisten). Auch andere Beweise können sie nur damals durchführen, wenn diese ihnen geleistet sind. Das Schiedsverfahren wird also auf Grund des dafür spezifischen Grundsatzes der Freiwilligkeit der Teilnahme der Personen in diesem Verfahren, und der freiwilligen Gewährung der Aussage geleitet.

Wenn aber die Schiedsrichter eine der Personen verhören möchten, die entweder sich gar nicht einstellten, oder sich einstellten ohne die Aussage zu gewähren, müssen sie sich in der Form des Erbittens (der Zuziehung) ans zuständige Gericht wenden. Das Gericht kann diese Personen mittels der Prozeßmittel dazu zwingen, daß diese davor erscheinen. Anders gesagt: Die Prozeßhandlungen, die die Schiedsrichter nicht selbst ausüben können, werden auf Grund ihres Erbittens vom Gericht getan. Das Gericht ist dabei verpflichtet, dem Erbitten entsprechen, wenn es sich nicht um eine Prozeßhandlung handelt, die dem Gesetz gemäß unzulässig ist. Das Gericht faßt dabei alle Entscheidungen, die zur Durchführung des Erbittens nötig sind.

Im Falle, das einige Prozeßhandlungen vom Gericht ausgeübt werden, werden die

Verfahrenskosten, die diesem Gericht entstanden, von dem stehenden Gericht oder von den Schiedsrichtern bezahlt.

Wenn eine der Parteien bis zur Ausfertigung des Schiedsspruchs an dem Verfahren schuldlos gar keinen Teil nahm oder sich nur teilweise beteiligte; oder wenn sie ohne ihre eigene Schuld daran eine zur Erhebung ihres Rechts notwendige Rechtshandlung nicht ausübte, sollen die Schiedsrichter die dem Antrag angemessenen Maßnahmen treffen, so daß die Partei das Versäumte nachträglich machen kann.

Im Einklang mit der früheren Rechtsregelung kann man vor der Schiedsverfahrenseröffnung oder im Laufe dieses die Vormaßnahme einordnen, von der jedoch das Gericht entscheiden soll.

Das Schiedsverfahren wird durch die Erlassung der Entscheidung beendet. Diese kann zwei Formen haben:

- a) Der Schiedsspruch. Dieser wird im Falle erlassen, daß die Schiedsrichter über die Sache selbst, entscheiden. Es handelt sich um eine Analogie dem Urteil in dem Zivilgerichtsverfahren.
- b) In den anderen (übrigen) Fällen wird das Schiedsverfahren durch den Beschluß beendet. Es geht z. B. um die Rücknahme der Klage, bei der die Schiedsrichter durch den Beschluß das Verfahren einstellen. Der Beschluß soll als der Schiedsspruch unterschrieben, begründet und zugestellt werden. Ist die beim stehenden Schiedsgericht erhobene Klage noch vor der Feststellung des Senats oder der Bestellung des Schiedsrichters rückgenommen, wird der Beschluß über die Einstellung des Verfahrens vom Vorsitzenden des stehenden Schiedsgerichts erlassen und unterschrieben.

Es gilt auch im Verfahren vor den Schiedsrichtern der Grundsatz der Priorität der gütlichen Beilegung. Auf Grund dieser Priorität üben die Schiedsrichter eine bestimmte Einwirkung auf die Parteien aus, so daß diese in der gütlichen Beilegung übereinkamen.

Das Gesetz legt auch genau die Erfordernisse des Schiedsspruchs fest. Der Schiedsspruch soll von den meisten Schiedsrichtern beschlossen, schriftlich ausfertigt und mindestens von den meisten Schiedsrichtern unterschrieben werden. Der Schiedsspruch soll bestimmt sein.

Der Schiedsspruch soll die Begründung erhalten, außer daß die Parteien darin übereinkamen, daß die Begründung nicht erwünscht ist. Das gilt auch für den Schiedsspruch über die Beschließung der Schlichtung.

Die Schiedsrichter befolgen beim Entscheiden das für den Streit entscheidende Recht. Sie können jedoch den Streit nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit entscheiden, aber nur im Falle, daß sie von den Parteien dazu ausgesprochen betraut sind.

Die Fehler im Schreiben oder im Rechnen und andere klare Unrichtigkeiten, die im Schiedsspruch erscheinen, werden von den Schiedsrichtern oder vom stehenden Schiedsgericht auf Grund des Ersuchens irgendeiner der Parteien verbessert. Solch

eine Verbesserung soll als der Schiedsspruch beschlossen, unterschrieben und zugestellt werden.

Man findet in der Fachliteratur keine einheitliche Meinung darüber, ob man die Überprüfung des Schiedsspruchs zulassen soll. Im Falle der positiven Antwort entsteht die weitere Frage, ob dieser auch von denselben Schiedsrichtern, die diesen Schiedsspruch erließen, oder nur von anderen Schiedsrichtern überprüft werden soll. Die gegenwärtige Rechtsregelung respektiert den Willen der Parteien, daß ihr strittiger Vermögensanspruch von den Schiedsrichtern behandelt wird. Die Parteien können auch darin übereinkommen, daß der Schiedsspruch im Einklang mit dem Mustergesetz auf Grund des Ersuchens einer oder beider Parteien von anderen Schiedsrichtern überprüft werden kann. Es wird also im Gegenteil zur vorigen Rechtsregelung nur die Möglichkeit der Überprüfung von anderen Schiedsrichtern kodifiziert. Wird im Schiedsvertrag nicht anders bestimmt, muß das Überprüfungsgesuch der anderen Partei binnen 30 Tage seit dem Tag geschickt werden, mit dem der die Überprüfung verlangenden Partei der Schiedsspruch zugestellt wurde. Die Überprüfung des Schiedsspruchs ist ein Teil des Schiedsverfahrens und es gelten dafür die Bestimmungen des Gesetzes Nr 216/1994 Slg.

Die schriftliche Ausfertigung des Schiedsspruchs soll den Parteien zugestellt und nach der Zustellung mit der Klausel über die Rechtskraft versehen werden. Der Schiedsspruch, den man nicht überprüfen kann (weil die Parteien darin nicht übereinkamen), oder bei dem die Frist für die Erhebung des Überprüfungsgesuchs vergeblich abließ, tritt mit dem Tag der Zustellung als die Gerichtsentscheidung in Kraft und ist gerichtlich vollstreckbar.

Das Gesetz legt für die stehenden Schiedsgerichte die Pflicht fest, 20 Jahre seit dem Inkrafttreten des Schiedsspruchs, den mit der Klausel über die Rechtskraft versehene Schiedsspruch und alle Urkunden, die den Verlauf des Schiedsverfahrens beweisen, zu bewahren.

Die Schiedsrichter sind verpflichtet, binnen 30 Tage seit dem Inkrafttreten des Schiedsspruchs dem Bezirksgericht, in dessen Distrikt der Schiedsspruch erlassen wurde, den mit der Klausel über die Rechtskraft versehenen Schiedsspruch und alle den Verlauf des Schiedsverfahrens beweisenden Urkunden zur Bewahrung zu übergeben. Wurde der Schiedsspruch außer dem Gebiet der Tschechischen Republik erlassen, wird es dem Gericht zur Bewahrung nicht übergeben.

Die Bestimmung über die Bewahrung der Schiedssprüche ist etwas neues in unserer Rechtsordnung. Die frühere Rechtsregelung enthielt nichts Ähnliches. Die Bewahrung der angeführten Urkunden ist jedoch mit Rücksicht auf die Rechtswirkungen des Schiedsspruchs und auf die Möglichkeit der Parteien die gerichtliche Aufhebung des Schiedsspruchs zu begründen, bzw. die Exekutionseinstellung vorzuschlagen, sehr wichtig.

6. Die gerichtliche Aufhebung des Schiedsspruchs

Das Gesetz legt fest, in welchen Fällen das Gericht den Schiedsspruch aufheben kann. Die Gründe sind dieselben wie in der früheren Rechtsregelung und sind im Einklang mit den internationalen Verträgen und mit dem Mustergesetz.

Das Gericht hebt also auf Antrag irgendeiner der Parteien den Schiedsspruch auf, wenn:

- a) dieser in der Sache erlassen wurde, über die man den geltenden Schiedsvertrag nicht abschließen kann,
- b) der Schiedsvertrag wegen anderer Gründe nichtig ist, aufgehoben wurde, oder sich auf die angeführte Sache nicht bezieht,
- c) in der Sache der Schiedsrichter teilnahm, der weder nach dem Schiedsvertrag, noch andererseits zum Entscheiden berufen wurde, oder die Fähigkeit Schiedsrichter zu werden nicht hatte,
- d) der Schiedsspruch von der Majorität der Schiedsrichter nicht beschlossen wurde,
- e) der Partei die Möglichkeit nicht gewährt wurde, die Sache vor den Schiedsrichtern zu behandeln,
- f) die Partei durch den Schiedsspruch zur Leistung, die der Berechtigte nicht erforderte, oder zur nach dem inländischen Recht unmöglichen oder unzulässigen Leistung verurteilt wird,
- g) wenn man feststellt, daß es hier die Gründe gibt, wegen deren man im Zivilgerichtsverfahren die Wiederaufnahme der Verhandlung erfordern kann.

Der Antrag auf die gerichtliche Aufhebung des Schiedsspruchs muß binnen drei Monate seit der Zustellung des Schiedsspruchs der Partei erhoben werden, die die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt (verfolgt); soweit es G. Nr. 216/1994 Slg. nicht anders festlegt.

Die Erhebung des Antrags auf die gerichtliche Aufhebung des Schiedsspruchs hat keine verzügliche Wirkung auf die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs. Das Gericht kann jedoch auf Antrag des Verpflichteten die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs aufschieben, wenn die sofortige Vollstreckung des Schiedsspruchs eine bedeutende Beeinträchtigung verursachen könnte.

Es gibt jedoch zwei Fälle, bei den das Gesetz dem Gericht die Zurückweisung des Antrags auf die Aufhebung des Schiedsspruchs direkt aufgibt. Und zwar wenn es hier folgende Gründe gibt:

- a) ein Schiedsrichter nahm in der Sache teil, der weder nach dem Schiedsvertrag, noch andererseits zum Entscheiden berufen wurde, oder die Fähigkeit Schiedsrichter zu werden nicht hatte,

- b) der Schiedsvertrag ist wegen anderer Gründe nichtig, es wurde aufgehoben oder es bezieht sich nicht an die angeführte Sache, und die Partei, die die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt, erhob nicht (obwohl sie konnte) solch einen Grund im Schiedsverfahren spätestens bevor sie in der Sache selbst zu handeln begann. Diese Bestimmung ist im Einklang mit dem Artikel V. des Europäischen Übereinkommens über das internationale geschäftliche Schiedsverfahren.

Das Gesetz legt auch den weiteren Vorgang nach der Aufhebung des Schiedsspruchs fest. Es werden zwei Fälle unterschieden. Das Gericht soll im Falle, daß der Schiedsspruch deswegen aufgehoben wurde, daß dieser in der Sache erlassen wurde, über die man den geltenden Schiedsvertrag nicht abschließen kann oder dieser Vertrag aufgehoben wurde, oder sich auf die übereinkommene Sache nicht bezieht, selbst die Sache behandeln und darüber entscheiden. Es bleibt in allen anderen Fällen nach der gerichtlichen Aufhebung des Schiedsspruchs weiter die Rechtskraft der Schiedsrichter erhalten. Die auf dem aufgehobenen Schiedsspruch beteiligten Schiedsrichter sind aus der neuen Behandlung und Entscheidung der Sache ausgeschlossen. Wenn die Parteien darin nicht anders übereinkommen, sollen die neuen Schiedsrichter auf die ursprünglich im Schiedsvertrag bestimmte Art oder unterstützlich nach der Bestimmung des G. Nr. 216/1994 Slg. bestellt werden.

7. Die Einstellung der veranlaßten Exekution

Die Folgerung der Erhebung (Geltendmachung) des Grundes des Grundsatzes (Prinzips) des Schutzes des Verpflichteten ist die Exekutionseinstellung. In den obigen Teilen besprachen wir die absolute und relative Unzulässigkeit der Exekution. Beachtete man also nicht bei der Exekution die Bestimmungen, die die formalen und sächlichen Bedingungen für ihre Verlassung festlegen oder wurden bei der Exekutionshandlung die Bestimmungen gebrochen, die zum Schutz des Schuldners dienen, ist solche Exekution unzulässig. Die Folgerung der Unzulässigkeit der Exekution ist der Fakt, daß diese nicht verlassen werden kann, und wenn sie schon verlassen wurde, soll sie eingestellt werden.

Das Gesetz faßt einige Gründe der Exekutionseinstellung in der besonderen Bestimmung zusammen; einige einige von diesen führt es auf den einzelnen Stellen ausgesprochen an, auf den es ihm nützlich scheint; einige von den Gründen werden sogar nicht ausgesprochen angeführt, aber sie gehen aus dem Inhalt bestimmter Bestimmung heraus. Die Zivilgerichtsordnung enthält die Regelung der allgemeinen Gründe für die Exekutionseinstellung, die für alle Weisen der Vermögensexekutionen verwendbar sind.

Die allgemeinen Gründe der Exekutionseinstellung:

- a) Die Exekution wurde verlassen, obwohl die Entscheidung bis jetzt nicht vollstreckbar wurde. Es geht um die dem Verpflichteten geleistete Möglichkeit, die Titelfehler einzureden, namentlich die formalen Verfahrensmängel seiner

Erlassung, die nachträglich nach der Veranlassung der der Exekution erschienen.

- b) Die Entscheidung, die die Grundlage der Exekution darstellt, wurde aufgehoben oder unwirkend. Die Titelaufhebung enthält alle Fälle, in den die gerichtliche Entscheidung unter den in der Zivilgerichtsordnung angeführten Bedingungen verändert, oder in den folgenden Verfahren aufgehoben wurde: im Einspracheverfahren, im Revisionsverfahren, im Verfahren über die Neudurchführung, im Verfahren über die Gesetzverletzungsbeschwerde. Die Aufhebung des Titels im Einspracheverfahren betrifft die vorläufig vollstreckbaren Urteile und die Beschlüsse über die vorläufigen Maßnahmen.

Der Verlust der Wirkung des Titels ist ein Phänomen, das im Zusammenhang mit der Erlassung der anderen Gerichtentscheidung und mit der Bezugsveränderung die Unverwendbarkeit und den Titelvollstreckbarkeitsverlust verursacht. Es wird z. B. in der gerichtlichen Praxis der Verlust der Wirkung der Urteile über die Regelung der Erziehung und die Ernährung der Mündel infolge des späteren rechtskräftigen Gerichtsspruchs über die Ehescheidung der Eltern beständig judiziert, mit denen die Regelung der Bezüge zu den Mündeln für den Zeitraum nach der Ehescheidung verbunden ist.

- c) Der Berechtigte selbst schlug die Exekutionseinstellung vor. Es geht um die typische Erhebung des Dispositionsgrundes, um die Bezeugung der Dispositionsfreiheit des Berechtigten, die weder die Genehmigung noch die Überprüfung vom Gericht erwünscht; das Gericht ist verpflichtet die Exekution durch den Beschluß einzustellen. Es ist also klar, daß man den Antrag auf die Veranlassung der Exekution nur in der Phase des Teilverfahrens über die Veranlassung der Exekution zurücknehmen kann, und zwar bis die Exekution durch den Beschluß verankert wird. Dann kann der Berechtigte die Exekutionseinstellung nur mittels des Antrags auf die Exekutionseinstellung erreichen.
- d) Der Schutz des Verpflichteten ermöglicht nicht, daß die Exekution sich auf die beweglichen Sachen bezieht, die davon nach den diesbezüglichen Bestimmungen der Zivilgerichtsordnung ausgeschlossen sind. Das sind also die Sachen, deren Verkauf nach den besonderen Vorschriften verboten ist, oder auf die sich den besonderen Vorschriften gemäß die Exekution nicht bezieht. Die Exekution kann weiter nicht die Sachen des Verpflichteten betreffen, die er zur Befriedigung der materiellen Bedürfnisse von ihm und von seiner Familie, zur Vollziehung seiner Arbeitsaufgaben oder zu seinem Unternehmen unerläßlich braucht. Die Exekution kann auch andere Sachen nicht betreffen, deren Verkauf gegen die Moralregeln wäre. So werden aus der Exekution namentlich ausgeschlossen: die gewöhnlichen Bekleidungsstücke, die gewöhnliche Ausstattung des Haushaltes, der Ehering und andere Gegenstände vom ähnlichen Charakter, das Gesundheitsartikel und andere Sachen, die der Verpflichtete mit Rücksicht auf seine Erkrankung oder Körperfehler braucht, und das Bargeld bis 1.000 CZK.

- e) Es ist möglich das Verfahren im Falle einzustellen, daß die Zwecklosigkeit der Exekution erscheint. Es steht im Gesetz: wenn der Verlauf der Exekution zeigt, daß der dadurch erreichte Ertrag (Nutzeffekt) nicht einmal für seine eigene Kosten reichen wird.
- f) Es wurde im Erkenntnisverfahren über die Exzindationsklage rechtskräftig so entschieden, daß die Exekution die Sache betrifft, zu der ein anderes, drittes Subjekt das die Exekution nicht erlassende Recht hat. Man kann nicht durch die Exekution in die Rechte der dritten Person unerläßlich eingreifen. Dieser Grund der Einstellung der Exekution wird oft bei dem Verkauf der Mobilien und Immobilien und auch bei der Verteilung der gemeinsamen Sache erhoben.
- g) Die Exekution dient zur Befriedigung des Rechts des Berechtigten. Wenn dieses Recht von irgendeinem Grund erlischt, ist weitere Exekution unerläßlich. Es muß sich jedoch um die Erlöschungsgründe handeln, die erst nach der Erlassung der Entscheidung entstanden. Die Gründe der Rechtserlöschung, die vor der Erlassung der Entscheidung im Verfahren in der Exekution entstanden, können nicht festgestellt werden, und man kann die Exekution wegen dieser nicht verweigern. Man kann nämlich nicht im Exekutionsverfahren das Exekutionstitel überprüfen.
- h) Die Exekution wurde unerläßlich erklärt, weil es hier einen anderen Grund gibt, wegen dessen man den Titel nicht vollziehen kann. Es geht gewöhnlich um folgende Rechtsgründe:
- die erfolgreiche Erhebung der Verjährungseinwendung,
 - das zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beschlossene Abkommen davon, daß der Berechtigte eine Zeitlang oder gar nicht die Leistung nach dem Rechtstitel vom Verpflichteten exekutiv einfordern wird,
 - die Rechtsgebrechen (Rechtsmängel) der Erfüllung der Bedingung; die Erfüllung oder die Versicherung der gegenseitigen Leistung,
 - die Rechtsmängel der Verwechslung der Teilnehmer, die nach der Veranlassung der Exekution erschienen,
 - das Abkommen der Teilnehmer davon, daß sie die mitgeeignete Sache sonst durch die Exekution verteilen,
 - und andere Rechts- und Sachenmängel der Exekution, die in Betracht kommen.

Die besonderen Einstellungsgründe der Exekution:

- a) Die Exekution durch die Lohnabzüge für jede Sorte der vom Rechtstitel zuerkannten Forderung soll eingestellt werden, wenn der Verpflichtete nicht während eines Jahres solch einen Lohn verdient, daß die Abzüge durchgeführt werden könnten.

- b) Die Exekution durch die Lohnabzüge, die man wegen der Ernährung des Berechtigten durchführt soll eingestellt werden, wenn die Lohnabzüge schon nur zur Versicherung der laufenden Alimente durchgeführt wird, und wenn man mit Rücksicht auf das Benehmen und den Ruf des Verpflichteten und auf sein Verhältnis zur Arbeit voraussetzen kann, daß er ordentlich den Ernährungsbeitrag freiwillig zahlen wird.
- c) Das Gericht stellt die Exekution durch den Liegenschaftsverkauf im Falle ein, daß die Feilbietung erfolglos ist, also daß in dieser nicht einmal der niedrigste Preis erreicht wurde, es lief seit dem Jahr der Feilbietung die Frist von 3 Monaten ab, und der Berechtigte erhob nicht in der Frist den Antrag auf die weitere Fortsetzung des Feilbietungsverfahrens, die mit dem Tag des Ablaufs der vorigen Frist von 3 Monaten beginnt.
- d) Man kann bei der Exekution durch die Verteilung der gemeinsamen Sache diese Sache nicht verkaufen. Es handelt sich um diejenigen Fälle, da der Exekutionstitel die Aufhebung des Miteigentums und die Verteilung der gemeinsamen Sache durch den Verkauf und die Teilung des Ertrags unter den Miteigentümern aufgibt.

Das Gericht stellt nach den diesbezüglichen Bestimmungen der Zivilgerichtsordnung die Exekution teilweise ein, wenn einer der Exekutionseinstellungsgründe die Veranlassung der Exekution nur teilweise betrifft, oder wenn die Exekution im größeren Ausmaß veranlaßt wurde, als es zur Befriedigung des Berechtigten reichen würde. Man empfiehlt dabei in der Zivilgerichtsordnung das Verfahren über die Gründe zu veranlassen, nach dem das Gericht über die Sache entscheidet.

Es kann zur Einstellung der Exekution im Laufe des ganzen Verfahrens kommen. Stellt das Gericht so einen Grund fest, oder erhebt diesen der Teilnehmer nach der rechtskräftigen Exekutionsveranlassung, so entstehen fürs Gericht keine Schwierigkeiten, was die Beurteilung des Antrags betrifft, denn es kann sich schon in diesem Stadium des Verfahrens um nicht anderes, als um den Antrag auf die Exekutionseinstellung handeln.

Die Einstellung der Exekution bedeutet auch in der Regel nicht, daß die Exekution nicht veranlaßt werden sollte. Die Einstellung der Exekution bedeutet jedoch auch; nicht, daß alle vorigen Beschlüsse aufgehoben werden, also auch der Beschluß über die Veranlassung der Exekution; bzw. weitere Beschlüsse, die im Verlauf des Verfahrens erlassen wurden. Das hängt vom Charakter der Entscheidung ab.

Es wird über den Antrag auf die Exekutionseinstellung immer durch den Beschluß entschieden, gegen den das Rechtsbehelf zulässig ist.

Behandelt das Gericht die Exekutionseinstellung auf Grund des vom Teilnehmer erhobenen Antrags, muß es über solch einen Antrag entscheiden, sei es positiv oder negativ. Solcher Antrag kann selbstverständlich auch damals erhoben werden, wenn es um den Grund geht, wegen dessen das Gericht die Exekution ex officio einstellen kann (z. B. wenn das Gericht feststellt, daß es zur Scheidung der Teilnehmer kam, kann dieses selbst das Verfahren über die Exekution auf die Herausbringung des

Ernährungsbeitrags der ungeschiedenen Ehefrau für die Zeit der Rechtskraft der Scheidung einstellen, ohne auf den Antrag zu warten. Der Antrag auf die Einstellung kann freilich in solchem Fall auch vom Verfahrensteilnehmer erhoben werden.)

