

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 71 (133)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 7-8/2016

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. Jakob Radoslav Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo Pravnik), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnik*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso, maja 2015 pa je postala tudi naslednik revije *Slovenian Law Review*, ki jo je Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani izdajala od leta 2004.

Revija *Pravnik* je vključena v mednarodni bibliografski bazi Internationale Bibliographie der Zeitschriftenliteratur (IBZ) in CSA Philosopher's Index, Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (ARRS) pa jo je vključila med slovenske revije v mednarodnih bazah podatkov iz seznama ARRS.

*Izdajo najstarejše slovenske pravne revije sofinancira
Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.*

Uredniški odbor:

dr. Matej Accetto, dr. Mitja Deisinger, Hinko Jenull, dr. Miha Juhart, dr. Erik Kerševan, Boštjan Koritnik, dr. Janez Kranjc, dr. Marijan Pavčnik, dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič, Mojca Seliškar Toš, dr. Darja Senčur Peček, dr. Alenka Šelih, dr. Mirjam Škrk, dr. Verica Trstenjak, dr. Lojze Ude, dr. Dragica Wedam Lukić
Mednarodni uredniški odbor:

**dr. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová,
dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec,
dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović**

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

JusFin, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: Zveza društev pravnikov Slovenije, v sodelovanju s
Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Litteralis, d.o.o.

Naklada: 500 izvodov

Izide 12 števil na leto, v šestih zvezkih.

Spletna stran s kazalom, povzetki, navodili za avtorje in naročilnico
(tudi v angleščini): **www.revija-pravnik.si**

Naročila

e-naslov: pravnik@revija-pravnik.si, tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,07 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Članki

- Patrick Vlačič,
Karla Oblak Zakaj uživa pomorski prevoznik ugodnejši režim odgovornosti v primerjavi s prevozniki iz drugih panog – 453
- Jürgen Kohler Dingliches Vorkaufsrecht in vier Rechtsordnungen – Rechtshistorische und rechtsdogmatische Fallstudie zur Gegenwärtigkeit alten Lokalrechts – 485
- Stvarna predkupna pravica v štirih pravnih sistemih – Pravnozgodovinska in pravnodogmatična študija primera o aktualnosti starega lokalnega prava (*daljši povzetek v slovenščini*) – 521
- Neža Kogovšek Šalamon Disparitetni učinek posredne diskriminacije v pravu Evropske unije in Sveta Evrope ter v slovenski sodni praksi – 523
- Ana Vlahek Novosti na področju odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta – 547
- Bruno Nikolić Vpliv Zakona za uravnoteženje javnih financ ter novele Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M) na financiranje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja – 591

In memoriam

- Boštjan Tratar Janez Šinkovec (1928–2016) – 607

Avtorski sinopsisi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 613

Navodila za avtorje

(v slovenskem, angleškem in hrvaškem jeziku) – 627

CONTENTS

Articles

- Patrick Vlačič,
Karla Oblak Why does a Carrier in Maritime Carriage of
Passengers and Goods Enjoy a Different
Liability Regime in Comparison to Carriers in
other Transport Modes – 453
- Jürgen Kohler Real Estate Pre-Emption Right in Four Legal
Systems – A Case Study on Legal History and
Legal Doctrine with a View on Present-Day
Relevance of Old Local Law – 485
(*long summary in Slovenian*) – 521
- Neža Kogovšek Šalamon Disparate Impact of Indirect Discrimination
in the Law of the European Union and the
Council of Europe and in Slovenian
Case Law – 523
- Ana Vlahek Novel Issues of Private Enforcement of EU
Antitrust – 547
- Bruno Nikolić Impact of Fiscal Balance Act and Act
Amending the Health Care and Health
Insurance Act on Financing of
Complementary Health Insurance – 591

In memoriam

- Boštjan Tratar Janez Šinkovec (1928–2016) – 607

Authors' Synopses

- (*in Slovenian and English Language*) – 421

Guidelines for Authors

- (*in Slovenian, English and Croatian
Language*) – 433

ZAKAJ UŽIVA POMORSKI PREVOZNIK UGODNEJŠI REŽIM ODGOVORNOSTI V PRIMERJAVI S PREVOZNIKI IZ DRUGIH PANOG

Patrick Vlačič,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent na
Fakulteti za pomorstvo in promet Univerze v Ljubljani*

Karla Oblak,

*univerzitetna diplomirana pravnica, LL.M., asistentka na Fakulteti za
pomorstvo in promet Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Naslov težko povzame celotno vsebino tega članka in nekatere natančnejše opredelitve je treba zapisati že v uvodu. Članek govori o odgovornosti pomorskega prevoznika za škode, ki jih utрпи potnik (vključno s škodami na prtljagi), in za škode na tovoru. Razen v zgodovinskem pregledu ne bo govora o ladjarju kot tudi ne o lastniku ladje. Ladjar je posestnik ladje in nosilec plovbnega podjetja. Lastnik ladje je stvarnopravni upravičenec do ladje kot stvari. Ladjar ima pomembno vlogo v nacionalnih zakonodajah držav kontinentalnega prava, anglosaške države pa ga sploh ne poznajo. Pogosto je v pomorskih krogih sicer slišati razprave, da je ladjar v anglosaškem pravnem okolju *beneficial owner of the ship*¹ (ekonomski lastnik ladje, ki je registriran) ali *disponent owner of the ship* (upravičenec do komercialnega izkoriščanja ladje). Take trditve izhajajo iz nepoglobljenega razumevanja koncepta ladjarja kot instituta, ki ima svojo zgodovino in razloge, da se je v državah kontinentalnega prava ohranil do danes.²

¹ Več o tem glej na primer <<http://admiraltypractice.com/chapters/NS12.htm>> (4. 1. 2016) ali <<http://www.rrojasdatabank.info/wbpuppet2011-2.pdf>> (4. 1. 2016).

² Več o tem Patrick Vlačič in drugi: Pomorsko pravo, 1. knjiga. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008, str. 79–82.

Ključna oseba, na katero sva se osredinila v prikazu, je prevoznik, ki je tista oseba v pomorskem prevozu, ki je s potnikom ali naročnikom³ prevoza sklenila pogodbo o prevozu. O prevozniku (angl. *carrier*) v pomorskem prevozu potnikov in prtljage ter tovora govorijo mednarodne pogodbe pa tudi nekatere nacionalne zakonodaje (zlasti anglosaške). Taki mednarodni akti so na primer:

- Mednarodna konvencija o izenačitvi nekaterih pravil o konosamentu (nakladnici) iz leta 1924 (Haaška pravila) in njena dopolnitev Protokol o spremembah Mednarodne konvencije o izenačitvi nekaterih pravil o konosamentu (nakladnici) iz leta 1968 (Visbyska pravila),
- Konvencija Združenih narodov o prevozu stvari po morju iz leta 1978 (Hamburška pravila),
- Konvencija o pogodbah za mednarodni prevoz stvari v celoti ali delno po morju iz leta 2008 (Rotterdamska pravila),
- Atenska konvencija o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1974 (Atenska konvencija 1974) in dopolnilni protokoli h konvenciji iz leta 1976, 1990 ter 2002.