Der Teilnehmer kann jedoch den Antrag auf die Exekutionseinstellung zurücknehmen, und das Gericht setzt dann das Verfahren über diesen Antrag nicht fort, sondern nimmt nur das Zurücknehmen zur Kenntnis.

* * *

Das Schiedsverfahren hat in der Tschechischen Republik seine Tradition; das neue Gesetz vergrößert jedoch wesentlich ihre Möglichkeiten. Die Marktwirtschaft erwünscht jedoch Veränderungen auch in diesem Bereich. Was das für die Schiedspraxis bringt, das sollen erst die folgenden Jahre zeigen.

* * *

S U M M A R Y

Historie a současnost rozhodčího řízení v České republice

Od 1. ledna 1995 vstoupil v účinnost nový zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů č. 216/1994 Sb., jenž nahradil zejména třicet let platný zákon č. 98/1963 Sb., o rozhodčím řízení v mezinárodním obchodním styku a o výkonu rozhodčích nálezů. Nová právní úprava vrátila zejména našim podnikatelům možnost řešit své spory mimosoudně, rozhodčím řízením, což do konce roku 1994 bylo možné jen ve sporech s mezinárodním prvkem. Citovaný zákon znovu upravil i postavení stálých rozhodčích soudů. Tyto rozhodčí orgány nejsou v našem právním řádu zdaleka novým institutem, ale mají svoji dlouholetou tradici.

Podstata rozhodčího řízení a navazujícího výkonu rozhodčích nálezů je přenesením projednávání a rozhodování určitých sporů ze soudů, do jejichž pravomoci tyto věci jinak patří, na rozhodce jako soukromé fyzické osoby vybírané ad hoc nebo zvláštní stálé rozhodčí soudy. Řízení před rozhodci je tedy jedním z druhů rozhodování sporů mezi účastníky, v němž je poskytována autoritativní ochrana určitým subjektivním občanskoprávním vztahům nestátním orgánem, kterým jsou buď rozhodci ad hoc nebo stálé rozhodčí soudy. Výsledkem činnosti rozhodců a rozhodčích soudů je rozhodčí nález, který má zásadně tytéž účinky jako pravomocný soudní rozsudek, je tedy především státní mocí vykonatelný. Jelikož v rozhodčím řízení se stát vzdává části svých kompetencí tím, že umožňuje, aby v určitých právních věcech místo

soudu rozhodovali rozhodci jako soukromé osoby, které si strany zvolí, neboť k nim mají důvěru, je nezbytné takovou právní úpravu provést zákonem. K rozhodčímu řízení strany přistupují dobrovolně. Existuje však i rozhodčí řízení obligatorní, jež se děje z příkazu zákonodárce.

Rozhodčí soudy mohou být vytvářeny ad hoc, tedy soudy (rozhodčí komise) vytvořené pouze k určitému účelu, nebo se může jednat o rozhodčí řízení institucionalizované, realizované před stálými rozhodčími soudy. Rozhodčí soudy přitom mohou být buď obecné, tedy určené k rozhodování všech civilních sporů, nebo speciální, což je častější případ, určené jen pro určitý druh sporů. Podíváme-li se do historie zjistíme, že v jednotlivých etapách vývoje rozhodčího řízení se velmi nesnadně odlišovaly od sebe jednotlivé druhy rozhodčích orgánů. Zejména postavení rozhodčích soudů, někdy nazývaných rozhodčími komisemi, rozhodčími senáty, rozhodčími výbory atd. bylo velmi těžké vymezit. Základní rozdíl mezi rozhodci jmenovanými ad hoc stranami a stálými rozhodčími soudy spočívají zejména v tom, že

- Jmenování rozhodců záleží většinou pouze na vůli sporných stran, zákonem je minimálně regulováno.
- Rozhodčí soudy mají většinou stálý charakter, jejich postavení je dáno buď zákonem nebo statutem. Často je zde vyžadovaná profesionalita minimálně předsedy tohoto soudu. Není neobvyklé, že se předseda, někdy i jeho náměstek vybírají z profesionálních soudců. Historie našeho rozhodčího řízení zná v podstatě všechny možnosti.

Při vymezení poměru mezi soudy řádnými a ostatními institucemi rozhodujícími spory, je třeba uvést, že v zásadě se může jednat o tři skupiny poměrů:

- Buď je ponecháno příslušné fyzické nebo právnické osobě již od počátku na její vůli, chce-li svoje nároky uplatňovat před rozhodčím orgánem nebo řádným civilním soudem.
- Nebo je jí umožněno, aby alespoň po provedeném povinném řízení před orgány jinými, obrátil se ještě nadto o nápravu na řádný soud.
- Anebo jsou konečně řádné civilní soudy z výkonu pravomoci v určitých věcech, úplně vyloučeny. V těchto případech jsou řádné soudy povinny se zdržovat své pravomoci zcela.

Rozhodčí řízení se v historii uplatnilo zejména v oblasti obchodních a pracovních vztahů. Speciálním druhem rozhodčího řízení je řízení obsahující mezinárodní prvek. V tom případě většinou hovoříme o mezinárodní obchodní arbitráži.

K TZV. STANNÝM SOUDŮM Z LET 1941 -- 1945 V BRNĚ

František VAŠEK

Dne 17. prosince 1940 byla otevřena budova Právnické fakulty pro řídicí úřadovnu gestapa v Brně s působností pro celou Moravu. Byla sem přestěhována z Mozartovy ul. č. 3. Byl to především šéf služebny vládní rada, SS Sturmbannführer Günther Herrman se svými zástupci, ze Sušilových kolejí se nastěhoval na fakultu kriminální rada SS Hauptsturmführer Ewald Taud (vedoucí referátu II BM, české hnutí odporu) a z Kounicových kolejí kriminální rada, SS Hauptsturmführer Otto Koslowski (vedoucí referátu II A, levicová opozice). Budova byla od počátku roku 1940 adaptována na velké množství kanceláří. Nejvyšší tehdejší číslo 326 měla pracovnice oddělení III (kontrarozvědka) Friede Glemiová. Šéf služebny měl pracovnu č. 146 v I. poschodí. V polovině roku 1943 bylo u řídicí úřadovny gestapa zaměstnáno 295 osob, z toho bylo 47 dozorců ve věznicích gestapa v Brně (čtyři z nich byli v tzv. domácím vězení na Právnické fakultě v místě, kde byla dříve šatna pro studenty), 46 bylo zaměstnáno v dopravě a zbytek tvořili příslušníci exekutivy, umístění v budově fakulty.

V přízemí, v posluchárně č. 1 konal svá zasedání tzv. stanný soud. Posluchárna byla upravena jen v tom, že před stolem, za kterým seděl senát tzv. stanného soudu (předseda, dva přísedící, žalobce, tlumočnick a vedoucí protokolu), byl rozprostřen koberec. Obžalovaní stáli před stolem, střeženi dozorcí gestapa (poddůstojníci v uniformách SS). Předsedou stanného soudu byl v stanném právu po příchodu SS Obergruppenführera R. Heydricha od 28. září 1941 do 20. ledna 1942 šéf služebny vládní rada SS Obersturmbannführer Wilhelm Nölle a stejně tak tomu bylo po atentátu na krvavého Heydricha od 27. května do 3. července 1942. Nölle sám předsedal senátu, většinou se ale nechal zastupovat svými zástupci vládními rady, SS Sturmbannführery dr. Bruno Letowem, především ale Hermannem Ebertem. Jako přísedící vystupovalo střídavě 24 příslušníků gestapa v důstojnických hodnostech, 4 z bezpečnostní služby (SD) a 4 z německé kriminální policie z Brna. Vedoucím protokolu byl v době 1. stanného práva policejní inspektor Schrader, v druhém policejní inspektor Hans Steiner. Jako žalobci vystupovali někteří přísedící. V tzv. třetím stanném právu, které bylo vyhlášeno až koncem války vojenským velitelem Brna generálem Poemem pro případy plení, zastával funkci předsedy kriminální rada, SS Hauptsturmführer Hugo Römer s přísedícími kriminálními komisaři, SS Obersturmführery Kurt Leischkem a Franz Schauschützem a žalobcem dr. Hanne-mannem.

Po osvobození až do současné doby se v literatuře a publicistice stále používají pojmy stanný soud, stanné řízení, ačkoliv ve skutečnosti nikdy nešlo o instituci soudní, které se neřídilo ani subsidiárně trestním řádem nebo jinými specifickými právními normami. Ve skutečnosti se jednalo o tzv. Sonderbehandlung, doslova „zvláštní ošetření“, o instituci policejní, o policejní vraždu. Slova „stanný soud“, „stanné řízení“, nebo „rozsudek stanného soudu“ měl vyvolat jen dojem, že jde o skutečný soud, trestní řízení. Činnost „stanných soudů“ gestapa byla nejhrubším porušováním principů práva.

Okupace Československa 15. března 1939 byla aktem násilí, došlo k ní hrubým nátlakem, takže všechny akty a opatření vetřelce, legislativní, soudní, správní byly od počátku neplatné. Již z tohoto důvodu neměl okupant právo vyhlášovat v porobené zemi výjimečný stav, vydávat výnosy o zavádění stanných soudů a vynášet rozhodnutí o trestech nad československými občany.

S existencí stanného řízení nepamatovala ani nařízení ze 14. dubna 1939 o zavedení německého soudnictví v Protektorátě Čechy a Morava (RGI I. S. 752) ani nařízení z téhož dne o zavedení německého trestního soudnictví na stejném území (RGI I. S. 754), které zavedlo příslušnost německých trestních soudů nad neněmeckými občany. Stejně tak tomu bylo v nařízení o výkonu vojenské soudní pravomoci v Protektorátě z 8. května 1939 (RGI I. S. 903).

Nařízení o možnosti zavedení výjimečného stavu, jehož součástí bylo i vyhlášení stanného práva, vydal tzv. zastupující říšský protektor SS Obergruppenführer Reinhard Heydrich (šéf Říšského bezpečnostního hlavního úřadu), kterého vyslal Hitler, aby likvidoval stále rostoucí aktivitu odboje v Čechách a na Moravě, zabezpečil zbrojní výrobu, řešil židovskou otázku a připravoval germanizaci česko-moravského prostoru. Toto nařízení vydal Heydrich ještě téhož dne, kdy se objevil v Praze, 27. září 1941 a hned dne následujícího vyhlásil stanné právo nad územními obvody tzv. Oberlandrátů v Praze, Kladně, Hradci Králové, Brně, Olomouci a Ostravě. K 1. říjnu 1941 s účinností od 19,00 hod. bylo rozšířeno na okresy Uherský Brod, Uherské Hradiště a Hodonín. V nařízení z 27. září 1939 byly stanoveny zásady tvoření stanných soudů, řízení před nimi, možnosti uložení trestu a to smrti, předání gestapu. Heydrich dodatečně stanovil, že tento trest bude skutečně předáním odsouzeného do koncentračního tábora 3. stupně, nejtvrďšího v Mauthausenu, což znamenalo stejně téměř jistou smrt nebo zproštění. Heydrich také připustil možnost odchýlit se od platného práva (jako by v jeho nařízeních vůbec o právo šlo).

Za tohoto 1. stanného práva bylo na základě „rozsudků“ stanného soudu popraveno jen v Kounicových kolejích 142 osob (další v koncentračním táboře Mauthausenu). V 884 případech byl uložen trest předání gestapu.

Po atentátu na Heydricha - od 27. května do 3. července 1942 bylo na základě rozsudků stanného soudu v Brně popraveno v Kounicových kolejích 395 osob a dva v koncentračním táboře Mauthausen - parašutisté nadporučík Oldřich Pechal a rotný Jindřich Čoupek - 22. září 1942.

K zproštění obžaloby došlo za 1. stanného práva výjimečně (např. armádní

generál Eduard Kadlec, prof. MVDr. Král), za 2. stanného práva pravděpodobně jen v jednom případě.

V dokumentech, např. v rozsudcích stanného soudu bylo sice nadepsáno „ve jménu německého lidu“ (toto označení zavedeno v německém soudnictví 16. 2. 1934), ale nad tím v záhlaví bylo jednoznačně nadepsáno, že jde o stanný soud (Standgericht) řídicí úřadovny gestapa v Brně. Tuto skutečnost ani gestapo nezapíralo, že jde o institut politické policie.

Tuto realitu navenek ukazoval i fakt, že v posluchárně sloužící pro zasedání nebyl oficiální státní znak a vlajka Říše, ale černá vlajka s dvěma stříbrnými písmeny SS.

Samotný předseda (někdy uváděný jako prezident stanného soudu) neměl právnické vzdělání, jeho zástupci dr. Bruno Lettow a Friedrich Ebert byli sice absolventy právnických fakult, ale neměli kvalifikaci soudce z povolání. Totéž se týkalo dr. Otty Ernestyho z SD. Jinak všichni přísedící a žalobci neměli vůbec žádné právnické vzdělání, byli toliko důstojníky (Führer) SS, což byla podmínka členství v senátech. U stanného soudu nebyl tedy ani jediný člen, který by měl kvalifikaci soudce z povolání. Při tom v době, kdy se „tisíciletá Říše“ hroutila, říšský ministr justice dr. G. Thierack, jinak známý bývalý prezident Lidového soudu, který poslal na smrt velmi mnoho příslušníků odboje, vydal 15. února 1945 výnos o zřizování stanných soudů pro stíhání těch občanů Německa, kteří se dopustí činů, ohrožujících obranyschopnost nebo projeví zbabělost a při tom vyslovil nezbytnost, aby předsedou stanného soudu byl trestní soudce (přísedícími politický vůdce nebo člen NSDAP, důstojník wehrmachtu nebo zbraní SS, popřípadě policie). V této době, kdy počínal rozklad Říše, musel být předsedou stanného soudu trestní soudce. Pro gestapo v letech 1941 – 1942 nebylo zapotřebí soudce, jemu stačili důstojníci SS z gestapa nebo SD či kriminální policie.

Rozsudek byl rozmnožen cyklostylem a vedoucí protokolu ho pouze doplňoval. Náležitosti rozsudku (§ 267 německého trestního řádu) vůbec neměl. Nebyl vůbec výrok, který by uvedl skutek, z kterého je obžalovaný uznáván vinným, nebyly vůbec žádné důvody rozsudku (hodnocení důkazů, v čem spatřuje soud trestné jednání, proč byl uložen trest a za jakých okolností). Rozsudek byl naprosto nepřekoumatelný.

Stejně to platí o obžalobě. Písemná obžaloba (Anklageschrift) nebyla ani v ústním návrhu žalobce, nebyl upřesněn skutek (§ 200 německého tr.ř.), použitý zákon a tzv. podstatné výsledky vyšetřování (důvody).

Trestné jednání bylo vymezeno v nařízení Heydricha z 27. září 1941 tak široce a obecně, že stanným řízením mohl být a také byl postihnut obyčejný přestupek (neohlášení se k pobytu). V rozsudku bylo jen konstatováno zcela všeobecně, že odsouzený se dopustil činu dle § 3 a 4 tohoto nařízení, že narušoval veřejný pořádek a bezpečnost, „někde že ohrožoval“ hospodářský život, nebo bylo dopsáno, že se „obžalovaný dopustil“ přípravy k velezrádnému jednání. To bylo nacyklostylováno a použito u všech odsouzených.

Stanné soudy se mohly zabývat toliko činy, které byly spáchány po jeho vyhlášení.

Ve skutečnosti byly postaveny před stanný soud celé řady českých vlastenců, kteří byli ve vazbě celé měsíce. Např. továrník Jan Sigmund z Lutína byl zatčen 6. listopadu 1940 a popraven byl 30. června 1942.

Po odsouzení byli popraveni lidé z území (za 1. stanného práva), na které se výjimečný stav ani nevztahoval nebo kde byl již zrušen.

Nebylo dbáno na to, aby nebyly popraveny těhotné ženy (§ 453 německého tr. ř.). Např. Jaroslava Kolaříková byla v Kounicových kolejích popravena i když byla ve vysokém stupni těhotenství. Božena Žižlavská byla popravena v šestinedělí.

Před stanný soud byly postaveny osoby mladší 18 let. Např. 21. dubna 1945 byl popraven šestnáctiletý Karel Švejda.

V praxi stanných soudů byl uplatňován tzv. Sippenhaft, odpovědnost rodiny za činy některého člena. Karl H. Frank ve vyhlášce z 27. května 1942 hrozil zastřelením celé rodiny za neoznámení pachatelů atentátu. A také skutečně byli postiženi členové rodin za to, když se u nich objevil policejné neohlášený člověk.

Na návrh šéfa bezpečnostní policie a SD Horsta Böhma, Karl H. Frank schválil jako důvod k odsouzení k smrti tak za schvalování atentátu na Heydricha. Pod touto záminkou bylo popraveno mnoho lidí, které navrhla k odsouzení bezpečnostní služba (SD) jenom proto, že je pokládala za nebezpečné pro Říši.

K smrti byly odsuzovány osoby, které se staly předmětem vyložené provokace. Např. ve Viničných Šumicích agent gestapa dával pokyny k založení ilegální skupiny, sháněl pro ně zbraně a nabádal je, aby vyhodili do vzduchu železniční most u Rousínova. Stanný soud věděl, že jde o provokaci a přece poslal na smrt osm osob.

Kriminální rada Hugo Römer vyšetřoval činnost parašutisty nadporučíka Oldřicha Pechala a jeho pomocníky. Přesto se stal členem senátu, ačkoliv byl z rozhodování vyloučen.

Někteří lidé byli popraveni jen proto, že se jich chtělo gestapo zbavit. Např. doc. František Wencel z Brna byl poslán 9. 6. 1942 na smrt jen proto, že měl odlišné názory na organizaci zemědělského družstevnictví než Němci. JUDr. Miroslav Fibich, okresní soudce z Tišnova byl 23. 6. 1942 popraven proto, že vyloučoval občany, aby se nepřihlašovali k Němcům.

Rozsudky stanného soudu byly vykonatelné, jakmile je schválil obvykle dálnopisem nebo kurýrem SS Gruppenführer Karl H. Frank jako Vyšší vedoucí SS a policie. I tato skutečnost dokumentuje, že celý postup neměl nic společného s řízením před soudem.

V řízení před stannými soudy nešlo tedy v žádném případě o rozhodování skutečného soudu. Jednalo se o tzv. Sonderbehandlung. Dne 3. září 1939 vydal Heydrich jako šéf bezpečnostní policie a SD oběžník o „zásadách vnitřního zajištění státu během války“ jako směrnicí Vyšším vedoucím SS a policie, inspektorům bezpečnostní policie a řídicím úřadovnam gestapa. Uvádělo se v něm: „Každý pokus o rozložení semknutosti a vůle v boji německého národa musí být bezohledně potlačen. Zejména je nutno, ihned zatknout každou osobu, která vyjdruje pochybnosti o vítězství

německého národa a zpochybňuje spravedlivost války... Za předpokladu, že k tomu došlo veřejně nebo že byly vytvářeny skupiny, musí být takové osoby zatčeny v každém případě. Po zatčení podezřelé osoby je třeba provést neprodleně všechny vyšetřovací úkony k co nejuplněnějšímu objasnění případu. Pak je třeba neprodleně podat zprávu šéfovi bezpečnostní policie a požádat o rozhodnutí, jak má být s případem naloženo, protože popřípadě může dojít na vyšší pokyn k brutální likvidaci takových elementů...". Dne 20. září 1939 vydal Heydrich prováděcí pokyn, ve kterém se podrobně vysvětlovalo, že pachatelé, jejichž činy jsou zvláště závažné pro svou „nebezpečnost nebo propagandistické účinky“ musí být vyhlazeni bez zřetele k osobě bezohledným způsobem (totiž exekucí). Jako příklady se uváděly pokusy sabotáže, pobuřování nebo demoralizování příslušníků armády nebo většího okruhu osob, hromadění zásob ve větším měřítku, aktivní komunistická nebo marxistická činnost. V tomto prováděcím výnose se pojem „Sonderbehandlung“ objevil poprvé. Úřadovna gestapa měla ve všech případech, který se jevil vhodný pro „Sonderbehandlung“ ihned uvalit ochrannou vazbu (Schutzhaft) podat dálhopisně zprávu šéfovi bezpečnostní policie (Heydrichovi). Ochranná vazba se měla uvalit proto, aby se předešlo tomu, aby případ převzal vyšetřující soudce (za 1. stanného práva došlo v Brně k rozepří mezi kriminálním radou Ottou Koslowskim z gestapa a vyšetřujícím soudcem „úředního soudu“ v Brně dr. Frankenbergem, který odmítal vydat gestapu vězně, na které již uvalil vazbu „Haftbefehl“. Všemocný Koslowski z vítězil a soudce musel do armády. Dne 26. září 1939 byla vydána další směrnice, z které vyplynulo, že rozhodovat o „SONDERBEHANDLUNGU“ bude vůdce SS a šéf německé policie Heinrich Himmler. V Německu začalo být používáno „Sonderbehandlungu“ již v září 1939. U nás to byla poprava 17. listopadu 1939 v kasárnách v Ruzyni devíti funkcionářů Svazu vysokoškolského studentstva. Činnost stanných soudů nebyla ničím jiným než určitá forma postupu při „Sonderbehandlungu“. Nacisté ji vedle zmíněných tří stanných práv v Brně používali později častěji. Dne 14. listopadu 1942 bylo popraveno v Kounicových kolejích oběšením šest občanů na příkaz Himmlera pro pokus o vytvoření diverzní skupiny v Beskydech (Vít Želízko a spol.). Od podzimu 1944 počalo docházet k masovému zavádění „Sonderbehandlungu“ veřejnými popravami na východní Moravě, na 120 osob bylo zastřeleno od 9. ledna do 16. dubna 1945 ranou do týla na dvorku mezi stěnou bloku A a sálem v Kounicových kolejích. Poslední bylo zastřelení tří osob v kotelně a 8. dubna 1945 pak 235 českých občanů v koncentračním táboře Mauthausen, kam je na smrt poslalo brněnské gestapo.

5. května 1994 byla na Právnické fakultě MU v Brně odhalena pamětní deska MU v Brně, sdělující studentům práv, že v budově fakulty se v době nesvobody, od 17. prosince 1940 až do 25. dubna 1945 neučilo právo, nevychovali se mladí lidé k účtě k právu, ale že zde bylo místo, kde zruďné gestapo připravovalo na smrt pod rouškou „soudu“ stovky českých lidí, kteří neudělali nic jiného, než bojovali za svobodu své vlasti.

ZÁKLADNÍ RYSY VÝVOJE KONSTITUCIONALISMU V ČESKOSLOVENSKU V LÉTECH 1918 -- 1993 *

Michaela ŽIDLICKÁ

Mesdames et Messieurs,

permettez-moi, dans mon discours d'aujourd'hui, d'essayer de mettre en évidence certains aspects de l'évolution de la constitutionnalité tchèque à partir du rétablissement de l'Etat tchèque en 1918 jusqu'à nos jours. Je suis un peu confuse ne sachant si j'ai bien utilisé la notion de "l'Etat tchèque" car pendant la grande partie de l'époque que j'ai l'intention de suivre, c'était la République Tchécoslovaque qui a existé, et à l'heure actuelle, d'un peu plus de deux ans plus tard seulement, ce sont la République Tchèque et la République Slovaque en tant que deux pays indépendants. Cela m'a suggéré l'idée de mentionner d'abord quelques aspects à cause desquels l'Etat tchèque se retrouvait devant les situations difficiles.

C'est la position géographique elle-même de notre pays au coeur de l'Europe, dans un territoire très important du point de vue de pouvoir et politique qui attire l'attention. En même temps, il est situé sur la frontière imaginaire des deux territoires culturels différents - d'Europe occidentale et orientale. Les pays tchèques ont été influencés par les événements culturels et politiques de l'Europe occidentale tandis que la Slovaquie, elle, a été notamment sous influence des relations culturelles et politiques orientales. L'Etat tchèque avait une tradition de plusieurs années, tandis que les Slovaques n'ont créé leur propre Etat que dans la période beaucoup plus récente. Pour cette raison, je veux me borner dans mon petit discours historique aux pays tchèques.

La tradition de l'Etat Tchèque commence par la Grande Moravie au tournant du 9-10 siècles (830-906). Après sa disparition, l'Etat tchèque est transformé en Principauté de Bohême, représentée par la famille Premyslides. A partir du 1158, les pays tchèques sont devenus royaume héréditaire. Les rois tchèques dominaient sur les vastes territoires et jouaient un rôle important dans l'histoire de l'Europe centrale. A titre d'exemple, je peux mentionner le fait que le roi tchèque a été le

* Přednášky pro Práv. fakultu Jeana MONNETA - PARIS XI, SCEAUX

premier parmi les sept Electeurs à élire l'empereur de l'Empire roman de la nation allemande. Le rôle du roi tchèque s'est manifesté le plus nettement à l'époque du règne du roi Charles IV (1346-1378) qui était en même temps empereur allemand et dont le siège se trouvait à Prague. D'ailleurs, dans sa jeunesse il était éduqué à la cour française à l'esprit du premier humanisme. L'époque de son règne, c'était une période de l'épanouissement économique et culturel inouï du pays. Les oeuvres monumentales du gothique rayonnant conservées jusqu'à nos jours ainsi que les gestes, comme la fondation de l'Université Charles à Prague (1348) sont le meilleur témoignage de son règne.

Les pays tchèques ont joué un rôle remarquable, bien qu'estimé de manière souvent contradictoire, dans le mouvement de la Réforme en Europe. Le supplice par le feu du prédicant fervent Jean Hus a incité une insurrection des masses dans l'esprit de la Réforme – "le hussitisme". Au fur et à mesure, le mouvement a dépassé le cadre religieux, et a commencé à s'adresser contre l'ordre féodal. La reconnaissance officielle de l'Eglise utraquiste à côté de l'Eglise catholique ainsi que l'affaiblissement de l'Eglise catholique en tant que le plus fort féodal ont été les résultats positifs du mouvement hussite.

L'échec du mouvement hussite a apporté des conséquences négatives au développement de l'Etat tchèque. Il s'agissait avant tout de l'affaiblissement du pouvoir du roi et de la position dominante des Etats dans l'administration du pays. Une expansion ultérieure des Habsbourg d'Autriche (début du 17^e siècle), représentants du procédé de la contre-réforme, a suscité l'insurrection des Etats tchèques ayant subi un échec en 1620. Au fur et à mesure, la famille Habsbourg a créé un Etat centralisé constitué par plusieurs nationalités, les pays tchèques étant devenus sa partie intégrante. Ainsi l'Etat tchèque a perdu son indépendance pour trois cent ans.

L'Etat indépendant a été rétabli après la Grande guerre (1918). Ce n'était cependant pas l'Etat tchèque qui a pris sa naissance, mais la République Tchécoslovaque. Elle a été constituée de quatre pays: la Bohême située au coeur du royaume tchèque historique, la Moravie et la Silésie – à savoir le territoire de l'ancien margraviat de Moravie et d'une partie du duché de Silésie, et la Slovaquie occupant le territoire de l'ancienne Hongrie peuplée en majorité par les Slovaques, et de la Russie subcarpatique, territoire peuplé par la branche méridionale des Ruthènes subcarpatiques. La composition du nouvel Etat était hétérogène. La Bohême, la Moravie et la Silésie ont été développées du point de vue économique ainsi que culturelle, ont eu une tradition de l'Etat, ne se sont jamais résignées à leur position dans le cadre de la Monarchie des Habsbourg et se sont efforcées de créer leur propre Etat. Par contre la Slovaquie, ainsi que la Russie subcarpatique étaient moins développées du point de vue économique et culturelles, et le sentiment des nations opprimées s'y est implanté. Les Slovaques ont accédé au nouvel Etat en souhaitant sa conception fédérative, les Ruthènes avec l'idée de l'autonomie. A part des efforts à la tradition dans l'histoire, il y avait deux facteurs ayant influencé la fondation du nouvel Etat.

C'était d'une part la résistance au niveau national et international, dirigée par T.G. Masaryk – les légions tchèques en France étaient aussi une de ses parties, d'autre part c'était la conception politique globale en Europe en tant que conséquence de la Grande guerre.

Je crois que cette courte réflexion a été nécessaire pour une compréhension plus profonde de la partie suivante de mon discours où je vais essayer de mettre en évidence l'évolution du système constitutionnel à partir de 1918 jusqu'à nos jours. Notre pays, bien que sous une forme différente, était pendant ces années de nouveau exposé aux conséquences des principaux événements du développement européen.

Comme base de la constitution du nouvel Etat est considérée la Loi du 28 octobre sur la fondation de l'Etat Tchécoslovaque indépendant ainsi que le Premier document constitutionnel sur la constitution provisoire. La Constitution provisoire a constitué trois organes suprêmes, à savoir l'Assemblée générale, le gouvernement et le président de la république. La vigueur de la Constitution provisoire a expiré en octobre 1920, ou la loi qui introduit la Charte de la République tchécoslovaque et la Charte proprement dite ont été adoptées. Le document précité est devenu la loi fondamentale – Constitution de la République Tchécoslovaque. Le texte de la Constitution a été basé sur les modèles différents – Constitution d'Autriche du décembre 1867, Constitution française, notamment dans le domaine de la construction du parlementarisme ainsi que la Constitution de la préambule américaine. Les parties entières de la constitution, comme p.ex. la protection des minorités ou la position de la Russie subcarpatique, ont été reprises des traités de paix.

Les différents chapitres de cette charte contenaient les dispositions générales sur le pouvoir législatif, public et exécutif, et sur le pouvoir des juges. Ils contenaient également les pouvoirs, libertés et obligations civiques et déterminaient la protection des minorités ethniques, religieuses et raciales. Au fur et à mesure, le texte de la Constitution était complété par les lois constitutionnelles et d'application ayant assuré la réalisation de la Constitution.

Bien qu'ils s'agisse de la première constitution dans l'Etat récemment créé, le texte de la charte du 1920 est un document équilibré et complexe jouant le rôle de la loi fondamentale du pays jusqu'au 1938. Par ses dispositions, il a codifié le caractère de l'Etat en tant que démocratie parlementaire. C'est pour cette raison que le Parlement et le gouvernement actuels se sont adressés lors de l'élaboration de la nouvelle Constitution à ce document car c'est là où les bases d'un Etat démocratique moderne ont été posées.

Jettons un coup d'oeil au moins sur certaines dispositions fondamentales – notamment celles paraissant être typiques. C'est une structure des institutions au pouvoir législatif et leurs rapports. Le pouvoir législatif a été représenté dans la période de la Première république par l'Assemblée générale à deux chambres, constituée de la Chambre des députés et du Sénat. La Chambre des députés a prouvé une certaine domination consistant dans une compétence plus étendue. A part de la législation, le contrôle appartenait aussi parmi les tâches du Parlement. Le Sénat

a été constitué en tant qu'une institution professionnelle, de contrôle, dépourvue de l'influence politique directe. Le président a été en tête de l'Etat, et ses compétences et rapports vis-à-vis du Parlement lui garantissaient une influence à la gestion des affaires gouvernementales. La conception de sa position avait pour l'objectif d'atteindre un équilibre de son indépendance et responsabilité. Le président n'était pas responsable de l'exécution de sa fonction, le Parlement n'avait pas de possibilité de le révoquer. Une règle y liée étroitement a existé, consistant dans le fait que chaque geste du pouvoir public ou exécutif du président nécessitait de la signature d'un membre responsable du Parlement pour être valable. Le président avait le droit de convoquer et conclure les sessions du Parlement, les ajourner ou lever. La Constitution a déterminé son obligation de mettre au courant l'Assemblée générale de l'état dans lequel la république se retrouvait. Il avait le droit de mettre son veto aux lois approuvées, sous condition que la dernière décision ait été toujours réservée au Parlement (veto suspensif). Les compétences et rapports ainsi concus avait pour conséquence pratique une influence équilibrée de toutes les institutions démocratiques. En réalité, le président lors de l'exécution des pouvoirs lui confiés par la législation courante respectait les points de vue des leaders des partis de coalition ou contribuait à les former. L'aspect décisif de la forme parlementaire du pouvoir a consisté dans le fait que le gouvernement, par l'intermédiaire duquel le pouvoir d'Etat était exécuté, était responsable vis-à-vis de la Chambre des députés, cette dernière pouvant lui voter la motion de censure.

Une large gamme des tribunaux a été caractéristique pour la juridiction. La juridiction a été séparée de l'administration. La Constitution a déterminé l'indépendance des juges et leur responsabilité vis-à-vis de la loi.

La démocratie de la Première république bourgeoise a été documentée par l'acte des principaux droits, libertés et obligations civiques (principe d'égalité, liberté individuelle et économique, liberté de la presse, droit de réunion et d'association, liberté de l'enseignement, de conscience et de l'expression de l'opinion etc.), ayant été décrits plus en détail dans la législation exécutive. La protection des minorités ethniques, religieuses et raciales, établie dans le chapitre final de la charte, a été en principe une réalisation au niveau national des engagements de la République Tchécoslovaque déterminés par les traités internationaux.

Il est nécessaire de signaler que la réalisation des engagements précités, déterminés par la Constitution, ainsi que certaines lois constitutionnelles et décrets d'application ultérieurs ont été marqués par les traits ou éléments au moins douteux, ou même négatifs ayant pour conséquence les difficultés d'application et des perturbations au niveau de la société entière (à titre d'exemple, il a fallu constituer le gouvernement de techniciens trois fois pendant la Première république, le mécanisme entier manifestait un penchant à la partiocratie). La fausse solution de la question des nationalités a même contribué aux événements funestes pour la Tchécoslovaquie. En préambule même de la Constitution, la version officielle de la question des nationalités s'est manifestée, à savoir l'idée du "tchécoslovaquisme". Cela veut

dire qu'au lieu de reconnaître la nation tchèque et la nation slovaque, une nation unie, tchécoslovaque a été constituée, et le problème fondamental du principe des nationalités dans l'histoire entière de la Tchécoslovaquie – les rapports des nations tchèque et slovaque – non seulement n'était résolu, mais l'existence du problème lui-même n'était même pas admise. On ne peut cacher ni le fait que dans les années vingt et trente, en République Tchécoslovaque vivaient plus d'Allemands que de Slovaques, et le nombre des Hongrois n'était non plus négligeable. La disposition de la Constitution concernant l'autonomie de la Russie subcarpatique n'a pas été non plus réalisée en pratique.

Les soi-disants "accords" de Munich et les événements qui succédaient ont représenté la vraie fin de la Constitution du 1920. Ils ont abouti en destruction de la construction constitutionnelle, et ensuite en liquidation de la Tchécoslovaquie. La liquidation a été formellement exécutée le 15 décembre 1938 où la loi a été adoptée ayant attribué au gouvernement le droit de remplacer les lois par les décrets gouvernementaux pendant une période de deux ans, et ayant donné la procuration au président du protectorat de Bohême-Moravie Dr. E. Hácha d'adopter les décrets au pouvoir constitutionnel. Cet acte a représenté la fin des restes du parlementarisme.

La problématique historique et juridique de la période du 1938 à 1945 représente un chapitre indépendant de l'histoire non seulement tchécoslovaque, mais européenne. Du point de vue juridique, il s'agit dans plusieurs sens des aspects juridiques très compliqués dont l'interprétation n'est pas univoque jusqu'à nos jours (p.ex. ceux liés aux accords de Munich).

L'évolution ultérieure du système constitutionnel de notre République a été influencée considérablement par la restitution de la Constitution, effectuée sur la base du décret constitutionnel du président du gouvernement d'exil dr. Edvard Beneš sur le rétablissement de la jurisprudence. La question de la continuité et discontinuité a été formulée ainsi de suite:

"Les règlements constitutionnels et d'autres de l'Etat Tchécoslovaque, valables jusqu'au 29 septembre 1938 inclus, sont basés sur la libre volonté du peuple tchécoslovaque et constituent la jurisprudence tchécoslovaque. Les règlements dans ce domaine, adoptés dans la période où le peuple tchécoslovaque a été dépourvu de sa liberté, ne font pas partie de la jurisprudence tchécoslovaque".

La restitution de la Constitution a représenté un geste très important pour notre pays car ainsi le principe du rétablissement de la Tchécoslovaquie a été reconnu.

Ce n'est pas seulement l'histoire de notre pays, mais c'est même l'époque contemporaine qui documentent le fait que les problèmes de la continuité et de la discontinuité sont les sujets juridiques très difficiles et spécifiques représentant même aujourd'hui – après la séparation des Républiques Tchèque et Slovaque le 1^{er} janvier 1993 – les questions importantes de la théorie et pratique juridiques tchèques. Il est possible de dire que les problèmes de l'histoire juridique sont mis en relief dans le monde entier car p.ex. la désintégration du monde socialiste ou l'émancipation en cours des nations en Afrique et ailleurs provoquent de nombreux changements

dans la création et codification des rapports parmi les Etats et les nations. Du point de vue juridique, les problèmes de la vigueur ou nullité des nombreux "accords", souvent tout-à-fait différents, des modifications des mesures constitutionnels et autres, non seulement dans les différents pays, mais aussi dans le cadre d'un seul pays, provoquent des différents points de vue ainsi que des conflits sérieux.

Pour le manifester, je vais citer de manière simplifiée les facteurs ayant influencé la Constitution en 1945: La création du système social provisoire de la République Tchécoslovaque a représenté la continuité avec la Première République. Après la dictature de Munich, et notamment après l'année 1939 jusqu'à la fin du manque de liberté, plusieurs groupes des règlements juridiques ont pris leur naissance au fur et à mesure en tant que résultat du travail des institutions très différentes participant à la création des normes. Il s'agissait des documents suivants:

- actes des organes du système social provisoire de la République Tchécoslovaque
- actes du Protectorat de Bohême et Moravie
- actes de l'Etat Slovaque - notamment Constitution de la République Slovaque datant du 1939, basée avant tout sur le modèle italien
- actes publiés par le président de la République dans le cadre du système social provisoire
- actes du Conseil national slovaque, ayant pris naissance en 1944, ayant adopté les décrets au caractère des lois, et, en fait, ayant fondé le dualisme juridique dans le cadre de la Tchécoslovaquie.

Cela a évidemment provoqué une situation extrêmement compliquée après la guerre car il était nécessaire de délimiter concrètement le droit, valable et utilisé sur le territoire de la République Tchécoslovaque après le rétablissement de son indépendance. Bien qu'en principe la conception de la continuité juridique avec la Première République se soit mise en valeur, il n'était cependant pas possible de renouer avec l'état de la Constitution d'avant 1938 car les conditions ont changé de manière considérable. Il fallait chercher des compromis avec les autres représentants du pouvoir. Les influences réciproques ainsi que l'état réel des deux conceptions de base (conception de Londres et celle de Moscou) de la construction de la Tchécoslovaquie d'après-guerre, le développement dans le domaine de la diplomatie internationale et d'autres facteurs ont influencé sans doute le rétablissement de l'autonomie de l'Etat ainsi que sa jurisprudence. Bien que cela soit devenu la tâche principale de l'Assemblée constituante créée en fonction des élections en 1946, il n'en était pas ainsi. Les contradictions lors de la préparation de la Constitution ont reflété les deux conceptions s'exacerbant, à savoir le problème s'il fallait considérer la Charte de 1920 comme base, ou bien élaborer une nouvelle conception. Le conflit s'exacerbant au fur et à mesure concernant le futur caractère de l'Etat s'y reflétait, ayant abouti en février 1948 où - comme vous le savez sans doute - le parti communiste s'est emparé du pouvoir.

Deux Constitutions ont été adoptées pendant la période du pouvoir totalitaire, à savoir:

- la Constitution du 9 mai, déclarée en tant que loi constitutionnelle No. 150/1948 du Recueil des lois
- la soi-disante "Constitution socialiste" - loi constitutionnelle No. 100/1960 du Recueil des lois. C'étaient les raisons purement politiques et idéologiques du caractère de prestige qui ont mené à son adoption. La soi-disante "construction" du socialisme de l'époque a abouti en expression concentrée des principes et des règles de l'existence ainsi que des règles de la société totalitaire du type stalinien. Leur valeur normative a été complètement douteuse.

Je n'ai pas l'intention d'analyser le contenu des Constitutions mentionnées. Je vais mettre en relief notamment leurs éléments négatifs, caractéristiques pour le système constitutionnel d'époque.

La disposition clé de la Constitution de 1960, c'est l'article déterminant le rôle dirigeant du Parti communiste de la Tchécoslovaquie ce qui permettait de mettre les gestes politiques au-dessus de la jurisprudence. On a quitté le pluralisme politique et l'a remplacé par le système du Front National, dépourvu de toute spontanéité de la fondation des partis politiques et ayant limité le libre concours des partis. Les différences entre les partis régnants et ceux d'opposition ont été éliminées. La propriété privée a été supprimée, et l'étatisation universelle de la société a été implantée. Les principes constitutionnels représentent en fait un modèle étatisé de la société, géré par le mécanisme du parti. Ainsi p.ex. le système dualiste de l'autonomie communale et de l'administration d'Etat a été supprimé, et le système des comités nationaux (une sorte des municipalités d'époque) représentant le pouvoir local et l'administration d'Etat a été constitué. Le système des "comités nationaux" assurait ainsi d'une part le pouvoir d'Etat (la ligne centrale), d'autre part le pouvoir a été exécuté dans les grandes lignes politiques, dans le sens du rôle dirigeant du Parti communiste, par l'intermédiaire du "pouvoir et administration des comités nationaux" déclarés. Au lieu du ministère public dans le sens classique, c'était la conception des ministères publics constitués dès le début en tant que l'organe avant tout répressif ce qui convenait à la manière directive stalinienne de la gestion de la société. Le ministère public lui-même était dépourvu de pouvoir législatif, exécutif ainsi que judiciaire ce qui le distinguait de la répartition classique tripartite du pouvoir et du système correspondant des organes d'Etat. Par contre, il jouait le rôle d'une surveillance universelle.

Les actes constitutionnels des principaux droits et des libertés civiques implantés dans les Constitutions précitées, étaient une réflexion de l'idéologie exagérée de cet institut constitutionnel de la part des structures de pouvoir d'époque. Elles mettaient en relief le côté collectif des certains droits et libertés en faveur du système totalitaire, ce qui, dans sa conséquence, contestait et déformait les droits et libertés de l'individu.

On peut dire que les suivants facteurs sont caractéristiques pour les Constitutions du système totalitaire:

- rupture totale avec le passé démocratique du pays
- adoption d'un modèle étranger (soviétique) de la Constitution sans prendre en considération les propres traditions et conditions
- le caractère explicatif de la Constitution menant à la contradiction entre le texte de la Constitution, les lois et la pratique judiciaire. Du point de vue juridique, on peut exprimer brièvement le caractère de ces modifications par une courte citation latine: *ubi ius incertum, ibi ius nullum* (Il n'y a pas de droit là où le droit est incertain).

* * *

Le 17 novembre 1989 symbolise la désintégration du système communiste dans notre pays. En même temps, c'est le symbole des changements ayant suivi:

- réalisation des principes d'un Etat juridique reconnaissant les principaux droits et libertés (naturels)
- rétablissement du système politique basé sur la libre concurrence des partis politiques dans le cadre du pluralisme politique
- création continue du système économique, sortant du même contenu législatif et de la protection de propriété, de la liberté d'entreprise et des valeurs de l'économie de marché.
- procédé de la déétatisation et création des autonomies communales
- procédé du rapprochement continu aux structures européennes.

Il s'agit donc du changement de l'ensemble du système, y-compris le système constitutionnel. Il n'a pas été facile d'élaborer la Constitution sous conditions actuelles difficiles au niveau national et international. Ce qui était positif c'est qu'il était possible de renouer avec les traditions démocratiques de la Première république ainsi que le fait que la partie considérable de notre société - intelligence avant tout - avait rompu avec le système totalitaire ce qui s'est manifesté nettement déjà lors du "Printemps de Prague" en 1968. La représentation politique après 1989 est en majorité d'accord des objectifs de base, y-compris la conscience qu'il n'est pas possible d'accomplir les principes d'un Etat juridique sans adopter une nouvelle Constitution. Cette conscience a mené les autorités de notre pays à son élaboration et adoption, et le 1^{er} janvier 1993, la Constitution de la République Tchèque est entrée en vigueur. Avec l'Acte des principaux droits et libertés de l'homme, elle constitue un ensemble qui est le principal composant de l'ordre constitutionnel de la République Tchèque.

Tout en ayant profité des expériences du constitutionnalisme moderne européen lors de la préparation de la Constitution de la République Tchèque, elle sort historiquement des expériences de la conception de l'Etat après sa création, comme

s'est reflété dans la Constitution du 1920. L'influence du texte de la Charte est évidente, malgré le fait que la conception de la Constitution du 1920 est positiviste et nationale, et celle du 1992 est en principe par sa nature juridique et civique.

Du point de vue de sa structure et construction, la Constitution a, en fait, le double contenu ce qui correspond en principe aux contenus des autres Constitutions démocratiques dans le monde. Premièrement, la Constitution implante la structure de l'Etat (ses organes ou systèmes des organes et rapports entre eux - technologie du pouvoir), y-compris les bases des règlements du droit constitutionnel (loi électorale, procédures etc.). Deuxièmement, les normes constitutionnelles déterminent les principaux droits et libertés de l'individu, év. des minorités.