Najbolj znana nacionalna predpisa, ki govorita o prevozniku, sta ameriški predpis o prevozu stvari po morju: *Carriage of Goods by Sea Act* (COGSA) iz leta 1936 in predpis Združenega kraljestva z enakim imenom iz leta 1992 (*Carriage of Goods by Sea Act*). Razlog, da v članku govoriva o prevozniku in ne o ladjarju, čeprav naš nacionalni predpis, tudi kadar gre za prevoz potnikov in prtljage ter tovora, govori o ladjarju, je v tem, da so ključne za temelj odgovornosti mednarodne pogodbe in ne domači predpisi. Ti zgolj povzamejo določbe mednarodnih pogodb, v nobenem primeru pa ne želijo biti strožje do prevoznika oziroma ladjarja, kot so mednarodne pogodbe.

2. ZGODOVINA ODGOVORNOSTI POMORSKEGA PREVOZNIKA

2.1. Najstarejši poznani pravni viri

Zgodovina odgovornosti pomorskega prevoznika ima zametke že v Hamurabijevem zakoniku (*Codex Hammurabi*), ki naj bi bil v kamen vklesan okrog

³ V drugih prevoznih panogah sklepa pogodbo s prevoznikom pošiljatelj. Dva razloga sta, da je v pomorskem prevozu v slovenskem jeziku v rabi naročnik in ne pošiljatelj. Prvi je posledica Zakona o pomorski in notranji plovbi (ZPNP), zveznega predpisa iz leta 1978 iz tedanje SFR Jugoslavije, ki je predhodnica današnjega Pomorskega zakonika (PZ, Uradni list RS, št. 26/01, 21/02, 110/02 – ZGO-1, 2/04, 98/05 – ZPLD-1A, 49/06, 88/10, 59/11). Drugi razlog je, da v pomorskem prevozu, kadar gre za ladjarske pogodbe, naročnik poleg *conductio operis* (storitve) naroča tudi *locatio rei* (rabo dela ali deleža ladijskega prostora). Če bi govorili zgolj o pošiljatelju, to ne bi bilo skladno z dejstvom, da ima ladjarska pogodba dve naravi: podjemno (storitev prevoza) in zakupno naravo (zakup ladijskega prostora).

leta 1760 pred našim štetjem in že vsebuje določbe o odgovornosti mornarja za škodo, ki jo povzroči na ladji in tovoru. Zakonik vsebuje določbe o ureditvi odgovornosti ob trčenju »trgovske« in »potniške« ladje; v takem primeru je moral gospodar krivega trgovca lastniku plovila za prevoz potnikov povrniti vso nastalo škodo. Poleg teh določb pa je Hamurabijev zakonik urejal tudi višino odgovornosti v primeru, ko je mornar povzročil potop ladje, ki ni bila njegova, vendar mu jo je uspelo rešiti. Ob takih okoliščinah je mornar oškodovancu dolgoval polovico vrednosti ladje.⁴

Eden pomembnejših mejnikov pomorskopravne ureditve, ki sicer ni neposredno povezan z odgovornostjo prevoznika, je običaj pomorščakov z otoka Rodosa oziroma *Lex Rhodia de iactu* (približno let a900 pred našim štetjem), ki med drugim ureja generalno havarijo, osnovne pomorske privilegije, odgovornost ladje za osebne poškodbe pomorščakov itd.⁵ Običaj je bil prevzet in zapisan v Justinjanovih Digestah.⁶ *Lex Rhodia de iactu* je vplival na pomorsko pravno ureditev najmanj do 12. stoletja, saj je bil prenesen v druge pravne akte v srednjeveški Evropi.

2.2. Rimsko pravo (*receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*)

Čeprav se rimsko pravo ni veliko ukvarjalo s pomorskim pravom, se je razvoj odgovornosti pomorskega prevoznika nadaljeval tudi v rimskopravni ureditvi, v kateri se je izoblikoval koncept objektivne odgovornosti ladjarja. Določba, ki se neposredno nanaša na odgovornost prevoznika za prevoz stvari, ki jih je prevzel v svojo posest, je vsebovana v pretorskem paktu *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. Določba pravi, da čeprav mornar, gostilničar in hlevar ne dobijo nadomestila za varovanje (*custodia*), dobi ladjar plačilo za prevoz potnikov, gostilničar za bivanje v gostilni in hlevar za namestitev živine ter odgovarjajo tudi za varovanje (*custodia*) in so odgovorni za uničenje ali poslabšanje stvari. Odgovornosti se po določbi lahko razbremenijo le v primeru *vis maior*. Tako edikt nalaga strožjo odgovornost za stvari, ki so jih sprejeli v varstvo, kot če bi bila sklenjena najemna (*locatio rei*) ali podjemna pogodba (*locatio conductio*).

Custodia po klasičnem pravu zajema predvsem odgovornost za tatvino in poškodovanje stvari. Stvari so sprejeli v varstvo v takih okoliščinah, v katerih jih položnik težko zasleduje s tožbo. Praktično je taka ureditev posledica dejstva, da je na primer potnik, ki je potoval z ladjo, svoje stvari prepustil ladjarju na zau-

⁴ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 26–28.

⁵ Deirdre Fitzpatrick in Michael Anderson: *Seafarers' Rights*. Oxford University Press, Oxford 2005, str. 4–5.

⁶ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 27.

panje in poštenje. Če so potnikove stvari izginile, je bilo iskanje krivca in vzroka težavno. Gostilničarje, hlevarje in ladjarje so pogosto sumili dogovorov s tatovi, s katerimi naj bi si delili plen. Poleg tega pa ladjarji, hlevarji in gostilničarji niso bili dolžni sprejeti gosta in njegovih stvari. To so storili samo, če so želeli.⁷

Ladjarji so lahko uveljavljali ugovor zoper gostovo tožbo šele v času pretorja Marcusa Labeona. Ugovor so imeli, če je bila gostova stvar uničena ali poškodovana v brodolomu ali zaradi napada morskih razbojnikov.

2.3. Srednji vek

Z razpadom rimskega cesarstva, razvojem sredozemske obale in obmorskih pristaniških mest (Genova, Benetke, Marseille, Amalfi itd.) ter držav so se razvijali tudi statuti, ki so vsebovali pomorske običaje, ki so se do takrat izoblikovali v pomorski plovbi. Pojavile so se zbirke predpisov, med katerimi lahko omenimo *Guidon de la Mer*, ki je zbirka mesta Marseille ali *Libro del Consulat del Mar*, ki je zbirka predpisov mesta Barcelona.⁸

V 12. stoletju je nastal verjetno najvplivnejši in najnatančnejši srednjeveški zapis pomorskega prava Roles d'Orleon (angl. *Judgements of the Sea*). Vseboval je odločitve sodnih primerov pristaniških mest Normandije in Britanije. Izvirnik je bil zapisan v francoskem jeziku, pozneje pa je bil preveden tudi v druge jezike (angleški, nizozemski).⁹

V severnoevropskih mestih so se prav tako razvijali pomorski običaji (*lex maritima*), hkrati pa so nastajale tudi njihove zbirke. Najbolj znani zbirki običajev sta Oleronska pravila (*Rôles of Oléron*) iz leta 1150 in Visbyjska pravila (*Rules of Wisby*) iz 13. stoletja. Oleronska pravila so vsebovala tudi pravila o obveznostih in odgovornosti poveljnika, posadke, ladjarja in prevoznih upravičencev.¹⁰ Oleronska pravila so pomembno vplivala na nadaljnji razvoj pomorskega prava, saj so na njihovi podlagi nastala tudi Visbyjska pravila in angleški *Black Booke of the Admiralty*.