Ceci dit, il en résulte qu'il ne sera pas si facile que cela de transmettre les constructions constitutionnelles en pratique. Il existe des survivances en conscience des gens, mais aussi de certains autorités politiques influencant négativement le procédé. Ce qui survit en conscience des gens c'est p.ex. la connaissance que le texte de la Constitution et la réalité sociale et politique sont deux catégories très différentes, pour cette raison l'importance de la Constitution et constitutionnalité a diminué considérablement auprès du public au cours des années précédentes. La réalisation affronte beaucoup d'autres difficultés. Le Sénat n'a pas encore été constitué, la Chambre des députés ne peut donc pas être supprimée, le Tribunal constitutionnel ne travaille que pendant une courte période. La pratique constitutionnelle varie encore dans certains aspects de la modification de la Constitution ce qui peut renforcer la position dominante de la Chambre des députés et des partis politiques au pouvoir. Il faut rappeler également l'absence des autonomies communales au niveau plus élevé. Pour cette raison, il parait être très important de résoudre rapidement certaines normes et de fonder en réalité les institutions et les rapports constitutionnels en résultant prévues par la Constitution.

En conclusion de mon discours je voudrais dire qu'il faut considérer comme un grand succès le fait que notre pays a su, dans un délai aussi court et après des années de la destruction constitutionnelle, élaborer et adopter une Constitution digne des pays démocratiques modernes. Toutes les expériences positives et négatives dont nous avons parlé se sont reflétées dans le procédé de sa préparation et élaboration. Les expériences de la théorie et pratique juridiques des Etats démocratiques, y-compris la France, étaient non moins importantes. Nous vous serons reconnaissants de votre aide même dans l'avenir car nous ne sommes qu'au début de la création d'un vrai milieu constitutionnel.

PŘEDNÁŠKY
Z AHRANIČNÍCH
PROFESORŮ

Democracy and Minority Rights

Theo van DIJK

1.

Introduction.

For those who ever visited the Netherlands one of the most striking features is the great number of so-called ethnic minorities one meets in the streets, especially in the bigger cities. The Netherlands truly can be called a multi-cultural and multi-ethnic society.

Next to the people who migrated from the former Dutch colonies Antilles, there are also people from Morocco and Turkey who came to Holland in the 1960s as so-called 'guest-labourers', later to be joined by their wives and children, the latter now having children of their own, so we can speak of a third generation already. In addition to these groups there are also people from Somalia, Cape Verdian Islands, Ghana, former Yugoslavia and many many more countries living in the Netherlands now as more or less permanent residents.

One can understand that this diversity of people living in one country will not only have positive consequences in the sense of a more 'colourful society' with an interesting variety of cultural manifestations in the sphere of religion, music, food etc., but that it can also be a source of cultural conflicts, discrimination and racism.

It is this more problematic side of the multi-cultural society that I would like to discuss here. What ways can be found to avoid the possibility of growing tensions and conflicts between people of Dutch origin and people who have migrated and will migrate to the Netherlands in the future? Two main themes that are directly

related with the problems of a multi-ethnic society, namely that of the idea of legal pluralism on the one hand and that of a *defensible democracy* on the other, will be dealt with here.

First I will draw a very brief sketch of the current social and political situation in the Netherlands (par. 2), to be followed by a description of the notion 'democracy' (par. 3), par. 4 will deal with the idea of 'legal pluralism' as a possible way of preventing and/or reconciling cultural conflicts. In the 5th par. the idea of a 'defensible democracy' will be discussed to be followed by some final remarks (par. 6)-

2.

Elections in the Netherlands.

March 1994 city-council elections were held in the Netherlands, followed by national elections in May 1994. One of the favourite items political parties were addressing in their election-campaigns was that of the presence of ethnic-cultural minorities in this country.

A worrying fact in this respect is that the right-extremist parties in the Netherlands, who not surprisingly are not very positive about the presence of people of non-Dutch origin in this country (especially the so-called Centrum-Democrats (sic!) and the Centrum-Party 86), have gained more votes than ever before, this at the cost of the more traditional parties (Christian-Democrats, Social-Democrats, Liberal Party). Support for these right-wing parties has come especially from the lower income-groups of Dutch society, that is people living in the same neighbourhoods as most of the ethnic minorities, mostly the older parts of city-centres. Still as the results of the city-council elections show also many people living in the so-called more 'respectable' neighbourhoods are inclined to vote for the right-extremist parties. Whereas the traditional political parties are (possibly rightfully) blamed for not taking the problems regarding these minorities and their relation with segments of the Dutch population really seriously, the right-wing parties make no secret of their willingness to address these problems with severe measures, which should eventually lead to a non-colourful Dutch society. And even though many people who will be voting for these parties do not really totally identify with the ideas these parties stand for, some of them see this choice also as a way of protest, a way of showing the traditional political parties that they have failed to create an effective and just policy that would have prevented the tensions that are said to have grown to unacceptable heights now within Dutch society.

Other and probably more important motives for people to vote for right-extremist parties could be the following two.

óPure' racism, that is the idea that non-whites are inferior to whites. The fact that some coloured people have a very different life-style, don't like to work and prefer living of social security-benefits, or do like to work, but only in same time,

are engaged in criminal activities as drug-dealing, burglaries and violent crimes, are not able to speak proper Dutch, don't have any respect for local (or national) habits, never pay for public transport, have lots of children for which they claim financial contributions of the state, cook funny and strange, play their music much too loud and much too long etc., will lead to the 'inevitable' conclusion that these attitudes can be ascribed to all the people that are not of Dutch origin.

A second motive could be a dissatisfaction with the own situation, following from things as a bad income-situation (low wages), (fear of) unemployment and bad living-conditions (ghetto-formation), a (supposed) relatively high crime-rate in the neighbourhood etc., in general to be defined as a kind of 'relative deprivation'.

Having speculated about the possible motives for people to vote for right-extremist parties (protest-votes, racism, relative deprivation) and assuming that these parties will indeed gain more political power, the question arises what to do about this worrying development. What to do about a situation in which a society faces a possibility of a segregation and polarization between an indigenous majority-population on the one hand and a diversity of minority-groups on the other. A society in which a part of the population is treated and judged as second-rate citizens because of their ethnic-cultural background cannot be judged as a civilized democratic society.

The question I would like to deal with could be phrased in general terms as: what room and/or protection can a democratic society afford and/or offer to minority-groups living in that society. And related to this the more concrete question whether or not, and if so, to what extent, different kind of people have a right to live in accordance with their own culture (values, norms, practices).

This question seems to be even more relevant in a time of a world-wide economic recession and political instability in different regions of the world (f.i. former Yugoslavia, countries in the former eastern communist world, some African states), this again leading to all kinds of migration-movements for political or economic reasons and thus to evermore new confrontations between different groups in society (that this theme is not only relevant for the current situation in the Netherlands can be illustrated by referring to recent incidents and developments in countries as Germany, Belgium and France)¹.

It must be emphasized that a society that is not willing to treat all inhabitants as principally equal in rights and status is a society that will find itself on the very dangerous and slippery road towards totalitarianism. Also from the minorities-perspective one cannot expect a positive contribution towards a more harmonious society once this direction has been chosen.

¹It must be stated the support for right extremist parties in countries as Belgium, Germany and France is much higher than in the Netherlands. Also the number and seriousness of racial incidents in these countries give reason for great concern.

3.

Formal and material democracy.

In the 1992 Seminar at the Masaryk University of Brno in the Czech Republic Prof. Van der Wal of the Philosophical Faculty of the Erasmus University Rotterdam (the Netherlands) spoke about the *formal and material features of democracy*. I would like to try to approach the problem as posed in the paragraph above from the perspective as it was offered then by Van der Wal. His central thesis was that (the western model of) democracy is the idea of a political constellation that fits with our (Western) culture and its prevailing opinions about being-human, living together, authority and the like. Thus the idea of *formal democracy* as a totality of game-rules that regulates the political decision-making process only in form/procedure without any substantial implication has to be judged as being insufficient. Democracy in the true (and substantial) sense also entails things as freedom, equality of all as human beings and the self-respect that follows from this, participation in government not as a privilege but as a right, openness and tolerance regarding different opinions and ways of life than one's own, protection of minorities and acknowledgement of fundamental rights, in short: *features of a material concept of democracy* (Van der Wal, 1992). Or as it is also stated in more legal terms: from the principles of democracy itself the consequence follows that citizens with a possible deviant opinion should also be involved in the process of legal normbuilding thus making it possible for them to give their judgement about the state-of-law and also making it possible for their opinions to be reckoned with in the preparation of laws and other decisions. Democracy is not merely the adding up of opinions but generally spoken it also entails respect for the conviction of others. (Van der Vlies, 1993)

Still as the basic idea of democracy includes the provision of quarantees for minorities, there will be some limits to what extend conviction of others can be respected. Minorities should not be so radically and permanently overruled that this would result in a minimum of self-realization and participation in the shaping of society. It is the meaning of human rights and fundamental rights to offer these quarantees as the lower limits that should be taken into account in decision-making, especially with regard to minorities. Minority-protection and a loyalty-statement towards fundamental rights, thus again Van der Wal, are an integral part of the western concept of democracy.

The choice for democracy then is not only a choice for a certain way of thinking and living, at the same time it is a rejection of convictions and related political opinions and practices that are clearly at odds with this notion of democracy, whether these are of a right-extremist, left-extremist or a religious-fundamentalist kind.

One should realize at the same time that the concept of democracy should be seen as a contrafactual one, an ideal that will never be totally and ideally realized. It is an utopian concept that should work as a kind of standard from the point of which certain practices, opinions, values and norms can be judged in the sense

that they will or will not contribute to a development in a democratic direction. So even countries of which it is said that they have had a democratic tradition for a long time already cannot claim to be examples of 'true democracies'. Also in these countries one has always to be aware of actual developments that have to be judged as undermining or contributing to the democratic ideal.

In order to be able to create a kind of political-juridical system in which there is room for this qualitative (material) idea of democracy to develop, two aspects can be distinguished: a positive and a negative one, or democracy as a creative political constellation and democracy as a defensible institution respectively.

4.

An open and creative democracy².

One possible way of trying to contribute to democratic developments, especially with regard to the minority-problem, could be to try to realize some kind of legal pluralism, that is giving room to other kind of norms and values that that of the majority of the population.

Regarding ethnic-cultural minority-groups the Dutch legal system does not always know how to deal with the attitudes of these newcomers. On a number of terrains the established legal culture, a mixture of christian values and liberal institutions, collides with the sometimes strongly deviating social and especially religious norms and values of some outsiders (f.i. funeral practices, compulsory education, raising of children, marriage and divorce, initiation-rites, religious duties. Mostly it regards matters in the field of upbringing, family and religion).

The question whether some degree of legal pluralism could contribute to reducing conflicts between in- and outsiders goes beyond the field of description, it is a normative, legal-political question. (Bovens, 1993)

Before discussing the possibility of a kind of legal pluralism to contribute to a less conflictuous or even harmonious kind of society, it should be noted that there exists a Babylonian confusion between jurists (in general) on the one hand and legal anthropologists/social scientists on the other regarding the meaning of this notion.

Being aware of the fact that this is a rather schematic distinction, the following differences can be mentioned:

1. A normative (juridical) versus a descriptive (social-scientific) approach;
2. Juridical centralism (state-law) versus decentralism (folk-law).
3. A plurality of legal systems versus one of legal sources.

²This paragraph is largely based on an article by M.A.P. Bovens, "Babel binnen het recht. Een multidisciplinair perspectief op rechtspluralisme", in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red), *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle, 1993, 159-172.

4. A reserved or negative attitude versus a more neutral or even positive attitude.³

Advocates of legal pluralism would say that a variety in status, applicability and background of legal rules makes it easier to deal with social conflicts and to incorporate new developments in the *corpus juris*.

Still an (official) introduction by the state (i.e. a centralist form of legal pluralism) of separate legal systems for ethnic or religious groups in the Netherlands is not really possible because the different population-groups are not easily separated in a geographical and social sense. From a perspective of legal security and legal equality it is also not desirable to create separate legal systems because it would put the orienting and integrative function of law at risk (Bovens, 1993: 166).

Par. 1 of the Dutch Constitution does not allow a different treatment of people on the basis of religion or life-philosophy. Also Par. 8 of the Law of General Provisions (Wet Algemene Bepalingen) states that the law is applicable to everyone living in the Kingdom of the Netherlands.

A pluralism in the sense of legal sources is a different matter. Every modern society has a certain variety of legal sources. Legal pluralism in this sense cannot be introduced, it exists⁴. Seen as a legal-political instrument this form implies an acknowledgement by the legislator, magistrates and civil servants of religious and cultural customs and rules as an additional legal source (Bovens, 1993: 166-167).

Allowing for cultural customs and religious rules to be used as arguments in the weighing of interests prior to decision-making of judicial magistrates is nothing new. What is pleaded for is to extend this practice to the customs and practices of cultural and religious minorities.

Two kind of arguments are used here: instrumental ones and arguments that are derived from the notion of the state-of-law.

³The distinction between juridical centralism (state-law) on the one hand and decentralism (folk law) on the other refers to the distinction between the idea that all legal rules in principle can be traced to one official source, that they are hierarchically and systematically ordered and should be uniformly applied, and the idea of decentralism that states that any form of self-regulation of a semi-autonomous social field can be called law.

For juridical centralists legal pluralism refers to the situation in which the central state allows different legal systems to be applied regarding different population-groups within one (national) legal constellation (cf. former colonies of EC-law, international private law). From a decentral anthropological or functional juridical perspective the fact whether or not norm are seen as binding in a social field is crucial. Legal pluralism then is not seen as a pluralism of legal systems but one of legal sources.

Finally centralists have more reservations regarding the phenomenon of legal pluralism that is seen as inferior, atavistic, difficult, unworkable, unpredictable and confusing. It is seen as a heritage of an undeveloped past that should vanish on the way to modernization (the modern state-of-law). From a decentral perspective legal pluralism is more neutrally and also positively judged (an interesting phenomenon that is described and analyzed). Legal pluralism defined as a multitude of legal sources means that it is a standard-situation and not an anomaly or atavism (Bovens, 1993).

⁴Griffiths: legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion (1986:4).

Regarding the first, acknowledgement of more legal sources would ease the process of integration of minorities, so it is said. Connecting to the Dutch legal culture would be easier and would prevent unnecessary conflicts to emerge because of a too severe attitude of authorities.

Secondly the legitimacy of the legal system would be enlarged because judicial decisions would be more adjusted to the feeling of justice of citizens.⁵

Objections to these kind of arguments could be the following: pluralism will lead to societal disintegration because it will result in fixation and conservation of the immigrant-cultures. A referral can be made here to the interesting phenomenon of a more severe attachment to cultural traditions by groups that have left their original surroundings as a way of coping with a new and insecure environment.

And secondly pluralism will lead to more conflicts between different groups in society because the idea of differential treatment could also be explained as a kind of preferential treatment for certain groups at the cost of discrimination of others. In this respect a lot of criticism is heard in Dutch society about a policy of 'positive discrimination'⁶, a criticism that seems to be fruitfully exploited by the right-extremist parties.

Arguments that are derived from the State-of-law perspective seem to be more convincing. As Art. 27 of the United Nation Treaty of Civil and Political Rights states: members of ethnic, religious and linguistic minorities within a state have the right to enjoy collectively their own culture, to profess and practically apply their religion and to use their own language.

Legal rules then can also be seen as being part of a culture, and often they are strongly related to religious regulations and rituals (especially in family-law).

The principle of equality also leads to a more positive valuation of the admission of ethnic regulations and religious practices as a source of unwritten customary law.

It is stated by Bovens that already in the beginning of this century, thus long before the entry of many ethnic minorities in the Netherlands, the right of minorities to learn, pray and organize themselves in accordance with their own norms and within their own circles was strongly established in the Dutch state-of-law (Bovens, 1993: 169)⁷.

Still, Bovens continues, from a legal-theoretical point of view, some limits must be set to the extent to which a mild form of legal pluralism (i.e. pluralism in the

⁵Still these (hypothetical) arguments can only be verified through empirical research, thus Bovens.

⁶Those in favour of a policy of so-called 'positive discrimination' will emphasize the fact that it is not so much discrimination that is at stake here, but an attempt to reduce longlasting social-economic deprivation. A way of making-up for results of discriminatory treatment of minorities in the past and present with regard to f.i. housing-situation, employment, education etc.

⁷The Netherlands has (always) been characterized as a 'pillarized society', meaning that different political and/or religious groups (i.e. for instance catholics, protestants, liberals, socialists) always have enjoyed a rather great autonomy in several spheres of life (e.g. education, trade-unions, leisure-activities and -associations).

sense of legal sources) could be realized:

First and foremost a differentiation should be made regarding the legal field that is addressed: private, administrative or penal law;

Regarding civil law three formal conditions can be formulated:

- the customary law of minority-groups must be relevant (a practice that is generally accepted as a legal duty) within the own group;
- Principle of additionality: obligatory legal regulations cannot be set aside by rules of customary law.
- Principle of voluntariness or facultativity (exit-option): individual members of a cultural group should be free to make their own choice whether or not they prefer to make use of Dutch law and/or international (human right-) treaties.

As far as material conditions are concerned only some general remarks can be made, that have to be substantiated depending on the legal question and the legal field at hand. It should always be considered if it is acceptable to the Dutch legal order to allow ethnic and religious practices as legal rules. Protection of individual autonomy then should be the lower limit in this respect. Or as it is stated by Goldschmidt: an infraction of the democratic state-of-law cannot be allowed and fundamental human rights should be protected (Goldschmidt, 1983: 251-259).

Regarding these material and formal conditions the same can be said when administrative law is concerned. As examples in which legal pluralism could be realized one can refer to funeral practices, regulations with regard to commercial activities (f.i. opening- and closing-times of shops, ritual slaughtering of animals), educational facilities, holidays etc. It should be added that the facultativity-option as mentioned above, could also be of importance for those not belonging to these cultural minority-groups: in certain instances it is very well imaginable that they should also have a right to make a choice what kind of regulation they prefer to be applicable.

Regarding penal law some examples can be mentioned of a possible conflict between Dutch criminal law and practices of minority-groups: (Turkish & Moroccan) kidnapping, (African & Jewish) circumcision of children, (Turkish & Moluccan) blood feud (vendetta), (Islamic) polygamy, (Hindu) funeral rituals.

In order to give some credit to ethnic-cultural differences in this field one could think in terms of reduction of punishment, or (maybe) in extraordinary cases cultural background factors could play a role in exclusion of punishability (f.i. force majeure). 't Hart mentions two penal law-cases in which the cultural background is not accepted as an excuse in court and one in which it is.

He refers to a case between two people from Surinam, in which the accused threatened the other person because he was afraid to be physically touched by the other who was supposed to have the power of 'black magic'. His excuse in court was based on self-defence but this was not accepted by the Supreme Court. In his comment on the verdict of the Supreme Court 't Hart remarks: "the question, how

a suspect could 'in all reasonableness' feel about a certain situation and his reaction to it, cannot be exclusively answered from a dominant (Dutch) native/indigenous culture-pattern and its related, as self-evidently experienced, valuations". This criticism comes down to a reproach of a lack of openness in the explanation of the judicial dogma of 'self-defence' i a concrete case, a lack of openness for the possibility of another kind of reality-experience.

The next example mentioned regards a Turkish kidnapping-case. The suspect, together with his brother kidnapped a Turkish girl, with whom he had fallen in love. By abducting her he wanted to force her to marry him.

The referral to the cultural background of the offender in this case is even used as a reason for a more severe punishment by the Regional Court: because of his cultural background the suspect should have realized what serious consequences an abduction would have had for the victim if she would not have agreed in a forced marriage.

Finally a case is dealt with in which the cultural background was accepted in court, a case of rape: the (threat of) violence that made the victim consent in sexual intercourse could under certain circumstances also consist in the threat of an epilepsy- or heart-attack by the offender of whom the victim knew that he was involved in spiritism and voodoo ('t Hart, 1993: 85-98)⁸.

That one has to be careful with accepting 'minority-cultural arguments' in court is clearly expressed by Van Walsum, who warns for the stereotyping and discriminatory effects this could have. As an example in this respect she refers to the trial on the murder of the Turkish Union-leader Karamanlis in the Netherlands. The defence argued that it was a case of 'blood feud' (vendetta) and thus pleaded for a milder verdict, in the eyes of the Turkish community it was nothing else than a political assassination (Van Walsum, 1992).

One must conclude to a limited applicability of legal pluralism in penal law as a way of indirectly contributing to a less conflictuous society as far as the relation minorities-majority is concerned. Indirect in the sense that members of minority-groups in this way will experience an interest in their cultural background as a (positive) factor in judicial decision-taking. Private and administrative law clearly offer more room for differential treatment in this respect.

5.

A defensible democracy.

Having discussed the (im)possibilities of legal pluralism to contribute to a better understanding of ethnic and cultural minorities, and thus to a hopefully better

⁸In the examples mentioned here the cultural background seems to work only in favour of the victim but not in favour of the offender. Which does not mean that this will or should always be the case.

understanding between different population-groups, I would now like to switch to the second more defensive and repressive kind of approach in assuring the material notion of democracy to be (possibly) developed.

The approach relates to the kind of measures needed to protect the democracy itself: the most clear examples in this respect are the prohibition of anti-democratic parties and the banning of people form performing certain public functions (cf. *Berufsverbot*' in Germany). Political parties that intend to use the formal democratic system with the final purpose of destroying democratic institutions and values and replacing them by racist and/or totalitarian (fascist, fundamentalist) ones should be excluded from the political process (Van der Wal, 1992). Of course it will by no means always be easy to discern democratic tendencies from undemocratic ones, which should lead to the reservation that as long as there are any doubts as to the (un)democratic features of a certain political party, this party should be allowed to participate in the public political debate. Only when, also through this debate, it becomes undoubtedly clear that a party doesn't have any respect for democratic values and even intends to destroy them, this party should be expelled from the political process.

Janmaat, the leader of the extreme-right Centrum-Democratic Party (CD) and also member of the Dutch Parliament, seems to be very close to this limit of acceptability, if he has not already crossed it!

Next to his continuous degrading statements regarding foreigners and immigrants in general, he has also lately made some rather concrete statements with regard to the Dutch minister of Justice Hirsch-Ballin, who because of his Jewish origin should not be allowed to be the Dutch Minister of Justice: "I won't hold it against them that Jews move like nomads, but they shouldn't be allowed to perform public functions"⁹. The same kind of remarks are made regarding another member of the Dutch government, the state-secretary Gabor, who is of Hungarian origin (his parents fled from Hungary in 1956).

Regarding the more general statements of Janmaat about foreigners and immigrants, the Public Prosecution in the Netherlands indeed started criminal proceedings on the basis of racial discrimination (art. 137c,d, Dutch Penal Code). Still the accusation Janmaat was faced with, was judged 'too vague' by the court. The accusation made no clear distinction with regard to statements made by Janmaat himself, and statements made by the Centrum-Democratic Party in general. Another problem is that Dutch penal law until now does allow negative remarks to be made about foreigners, strangers, immigrants and nationality as long as no reference is made to race or the colour of skin. The leader of this extremist party is well aware of this: "It is a kind of political sport of us to express the viewpoints of the CD in such a way that nobody can feel offended about it from the perspective of the Dutch Penal Code. They can search as much as they like. In ten years time they

⁹As cited by H. van der Neut en W. Wedzinga in: *De Volkskrant*, 27-1-1994.

have found nothing. I play the game of the wolf in sheep's clothes."¹⁰

Still a second attempt is going to be made by the Dutch Public Prosecution to bring Janmaat to court, this time with a more specified formal accusation.