V novem veku se vzpnejo nekatere evropske države, kar privede do prvega celovitega pomorskega predpisa: Uredbe o trgovinski mornarici (*Ordonnance de la Marine marchande*) kralja Ludvika XIV. iz leta 1681. Prav ta pravni akt je bil zgled mnogim drugim evropskim državam. Uredba je bila nato prenesena

⁷ Janez Kranjc: Rimsko pravo. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 873.

⁸ Edda Frankot: Of Laws of Ships and Shipmen: Medieval Maritime Law and its Practice in Urban Northern Europe. Edinburgh University Press, Edinburgh 2012, str. 1–5.

⁹ Richard Schaffer in drugi: International Business Law and Its Environment. Deveta izdaja, Cengage Learning, Mason (OH) 2015.

¹⁰ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 52.

tudi v Napoleonov Trgovinski zakonik (*Code de commerce*) iz leta 1807. Drugi pomemben sodobnik uredbe je bil švedski Zakon o pomorski trgovini iz leta 1667.¹¹

Sklenemo lahko, da je bila stara praksa, nekje do 19. oziroma 20. stoletja glede odgovornosti prevoznika za škodo na tovoru zelo stroga, saj je ne glede na krivdo načeloma odgovaljal objektivno (*ex recepto*). Stroga odgovornost ladjarja je bila značilna tudi za anglosaško pravo, saj je bil prevoznik odgovoren ne glede na krivdo, poleg tega pa vzrok nastanka škode ni bil relevanten. Tak režim naj bi upravičevalo dejstvo, da mora stranka, ki ima blago v posesti in hrambi, nositi odgovornost za to blago, saj je le ona tista, ki ima nadzor nad blagom v času transporta. Kljub temu dejstvu pa je bil prevoznik prost odgovornosti zaradi določenih dogodkov, ki se jim ni mogel izogniti, kot so na primer dejanja boga, javnih sovražnikov, naravne pomanjkljivosti blaga ali krivda pošiljatelja.¹² Vendar prevoznik ostane odgovoren, če je bil malomaren, če je povzročil škodo namenoma ali je pripomogel k njenemu nastanku.¹³

Odgovor prevoznikov na tako strogo ureditev in hkratna krepitev doktrine svobodnega urejanja pogodbenih razmerij je bila vse pogostejša raba klavzul o izključitvi odgovornosti za škodo.¹⁴ Ta preobrat je povzročil, da je prejšnji sistem objektivne odgovornosti prevoznika postal zastarel. Še zlasti v »prevoznikiških« državih so bile take klavzule izvršljive in prevoznik je bil oproščen odgovornosti celo, če je bil pri svojem ravnanju malomaren.¹⁵ Prevozniki so začeli svoj položaj izkoriščati in prišlo je do stanja, ko niso več za nič odgovaljali. Njihovo ravnanje je povzročilo odpor naročnikov, bankirjev in zavarovalnic. Zahtevali so zakonodajne posege, ki bi zagotovili vsaj minimalno jamstvo pravic in prevzem odgovornosti. Prelom se je najprej zgodil v ZDA in odgovor je bil zapisan v *Harter Act*.¹⁶

¹¹ E. Frankot, nav. delo, str. 20–25.

¹² Michael F. Sturley: Uniformity in the Law Governing the Carriage of Goods by Sea, v: *Journal of Maritime Law and Commerce*, 26 (1995), str. 553.

¹³ John Furness Wilson: *Carriage of Goods by Sea*. Sedma izdaja, Longman, Harlow 2010, str. 115.

¹⁴ Dragan Bolanča: *Odgovornost brodarja za izuzete slučajeve*. Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1996.

¹⁵ Michael F. Sturley: *Transport Law for the Twenty-First Century: An Introduction to the Preparation, Philosophy and the Potential Impact of the Rotterdam Rules*, v: *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules: An Analysis of the UN Convention on the Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*. Druga izdaja, Lawtext Publishing Limited, Witney 2009, str. 4.

¹⁶ J. F. Wilson, nav. delo, str. 115.

2.4. Prelom s staro prakso – *Harter Act*

V obdobju pred *Harter Actom* so se pravila pomorskega prava razvijala v smeri dispozitivnosti. Glavni razlog je bil v tem, da je bila med prevozniki velika konkurenca, jadrnice so bile razmeroma cenovno dostopne in tako dostopne večjemu številu pomorskih podjetnikov. Pozneje, z razvojem parnikov, se je zgodil preobrat, saj je manjše število prevoznikov vozilo v skoraj »monopolnem«¹⁷ režimu. Parnik ima veliko višjo potovalno hitrost in je tako veliko bolj konkurenčna oblika prevoza. Ta položaj je omogočil, da so lastniki parnikov vsiljevali pogodbene klavzule, ki so izključevale njihovo odgovornost za škodo na tovoru. Posledica takega stanja je bil upor uporabnikov prevozov v ZDA in kompromis v obliki *Harter Act*.¹⁷

Prvi ameriški predpis, ki je omejeval odgovornost lastnika ladje kot prevoznika, je bil sicer že Statut Massachusettsa iz leta 1818, ki je bil revidiran leta 1836. Zvezna država Maine je leta 1821 sprejela statut, ki je bil skoraj popolna kopija omejenega statuta, leta 1840 pa je bil tudi ta revidiran. Potem, ko je ameriško vrhovno sodišče leta 1848 lastnike parnika Lexington¹⁸ spoznalo odgovorne za izgubo v vrednosti 18.000 ameriških dolarjev v zlatu, so prevozniki izzvali kongres, da je 1851 leta sprejel *Limited Liability Act*,¹⁹ ki naj bi izenačil ameriške pomorske prevoznike s prevozniki drugih držav sveta. Po zakonu iz leta 1851 prevozniki niso odgovarjali za izgubo ali poškodovanje blaga na ladji, ki je bilo posledica požara, razen če je bil požar povzročen namenoma ali iz hude malomarnosti.

Harter Act, je bil sprejet 13. februarja 1893 in je nasledil *Limited Liability Act* skupaj z njegovimi amandmaji (iz leta 1860, 1884 in 1886). Pred letom 1893 so prevozniki skušali omejiti svojo odgovornost z vnosom pogodbenih omejitev za svojo odgovornost v nakladnici. Taka praksa je bila uspešna na angleških sodiščih, ameriška sodišča pa so take klavzule zavračala. Kot rečeno, je bil odgovor na to kompromis o »pravičnejši«¹⁹ porazdelitvi tveganja za škodo na tovoru med prevoznikom in naročnikom prevoza.