Next to the court-proceedings regarding his more general remarks, it is very well possible that he will be prosecuted for his remarks about the (Jewish origin of the) Dutch minister of Justice. As already stated insults and discrimination of groups of people because of their race can be prosecuted on the basis of the Dutch Penal Code.

Still one can pose question-marks regarding the effectivity of criminal prosecution of members or party-leaders of right-extremist parties. Such proceedings will not have any effect on the political party itself, but only on the person in question and only with regard to specific activities that have been committed in the past.

Another, maybe more effective, possibility, as proposed by Bolsius, would be to start court-proceedings on the basis of art. 20 of book 2 of the Civil Code. This paragraph states that a legal person/body which purpose or activity collides with the public order can be declared illegal and dissolved by the court on demand of the public prosecution. As political parties in the Netherlands are legal persons, they fall within the range of this article. Unjustified limitation of the freedom of others or damaging the human dignity of others (f.i. through racial discrimination) are contrary to the public order as meant in this paragraph. As it is stated by Bolsius, the criminal law-way will be restricted only to the consequences of the conviction itself and only for the convicted person. The civil law-way will not stop short with the conviction but will extend itself also over the time thereafter. The political party will remain illegal once this is declared so by the judge. Also this civil law prohibitory declaration can be combined with par. 140 section 2 of the Criminal Code which makes it punishable to participate in the continuation of an illegal organisation. Members of an illegal party can be prosecuted if they want to start a new party of the same kind. It is admitted that it sounds undemocratic to prohibit certain political parties, but this juridical party was introduced as a way to protect democracy, as a legally admitted exception to the constitutionally guaranteed freedom of union and freedom of speech.¹¹

6.

Final Remarks.

The strongest defence of democracy as a juridical-political constellation lies in its openness to pluriformity and its willingness to allow and create possibilities for public rational debate. People with diverging ideas should in principal have a chance to speak them out, to discuss them with those who have different opinions. Only

¹⁰idem.

¹¹Bolsius E.J. in: Volkskrant 28-4-1994.

in very extreme situations, that is when when fundamental rights and values are challenged in this debate (incl. the idea(1) of democracy itself) should one resort to means as a prohibition of certain political parties, that is only as an *ultimum remedium*.

In the meantime, more generally speaking, a society would do well to create space for different kinds of cultural expressions and practices, thus creating a basis of acceptance and respect for differing opinions, of free choice out of different lifestyles, and for an understanding of people who will and should never be all the same of a kind!

LITERATURE

- [1.] Bolsius E.R., in: de Volkskrant 28-4-1994.
- [2.] Bovens M.A.P., "Babel binnen het recht. Een multidisciplinair perspectief op rechtspluralisme", in: *Recht in een multiculturele samenleving*, N.J.H. Huls en H.D. Stout (red), Zwolle, 1993, 159-172.
- [3.] Falk Moore S., *Law and Social Change: the Semi-autonomous Field as an appropriate Subject of Study*. In: *Law as Process: An Anthropological Approach*, London, 1978.
- [4.] Goldschmidt J.E., "Omgaan met constitutioneel pluralisme", in: A.W. Heringa (et.al.), *Staatkundig Jaarboek 1983-84*, Zwolle, 251-259.
- [5.] Griffiths, *What is Legal Pluralism*. In: *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986, 1-57.
- [6.] Hart A.C. 't, "Recht en pluralisme. Kwesties van begrip en van principe", in: N.J.H. Huls en H.D. Stout, 1993, 85-98.
- [7.] Neut H. van der. Wedzinga W., in: de Volkskrant 27-1-1994.
- [8.] Vlies I.C. van der, *Grenzen aan het recht* (oratie), Zwolle, 1993.
- [9.] Wal G. van der, *Formale und Materiale Demokratie*, In: *Normativität des Rechts*, P. Hungr en G. Smaus (eds), Brno 1992.
- [10.] Walsum S. van, "Het machtskarakter van het cultuurdebat. Orientalisme in de rechtszaal". In: *Nemesis*, 1992, no. 2, 12-17.

* * *

SUMMARY

Demokracie a práva menšín

Jedním z charakteristických rysů Nizozemského království je velký počet zde žijících etnických skupin.

Různorodost nizozemského obyvatelstva je již patrná na první pohled. Nizozemí bylo po staletí útočištěm cizinců, kteří se sem uchýlovali z náboženských či politických důvodů.

Postupně se zde asimilovali přistěhovalci z bývalých holandských kolonií, zejména Indonésané a obyvatelé Holandských Antil a Surinamu. Žijí zde lidé různé pleti, náboženského vyznání a národních kultur.

A právě tato různorodost ve složení obyvatelstva může vést ke konfliktům, diskriminaci a rasismu.

Tomuto problému „mnohobarevné“ společnosti, je věnován následující příspěvek, jenž byl přednesen T. van Dijkem v průběhu týdenního semináře Lergang 1994, konaném na naší fakultě.

Obsahovou náplní příspěvku je myšlenka právního pluralismu a myšlenka obratyschopné demokracie.

Autor své posluchače nejprve seznámil se současnou sociální a politickou situací v Nizozemí, zejména z pohledu voleb, které proběhly v březnu a květnu tohoto roku.

Právě od národních voleb se očekávala podstatná změna dosavadní politické scény a odchod nejsilnější vládní strany křesťanskodemokratické CDA do opozice.

Určité signály již byly patrné po obecních volbách, ve kterých křesťanští demokraté zaznamenali jistý neúspěch. Na druhé straně však úspěch zaznamenaly pravicové extremistické strany zejména Centrum-Demokraté a Centrum-Strana 86. (Znepokojující skutečností v tomto ohledu je právě to, že tyto strany nejsou právě příliš pozitivní ve vztahu k etnickým menšinám, a přesto se jim dostalo velké podpory zejména od nižších příjmových skupin, žijících většinou ve starších částech města).

Autor naznačuje motivy, pravděpodobně vedoucí voliče pro odevzdání svého hlasu těmto pravicově-extremistickým stranám.

Jedním z možných motivů je myšlenka tzv. „čistého“ rasismu – „Pure“ racism – (předpoklad, že charakter a schopnosti jedince jsou determinovány rasou a že jedna rasa je biologicky nadřazená druhé), v podání autora – barevné obyvatelstvo je podřízeno bílé populaci. Další z motivů spočívá v nespokojenosti s vlastní situací a postavením občanů ve společnosti.

V závěru druhé části je položena otázka, která je formulována takto: „Jaké místo

a/nebo ochranu může demokratická společnost dovolit a/nebo nabídnout menšinám žijícím uvnitř této společnosti?“

Mají tedy rozdílné skupiny lidí právo žít v souladu s vlastní kulturou (hodnotami, normami a zvyky)?

Otázka nabývá na závažnosti v období, charakterizovaném celosvětovým ekonomickým poklesem a politickou nestabilitou. Autor zdůrazňuje skutečnost, že společnost, která není ochotna považovat všechny své obyvatele jako zásadně rovné v právech a povinnostech, je společností, jež se bude nacházet na velmi nebezpečné cestě vedoucí k totalitě.

Ve třetí části příspěvku – „Formal and material democracy“, je vylíčen autorův názor na demokracii, se zaměřením na její formální a materiální rysy. Formální koncept demokracie je pokládán za nedostačující. Demokracie v pravém smyslu znamená také svobodu, rovnoprávnost, otevřenost a toleranci k odlišným názorům a způsobům života, ochranu menšin a uznání základních práv... tedy stručně řečeno jde o rysy materiálního konceptu demokracie, jenž je dále autorem rozveden.

„Volba demokracie tedy není jen volbou určitého způsobu myšlení a života, současně je to odmítnutí přesvědčení a politických rozhodnutí a zvyků, které jsou na kordy s touto představou demokracie, ať už jsou pravicově-extremistické, levicově-extremistické, či nábožensko-fundamentalistické povahy“.

„An open and creative democracy“ – Otevřená a tvůrčí demokracie, je název čtvrté části příspěvku, ve které se autor snaží naznačit způsoby, které by byly schopné přispět demokratickému vývoji společnosti (zvláště s ohledem na menšinový problém). Jednu z možných cest nachází v myšlence právního pluralismu, který podle jeho slov, skýtá prostor pro utváření dalších norem a hodnot než těch, které jsou vlastní většině obyvatelstva.

Otázkou zůstává, zda by mohl právní pluralismus přispět ke snížení napětí mezi původním obyvatelstvem Holandska a nově příchozími.

Před diskusí o možnosti právního pluralismu přispět k vytvoření harmonické společnosti, je však poukazováno na existenci rozdílných názorů právníků (všeobecně) a právních antropologů či sociologů na tuto otázku.

Autor v této souvislosti uvádí následující rozlišení:

1. Normativní (právní) přístup oproti přístupu popisnému (sociálně-vědeckému),
2. Právní centralismus (ústavní právo) oproti decentralismu „lidové“ právo,
3. Pluralita zákonných systémů oproti jedinému zdroji práva,
4. Rezervovaný nebo záporný postoj oproti více neutrálnímu nebo i kladnému postoji.

Holandské zákonodárství se snaží řešit problematiku přistěhovalců, hledá optimální směr, jenž by vedl k přibližování se menšinovým kulturám. Nicméně (oficiálně) zavedení státem (tj. centralistická forma právního pluralismu) zvláštních právních

systémů pro etnické nebo náboženské skupiny v Nizozemí není reálně možná, protože jednotlivé skupiny populace nelze snadno oddělit od sebe v zeměpisném ani sociálním smyslu. Pod zorným úhlem právní jistoty a rovnosti před zákonem rovněž není žádoucí vytvářet samostatné právní systémy, protože by tím byla dána v sázku orientační a integrační funkce zákona (Bovens, 1992:166–167).

Tato základní teze, jež byla převzata od Bovense, je dále autorem rozpracována. Myšlenka právního pluralismu může být adresována různým právním odvětvím. Je jasné, že v odlišných právních odvětvích bude uplatněn jiný stupeň právního pluralismu.

Z právních odvětví je zde zastoupeno občanské právo, správní právo a právo trestní.

Pokud se týká trestního práva, zde se autor zmiňuje o konfliktech mezi holandským trestním právem a zvyky menšinových skupin např. mezi Afričany & Židy – obrázka dětí, Turky Molukánci – krevní msta, Muslimové – polygamie atd.

Abychom mohli těmto etnicko-kulturním odlišnostem přisoudit nějaký vliv v oblasti trestního práva, měli bychom v mimořádných případech zohlednit faktory kulturního pozadí jednotlivých případů. Tyto faktory by mohly hrát svoji roli ve vyloučení trestnosti (*vis maior*).

Na tomto místě jsou zmíněny dva trestněprávní případy, ve kterých nebylo přihlédnuto ke kulturnímu pozadí případu, v dalším případě tomu tak naopak bylo. Poslední část příspěvku je věnována myšlence „obranyschopné“ demokracie, ve které autor navrhuje na předcházející pojednání o možnosti právního pluralismu přispět k lepšímu porozumění etnickým a kulturním menšinám.

S nadějí přispět k porozumění mezi různými skupinami obyvatelstva, věnuje autor pozornost obrannému a potlačovacímu přístupu. Přístupu, jež se dotýká řady opatření nezbytných pro ochranu demokracie samé. Nejvýstižnějším příkladem bude formulace zákazu nedemokratických stran a vyloučení jejich členů z veřejných funkcí.

Vůči těmto stranám autor doporučuje zdrženlivost a to až do té doby, dokud zde nebudou žádné pochybnosti o anti-demokratických rysech těchto politických stran.

V této souvislosti se autor zmiňuje o výročí vůdčího představitele extrémně-pravicového Centra-Demokratů (CD) a člena parlamentu – Janmaata.

Další poznámky se týkají efektivnosti trestního stíhání členů nebo představitelů pravicově-extremistických stran (možnost trestního postihu či postihu na základě občanského řízení).

Theo van Dijk svůj příspěvek končí slovy: „Nejsilnější ochrana demokracie jako soudně-politické konstelace záleží v její otevřenosti k demokracii a její ochotě dovolit a vytvořit možnosti pro veřejnou racionální diskusi. Lidé s odlišnými názory by měli mít možnost o svých názorech volně hovořit, diskutovat o nich s těmi, jež mají názory odlišné. Pouze jen ve velmi extrémních případech, ve kterých základní práva a hodnoty jsou v této diskusi ohroženy, by se mělo sáhnout k zákazu těchto politických stran (tento prostředek je chápán jako *ultimum remedium*).“

Ein kurzer Abriß der Geschichte des Völkerrechts

Michael GEISTLINGER

In den Zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts trug der sowjetische Völkerrechtswissenschaftler E. A. Korovin in seinem Lehrbuch „Völkerrecht der Übergangszeit“ eine Konzeption des Völkerrechts vor, die 70 Jahre lang das völkerrechtliche Denken in der Sowjetunion prägen und dasjenige in allen anderen Staaten der Erde maßgeblich beeinflussen sollte. Korovin faßte sein grundlegendes Werk, dessen Bann man sich auch heute noch nicht ganz entziehen kann folgendermaßen zusammen:

„Nachdem wir den Begriff des Völkerrechts der Übergangsperiode als eines örtlichen völkerrechtlichen Systems (vgl. z.B. das amerikanische Völkerrecht), entstanden durch den Eintritt in die internationale Gemeinschaft der bürgerlichen Staaten einer sozialistisch organisierten Gesellschaft, feststellten, die wichtigsten methodologischen Handgriffe, die dem gegebenen Zweig der Rechtswissenschaften eigen sind, herausarbeiteten, überblickten wir – unvermeidlich schematisch – die wichtigsten Probleme des modernen internationalen öffentlichen Rechts.“

Die alten Rechtsnormen bekamen unter unseren Augen den Abglanz eines neuen Lebens. Bei der Berührung mit seinem lebendigmachenden Atem stürzten und zerfielen einige Rechtsnormen, wie Haufen verfaulten Knochen, verwandelten sich andere, den dunklen Schimmel der Geschichte abwaschend, um die mächtigen Forderungen des laufenden Tages zu beantworten, erstanden dritte aus den Gräbern der tiefen Vergangenheit auf, die greisen Formen mit dem Inhalt der Neuheit erfüllend.

Aber in diesem Schmelzofen der rechtlichen Umschmelzung überragten zwei juristische Typen die übrigen: die Schaffung neuer und das Lebendigmachen abgelebter Formen.“

Korovin hat mit dieser plastischen und bildreichen Darstellung den für ihn und seine persönliche Überzeugung wichtigsten Moment in der Geschichte des Völkerrechts so zeitlos beschrieben, daß seine Worte am Beginn der Entstehung des Völkerrechts genauso wie an allen historisch entscheidenden Einschnitten passend sind. Nicht zuletzt eignen sie sich in ebenso prägnanter Weise zur Beleuchtung der völkerrechtlichen Implikationen des Zerfalles der Sowjetunion und des von ihr geprägten Hegemoniebereiches, wie sie eigentlich ursprünglich ihre Begründung mit Blickrichtung auf die damalige internationale Gemeinschaft rechtfertigen haben wollen.

Sie sind als Studierende des Völkerrechts hier in Brünn mitten in einen neuen Umschmelzungsprozeß hineingeraten, zu dem alle Epochen Schmelzmetalle beisteuern und auf die letztlich daraus resultierende Legierung wir alle gespannt sind. Diese Legierung wird in der Geschichte des Völkerrechts bislang einzigartig sein, insofern die eingeschmolzenen Metalle sich erst seit den revolutionären Ereignissen der Jahre 1989 – 1992 und in einem noch allen unbekanntem Verhältnis zusammenfinden haben dürfen. Im gegenwärtigen Schmelzofen bekommen in Ihnen, in Professor Jileks und in meinen Augen „alte Rechtsnormen den Abglanz eines neuen Lebens.“ Erlauben Sie mir, dies als Problem der Perspektive in der Geschichte des Völkerrechts und der einzelnen völkerrechtlichen Normen zu beschreiben.

„Das Abwaschen des Schimmels bei gleichzeitiger Antwort auf die mächtigen Forderungen des laufenden Tages“ bringt das die Geschichte des Völkerrechts durchziehende Prinzip von politischer Aktion und völkerrechtlicher Reaktion auf den Begriff. Völkerrecht und die Entwicklung seiner Normen sehen sich vom Beginn an einem beständigen Austauschprozeß gegenüber. Was heute als Rechts- und Norminhalt undenkbar erscheint, ist morgen bereits selbstverständlicher Rechtsbestandteil und übermorgen erneut überlebt und von neuen Normen abgelöst.

Hand in Hand mit diesem Prozeß gehen als Typen der Rechtsentwicklung die Schaffung neuer und das Lebendigmachen abgelebter Formen.

Lassen Sie mich die drei historischen Strukturprinzipien im folgenden näher erläutern!

1. Die Geschichte des Völkerrechts als Problem der Perspektive

Die Entstehung der Sowjetunion zog auf der Ebene des Völkerrechts die Schaffung mehrerer einander konkurrenzierender Völkerrechtsordnungen nach sich. Plötzlich hieß es, es gäbe nicht nur ein als universell gedachtes Völkerrecht, sondern ein sogenanntes bürgerliches und ein sozialistisches Völkerrecht, ersteres zwischen den sogenannten bürgerlichen, letzteres zwischen den sogenannten sozialistischen Staaten. Zu diesen wurde nach dem Zweiten Weltkrieg und nach der Machtübernahme durch Klement Gottwald auch Ihr Heimatstaat, die Tschechoslowakei als damalige Tschechoslowakische Sozialistische Republik gezählt. Korovin und andere prophezeiten den allmählichen Ersatz des bürgerlichen Völkerrechts durch das sozialistische Völkerrecht in dem Ausmaß, als bürgerliche Staaten durch sozialistische Staaten oder im Übergang dazu, sozialistisch-orientierte Staaten, abgelöst wurden. Dieses Bemühen gipfelte in der Errichtung weltweit diametral entgegengesetzter politischer Interessensphären und Einflußzonen der Sowjetunion und nach dem Zweiten Weltkrieg auch der Volksrepublik China einerseits und der Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritanniens und Frankreichs andererseits. Das Bemühen um Bekämpfung des jeweils entgegengesetzten Einflusses leistete seinen eigenen Beitrag zur Verursachung

und zum Verlauf des Zweiten Weltkrieges, war kausal für die Entstehung zahlreicher regionaler und lokaler Kriege über die ganze Welt hinweg und bedeutete eine Verwicklung praktisch eines jeden Staates in einen Export der Revolution oder Restauration.

In praktisch jedem Hauptgebiet des Völkerrechts wurden von den Anhängern der sogenannten bürgerlichen Völkerrechtslehre und jenen der sogenannten sozialistischen Völkerrechtslehre diametrale Gegensätze festgestellt. Diese betrafen beispielsweise die Frage der Völkerrechtssubjektivität. Völker im Kampf um ihre Unabhängigkeit wurden beispielsweise von Völkerrechtlern auch aus der CSSR als Völkerrechtssubjekt geführt, von denjenigen Österreichlern auch aus der CSSR als Völkerrechtssubjekt abgelehnt, obwohl eine wachsende Zahl von Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen und des Sicherheitsrates dieser universellen Organisation, eine wachsende Zahl von Konventionen – man denke nur an die übereinstimmenden Artikel 1 des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte sowie jenes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte – das Recht auf Selbstbestimmung bekräftigten und die Staatenpraxis in einer Flut von Dekolonialisierungsfällen seit dem Zweiten Weltkrieg zu einer beinahe Vervielfachung unabhängiger Staaten über den Zwischenschritt zur Dekolonisierung berechtigter Völker führte.

Die Gegensätze wurden auch für den Bereich der Rechtsquellen konstatiert. Ging man in Österreich beispielsweise davon aus, daß die sogenannten Allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art 38 Abs 1 lit c IGH-Statut durch Vergleich von nationalen Rechtsordnungen und Übertragung diesen gemeinsamer Prinzipien in das Völkerrecht zu ermitteln seien, durchsuchten Autoren an tschechischen, mährischen und slowakischen Universitäten völkerrechtliche Verträge und Völkergewohnheitsrecht nach diesen inhärenten Prinzipien, die dann mit besonderer Autorität als sogenanntes *ius cogens* ausgestaltet wurden. Letzteres gilt bis heute als nur erschwert, nämlich durch späteres *ius cogens* abänderbarer Völkerrechtsbestand und universell vorrangiger Gradmesser für die Zulässigkeit der Schaffung ergänzender völkerrechtlicher Normen etwa im bilateralen Verkehr zweier Staaten zueinander. Zum Inhalt und der Reichweite des *ius cogens* bestehen bis heute unaufgelöste Gegensätze unter den einzelnen Völkerrechtlern.

Die unterschiedlichen Auffassungen betrafen auch die Rechtsnatur der Völkerrechtssubjektivität Internationaler Organisationen. Die einen sahen diese als geborene, das heißt originäre Völkerrechtssubjekte, die anderen als gekorene, das heißt letztlich bloß von originären Völkerrechtssubjekten herrührende, abgeleitete Völkerrechtssubjekte.

Es ließen sich eine Menge weiterer Beispiele quer durch das Völkerrecht aufzeigen. Nur zum kleineren Teil bedeutete die behauptete Verdoppelung der Völkerrechtsordnung, über die sich das Völkerrecht der sogenannten friedlichen Koexistenz stützte, aber auch eine Vervielfachung von Rechtsnormen. Im Kern wurden bereits existierende völkerrechtliche Normen ganz einfach unterschiedlich gesehen, beziehungsweise

unterschiedlich gedeutet. Erkennt man einem Volk ein Selbstbestimmungsrecht zu, bedeutete dies eben für die einen lediglich, daß dem Volk im Kampf um seine Unabhängigkeit dieses spezifische Recht von der Staatengemeinschaft übertragen wurde. Es bedeutete für diese Autoren aber noch nicht, daß das betreffende Volk dann zugleich auch als Völkerrechtssubjekt auftreten konnte. Für die anderen bedingte das eine logischerweise auch das andere. Nicht immer wurde in dieser akademischen Auseinandersetzung, die allerdings für den Verbund der um ihre Unabhängigkeit kämpfenden Menschen von zentraler Bedeutung war, die Qualität der für die eine oder die andere Position vorgetragenen Argumente als ausschlaggebend angesehen. Zum Teil wurde ein in der politischen Praxis feststellbarer Interessensgegensatz auf die Ebene der Völkerrechtslehre übertragen.