Harter Act omogoča prevozniku, da s pogodbenimi določili omeji odgovornost, pod pogojem, da še vedno izpolnjuje zakonsko določene obveznosti in pogoje. Hkrati *Harter Act* prepoveduje klavzule o izključitvi odgovornosti. Klavzule morajo biti razumne, sicer nimajo pravne veljave, ne glede na to, ali je bila pogodba podpisana v ZDA ali neki drugi državi in ali imajo pravno veljavo v tej drugi državi, če bo pogodba popolnoma ali delno izpolnjena v ZDA. *Har-*

¹⁷ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 45.

¹⁸ Odločba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *The New Jersey Steam Navigation Co. v. Merchant's Bank* 47 U.S. 6 How. 344 (1848).

¹⁹ U. S. R. S. Art. 4281–4289.

ter Act nalaga prevozniku dolžnost, da poskrbi, da je ladja sposobna za plovbo, da skrbno ravna s tovorom, tako med prevozom kot tudi med vkrcenjem in izkrcenjem. Dolžnost velja tudi za njegove pomočnike in je ni mogoče pogodbeno izključiti. Prevoznik ni odgovoren za izgubo ali škodo, ki je posledica napak pri upravljanju plovila ali ravnanju z ladjo, ki jo storijo poveljnik ladje ali člani ladijske posadke, če so pokazali stopnjo skrbnosti, ki jo zahteva zakon. Prevoznik lahko s pogajanjem doseže omilitev odgovornosti, če je škoda povzročena zaradi nevarnosti morja. Prav tako je razbremenjen odgovornosti, če ni dvoma, da je škoda posledica izključitvenih nevarnosti (angl. *perills of the sea*).

Harter Act ni vplival le na ameriško pomorsko trgovino, ampak tudi na svetovno, saj so morale biti vse nakladnice za ladje, ki so potovale v ZDA ali iz njih, v skladu z ameriško zakonodajo. *Harter Act* tako ni vplival le na domačo trgovino (znotraj ZDA), ampak tudi na mednarodno.²⁰ Pomen *Harter Act* je tudi v tem, da je bil izhodišče za nadaljnji razvoj ureditve na področju odgovornosti pomorskega prevoznika v nacionalnih zakonodajah in mednarodni ureditvi (na primer Haaška pravila). Danes se *Harter Act* še vedno uporablja za pomorski prevoz med ameriškim pristanišči in za čas pred vkrcenjem in po izkrcanju, v preostalih delih pa ga je nadomestil COGSA iz leta 1936, ki je v ZDA uveljavil ureditev iz Haaških pravil.

3. ODGOVORNOST POMORSKEGA PREVOZNIKA ZA PREVOZ TOVORA DE LEGE LATA

3.1. Mednarodni zgodovinski kompromis – Haaška pravila iz leta 1924

Mednarodna konvencija za izenačitev nekaterih pravil o konosamentu (nakladnici), ki je bila sprejeta leta 1924 v Bruslju, in protokol o podpisu – Haaška pravila²¹ so se pojavila kot prvi mednarodni akt, ki vzpostavlja enotno mednarodno ureditev odgovornosti in postavlja standarde, ki določajo pravice in obveznosti pogodbenih strank pomorskega prevoza. Haaška pravila so se zgledovala po ameriškem *Harter Act* (1893), avstralskem *Sea-Carriage of Goods Act* (1904) in kanadskem *Water Carriage of Goods Act* (1910).²²

²⁰ I. L. Evans: *The Harter Act and Its Limitations*, v: *Michigan Law Review*, 8 (1910) 8, str. 637–655.

²¹ Poimenovanje Haaška pravila je zavajajoče, saj ne gre za mehko pravo *lex mercatoria*, temveč čistokrvno multilateralno konvencijo. Vendar se je tako ime uveljavilo v domači in tuji znanstveni, strokovni in poslovni praksi.

²² <<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Publications/Travaux%20Preparatoires%20of%20the%20Hague%20Rules%20and%20of%20the%20Hague-Visby%20Rules.pdf>> (16. 3. 2016).

Haaška pravila so vzpostavila svetovni minimalni standard obveznosti in odgovornosti prevoznika in najvišji dovoljeni obseg imunitet. Pogodbene stranke so obdržale dispozitivnost pri oblikovanju določil v zvezi z vprašanji, ki niso zajeta v Haaških pravilih.²³ Pomemben mejnik v mednarodnem prevozu pa je določilo, ki izključuje možnost pogodbene izključitve odgovornosti.

Uporaba konvencije se nanaša na prevoze, pri katerih je bila izdana listina, ki vsebuje pravico do tovara (angl. *document of title*), običajno je to nakladnica. Nanaša se na »stvari« v okviru rednega trgovskega prometa.²⁴ Po konvenciji »stvari« niso žive živali in tovor na krovu ladje. Pravila konvencije veljajo za pogodbene stranke v času »čistega prevoza«. Pod tem pojmom razumemo čas od vkrcanja blaga do izkrcanja blaga v namembnem pristanišču.²⁵ Odgovornost za izgubo ali poškodbo se lahko pogodbeno (običajno s posebnimi klavzulami, s katerimi se določi tudi odgovornost za škodo, nastalo pri manipulaciji s tovorom) razširi na čas pred vkrcanjem in čas, ko se tovor izkrcava.

Konvencija je utemeljena na konceptu subjektivne odgovornosti za poškodbo, primanjkljaj ali izgubo pri izročitvi blaga. To pomeni, da je pravni temelj odgovornosti domnevna krivda. Krivda se domneva, razen če je mogoče dokazati, da poškodbe, primanjkljaja, izgube ali zamude ni bilo mogoče preprečiti ob pogoju, da je izkazana skrbnost dobrega ladjarja (angl. *due diligence*), ki je pravni standard, ki se razlaga po anglosaškem pravu, ob prilagoditvi pravu države, v kateri naj se uporabi.²⁶

Pomembno določilo v Haaških pravilih, ki se nanaša na odgovornost, je drugi odstavek 4. člena, ki taksativno našteva primere, ko prevoznik ne odgovarja (tako imenovani katalog izjem).²⁷ Dve od naštetih izjem sta posebnost ureditve Haaških pravil. Gre za določbi, ko prevoznik ne odgovarja za osebe, ki delajo zanj. Natančneje, gre za navtično napako in odgovornost v primeru požara. V primeru navtične napake prevoznik ne odgovarja za poškodbo, primanjkljaj ali izgubo tovara, ki je posledica dejanj ali opustitev poveljnika ladje, drugih članov ladijske posadke in drugih oseb, ki delajo za prevoznika v okviru opr-

²³ Michael F. Sturley: *The Development of Cargo Liability Regimes*, v: *Cargo Liability Regime In Future Maritime Carriage*, Swedish Maritime Law Association, Stockholm 1998, str. 11.

²⁴ Za drugačen tovor (na primer tovor izrednih dimenzij) imata stranki pravico odgovornost urediti drugače.

²⁵ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 122 opozarjajo na dihotomijo uporabe predpisov glede pojma »čisti prevoz«. Del držav pogodbenic je »čisti prevoz« podaljšalo tudi na čas, ko se tovor vkrcava in izkrcava, del držav pogodbenic pa je to del uredil s pravili trgovinskega prava.

²⁶ D. Bolanča, nav. delo.

²⁷ William E. Astle: *The Hamburg Rules*. Fairplay Publications, Norwich 1981, str. 55.

vljanja svojih dolžnosti (načeloma prevoznik odgovarja za dejanja teh oseb) pri plovbi in ravnanju z ladjo. Navtična napaka je nastala kot kompromis med prevozniki in naročniki, saj so z uvedbo Haaških pravil, pravila odgovornosti postala kogentna in možnosti izključitve odgovornosti s posebnimi klavzulami ni bilo več.²⁸ Druga posebnost je odgovornost za škodo, ki je posledica požara. V tem primeru je prevoznik odgovoren, če tožnik dokaže, da je požar zakrivil on osebno z dejanjem ali opustitvijo in ne odgovarja, če so požar zakrivil osebe, ki delajo zanj.²⁹

Ti dve izjemi sta tako pomembni, da lahko pri Haaških pravilih govorimo o nepopolnem sistemu subjektivne odgovornosti prevoznika.³⁰ Določilo o izjemi navtične napake pa je treba brati v povezavi s prvim odstavkom 3. člena Haaških pravil, ki govori o dolžni skrbnosti prevoznika, da usposobi ladjo za plovbo (angl. *seaworthiness*), saj lahko prevoznik le ob izpolnjevanju zahtev tega določila uveljavlja navtično napako.³¹ Če je izguba ali škoda posledica nesposobnosti ladje za plovbo (angl. *unseaworthiness*), je dokazno breme o skrbnem ravnanju (angl. *due diligence*) na prevozniku oziroma tistemu, ki se sklicuje na izjemo, navedeno v 4. členu.

Dodatna ugodnost pri odgovornosti pomorskega prevoznika so izključitvene nevarnosti (angl. *excepted perils*). Gre za nevarnosti, ki so povzročile škodo, za katero pa prevoznik ne odgovarja, razen če se njemu ali pri njem zaposleni osebi dokaže krivda. To so nevarnosti plovbnega podjema, za katere se domneva, da niso nastale zaradi ravnanja prevoznika. Haaška pravila taksativno naštevajo izvzete nevarnosti (17 taksativno naštetih izvzetih nevarnosti v drugem odstavku 4. člena). Prevoznik mora pokazati, da obstaja vzročna zveza med izvzeto nevarnostjo in škodo ter v takem primeru ne dokazuje, da ni kriv (torej mu ni treba dokazati, da je ravnal z dolžno skrbnostjo). Čeprav prevoznik odgovarja, če prevozni upravičenec dokaže, da je škoda posledica krivdnega ravnanja prevoznika oziroma osebe, za katere dejanja je odgovoren prevoznik (dokazana krivda).³²

Prevoza živih živali Haaška pravila ne urejajo. Obstaja dispozitivna možnost prevoznika, da se dogovori za odgovornost, ki je lahko tudi drugačna od tiste,

²⁸ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 193.

²⁹ O razlogih za to določbo glej: P. Vlačič, nav. delo, str. 198.

³⁰ <<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Rotterdam%20Rules/Paper%20of%20Prof.%20Si%20Yuzhuo%20and%20Dr.%20Zhang%20Jinlei.pdf>> (17. 3. 2016).

³¹ Richardson John: A Guide to the Hague and Hague-Visby rules. Lloyd's of London Press, London 1994, str. 28.

³² <<http://www.comitemaritime.org/The-1924-Bills-of-Lading-Convention-and-its-1968-and-1979-Protocols-Hague-Visby-Rules/0,2799,19932,00.html>> (17. 3. 2016).

ki velja za druge stvari. Poseben primer je prevoz tovora na krovu, saj Haaška pravila v svojem besedilu te vrste prevoza ne omenjajo. V praksi prevozniki s pogodbenimi klavzulami (angl. *deck cargo clause*) izključijo odgovornost za tovor na krovu, vendar ima taka klavzula dejanski učinek le, če je v nakladnici zapisano, da je bil tovor zložen in se prevaža na krovu. Poleg tega mora za veljavo izključitve te odgovornosti poleg oznake v nakladnici dati soglasje tudi naročnik, sicer nima pravne veljave. Čeprav so Haaška pravila sredstvo unifikacije, prihaja do različne ureditve v kontinentalnem in anglosaškem sistemu. Prevoz na krovu je eno takih področij.³³

Kako močna podstat mednarodne pravne ureditve so Haaška pravila, potrjuje dejstvo, da so ta osnova nacionalnih zakonodaj vseh pomembnejših držav v svetovni trgovini. Čeprav sta bila k Haaškim pravilom sprejeta dva protokola, nobeden od njiju ni spremenil določb, ki se nanašajo na odgovornost. Vsebinsko 3. člena Haaških pravil, ki določa obveznosti in odgovornost prevoznika, pomeni sklenitev obdobja, ko je lahko prevoznik s pogajanjem dosegel popolno oprostitve odgovornosti.

3.2. Visbyska pravila 1968

Zaradi tehničnih, ekonomskih in političnih sprememb se je pokazala potreba po spremembi Haaških pravil. Rezultat te potrebe je Protokol o spremembah in dopolnitvah bruseljske Mednarodne konvencije za izenačitev nekaterih pravil o konosamentu (nakladnici) in protokola o podpisu, ki je bil podpisan leta 1968 v Bruslju, veljati pa je začel leta 1977 – Visbyska pravila. Protokol je dokument, ki revidira izvirna Haaška pravila in stremi k večji uravnoteženosti interesov med pogodbenimi strankami.³⁴ Bistvene značilnosti na področju odgovornosti prevoznika so ostale nespremenjene in enake kot v Haaških pravilih.³⁵ Visbyska pravila se nanašajo na prevoz stvari, za katerega je bila izdana nakladnica ali druga listina, ki omogoča razpolaganje s tovorom. Prav tako kot v Haaških pravilih, prevoznik odgovarja za tovor, kot je zapisan v čisti na-

³³ P. Vlačič in drugi, nav. delo, str. 165: V kontinentalnem sistemu mora med dejstvom, da je bilo blago zloženo na krov, in škodo obstajati vzročna zveza (na primer ker je bilo blago na krovu, se je zmočilo). Če bi bila škoda posledica nekega vzroka, za katerega prevoznik ne bi odgovarjal, bi bil oproščen tudi odgovornosti za tovor na krovu. V anglosaškem sistemu pa prevoznik ne bi mogel izključiti odgovornosti, čeprav Haaška pravila to možnost dopuščajo.

³⁴ Robert M. Samuel: *Creating Uniform Worldwide Liability Standards for Sea Carriage of Goods Under the Hague, COGSA, Visby and Hamburg Conventions*, v: *Transportation Law Journal* 23 (1995), str. 471.