Mit der Annäherung der politischen Weltsysteme seit dem Ende der 80er und dem Beginn der 90er Jahre dieses Jahrhunderts ergibt sich nun die Chance, auf der akademischen Ebene der Qualität der Argumente allein zum Durchbruch zu verhelfen. Ich persönlich bin beispielsweise überzeugt, daß, was den Bereich der Völkerrechtssubjektivität von Völkern als Träger des Selbstbestimmungsrechts der Völker anbelangt, die sogenannte sozialistische Völkerrechtslehre die konsequenteren Argumente für sich hat. Sie sollte sich in diesem Fall durchsetzen können. Dabei ist mir durchaus bewußt, daß sich einhellige Lehrmeinungen über ehemalige Blockgrenzen hinweg einheitlich herauskristallisieren werden, daß andererseits aber die ehemalige Blockgrenze, die ja zwischen unseren beiden Staaten verlaufen ist, nicht notwendigerweise mehr gleichzeitig auch die Grenze zwischen unterschiedlichen akademischen Positionen bestimmen wird. Vielleicht werden Professor Jilek und ich in dem einen oder anderen Fall zu einer gemeinsamen Position finden, die der Rest der tschechischen, beziehungsweise österreichischen Völkerrechtslehre nicht mittragen wird. In nunmehr bereits fünfjährigen gemeinsamen Seminaren habe ich jedenfalls kaum jemals einen Auffassungsunterschied in zentralen Völkerrechtspositionen zwischen uns beiden ausmachen können.

Das am Beispiel der jüngsten und uns daher am meisten bewegenden Etappe der Geschichte des Völkerrechts herausgearbeitete Problem der Perspektive begleitet die Entwicklung des Völkerrechts aber von Anfang an. Am Anfang stand allerdings nicht der Gegensatz zwischen marxistisch-leninistischer Völkerrechtsbetrachtung und sogenannter bürgerlicher Rechtslehre. Den Anfang des Völkerrechts – zumindest, wenn man es auf den europäischen und angloamerikanischen Raum konzentriert betrachtet – stand die Beurteilung durch die Religion des Christentums. Als Erbe dieses Rechtsdenkens ortet man bis heute bei den meisten Völkerrechtslehrern den Beginn des Völkerrechts, abgesehen von stückchenhaften Mosaiken in der Periode der griechischen Stadtstaaten, in der Phase zwischen dem Zusammenbruch des weströmischen Reiches um das Jahr 476 n. Chr. bis zum Zusammenbruch des Oströmischen Reiches im Jahre 1492. Diese Periode fällt bezeichnenderweise mit der Ausbreitung des Christentums zusammen. Man wird allerdings Zweifel an der absoluten Richtigkeit dieser Darstellungsweise haben müssen, da kaum vorstellbar

ist, daß so große Weltreiche wie diejenigen des antiken Ägypten oder Chinas ohne zumindestens Ansätze eines Völkerrechts zur Regelung ihrer internationalen Beziehungen, jedenfalls in der Phase ihrer beständigen Ausdehnung, auskommen haben können. In dieser Hinsicht liegt ein weithin noch unbearbeitetes Forschungsfeld vor uns.

Parallel zur Betrachtungsweise vor dem Hintergrund der Entfaltung der christlichen Religion begleitete bis noch nach Georg Jellinek am Ende des 19. Jahrhunderts die Geschichte des Völkerrechts der Gegensatz zwischen individualistischer und universalistischer Konzeption des Völkerrechts. „Individualistisch“ meint, daß Selbstbindung die Grundlage des Völkerrechts darstellt. Völkerrecht bedeutet also nichts anderes als nach außen gerichtetes nationales Recht oder „äußeres Staatsrecht“ (z.B. Thomas Hobbes, Baruch Spinoza, Hegel). Die „universalistische“ Völkerrechtssicht (z.B. Francisco Vitoria, Augustinus, Christian Wolff) versteht Völkerrecht dagegen als einheitliche, über den einzelnen Staaten stehende universelle Ordnung. Analysiert man den Gegensatz zwischen diesen beiden Lehren näher, so geht die universalistische Konzeption von der normativen Idee der moralischen Einheit der Menschheit, das heißt letztlich einem sittlichen Sollen, aus. Die individualistische Konzeption hat hingegen bestimmte tatsächliche Zustände im Auge, richtet ihr Augenmerk ausschließlich auf die gegenseitige Rivalität von Staaten und übersieht das gemeinsame Interesse aller Völker an der Erhaltung des Friedens. Eigentlich ergänzen sich die beiden Betrachtungsweisen, und diese Ergänzung gipfelte letztlich in dem Vorschlag Immanuel Kants (1724 – 1804) an die Staaten, „in einen Völkerbund zu treten; wo jeder, auch der kleinste, Staat seine Sicherheit und Rechte nicht von eigener Macht oder eigener rechtlicher Beurteilung, sondern allein von diesem großen Völkerbunde (Foedus Amphictyonum) von einer vereinigten Macht und von der Entscheidung nach Gesetzen des vereinigten Willens erwarten könnte“. Diese Idee wurde allerdings erst mit der Satzung der Vereinten Nationen und noch nicht einmal mit jener ihrer Vorläuferorganisation, des Völkerbundes, in die Tat umgesetzt.

Ein weiteres Gegensatzpaar, das letztlich ein Aspekt der Perspektive des Völkerrechts ist, durchzieht die Entwicklung des Völkerrechts, dasjenige von Naturrechtslehre gegen Positivismus. In der Periode der Herausbildung des Völkerrechts in der christlich abendländischen Tradition übten Völkerrechtsgelehrte einen bei weitem größeren Einfluß aus, als dies heute der Fall ist. Der führende Naturrechtsgelehrte, der Holländer Hugo Grotius (1583 – 1645), der gerne auch als Vater des Völkerrechts gesehen wird, führte – wie letztlich auch Vitoria und Suarez sowie Gentili und Zouche – die Grundprinzipien allen Rechts, und zwar sowohl des nationalen, als auch des internationalen, nicht auf eine beliebige menschliche Wahl oder Entscheidung, sondern auf Prinzipien der Gerechtigkeit zurück, die von universeller und ewiger Gültigkeit und im Wege bloßer Vernunft erkennbar seien. Recht konnte nur gefunden werden ihrer Meinung nach, nicht geschaffen werden. Diese Grundprinzipien des Rechts nannte man Naturrecht, und sie wurden letztlich unter dem Einfluß des Christentums auf Gott zurückgeführt.

Nach dem Tode von Grotius wurde das intellektuelle Klima skeptischer, und ein weiteres Aufblühen des Völkerrechts wäre vereitelt gewesen, hätte es weiterhin auf der Naturrechtstheorie gefußt. Ein positives Völkerrechtsverständnis, das heißt die Idee, Recht sei national wie international letztlich vom Menschen geschaffen, begann sich durchzusetzen. Man begann, Recht und Gerechtigkeit zu unterscheiden und sich daher auch dazu zu bekennen, daß Gesetze abhängig von Zeit und Ort sich unterscheiden konnten. Auf das Völkerrecht herangetragen bedeutete Positivismus, daß das tatsächliche Verhalten von Staaten als die Grundlage des Völkerrechts angesehen wurde. Doch begnügten sich Cornelis van Bynkershoek und spätere Positivisten lange Zeit damit, die tatsächliche Staatenpraxis aus Vertragssammlungen zu erschließen. Auch was den Gegensatz zwischen Naturalismus und Positivismus anbelangt, gab es Versuche, diesen in einer Vereinigung beider Sichtweisen zu überwinden. Der schweizer Völkerrechtsgelehrte Emerich von Vattel (1714 – 1764) betonte beispielsweise die souveränen Rechte, die Staaten vom Naturrecht her zustünden, sagte allerdings, daß die Staaten solange ausschließlich ihren eigenen Gewissen für die Einhaltung ihrer vom Naturrecht auferlegten Pflichten verantwortlich seien, als sie nicht ausdrücklich zugestimmt haben, diese Pflichten als Teil des positiven Rechts zu verstehen.

2. Das Prinzip von politischer Aktion und völkerrechtlicher Reaktion in der Geschichte des Völkerrechts

Die enge Verquickung zwischen völkerrechtlicher Theorie und internationaler Staatenpraxis führte über die Geschichte des Völkerrechts hinweg zu einer beständigen wechselseitigen Bedingung und Beeinflussung. Die Entwicklung der Schifffahrt, die Entwicklung des allgemeinen Verkehrswesens, die Entwicklung der Raumfahrt, die Erfindung neuer Waffensysteme bedeuteten technisch, naturwissenschaftlich oder schlichtweg machtpolitisch neue Herausforderungen, denen sich die Lehre mit neuen Schöpfungen oder Deutungen des maßgeblichen Rechts stellen mußte und auch heute noch beständig zu stellen hat. Bedenkt man etwa in der Gegenwart den zentralen Stolperstein in den ansonsten ungetrübten freundschaftlichen Beziehungen Österreichs zu seinen Nachbarstaaten Tschechien und der Slowakei, nämlich die Errichtung und den Betrieb von Kernkraftwerken, deren radioaktive Emissionen im Normalbetrieb beständig auch auf österreichisches Territorium einwirken und deren Katastrophen nicht nur für Tschechien und die Slowakei, sondern auch für Österreich und die dort lebenden Menschen katastrophale Auswirkungen hätten, so bedeutet dies eine zunehmend ernstere Herausforderung für die Durchleuchtung des maßgeblichen Völkerrechts. Es mehren sich, je drastischer uns Tschernobyl und andere Unglücksfälle im Kernkraftbereich die inhärente Internationalität der für Menschen, Fauna und Flora schädlichen Auswirkungen der friedlichen Nutzung von Kernenergie vor Augen führen, die Stimmen unter den Völkerrechtsgelehrten, die aus dem gegenwärtigen Völkerrecht ein Verbot der Nutzung der Kernenergie auch für friedliche Zwecke able-

iten. Noch vor wenigen Jahren hat an der Erlaubtheit der Kernenergiegewinnung kaum jemand Zweifel gehegt. Damit einher geht ein Ersatz der früher angenommenen Gefährdungshaftung bei grundsätzlich erlaubter, gleichwohl aber schädlicher Nutzung der Kernenergie, durch eine auf der Basis des Staatenverantwortlichkeitsentwurfs der International Law Commission für die völkerrechtswidrige Errichtung und für den völkerrechtswidrigen Betrieb von Kernkraftwerken angenommene Erfolgshaftung. Dies bedeutet, daß ein Beweis für ein Verschulden oder einen anderen Schaden als den einer Völkerrechtswidrigkeit nicht mehr zu erbringen ist. Die Lehre zieht die Konsequenzen aus technischer Entwicklung und beständig verbesserter naturwissenschaftlicher Einsicht.

Von ähnlich weittragender, letztlich auch aus kollidierenden staatspolitischen Ansprüchen hervorgegangener Bedeutung ist der weit in der Geschichte des Völkerrechts zurückliegende Streit um den für das internationale Seerecht entscheidenden Grundsatz von der Freiheit der Meere gegen die Geschlossenheit der Meere. Dieser Streit zwischen den Seemächten England und Holland um die Vorherrschaft auf den Weltmeeren personifizierte sich im holländischen Völkerrechtsgelehrten Hugo Grotius und in seinem englischen Gegenspieler John Selden. Die verblässende Seemacht England und mit ihr der Grundsatz von der Geschlossenheit der Meere zog in dieser Auseinandersetzung den Kürzeren gegenüber der aufkeimenden neuen Seemacht, Holland, und dem Grundsatz der Freiheit der Meere, den sich die letztere unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Argumente von Hugo Grotius zu eigen machte. Auch in diesem Bereich sieht sich das Völkerrecht heute einer ähnlich markanten Wende gegenüber, wenngleich bislang auf Teile, etwa den Tiefseeboden, beschränkt. Ein, vor allem von den Staaten des sogenannten Südens, die in der sozialisierten neuartigen Grundsatz, jener des gemeinsamen Erbes der Menschheit, zieht seine Bahn durch Mondvertrag, Regelungen für Staatengemeinschaftsgebilde bis hin in die erst vor kurzem in Kraft getretene Seerechtskonvention 1982 der Vereinten Nationen. Nicht Faustrecht oder Recht des Stärkeren bzw. Mächtigeren, sondern Verantwortung für alle ist die neue Devise. Als diese „Alle“ wird auch nicht mehr eine anonyme Staatengemeinschaft angesehen, sondern dem Wortlaut der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 folgend, die menschliche Familie bzw. Menschheit als Ganzes.

In unserer gemeinsamen Umgebung, der früheren Sowjetunion und dem früheren Jugoslawien, sehen wir uns einer weiteren politischen Herausforderung gegenüber, die Tschechien, die Slowakei und Österreich schon früh zu einer gemeinsamen Position gegenüber dem darauf anzuwendenden Völkerrecht geführt hat. Dennoch darf auch hier nicht übersehen werden, daß das Institut, das seinerzeit die großen Rivalen Lenin und Wilson mit freilich auch damals im Kern schon nicht mehr übereinstimmendem Inhalt proklamiert haben, das Selbstbestimmungsrecht der Völker der Dynamik des historischen Verlaufes entsprechend eine geradezu revolutionäre Weiterentwicklung erfahren hat und noch immer erfährt. Das Selbstbestimmungsrecht

der Völker, zielte seiner ursprünglichen ideellen Konzeption nach auf Kolonialreiche. Stalin gelang der geniale Schachzug, dieses Recht als zentrales Element der Satzung der Vereinten Nationen unterzubringen und damit auf dem Weg des Völkerrechts flankiert durch politische Macht das französische, britische, holländische, spanische und portugiesische Kolonialreich zu zerschlagen. Was er nicht vorhergesehen hat, war, daß der Besen sich in den Händen des Zauberlehrlings zuguterletzt gegen den Zauberer selbst wandte. Die Proklamationen der Unabhängigkeit der Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion und des ehemaligen Jugoslawien fußen auf eben demselben Selbstbestimmungsrecht der Völker. Nicht nur Kolonialreiche, sondern auch multiethnische Staaten sind in seinen Anwendungsbereich geraten. Bedenkt man die Ansammlungen von Nationen auf dem Territorium etwa der Volksrepublik China, Indiens, Pakistans, Nigerias, Brasiliens, so läßt sich das staatenzerstörerische Potential dieses Rechts, auch wenn seine präzisen Konturen nach wie vor nicht endgültig feststehen, erahnen. Eines läßt sich nämlich an der Anerkennung der faktischen Gegebenheiten betreffend die ehemalige Sowjetunion und das ehemalige Jugoslawien durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, durch Tschechien, die Slowakei und zahlreiche weitere Staaten heute jedenfalls schon festhalten: Multiethnische Staaten unterliegen der Wirksamkeit dieses Rechts.

3. Die Typen der Rechtsentwicklung in der Geschichte des Völkerrechts

Völkerrecht gilt bis in die Gegenwart hinein mehr als ein Recht der Koordination denn der Subordination. Ab dem Zeitpunkt, als Staaten sich selbst für souverän und ihre Interessen für sakrosankt erklärten, folgte für die gesamte Geschichte des Völkerrechts und für den ganzen Prozeß seiner Entwicklung zu beständig höheren und beständig ausgearbeiteteren Formen, daß dieser Gegenstand einer beständig fortschreitenden Disziplinierung der exklusiven Jurisdiktion von Staaten darstellen, um diese im Wege eines ausreichenden Mechanismus der Koordination koexistieren zu lassen. Ein entscheidender Schritt in diese Richtung war das Verbot der Anwendung und Androhung von Gewalt, wie es in der Satzung der Vereinten Nationen und in vielen anderen völkerrechtlich relevanten Dokumenten enthalten ist. Die Entstehung internationaler Organisationen verwandelte Völkerrecht auch wieder im Sinne der Satzung der Vereinten Nationen aus dem Recht einer Koordination fortschreitend in ein Recht der Kooperation. Völkerrecht befindet sich in einem dauernden Evolutionsprozeß. Es entwickelt sich als Ergebnis seiner Ausdehnung in neue Gebiete, seiner Bereicherung durch neue Subjekte, seiner fortschreitenden Kodifizierung, dem rapiden Gang des Wechsels in der internationalen Gesellschaft. Die Zerstörungen zweier Weltkriege, der Aufbruch des Phänomens der Dekolonisation, der Beginn und Niedergang des sogenannten sozialistischen Völkerrechts haben das sogenannte klassische Völkerrecht, das von Europa im Verlaufe von drei Jahrhunderten geschaffen worden ist, substantiell berührt.

In einem bestimmten Moment geltendes Völkerrecht sieht sich damit unvereinbaren kollidierenden Rechtsansprüchen ausgesetzt. Es wird einen Moment lang von Anti-recht abgelöst, die anfängliche Völkerrechtswidrigkeit stabilisiert sich in neuem überholenden Völkerrecht. Arbeitet man sich durch die reichhaltige Kodifikationspraxis der International Law Commission nach dem zweiten Weltkrieg, so vermag jede der fertiggestellten Kodifikationen für sich diesen gesamten historischen Prozeß an einzelnen Fallbeispielen zu dokumentieren. Kodifikation als Symbiose von Festschreibung von feststehenden Inhalten bei gleichzeitiger progressiver Fortentwicklung schaffen völkerrechtliche Vertragswerke, die mehr und mehr die Handschrift versierter und erfahrener Gesetzgeber tragen. Es gelingt ihnen zunehmend, gerade dort und in den Bereichen Ordnung zu stiften, in denen bis dahin so gut wie jeder Autor etwas anderes als geltendes Recht erkannte. Ob es das Vertragsrecht, das Diplomaten- oder das Konsularrecht angeht, was am Anfang vielfach und zumeist auf Seiten der sogenannten Industriestaaten heftiger Kritik ausgesetzt war, fand über kurz oder lang stetig zunehmenden Konsens und allgemeine Anerkennung. Bisweilen vergehen bis dahin allerdings lange Jahre, in denen lösungsbedürftige Anwendungsfälle in einem unsicheren Schwebestadium gehalten werden.

Mit 1. Jänner 1993 haben sich Tschechien und die Slowakei in einem einzigartig friedlichen Prozeß voneinander getrennt und entstanden auf dem Boden der früheren Tschechoslowakischen Föderativen Republik zwei unabhängige Staaten. Nicht nur für das Verhältnis dieser beiden Staaten zueinander, sondern auch für ihr Verhältnis zu den früheren Vertragspartnern und Partnern sonstiger Rechte und Pflichten nach Völkerrecht dieser beiden Staaten wäre die Geltung der beiden Staatennachfolgekonventionen von Wien aus den Jahren 1978 und 1983, wie ich meine, zum Vorteil Tschechiens und der Slowakei günstig gewesen. Der Prozeß der Ratifikationen dieser beiden Konventionen erfolgte dafür zu behäbig. Ein stärkeres Eingehen auf Machtgegebenheiten in Zentraleuropa, auf die Notwendigkeit vorbehaltlos gutnachbarschaftlicher Beziehungen zu allen Nachbar-, Gläubiger- und Mitgliedstaaten in gemeinsamen oder prospektiert gemeinsamen internationalen Organisationen zwang zur Erfüllung von Forderungen und zur Übernahme von Verträgen und Verpflichtungen, die auf dem Boden dieser beiden Konventionen Tschechien und der Slowakei nicht zumutbar gewesen wären. Eine weitere politische Voraussicht und eine rechtzeitige Ratifikation dieser Konventionen hätte dem entgegenwirken können. Reserviertheit gegen eine sich auch ohne formelles Inkrafttreten dieser beiden Konventionen in sehr kurzer Zeit verdichtende Rechtsüberzeugung kann sich aber auch auf der anderen Seite der Vertragspartner sehr rasch zu deren Ungunsten entwickeln. Der gerne zitierte Geist der Geschichte und der sogenannte Zeitgeist fallen immer wieder auseinander, um sich über kurz oder lang dann doch in steter Regelmäßigkeit wieder zu treffen.

Was für die Arbeit der International Law Commission gilt, begleitet in ebensolcher Art und Weise den Prozeß der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Eine am Beginn der entsprechenden Entwicklung ge-

setzte Völkerrechtswidrigkeit kann langsam und beständig in Völkerrechtsgemäßheit hinüberwechseln. Beispiele dafür liefert die Geschichte des Völkerrechts mannigfaltige. Und dennoch bedeutet das Abweichen vom Pfad der Völkerrechtsgemäßheit ein eminentes Risiko für den Rechtsbrecher. Der gegenwärtig zu beobachtende Versuch führender österreichischer Politiker, an der Spitze der Bundespräsident, der Bundeskanzler, der Vizekanzler und der Außenminister, das Institut der immerwährenden Neutralität Österreichs durch neutralitätswidriges faktisches Verhalten im Irakkonflikt und in der Jugoslawienkrise sowie im Zuge des Beitrittes zur Europäischen Union und durch völkerrechtlich unzulässige einseitige Erklärungen abzustreifen, riskiert nicht nur Prestige und Berechenbarkeit der österreichischen Außenpolitik, sondern Sicherheit durch Treue zum bestehenden Recht. Den österreichischen Staatsvertrag von Wien als Basis der Wiedererstehung Österreichs aus Hitlerdeutschland am Ende des zweiten Weltkrieges in völkerrechtlich unzulässiger Weise durch sogenannte Obsoleterklärung aus der Welt schaffen zu wollen, bedeutet eine Gefährdung der Rechtssicherheit nicht nur Österreichs, sondern aller in das damalige Nachkriegssystem eingebundener Staaten und gegenseitigen Strukturen. Unrecht, vor mehr als 40 Jahren im Zuge von Enteignungen und Verstaatlichungen nach dem zweiten Weltkrieg gesetzt, kann sich bei veränderter Machtkonstellation auch nach einem halben Jahrhundert noch zum Nachteil niederschlagen. Völkerrechtliches Unrecht verjährt nicht. In diesem Satz scheint, um auf unser eingängliches Bild des Schmelzofens juristischer Normen von E. A. Korovin zurückzukommen, der unschmelzbare Kern in der Geschichte der Völkerrechts zu liegen. Auch die mächtigen Forderungen des laufenden Tages haben diesen Satz nicht abgelebt gemacht und durch einen mit dem Inhalt der Neuheit ersetzt.

* * *

S U M M A R Y

Stručný nárys dějin mezinárodního práva

Svoji přednášku uvádí autor citátem sovětského vědce Je. A. Korovina z 20. let tohoto století. Ten přirovnává společenské změny své doby k tavící peci, ve které se staré právní normy rozpouštějí a přetavují do nového obsahu. Korovinovým slovům přisuzuje Geistlinger nadčasovou platnost a uplatňuje je i na změny způsobené rozpadem sovětského bloku. Tento proces, jehož výsledkem bude slitina dosud nejistého složení, zkoumá pak ve třech rovinách: jako problém historicky a geograficky determinované perspektivy, jako princip politické akce a mezinárodněprávní reakce a jako typy právního vývoje.