³⁵ R. M. Samuel, nav. delo, str. 486.

kladnici.³⁶ Prevoznik ima dolžnost usposobiti ladjo za plovbo pred začetkom potovanja ter v času potovanja ravnati z dolžno skrbnostjo.³⁷

Pomembnejše novosti, ki zadevajo ureditev odgovornosti, so bile sprejete na področju omejitve odgovornosti, saj prevoznik, ki mu dokažejo, da je škodo povzročil namenoma ali brezobzirno in z vednostjo, da bo do škode prišlo, ne more uveljavljati pravice do omejitve odgovornosti. Povišal se je limit prevoznikove odgovornosti na 10.000 zlatih frankov Poincaré za tovorek ali enoto tovara oziroma 30 zlatih frankov za kilogram bruto teže izgubljenega ali poškodovanega tovara.³⁸ V Haaških pravilih je bila ta višina določena na 100 funtov šterlingov za tovorek ali enoto tovara, razen če je vkrcevalec vrednost in vrsto blaga pred vkrcajem označil in vnesel v nakladnico.³⁹ Novost je tudi kontejnerska klavzula (angl. *container clause*), ki določa, da če je blago vkrcano v zabojnik, na paleto ali drug transportni pripomoček, se za izračun omejitve odgovornosti uporabi število tovorkov ali enot, ki so zapisane v nakladnici, sicer pomeni zabojnik en tovorek ali enoto.⁴⁰

3.3. Hamburška pravila iz leta 1978

Države v razvoju, ki so bile nezadovoljne z ureditvijo položaja uporabnikov pomorskih prevoznih storitev v Haaško-Visbijskih pravilih, saj so bile same večinoma v tej vlogi, so v okviru UNCTAD dale pobudo za nastanek nove konvencije o prevozu blaga po morju. Rezultat je bila Konvencija Združenih narodov o prevozu blaga po morju (*International Convention on the Carriage of Goods by Sea*) – Hamburška pravila, ki so bila sprejeta leta 1978 in so začela veljati leta 1992, realno pa večinoma ostala le črka na papirju, saj konvencije niso ratificirale pomorske velesile.⁴¹ Trenutno je 34 držav pogodbenic, med

³⁶ P. Vlačič in drugi, nav. delo str. 135: prevoznik ima regresni zahtevek proti vkrcevalcu za povrnitev škode zaradi nenatančnih podatkov v nakladnici.

³⁷ John Richardson: *The Hague & Hague-Visby Rules*. Četrta izdaja, Lloyd's of London Press Ltd., London 1998.

³⁸ Patrick Vlačič: Omejitev višine odgovornosti v prevoznem pravu. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2007, str. 81.

³⁹ Christof F. Lüddecke, Andrew Johnson: *The Hamburg Rules: From Hague to Hamburg via Visby*. Druga izdaja, Lloyd's of London Press Ltd., London 1995, str. 16.

⁴⁰ Berlingieri Francesco: *The Hamburg Rules: A Choice for the EEC?*. Druga izdaja, Maklu 1994.

⁴¹ Felix Sparka: *Future Developments – the Hamburg Rules and Beyond*, v: *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*. Springer, Berlin, Heidelberg 2010, str. 189–217.

katerimi pa je večina zahodno- in srednjeafriških držav, ki v pomorstvu niso pomembne igralke.⁴²

Uporaba Hamburških pravil je določena širše kot uporaba Haaških in Visbyskih pravil, saj se nanašajo na čas od prevzema do izročitve tovora ne glede na škripec (angl. *port to port*). Poleg tega Hamburška pravila širše določajo blago, za katerega se uporabijo, saj govorijo o prevoznih dokumentih, nakladnici in drugih dokumentih, ki niso nakladnica. V poštev torej pride tudi tovarni list. Hamburška pravila razlikujejo tudi med prevoznikom (pogodbenim) in dejanskim prevoznikom, kar je novost glede na prejšnjo ureditev. Prav tako veljajo za prevoz blaga na krovu in prevoz živih živali.

Hamburška pravila ohranjajo koncept subjektivne odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom (domnevni krivdi), hkrati pa zaostrujejo prevoznikovo odgovornost, saj so vnesla nekaj pomembnih sprememb.

Hamburška pravila ne vsebujejo več določil o izvzetih nevarnostih ter ne poznajo ekskulpacijskega razloga navtične napake in osebne odgovornosti prevoznika za škodo zaradi požara. Dokazno breme je na prevozniku, ki mora v vsakem posameznem primeru dokazati, da je on oziroma njegovi izpolnitveni pomočniki ravnal z vso razumnostjo (subjektivna odgovornost – domneva krivde).⁴³ Naročnik mora dokazati le, da je bil tovor v času nastanka škode ali izgube pri prevozniku. Tako določilo je utemeljeno z razlago, da naj bi bilo dokazno breme na stranki, ki ima »znanje« o dejstvih,⁴⁴ kar je seveda prevoznik. Po mnenju Tetleya so v Hamburških pravilih vse izjeme z izjemo požara povzete po splošni opredelitvi odgovornosti.⁴⁵

Hamburška pravila v nasprotju s Haaškimi tudi ne uporabljajo izraza *due diligence*, ampak določajo, da mora prevoznik dokazati, da so on ali njegovi uslužbenci oziroma pooblaščenci sprejeli vse ukrepe, ki se lahko upravičeno zahtevajo, da se prepreči nastanek škodnega dogodka in njegovih posledic. Dokazovanje, da so bili sprejeti vsi ukrepi, ki se jih razumno lahko pričakuje, je zelo zahtevno, saj je zaradi tehničnega napredka ta meja »razumnega pričakovanja« (angl. *reasonableness*) vse višja in je danes mogoče preprečiti večino škodnih dogodkov. Legendre pravi, da bi zato lahko subjektivna odgovornost, vsebovana v 5. členu Hamburških pravil, postala *de facto* objektivna odgovor-

⁴² Status ratifikacij je objavljen na: <http://www.comitemaritime.org/Uploads/Publications/CMI_YBK_Part_III.pdf> (22. 3. 2016).

⁴³ United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, Hamburg, U.N. Doc. A/Conf. 89/5, 17 I.L.M. 806, Hamburg 1978.

⁴⁴ J. F. Wilson, nav. delo, str. 217.

⁴⁵ Tetley William: The Hamburg Rules – A Commentary. 1979 LMCLQ 1.

nost.⁴⁶ Prav tako mora prevoznik z vsemi razumnimi ukrepi vzdrževati ladjo v dobrem stanju (angl. *seaworthiness*) v času celotnega potovanja v nasprotju s Haaškimi in Visbyskimi pravili, po katerih mora prevoznik z dolžno skrbnostjo usposobiti ladjo za plovbo pred potovanjem in na njegovem začetku.⁴⁷

Izjema pri razbremenitvi odgovornosti je le škoda, ki je nastala kot posledica reševanja življenja ali premoženja na morju. Hamburška pravila se od Haaških in Visbyskih razlikujejo tudi v ureditvi odgovornosti za škodo, ki je posledica požara, saj Hamburška pravila določajo, da je prevoznik odgovoren, čeprav so požar zakrivile osebe, ki delajo zanj. Dokazno breme je na strani tožnika. Hamburška pravila so uredila prevoz živih živali, in sicer tako, da je prevoznik tisti, ki dokazuje, da je škoda posledica posebnih nevarnosti ter da je ravnal po navodilih vkrcevalca.⁴⁸

Limit odgovornosti je po Hamburških pravilih višji kot po Haaško-Visbyskih pravilih, poleg tega pa vsebujejo tudi določbe o omejitvi višine odgovornosti za zamudo, ki lahko znaša največ dve voznini in pol za tovor, ki je bil pripeljan z zamudo, pri čemer ta znesek ni višji kot celotna voznina, določena v pogodbi za prevoz po morju.