Vznik sovětského modelu tzv. socialistického mezinárodního práva jakožto protikladu k tzv. buržoaznímu způsobil dualismus do té doby ve světovém měřítku relativně uceleného mezinárodněprávního systému. Tyto dva modely se střetávaly v souvislosti s mocenskými střety socialistického a buržoazního bloku, zároveň však uplatňovaly zcela odlišný přístup k některým významným problémům tohoto právního odvětví (např. mezinárodněprávní subjektivita národů v národně-osvobozeneckém boji, mezinárodních organizací, prameny práva v oblasti všeobecných právních zásad aj.). B souvislosti se sbližováním politických systémů se vytváří příležitost pro vzájemné ovlivňování a pro prosazení těch názorů, které prokázají svoji důslednost ve svobodné myšlenkové soutěži.

Problém perspektivy, objasněný takto na příkladu nedávné minulosti, provází však s poněkud odlišnými kriterii vývoj mezinárodního práva od samého počátku. Lze uvést otázku počátků mezinárodního práva v souvislosti s šířením křesťanství, ale také soupeření individualistických koncepcí mezinárodního práva reprezentovaných Hobbesem, Spinozou a Hegelem a univerzalistických koncepcí Vitorii, Augustina a Wolffa, propojených navzájem v díle Immanuela Kanta, stejně jako Grotiovo přirozenoprávní učení v protikladu k pozitivismu van Bynkershoeka a dalších. Naturalismus a pozitivismus se opět spojuje v učení švýcarského vědce Emmericha von Vattela.

V další části se autor zabývá vztahem mezinárodněprávní teorie a praxe jednotlivých států. Nemusí se přitom jednat o politickou aktivitu států, mezinárodní právo reaguje i na podněty způsobené např. rozvojem vědy, výzkumu a techniky. To osvětluje aktuální příklad jaderné energetiky, kde havárie v Černobylu a následné studie o bezpečnosti jaderné energetiky způsobily změnu postoje mezinárodního práva k tomuto problému. Z historie lze uvést příklad sporu mezi H. Grotiem a J. Seldenem o koncepci svobodného nebo uzavřeného moře na pozadí soupeření Anglie a Holandska o vliv na moři a v koloniích. Dalším příkladem vzájemného ovlivňování právní vědy a praxe je uplatnění práva na sebeurčení národů, původně koncipovaného ve vztahu k národům v koloniích (a v tomto smyslu Stalinem prosazovaného), na situaci v multietnických státech. Faktické uznání nástupnických států bývalé Jugoslávie a SSSR prokazuje, že právo na sebeurčení národů se vztahuje i na tyto případy.

Závěrem se Geistlinger věnuje právnímu vývoji v dějinách mezinárodního práva a jeho typům. Mezinárodní právo se trvale vyvíjí směrem ke koordinaci a spolupráci, a to v důsledku svého rozšiřování, své probíhající kodifikace, rychlých změn v mezinárodní společnosti. Také bouřlivé události 20. století podstatně pozměnily tzv. klasické mezinárodní právo. Mezinárodní právo se vyvíjí i postupnou akceptací původně protiprávních stavů a situací. Na příkladu ČR a Slovenska a jejich liknavého postupu při ratifikaci Vídeňských konvencí o nástupnictví států z let 1978 a 1983 a na příkladu porušování neutrality ze strany Rakouska v souvislosti s Iráckým konfliktem a krizí v Jugoslávii ukazuje však dvojsečnost takového postupu vzhledem k nepřemlčitelnosti porušení mezinárodního práva.

Alternativen in der Praxis

Ein Vergleich alternativer Sanktionen im Jugendstrafrecht in den Niederlanden und Deutschland

Wolfgang J. RESCH

Alternative Konzepte im Jugendstrafrecht, die die Freiheits- und Geldstrafe durch ambulante, pädagogisch sinnvolle Maßnahmen weitgehend ersetzen wollen, bilden heute, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Ineffizienz des Jugendstrafvollzuges und aufgrund erschöpfter Kapazitäten seitens der Sanktionierungs- und Strafverfolgungsinstanzen, in vielen Ländern Europas einen Schwerpunkt strafrechtspolitischer Diskussionen. Verbreitet sind solche Bestrebungen insbesondere im Bereich der Sanktionierungstätigkeit der Instanzen sozialer Kontrolle. Zur Erreichung einer alternativen Sanktionierung von Straftaten Jugendlicher wurden in mehreren europäischen Ländern sogenannte Diversionsmodelle installiert.

Ein wesentlicher Grund für die Etablierung solcher Alternativprogramme lag im vermuteten Entlastungseffekt. Die Justiz erwartete von der Einführung solcher externen Verfahrensmodi eine „Entrümpelung“ vom ständig zunehmenden Verfahrensballast.

Ferner korespondierte damit ein drittes Ziel. Nämlich die Reduzierung der Gesamtkosten des Kriminaljustizsystems. Wenn die Zahl staatlicher Strafverfahren erheblich gesenkt werden könnte, ergäbe sich eine Reduktion der Verfahrenskosten sowie der Kosten des gesamten materiellen Aufwands. Darüber hinaus ist hinreichend bekannt, daß die Unterhaltung von Haftplätzen sehr kostspielig ist. Käme man durch die Alternativprojekte zu einer Senkung der Haftstrafen, könnten somit auch diese Kosten deutlich vermindert werden.

Und schließlich werden sozialpsychologische Ziele genannt. Aus Untersuchungen zur Konfliktregelung im Alltag ist bekannt, daß die weitaus meisten strafrechtlich relevanten Konflikte ohne Hinzuziehung sozialer Instanzen erledigt werden. Daß dies nicht unbedingt die schlechteste Form der Konfliktbearbeitung ist, läßt sich leicht nachvollziehen, wenn man die hohen gesellschaftlichen Kosten der Strafjustiz genauer bedenkt. In einer Reihe von Deliktsbereichen (vor allem Eigentums- und Vermögensdelikte) ist die Effizienz der staatlichen Strafjustiz stark eingeschränkt. Insofern bieten sich in einer Reihe von Bereichen Regelungsformen an, die es nicht

auf Strafe abgesehen haben, sondern die Lösung des Konflikts in den Mittelpunkt setzen. Setzen sich Regelungen durch, denen es um Konfliktregelung ohne das ideologische Beiwerk „Strafe“ geht, können diese Modellprojekte gerade im Bereich der Jugendkriminalität wichtige Vorreiterfunktionen übernehmen.

Im Folgenden soll gezeigt werden, wie Institutionen, die Träger alternativer Sozialkontrolle sind, die veränderten Verfahrens- und Sanktionspraktiken in die Praxis umsetzen. Dazu wurden die „Brücke-Projekte“ in Deutschland und die Projekte „Alternative Sanktionen“ in den Niederlanden untersucht. Der Vergleich niederländischer und deutscher Projekte wurde aus folgenden zwei Gründen gewählt:

Die niederländische Justiz ist bekannt für ihr „milderes Strafklima“, dem in Deutschland eine „perfektionistische“ Verrechtlichung gegenübersteht. Zum anderen besteht in den Niederlanden durch das dort geltende Opportunitätsprinzip bei allen Instanzen im Vorverfahren eine in Deutschland nicht entwickelte Instanzenvielfalt, die Diversion auszuüben in der Lage ist.

1.

ZUR RECHTSSTELLUNG VON ALTERNATIVEN IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND UND DEN NIEDERLANDEN

a) Das bundesdeutsche Jugendstrafrecht

Das Jugendgerichtsgesetz/1 (JGG) regelt weithin sowohl materiell- als auch formalrechtlich das bundesdeutsche Jugendstrafrecht. Für das Strafverfahren gegen jugendliche Straftäter/2 gilt das allgemeine Straf- und Strafprozessrecht nur insoweit, als das JGG keine Sondervorschriften enthält (§ 2 JGG)/3

Um nun Strafverfahren gegen Jugendliche ohne formelle Verurteilung beenden zu können hält das JGG insbesondere die §§ 45, 47 JGG bereit. Gemäß § 45 I oder II JGG kann der Staatsanwalt von Verfolgung durch Einstellung des Vorverfahrens absehen und dadurch Diversion/4 ausüben; dies ist im Prinzip bei allen Jugendstraf-taten (also auch bei Verbrechen) möglich. Die Bedingungen des § 45 JGG machen es jedoch deutlich, daß hier vorwiegend Delikte nicht weiterverfolgt werden, die dem Bereich der Bagatellkriminalität zugeordnet werden./5

Sind die formellen Bedingungen des § 45 JGG erfüllt und hält der Staatsanwalt eine Weiterverfolgung der Tat nicht für erforderlich, dann schlägt er dem Jugendrichter vor dem Jugendlichen entweder Auflagen zu erteilen (§ 15 JGG)/6, ihm Arbeitsleistungen aufzuerlegen (§ 101 Nr.4 JGG)/7, die Teilnahme an einem Verkehrsunterricht anordnen oder sich mit einer eindringlichen Ermahnung an den Jugendlichen zu begnügen./8

Nach § 47 JGG kann der Richter nach Anklageerhebung in allen Stadien des Strafverfahrens dieses einstellen, wenn er

1. eine Ahndung für entbehrlich hält und gegen den geständigen Angeklagten eine in § 45 I JGG bezeichnete Maßnahme anordnet (§ 47 I Nr. 1 JGG),
2. die Voraussetzungen des § 45 II JGG vorliegen (§ 47 I Nr. 2 JGG) oder
3. der Angeklagte mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich ist (§ 47 I Nr. 3 JGG). Die Einstellung bedarf der Zustimmung des Staatsanwaltes (§ 47 II S. 1 JGG).

Zum Jugendgerichtsgesetz wurden in den letzten Jahren mehrere Änderungsvorschläge gemacht. Auf den aktuellsten, nämlich den Gesetzentwurf der Bundesregierung/9 soll hier kurz eingegangen werden, soweit er die Thematik dieses Artikels betrifft. Danach soll § 45 JGG dahingehend modifiziert werden, daß nun die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung durch den Staatsanwalt ohne Mitwirkung des Richters Priorität eingeräumt wird./10 Der Grundgedanke des neuen § 45 JGG ist, daß bei Vorliegen „von jugendtypischen Verfehlungen mit geringem Schuldgehalt und geringen Auswirkungen der Straftat... über die bereits von der Tatentdeckung und dem Ermittlungsverfahren ausgehenden Wirkungen hinaus keine weiteren erzieherischen Maßnahmen“ erforderlich sind./11 In der neuen Fassung des § 47 JGG soll der Richter bereits im Vorfeld der Hauptverhandlung „mehr erzieherischen Spielraum“ erhalten, da er nunmehr das Verfahren – nach Prüfung – in einem frühen Stadium, d.h. unmittelbar nach Eingang der Anklage einstellen kann./12

Die beiden letzten hier noch interessierenden Bestimmungen der §§ 10 und 15 JGG wurden dahingehend verändert, daß neu in den Katalog möglicher Weisungen des § 10 JGG die Betreuungsweisung, der soziale Trainingskurs und der sogenannte Täter–Opfer–Ausgleich aufgenommen wurden und der Katalog des § 15 I JGG um die Arbeitsauflage erweitert wurde, jedoch unter Beibehaltung der Arbeitsweisung in § 10 I JGG.

Die vier genannten Maßnahmen „gehören“ – zusammen mit der Arbeitsweisung – zu den sogenannten neuen ambulanten Maßnahmen, deren kriminalpolitische Effizienz durch zahlreiche Modellprojekte und kriminologische Untersuchungen praktisch und wissenschaftlich nachgewiesen ist./13

b) Das niederländische Jugendstrafrecht

Im Gegensatz zum deutschen Jugendstrafrecht, das größtenteils im Jugendgerichtsgesetz zusammengefaßt ist, sind die niederländischen jugendstrafrechtlichen Bestimmungen auf verschiedene Gesetze verteilt. So findet man die materiellrechtlichen Normen des Jugendstrafrechts in Titel VIII A des 1. Buches des niederländischen Strafgesetzbuches/14, während die Verfahrensnormen in Titel II des 4. Buches vom „het Wetboek van Strafvordering“ (Strafprozessordnung)/15. Alternative Sanktionen für jugendliche Straftäter haben bisher keine eigene spezielle Rechtsgrundlage. Allerdings gibt das niederländische Opportunitätsprinzip/16 mannigfaltige Möglichkeiten, förmliche Strafverfahren zu vermeiden.

Hierzu zählen die Einstellung des Verfahrens durch den Staatsanwalt oder Richter wegen Mangel an Beweisen (technisch septot), Nichtverfolgung aufgrund Ermessens (beleidsseptot), die Transaktion durch den Staatsanwalt, die Polizeitransaktion und die Einstellung des Verfahrens durch die Polizei./17

Bislang haben die hier im folgenden vorgestellten Projekte „Alternative Sanktionen“ noch keine eigene gesetzliche Grundlage. Dies soll jedoch in einer Gesetzesnovelle zum Jugendstrafrecht geändert werden./18 In dieser Gesetzänderung wird vorgeschlagen alternative Sanktionen für Jugendliche in verschiedenen Verfahrenphasen zu ermöglichen und der polizeilichen Verfahrenserledigung – bestehend in der Überweisung von Beschuldigten nach einem Projekt für Vandalismusbekämpfung – einen gesetzlichen Rahmen zu geben.

2.

BRÜCKE UND „ALTERNATIVE SANKTIONEN“

a) Die deutschen Brücke – Projekte

Das erste deutsche Brücke – Projekt wurde in München aus der Idee heraus entwickelt, Zeitungsabonnements für Strafgefangene einzurichten und die Mittel dafür durch Spendenaufrufe in den Printmedien zu gewinnen. Da die Spender zum großen Teil auch damit einverstanden waren, daß ihre Adressen an die Gefangenen weitergeleitet wurden, entstanden viele Kontakte zwischen den beiden Gruppen, woraus sich dann der Name des seinerzeit gegründeten Trägervereins der Aktion, Brücke e.V., ergab. Aus den Erfahrungen, die von der Arbeit dieser Gruppe gewonnen wurden, entwickelte sich Ende 1975 der Gedanke in einem Modellversuch für jugendliche und heranwachsende Straftäter Alternativen zu herkömmlichen Strafformen zu erproben. Der Modellversuch der als Forschungsprojekt am Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendrecht und Strafvollzug der Universität München geplant wurde, firmierte unter dem Namen „Arbeit statt Strafe“.

aa) Zielsetzungen

Die ursprüngliche Zielsetzung dieses (und der dann folgenden Brücke – Projekte) besteht in der Zurückdrängung, Reduzierung oder gar Vermeidung von Freiheitsstrafen gegen Jugendliche. Daneben haben sich die Brücke – Projekte zu Ziel gesetzt das Jugendstrafrecht in Deutschland in einem kontinuierlichen Prozess zu verändern. Aufbauend auf den engen Kontakten der der Brückemitarbeiter mit Jugendrichtern und der Jugendgerichtsbeihilfe wird dieser Prozess als innere Reform bezeichnet.

bb) Konzeption und Arbeitsweise

Innerhalb des deutschen Jugendstrafrechts sind verschiedene Freiräume für sozialpädagogisch orientierte Modelle gegeben, die in einigen Teilen Deutschlands auch genutzt werden, in dem man dort die pädagogisch orientierten Angebote verschiedener

Modell – projekte bzw. inzwischen institutionalisierter Projekte (wie etwa die älteren Brücke – Projekte) roge in Anspruch nimmt. Die meistpraktizierten ambulanten Maßnahmen sind gegenwärtig die Arbeitsweisung (Sozialdienst), die Betreuungsweisung, die sozialpädagogische Gruppenarbeit sowie der Täter–Opfer–Ausgleich. Und so haben alle Brücke – Projekte in Deutschland Maßnahmen wie Arbeitsweisung und Betreuungsweisung in ihr Programm aufgenommen. Die Arbeitsaufgabe, die meist durch den Jugendrichter nach § 10 JGG durch Urteil angeordnet wird, aber auch in der Minderzahl der Fälle als Alternative zur Verurteilung im Rahmen informeller justizinterner Entscheidung nach § 45 JGG oder § 47 JGG auferlegt wird, ist eine Weisung, nach der der Jugendliche eine festgesetzte Anzahl von Stunden in einer gemeinnützigen Einrichtung unentgeltlich abzuleisten hat.

Die Aufgabe der Brücke – Projekte ist es nun, nachdem der Jugendliche in der Gerichtsverhandlung bzw. durch staatsanwaltliches Schreiben mitgeteilt bekommen hat, daß er sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums bei der Brücke zu melden hat, dem Jugendlichen eine entsprechende Stelle zu vermitteln. Hierzu führt der Brückemitarbeiter mit dem Jugendlichen ein Gespräch, in dem er dem Klienten eine Auswahl von Einsatzstellen anbietet. Vor der Auswahl einer Stelle wird zunächst geklärt, zu welchen Zeiten der Klient seinen Dienst ableisten kann (z.B. Schüler nicht vormittags, Berufstätige nur an Wochenenden u.s.w.) und welcher Einsatzort für ihn in Frage kommt (z.B. nicht in seiner Wohngegend, um mögliche unerwünschte Begegnungen mit Bekannten u.s.w. zu vermeiden).

Hat der Klient die erforderliche Stundenzahl abgeleistet, bekommt er von dieser eine Bestätigung darüber, die er dann bei der Brücke abzuliefern hat. Die Brücke wiederum informiert die verlassende Stelle, also den Richter oder die Staatsanwaltschaft, daß der Jugendliche seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Hierauf wird das Verfahren abgeschlossen bzw. eingestellt./19

cc) Erfolg

Die Brücke – Projekte in Deutschland sehen ihren Erfolg im Rückgang der Quote formeller Verurteilungen im Bereich der Freiheits- und Geldstrafen.

Aus Statistiken/20 vor und nach der Einführung von den beiden ältesten Brücke – Projekte in München und Köln geht hervor, daß die Zahl der Freiheitsstrafen in diesen beiden Städten nach Einführung der Brücken kontinuierlich zurückgingen; die Projekte also offenbar eine Veränderung der Verfahrens- und Sanktionspraxis bewirkte. Allerdings relativiert sich dieser Erfolg, wenn man bedenkt, daß in der gesamten Bundesrepublik die Anzahl der verhängten Freiheitsstrafen – allerdings mit zeitlicher Verzögerung – zurückging. Ferner bleibt festzuhalten, daß der Anteil der Ersttäter und die Gruppe der Jugendlichen, die ein Bagatelldelikt begangen haben bei den eben genannten Brücke – Projekten auf relativ hohem Niveau angesiedelt sind./21

b) Die niederländischen Projekte „alternative Sanktionen“

Den Anstoß das bestehende Sanktionsspektrum im niederländischen Jugendstrafrecht um die sogenannten alternativen Sanktionen für Jugendliche zu erweitern, gab die „Commissie Herziening Strafrecht voor Jeugdigen“ (Kommission für die Reform des Jugendstrafrechts) in ihrem Zwischenbericht vom 10. Juli 1981. Hierbei wurde primär an gemeinnützige Arbeit (dienstverlening), die die Jugendlichen verrichten sollten und, die so möglich, Bezug zur begangenen Straftat haben sollte, gedacht.

Daneben sollte jedoch auch in sozialen Trainingskursen und anderen Tätigkeiten die Fähigkeit zur sozialen Integration der Jugendlichen gesteigert werden.

Um den „alternativen Sanktionen“ einen gesetzlichen Rahmen geben zu können, sollten zunächst Modellprojekte auf zeitlich begrenzter Basis installiert werden, um zu sehen welche Maßnahmen am praktikabelsten sind. Zur Erfüllung dieser Aufgabe setzte die Regierung eine Arbeitsgruppe ein, die dann die entsprechenden Modellprojekte entwarf und einrichtete. Inzwischen gibt es in jedem niederländischen Gerichtsbezirk ein Projekt „alternative Sanktionen“.

aa) Zielsetzung

Ebenso, wie bei den deutschen Brücke – Projekten, ist es vorwiegendes Ziel der „alternativen Sanktionen“ die Verhängung von Freiheits- und Geldstrafen gegenüber Jugendlichen zurückzudrängen.

Eine sogenannte innere Reform, d.h. die Veränderung des Jugendstrafrechts in einem kontinuierlichen Prozess, wird von den niederländischen Projekten nicht angestrebt.

bb) Konzeption und Arbeitsweise

Bei den „alternativen Sanktionen“ in den Niederlanden gibt es zwei Verfahrenserledigungsarten: die Arbeitsprojekte und die Lehrprojekte. Die Arbeitsprojekte ähneln im großen und ganzen den deutschen Verfahren bei den Arbeitsaufgaben, da hier wie dort die Jugendlichen gemeinnützige Arbeit zu verrichten haben. Hierbei kann es sich jedoch in den Niederlanden um konkrete Schadenswiedergutmachung handeln.

Die niederländischen Lehrprojekte (vergleichbar den deutschen sozialen Trainingskursen) sollen die sozialen Fertigkeiten des Einzelnen verbessern und sein Selbstbewußtsein stärken./22 Primäres Ziel der Lehrprojekte ist es also, den straffällig gewordenen Jugendlichen zu ändern.

Demgegenüber stehen bei den Arbeitsprojekten „Genugtuung“ der Gesellschaft und Sühne im Mittelpunkt.

Die Lehrprojekte sind somit die „empfindliche“ alternative Sanktion, bei ihnen darf es per definitionem keine Vergeltung geben, dann damit wäre jede positive Wirkung von vorneherein ausgeschlossen./23

Auch wenn zwischen den einzelnen Gerichtsbezirken einige Unterschiede bei der Anwendung der „alternativen Sanktionen“ bestehen, läßt sich das Verfahren bei der Auferlegung der Sanktion in groben Zügen folgendermaßen skizzieren. Der beschuldigte Jugendliche wird zunächst so früh wie möglich über die Möglichkeit einer alternativen Sanktionen in Kenntnis gesetzt. Im weiteren Verlauf muß zwischen drei Modellen unterschieden werden:

1. dem Sitzungsmodell
2. dem Staatsanwaltsmodell und
3. der Unterbrechung der Untersuchungshaft./24

Beim ersten Modell berät der Richter in einem Kollegium bestehend aus Vertretern der Jugendgerichtshilfe und der Staatsanwaltschaft über eine angemessene Sanktion, die der Jugendliche schriftlich annehmen muß. Beim zweiten Modell schlägt der Staatsanwalt in Überlegung mit Jugendgerichtshilfe eine alternative Sanktion vor, die der Jugendliche schriftlich zu deren Wirksamkeit akzeptieren muß. Die Unterbrechung der Untersuchungshaft, wird vom Rechtsvertreter des Jugendlichen dem Jugendrichter vorgeschlagen. Bei allen drei Modellen ist eine erfolgreiche Absolvierung der alternativen Sanktion Voraussetzung für eine Einstellung des Verfahrens durch die zuständige Institution.

cc) Erfolg

Die begleitende Untersuchung/25 zu den „alternativen Sanktionen“ hat gezeigt, daß, obwohl die Gesamtzahl der ausgesprochenen Strafen in den Gerichtsbezirken, die an dem Experiment alternative Sanktionen teilnahmen, insgesamt zurückging, die Anzahl der zur Bewährung ausgesetzten und ohne Bewährung verhängten Freiheitsstrafen zugenommen hat. Die „alternativen Sanktionen“ waren also offensichtlich nicht das geeignete Mittel um Freiheitsstrafen gegen Jugendliche zurückzudrängen.

3.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Diversionsprojekte der Brücke e.V., die gegenwärtig immer noch ihren Schwerpunkt bei der Reaktion auf Kleinkriminalität haben, sind – gleich „alternativen Sanktionen“ – von ihrer Konzeption her insbesondere auf den Bereich der mittleren Kriminalität bezogen, weil sie hier am ehesten ihrem Anspruch auf Vermeidung eines förmlichen Hauptverfahrens nachkommen können.

Die „Erfolgsstatistiken“ der beiden Projekte belegen, daß Alternativprogramme nicht wirklich das leisten können, was von ihnen erwartet wurde. Sie vermochten die Organe der Justiz (Staatsanwaltschaft, Richter) nicht wirklich zu überzeugen, daß eine „Alternativstrafe“ das herkömmliche Sanktionsspektrum wirksam ersetzen kann.

Es hat sich gezeigt, daß sich „Diversion ohne Intervention“ bisher nicht als wirksame Alternative zum repressiven Umgang mit Jugendlichen hat durchsetzen können.

LITERATUR:

- [1.] Neubekanntmachung des JGG vom 4.8.1953 (BGBl.IS.751) i.d.F. des 1.JGG-ÄndG vom 30. August 1990 (BGBl.IS.1853). Mit Wirkung vom 3.10.1990 gilt das JGG auch für das Gebiet der fünf neuen Bundesländer, allerdings mit einzelnen Modifikationen, vgl. Anl. I zum E Vetr. Abschnitt III Nr.3
- [2.] Gem.§ 1 II JGG sind Jugendliche derjenige Personenkreis, der zur Tatzeit 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist; Ausnahme möglich vgl. §§ 1 II, 105 JGG.
- [3.] Zur Konzeption des deutschen Jugendstrafrechts siehe etwa Brunner, R. Jugendgerichtsgesetz: Kommentar, Berlin u.a., 8.Aufl. 1986; Schaffstein, F./Beulke, W., Jugendstrafrecht, Stuttgart u.a., 1987.
- [4.] Der Begriff Diversion ist aus der Diskussion, die in den USA in Bezug auf Jugendkriminalpolitik geführt wurde, übernommen worden. Nach Albrecht definiert die überwiegende Meinung den Begriff Diversion „als Abbruch des Strafverfahrens zwischen der polizeilichen Erfassung des Straftäters und der formellen Eröffnung eines Hauptverfahrens“; vgl. Albrecht, P.-A., Jugendstrafrecht, München, 1987.
- [5.] Als Auflagen sind etwa Schadenswiedergutmachung, Entschuldigung beim Opfer oder Zahlung eines Geldbetrages zugunsten einer Gemeinnützigen Einrichtung möglich.
- [6.] Die hier vorgestellten, deutschen Brücke-Projekte arbeiten hauptsächlich mit dieser Möglichkeit.
- [7.] Zu den Einzelheiten des Verfahrensganges siehe Brunner, a.a.O. 1986 § 45.
- [8.] Entwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1. JGG ÄndG), vgl. Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, Drucksache 11/5829 vom 27.11.1989, Sachgebiet 451.
- [9.] Zu den rechtlichen Bedenken gegen die Richterrolle des Staatsanwaltes vgl. P.-A. Albrecht, „Exekutivistisches Recht“, in ders. (Hrsg.), Innormalisierung des Rechts, Berlin, New York, 1990, S.1-44; Albrecht kritisiert in diesem Zusammenhang, daß die richterliche Entscheidungsmacht mehr und mehr auf den Staatsanwalt übertragen wird.
- [10.] Vgl. Entwurf 1.JGGÄndG, 1989, Begründung, S.23. Dies gilt in gewissem Maße auch für Wiederholungstäter.
- [11.] Vgl. Entwurf 1.JGGÄndG, 1989, Bedrängung, S.26.
- [12.] Vgl. Entwurf 1.JGGÄndG, 1989, Bedrängung, S.11.
- [13.] Im folgenden n1.StGB, Wetboek van Strafrecht vom 3.3.1981, Stb 35 i.d.F. des Änderungsgesetzes vom 25.10.1989, Stb. 482.
- [14.] Strafprozessordnung im folgenden n1. StPO, Wetboek van Strafvordering, Gesetze zur Einführung vom 29.6.1925, Stb.308 i.d.F. des Änderungsgesetzes vom 3.7.1989.

- [15.] Eine Verfolgung der Straftat erfolgt nach dem Opportunitätsprinzip nur bei allgemeinem Interesse. Die Verfolgung einer Straftat ist in den Niederlanden ausschließlich Aufgabe der Staatsanwaltschaft, sie besitzt diesbezüglich Verfolgungsmonopol. Diese Position der Staatsanwaltschaft mit Bezug auf die Strafverfolgung wird in der Weise noch verstärkt, daß sie nicht in allen Fällen, in denen sie meint, daß es bewiesen ist, daß eine Straftat begangen wurde und der Täter bekannt ist, zur Strafverfolgung verpflichtet ist. Die Staatsanwaltschaft kann die Verfolgung aus allgemeinen Gründen unterlassen und das betreffende Strafverfahren einstellen. Dies nennt man Opportunitätsprinzip und kommt in Art. 167 und 242 n1. StPO zum Ausdruck. Vgl Minkenhof, A., De Nederlandse strafvordering, Arnhem, 1990, S.37.
- [16.] Zu den Einzelheiten der Verschiedenen Einstellungsarten vgl. Resch, W.J., Alternativen zur Jugendstrafe in der Praxis, Bonn, 1992.
- [17.] Vgl. Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de herzining van het strafrecht voor jeugdigen, Zweite Kammer, Sitzungsjahr 1989 – 1990, Parlamentsdrucksache 21327, Nr.1 ff.
- [18.] Das eben beschriebene Verfahren stellt den Normalfall dar. Zu Problemfällen und den anderen – in Brücke Projekten praktizierten – ambulanten Maßnahmen vgl. Resch, a.a.O., 1992, S.130 ff. mit weiteren Nachweisen.
- [19.] Vgl. Sonderauswertung des Bayrischen Statistischen Landesamtes, in Brücke e.V. (Hrsg.), 10 Jahre Brücke e.V. Festschrift, 1988, S.10 und Marks, E., Vom Nutzen eines Aufbaues ambulanter Maßnahmen nach dem Jugendgerichts-gesetz und Kriminalpolitik von unten, In DVJJ, 1984, S.320 ff.
- [20.] Vgl. dazu Resch, a.a.O., 1992, S.141 ff. mit vielen weiteren Nachweisen.
- [21.] Vgl. van der Laan, P.-H., „Neue Entwicklungen in den Niederlanden“; De kwartaalkursus, in: DVJJ (Hrsg.), Mehrfach Auffällige – Mehrfach Betroffene, Bonn 1990, S.577–593, hier S.578.
- [22.] Van der Laan, a.a.O., 1990, S.577 m.w.Nachw..
- [23.] Zu Einzelheiten dieser Modelle siehe Resch, a.a.O., 1992, S.174 ff.m.w.Nachw..
- [24.] Van der Laan / van Hecke, Th.A.G. Alternative sancties onderzocht; eindrapport van het evaluatieonderzoek Alternative Sancties voor Jeugdigen, Gravenhage, CWOK, 1986.

* * *

SUMMARY

Alternativy v praxi

Náplní příspěvku je problematika alternativních sankcí a jejich skutečného použití v praxi. Autor přitom používá metodu srovnávání těchto sankcí v trestním právu Nizozemí a Německa, a to zejména se zaměřením na mladistvé. Jsou zde rozebrány platné právní normy, týkající se dané problematiky v obou zemích, jakož i navrhované a připravované změny těchto norem.

V samostatné části se autor zabývá tzv. německými projekty „Most“, a to z hlediska stanovení jejich cílů, koncepce i jejich úspěšnosti. Nizozemské projekty „alternativní sankce“ jsou rovněž hodnoceny z uvedených hledisek.

V závěru je posuzována tzv. „statistická úspěšnost“ uvedených projektů alternativních sankcí a možnost jejich zařazení do celkového spektra sankcí, včetně jejich využití orgány justice.

Zpracovala:

Andrea FOJTOVÁ

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Problémy techniky zákonodárství

Dne 4. května 1995 zavítal na naši fakultu rakouský host doc. dr. Friedrich Lachmayer z oddělení pro legislativu při úřadu spolkového kancléře, Vídeň. Byl uvítán proděkanem doc. dr. D. Jílkem, který též přivítal zástupkyni Rakouského institutu.

Doc. Lachmayer vystoupil s přednáškou na téma: Problémy techniky zákonodárství. Podnětný příspěvek z oblasti rakouské legislativy v mnohém obohatil i české právníky, nejenom díky odborné fundovanosti doc. Lachmayera, nýbrž i díky jeho neformálnímu projevu a přístupu k přednášené látce.

Úvodní část svého vystoupení věnoval přednášející vztahu společnosti a práva. Sféru působení práva rozdělil na pozitivní a negativní oblasti a upozornil též na existenci tzv. tabu oblastí, které lze jen ztěžil upravovat právními normami. O tom, že problémy rakouského a našeho zákonodárství jsou si v mnohém podobné nás Lachmayer přesvědčil exkur-

sem do rakouské legislativy, v níž nastala podle něj „inflace norem“. Neefektivnost právních úprav je způsobena kvantitou právních norem a též stále více se rozšiřujícím „symbolickým zákonodárstvím“, kdy právo určuje pouze symboly, ale ne reguluje efektivně.

V následující části se Lachmayer dostal k rozdělení moci ve státě a k postavení jednotlivých státních orgánů. V rychlosti naznačil proces návrhu a předkládání NPA rakouskou vládou parlamentu a již se věnoval základnímu tématu své přednášky – legislativním problémům.

Legislativní problémy rozdělil Lachmayer do 7 úrovní:

- úroveň shromažďování poznatků a počítačových dat
- úroveň formulářů
- úroveň jazyková
- úroveň pojmová
- úroveň normativní
- úroveň instituční
- úroveň politická

Ke každému bodu měl přednášející připraveno jeho teoretické i praktické vysvětlení s použitím zajímavých grafů a obrazů. S postupujícím časem jsem si uvědomil, že problémy rakouské jsou stejné, jako ty naše. Je sice pravdou, že v te-

oretickém rozpracování jsou dál a některé rakouské problémy (zejména ty, které se týkají sociálních věcí) nás teprve čekají, leč právě nyní máme tu největší šanci počít se z postupů správných z i omylů...

Roman VANĚK

Parlamentní demokracie a formování občanské společnosti

Ve dnech 24. – 25. 5. 1995 se uskutečnila na Filozofické fakultě UPJŠ v Prešově mezinárodní konference na téma: Parlamentní demokracie a formování občanské společnosti pořádaná Katedrou sociálně-politických věd. První den konference byl věnován hlavním referátům a práci v plénu. Vystoupili zde v početně vyrovnané reprezentaci jak teoretikové, tak praktičtí politikové či po většinou osoby spojující obě tato hlediska např.: politolog z Trnavské univerzity a místopředseda KDH Ivan Šimko, právník z Ústavu státu a práva SAV a bývalý poslanec Eduard Barány, ekonomka z Ekonomického ústavu SAV a exmístopředsedkyně vlády Brigita Schmögnerová, sociolog a poradce prezidenta SR Ján Stena, poslankyně a politoložka z pořádkující katedry Marcela Gbúrová. Téma jednotlivých příspěvků byla zaměřena především na pojem občanské společnosti, jejímu vývoji na Slovensku a hospodářským výhledům Slovenska.

Druhý den bylo jednání soustředěno do tří sekcí: politologicko-právní, sociologicko-filozofické a ekonomické. Největší zastoupení diskutujícími měla sekce politologicko-právní řízená Marcelou Gbúrovou. V příspěvcích a následné diskusi nejvíce pozornosti upoutaly témata stávajícího vývoje systému politických stran (Peter Kulašik ze SAV, Dušan Leška z UK Bratislava, František Briška z STU Bratislava) a vlivu slovenského ústavního pojetí parlamentní formy vlády obecně a postavení prezidenta republiky konkrétně na vývoj soudobých politických poměrů na Slovensku (Imrich Kanárik z PrF UPJŠ Košice, Zdeněk Koudelka z MPÚ Právnícké fakulty MU Brno). Mimořádně aktuální byl příspěvek Gabriely Dobrovičové z Katedry teorie práva PrF UPJŠ Košice k diskusi o ústavnosti odvolání prezidenta republiky v referendě, na což existují dva teoretické názory. První vycházející z doslovného výkladu ústavy, která takovou možnost výslovně

nevylučuje, a druhý odkazující na interpretaci ducha ústavy založené na parlamentní zastupitelské demokracii, jenž tuto možnost, ale též jiné možné ústavní otázky – konstituování a důvěra vlády, reprezentativní mandát, považuje k řešení v referendu za protiústavní. V závěru převládla problematika vhodnosti změny některých ustanovení ústavy (odvolatelnost prezidenta, možnost rozpustit Národní radu jen 6 měsíců po volbách, slabé pojetí prezidentského veta), či zda neměnnost a stabilita ústavy je sama o sobě takovou hodnotou, že je vhodné k novele nepříkročit.

Konference byla hojně zastoupena, přičemž přínosem bylo porovnání názorů teoretiků a lidí z praktické politiky, konference umožnila i společenské seznáme-

ní kolegů ze Slovenska, Moravy a Čech z různých pracovišť zabývajících se teoreticky politikou, přičemž potěšující je obecná známost brněnského Politologického časopisu. Velmi přínosná byla zvláště jednání v sekcích umožňující konkrétnější příspěvky a diskusi odborníků podobného zaměření. Konference má být podle organizátorů základem budoucích Prešovských politologických dnů. Mezi účastníky zazněl názor, že tyto dny by mohly být delší a to především ve prospěch práce v sekcích umožňující konkrétnější a dělnější činnost než jednání v plénu mající spíše slavnostnější ráz. Z příspěvků této úspěšné konference bude za přispění sponzora publikován sborník.

Zdeněk KOUDELKA

Lokálna moc v transformácii spoločnosti

Ve dnech 8. a 9. června 1995 uspořádala Slovenská a Česká společnost pro politické vědy v Bratislavě vědeckou konferenci nazvanou „Lokálna moc v transformácii spoločnosti“. Celá akce byla velkoryse financována německou nadací Friedricha Eberta a konala se v hotelu Soarea.

Téma komunální politiky je v současné době velmi aktuální a jeho význam neustále vzrůstá. Konference nabídla široké spektrum pohledů na tuto proble-

matiku: od politologických, sociologických, právních až k čistě filozofickým. Kombinovány byly rovněž přístupy teoretické a praktické, vhodně se doplňovala témata obecná a abstraktní s ryze konkrétními a aktuálními. Právě různost pohledů a neformální pojetí konference považují za její nejvýraznější klady.

Po oficiálním zahájení vystoupili v rámci prvního bloku L. Malíková (Politická reflexia lokálnej moci), Fr. Briška (Demokracia, participácia a samosprá-

va) a Z. Vajdová (Mocenská struktura na místní úrovni).

Bezprostředně poté následoval blok druhý, který se zaměřil zejména na problémy místní samosprávy ve SR (J. Šopčí a S. Konečný). Za obzvláště přínosné pokládám vystoupení S. Konečného ze Združenie mest a obcí SR, které se zabývalo praktickými problémy samosprávy na Slovensku. Především účastníci konference z ČR tak mohli konfrontovat řešení některých sporných otázek v obou republikách nedávno ještě společného státu. „Dopolední“ blok zakončil M. Matula (Ústav státu a práva AV ČR) referátem, zabývajícím se transformací a reformou veřejné správy v ČR obzvláště s ohledem na připravovanou integraci do Evropské unie a z toho vyplývajícím dodržováním principu subsidiarity.

První část odpoledního programu byla věnována komunálním volbám v ČR v listopadu loňského roku – a to z pohledu právního (V. Šimíček – Vybrané problémy zákona o volbách do zastupitelstev v obcích ČR) a politologického (B. Říchová, A. Lis – Formování občanské společnosti ve světle komunálních voleb v ČR; J. Reschová – Komunální volby 1994 – ukazovatel stability lokální moci v ČR). Druhá část patřila sérii sociologických vystoupení. Precizním zpracováním i prezentací svého příspěvku zaujal zejména V. Krivý, který ukazoval souvislosti mezi parlamentními a komunálními volbami na Slovensku prostřednictvím celé řady navýsost zajímavých empirických dat. Na tento příspěvek vhodně navázal referát L. Malíkové a S. Mihalíkové, který

se věnoval sociologickými i politologickými aspekty loňských komunálních voleb ve SR. Nezauklo ani vystoupení studentky R. Brlíkové, zabývající se případovou studií z oblasti komunální politiky na západním Slovensku.

Druhý den konference zahájila J. Chapman (Glasgow) prezentací komparativního empirického výzkumu rekrutace místních politických elit ve SR, ČR, Skotsku a USA. Rovněž komparativní přístup byl vlastní vystoupení Z. Koudelky na téma právních rozdílů organizace místní veřejné správy v ČR a SR. Následovaly dvě případové studie: osady U sabotu prezentoval J. Horálek a města Bratislavy J. Buček. Po vystoupení Z. Šťastného na téma „Lokálna politika malých sídel a jej ekonomické vazby“ zakončil celou konferenci J. Kánský, který obrátil pozornost od problémů čistě praktických k otázkám obecnějším – k úloze morálky v komunální politice.

Jak už je zmíněno, celou konferenci provázela velice neformální, příjemná a dělná atmosféra. Je proto škoda, že program byl možná až příliš vyplněn jednotlivými příspěvky na úkor prostoru pro širší diskuse. Ty se však odehrávaly nejen v rámci oficiálního programu, ale i mimo něj. Celkově konferenci hodnotím vysoce pozitivně, a to především s ohledem na skutečnost, že umožnila konfrontaci nejen různých oborů, ale také československou. Ukazuje se totiž už nyní, že se po dvou letech existence dvou samostatných států můžeme navzájem obohatit možná ještě více, než tomu bylo za trvání federace.

Vojtěch ŠIMÍČEK

Autoři

Doc. JUDr. Josef Bejček, CSc.
Katedra obchodního práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Theo van Dijk
Erasmus Universiteit
Juridisches Fakulteit Rotterdam
The Netherlands

JUDr. Josef Fiala, CSc.
Katedra občanského práva
Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Tomáš Fiala
Ministerstvo pro hospodářskou soutěž

Doc. JUDr. Jan Filip, CSc.
Katedra ústavního práva a politologie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Michael Geistlinger
Institut für Völkerrecht
und Ausländisches Recht in Salzburg
Österreich

Mgr. Zdeněk Koudelka
Katedra ústavního práva a politologie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Doc. JUDr. Karel Marek, CSc.
Katedra obchodního práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Alexander Nett, CSc.
Katedra trestního práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.
Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Ivana Průchová, CSc.
Katedra práva životního prostředí
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Wolfgang J. Resch
Universität Salzburg
Österreich

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
Katedra dějin státu a práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Ilona Schelleová, Dr.
Katedra občanského práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Vojtěch Šimíček
Katedra ústavního práva a politologie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

PhDr. Martina Urbanová
Katedra právní teorie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Doc. Ing. Ivan Vágner, CSc.,
Katedra národního hospodářství
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Roman Vaněk
Katedra právní teorie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. František Vašek
Brno

JUDr. Josef Zimek
Katedra ústavního práva a politologie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Michaela Židlická, Dr.
Katedra dějin státu a práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Obsah

ČLÁNKY

1	Josef BEJČEK : Wettbewerbsumfeld und Kartellrecht in der Tschechischen Republik	3
	Soutěžní prostředí a kartelové právo v České republice	19
2	Josef FIALA : Liegenschaftskataster der Tschechischen Republik	20
	Katastr nemovitostí v České republice	33
3	Ilona SCHELLEOVÁ : Das Konkurs- und Ausgleichsverfahren in der Tschechischen Republik	34
	Konkursní a vyrovnací řízení v České republice	64
4	Alexander NETT : Účinný důkaz v trestním řízení de lege lata	65
	Effective evidence in criminal proceedings in respect of de lege lata	80
5	Ivan VÁGNER : Proposals for improvement of Masaryk university economic system	81
	Návrhy pro zdokonalení ekonomického systému Masarykovy univerzity	89
6	Karel MAREK : Burza cenných papírů, obchody na burzách cenných papírů	90
	The Stock Exchange, Trading on the Stock Exchange	111
7	Ivana PRŮCHOVÁ : K problematice singulárních lesů	112
	To the singular forests problems	120
8	Josef ZIMEK : Právní problematika zásahů do tělesné integrity	121
	Legal problems of interventions in physical integrity	128

9	Jan FILIP : Lhůta pro podání ústavní stížnosti z hlediska § 75 odst. 2 zákona o Ústavním soudu	129
	Terms for lodging a constitutional complaint from the viewpoint of § 75 par. 2 of the Constitutional Court Act.	137
10	Tomáš FIALA : Práva intelektuálního vlastnictví a pravidla hospodářské soutěže Evropského společenství: „problematické manželství“	138
	Intellectual Property Rights v. EC rules on competition: „a difficult marriage“	150
11	Ilona SCHELLEOVÁ : Dvě výročí prof. JUDr. Jaromíra Sedláčka	151
12	Petr PRŮCHA, Karel SCHELLE : Právnik – historik – numismatik (K 95. výročí narození prof. JUDr. Jaroslava Pošváře, CSc.)	156
13	Martina URBANOVÁ : Problémy sociální kontroly a práva jako nástroje sociální kontroly	161
	The problem of the social control and law as an instrument of the social control.	167

PRÁVNÍ HISTORIE A SOUČASNOST 168

14	Ilona SCHELLEOVÁ, Karel SCHELLE : Die Geschichte und die Gegenwart des Schiedsverfahrens in der Tschechischen Republik	168
	Historie a současnost rozhodčího řízení v České republice	185
15	František VAŠEK : K tzv. stanným soudům z let 1941 – 1945 v Brně	186
16	Michaela ŽIDLICKÁ : Základní rysy vývoje konstitucionalismu v Československu v letech 1918 – 1993	191

PŘEDNÁŠKY ZAHRANIČNÍCH PROFESORŮ	200
17 Theo van DIJK : Democracy and Minority Rights	200
Demokracie a práva menšin	214
18 Michael GEISTLINGER : Ein kurzer Abriß der Geschichte des Völkerrechts	215
Stručný nárys dějin mezinárodního práva	225
19 Wolfgang J. RESCH : Alternativen in der Praxis	226
Alternativy v praxi	235

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA **236**

20 Problémy techniky zákonodárství (<i>Roman VANĚK</i>)	236
21 Parlamentní demokracie a formování občanské společnosti (<i>Zde- něk KOUDELKA</i>)	237
22 Lokální moc v transformácii společnosti (<i>Vojtěch ŠIMÍČEK</i>)	238