3.4. Rotterdamska pravila iz leta 2008

Konvencija Združenih narodov o pogodbah za mednarodni prevoz blaga oziroma Rotterdamska pravila so rezultat desetletnih prizadevanj za posodobitev in poenostavitev pravil v pomorskih prevozi. Sprejeta so bila leta 2008 na zasedanju Generalne skupščine Združenih narodov pod imenom Konvencija Združenih narodov o pogodbah za mednarodni prevoz blaga, ki v celoti ali delno poteka po morju. Trenutno ima konvencija 25 držav podpisnic, med njimi pa so jo le tri ratificirale.⁴⁹

Rotterdamska pravila predpisujejo svojo uporabo širše, torej ne le za unimodalni (pomorski) prevoz, temveč tudi za multimodalni prevoz, pri katerem je del poti izveden z ladjo.⁵⁰ V multimodalnem transportu se konvencija nanaša

⁴⁶ Claire Legendre: *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer*, v: *Le droit maritime français*, 355 (1978), str. 392.

⁴⁷ Marko Pavliha in Patrick Vlačič: *Prevozno pravo*. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 96.

⁴⁸ P. Vlačič, nav. delo 32, str. 198.

⁴⁹ <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html> (22. 3. 2016).

⁵⁰ Borislav Ivošević: *Rotterdamska pravila: Novi pokušaj mednarodnog uređaja odgovornosti za pomorski prijevoz stvari i s njime povezanih drugih grana transporta*, v: *Poredbeno pomorsko pravo* 52 (2013) 167, str. 123–124.

na prevoze od vrat do vrat.⁵¹ Tako kot Hamburška pravila tudi Rotterdamska pravila razlikujejo med dejanskim prevoznikom in pogodbenim prevoznikom.

Sistem odgovornosti je utemeljen na konceptu subjektivne odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom (domneva krivde). Prevoznik odgovarja za škodo, izgubo, poškodbo in zamudo, če stranka, ki ima pravni interes, dokaže, da je škoda, izguba, poškodba ali zamuda nastala v času, ko je prevoznik odgovoren za blago. Odgovornosti ali dela odgovornosti se lahko razbremeni, če dokaže, da vzroka ali enega od vzrokov ni mogoče pripisati njegovi krivdi ali krivdi oseb, za katere je odgovoren. Razširjen je tudi obseg odgovornost za drugega, saj prevoznik odgovarja tudi za neodvisne pogodbenike (angl. *performing parties*).

Rotterdamska pravila ohranjajo institut izvzetih nevarnosti po vzoru Visbyskih pravil in jih razširjajo tudi na odgovornost za zamudo, saj ta v Haaških in Visbyskih pravilih ni zajeta. Izvzete nevarnosti so taksativno našteje v tretjem odstavku 17. člena in med njimi ni navedene navtične napake. Med izvzetimi nevarnostmi pa je naveden požar (angl. *fire on the ship*), ki ima v Rotterdamskih pravilih enake pravne posledice kot preostale izjeme, in ni urejen posebej, kot v Haaških, Visbyskih ali Hamburških pravilih.⁵²

Dolžnost usposobiti ladjo za plovbo, ki kot institut vpliva na odgovornost prevoznika in splošno omejitev odgovornosti, je urejen v 13. in 14. členu konvencije in obveznost razširja tudi na celoten čas potovanja.

Rotterdamska pravila v 81. členu urejajo tudi prevoz živih živali, vendar dopuščajo pogodbeno svobodo glede ureditve tega vprašanja. To pomeni, da se lahko odgovornost prevoznika pogodbeno izključi ali omeji, vendar ne, če je bila škoda, poškodba ali zamuda povzročena namenoma ali iz malomarnosti (kvalificirana krivda).

4. ODGOVORNOST POMORSKEGA PREVOZNIKA JE DRUGAČNA (BLAŽJA), KOT TO VELJA ZA DRUGE PREVOZNE PANOGE

4.1. Odgovornost prevoznika v letalskem prevozu

Prva konvencija v letalstvu, ki je uredila odgovornost prevoznika za škodo, ki jih utrpi potnik, ali za škode na tovoru, je bila Konvencija o izenačenju nekate-

⁵¹ Pieter Neels: The Rotterdam Rules and modern transport practices: a successful marriage?, <<http://www.rotterdamrules.com/The%20Rotterdam%20Rules%20and%20modern%20transport%20practices%20-%20a%20successful%20marriage.pdf>> (23. 3. 2016).

⁵² <<http://www.rotterdamrules2009.com/cms/uploads/Resolution%20adopted%20by%20GA%20of%20CMI.pdf>> (23. 3. 2016).

rih pravil, ki se nanašajo na mednarodni zračni prevoz – Varšavska konvencija iz leta 1929. Ta je uvedla subjektivno (krivdno) omejeno odgovornost letalskega prevoznika z obrnjenim dokaznim bremenom za škodo, ki nastane med prevozom tovora, potnikov in prtljage.⁵³ Prevoznik je prost odgovornosti, če dokaže, da je storil vse potrebno, da bi preprečil nastanek škode, ali če dokaže, da je bilo ukrepanje na tak način nemogoče. Prevoznik lahko omeji odgovornost v primeru smrti ali poškodbe potnika (125.000 zlatih frankov Poincaré), vendar pa to pravico izgubi, če je bila škoda povzročena z *willful misconduct* ali njegovim ekvivalentom prava sodišča, ki odloča o sporu.⁵⁴ Pri prevozu tovora je višina odgovornosti omejena na 250 zlatih frankov Poincaré, kar je enako kot pri registrirani prtljagi.⁵⁵

S Haaškim protokolom iz leta 1955 so bile sprejete prve spremembe Varšavske konvencije, med katerimi je vredno omeniti povišanje limita prevoznikove krivdne odgovornosti za prevoz potnikov na 250.000 zlatih frankov Poincaré,⁵⁶ ter ukinitve letalske navtične napake. Gvatemalski protokol iz leta 1971 je prinesel ključno spremembo: objektivno odgovornost letalskega prevoznika pri prevozu potnikov. Protokol zaradi preskromnega števila ratifikacij ni začel veljati. Varšavska konvencija je bila spremenjena še s štirimi Montrealskimi protokoli iz leta 1975, med katerimi je glede ureditve odgovornosti pomemben Protokol št. 4, ki za prevoz tovora uvaja objektivno odgovornost prevoznika.

Posledica tehnološkega razvoja v letalstvu so bili pritiski organizacij za varstvo potrošnikov in posledično prevoznikov za revizijo Varšavskega sistema.⁵⁷ Prvotni razlogi, kot so denimo varovanje novonastale in razvijajoče letalske industrije, za omejevanje prevoznikove odgovornosti so izgubljali argumentacijsko moč.⁵⁸ Varšavsko konvencijo je nasledila Konvencija o poenotenju nekatereh pravil za mednarodni letalski prevoz iz leta 1999 (Montrealska konvencija). Od leta 2003 za države pogodbenice Montrealske konvencije Varšavska konvencija ne velja več.⁵⁹

⁵³ Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Transportation by Air, concluded at Warsaw, Poland, October 12, 1929, 49 Stat. 3000, T.S. No. 876, 137 L.N.T.S. 11 (1934), reprinted in S. Treaty Doc. No. 106-45, 1999 WL 33292734 (200), 3 Av. Law Rep. (CCH) ¶ 27,011 (Warsaw Convention).

⁵⁴ M. Pavliha in P. Vlačič, nav. delo, str. 163.

⁵⁵ Nevenka Šorli: Pogodba o (mednarodnem) prevozu stvari z letalom. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993, str. 290–317.

⁵⁶ Enota predstavlja 65,5 miligramov zlata čistoče 9000/1000.

⁵⁷ Varšavski sistem sestavljajo: Varšavska konvencija, Haaški protokol, Guadaljarska konvencija, Gvatemalski protokol in Montrealski protokoli 1, 2, 3 in 4.

⁵⁸ M. Pavliha in P. Vlačič, nav. delo, str. 165.

⁵⁹ <<http://www.icao.int/icao/en/leb/wc-hp.htm>> (25. 3. 2016).

Odgovornost za smrt ali poškodbo potnikov je objektivna do višine 113.100 SDR^{60,61} in neomejena subjektivna nad 113.000 SDR. Za škodo na tovoru je odgovornost objektivna z omejitvijo 19 SDR na kilogram izgubljenega ali poškodovanega tovora. Konvencija razlikuje tudi med registrirano in ročno prtljago. Za prvo je odgovornost prevoznika objektivna in omejena (1131 SDR po potniku), za drugo pa je odgovornost subjektivna (krivdna) ter z enako omejitvijo kot registrirana prtljaga. Ločeno je urejena odgovornost za zamudo, ki je subjektivna z obrnjenim dokaznim bremenom.

4.2. Odgovornost prevoznika v železniškem prevozu – COTIF (CIM, CIV)

Prva konvencija na področju železniškega prevoza, Mednarodna konvencija o železniškem prevozu stvari (CIM), je bila sprejeta leta 1890 v Bernu in je urejala prevoz stvari. Konvencija je bila zaradi razvoja železniškega prevoza večkrat dopolnjena (leta 1896, 1905, 1923, 1933, 1952, 1961 in 1970). Prevoz potnikov in prtljage je vsebina Mednarodne konvencije o prevozu potnikov in prtljage (CIV), ki je bila sprejeta leta 1924. CIM in CIV iz leta 1970 sta postali del Mednarodne konvencije o mednarodnem prevozu po železnici (COTIF) iz leta 1980.⁶² Ta je bila dopolnjena z dvema protokoloma, in sicer leta 1990 in 1999.

Prevoz tovora ureja Dodatek A k COTIF (Enotna pravila o pogodbi o mednarodnem železniškem prevozu stvari – CIM), prevoz potnikov in prtljage pa ureja Dodatek B k COTIF (Enotna pravila o pogodbi o mednarodnem železniškem prevozu potnikov in prtljage – CIV).

Odgovornost železniškega prevoznika za izgubo ali poškodbo na tovoru je objektivna. Prav tako je objektivna odgovornost za zamudo, kar pa ne velja za odgovornost za zamudo pri prevozu potnikov. CIV o zamudi molči. Konvencija CIM oziroma Dodatek B k COTIF v drugem odstavku 23. člena navaja splošne izključitvene razloge, v primeru katerih se prevoznik, ki dokaže, da je

⁶⁰ Prvotni znesek za mejo med objektivno in subjektivno odgovornostjo je znašal 100.000 SDR, 1.000 SDR za prtljago in 17 SDR na kilogram za tovor, vendar ima Montrealska konvencija poseben mehanizem za usklajevanje zneskov omejene odgovornosti v 22. členu. Vsake pet let depozitar dvigne zneske, če inflacija valut, ki sestavljajo SDR, preseže 10 odstotkov.

⁶¹ SDR pomeni posebne pravice črpanja (angl. *special drawing right*). Gre za obračunsko valuto Mednarodnega denarnega sklada (*International Monetary Fund* – IMF). Vrednost SDR se dnevno izračuna glede na košarico valut, in sicer so od leta 2015 to: ameriški dolar, evro, kitajski renminbi, japonski jen in angleški funt, in sicer v razmerju: 41,73 odstotkov, 30,93 odstotkov, 10,92 odstotkov, 8,33 odstotkov in 8,09 odstotkov. Več o SDR glej: <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm>> (10. 2. 2016).

⁶² <<http://www.cit-rail.org/en/rail-transport-law/cotif/>> (25. 3. 2016).

škoda nastala iz teh razlogov, razbremeniti odgovornosti (dokaz vzročne zveze je pogoj). Med te razloge spadajo dejanja ali opustitve uporabnika prevoza, lastnosti blaga (angl. *inherent defect in the goods*) ali zunanji vzroki, ki se jim ni bilo mogoče izogniti in katerih posledic ni bilo mogoče preprečiti.⁶³ V tretjem odstavku 23. člena Dodatka B k COTIF pa so navedeni posebni oprostilni razlogi ali privilegirani razlogi. Če se želi prevoznik razbremeniti odgovornosti v enem od taksativno naštetih posebnih tveganj (angl. *special risks*), pa prevozniku ni treba dokazati vzročne zveze, ampak le, da je glede na okoliščine posebnega primera izguba ali poškodba utegnila nastati v zvezi z eno ali več posebnimi nevarnostmi. Velja torej domneva, da je škoda nastala zaradi posebne nevarnosti.

Če je škoda nastala pri prevozu železniških vozil kot blaga, je odgovornost subjektivna z obrnjenim dokaznim bremenom (domneva krivde). CIM uporablja izraz omejitev povrnitve škode in ne omejitev odgovornosti, kot je značilno za druge konvencije transportnega prava.⁶⁴ Če je prevoznik povzročil škodo iz hude malomarnosti (angl. *gross negligence*) ali z namernim ravnanjem (angl. *willful misconduct*), prevoznik izgubi pravico do omejitve višine odgovornosti.⁶⁵

Zneski omejene odgovornosti v železniškem prometu so 175.000 SDR za smrt ali telesno poškodbo potnika in 17 SDR za kilogram bruto teže primanjkljaja.⁶⁶

4.3. Odgovornost prevoznika v cestnem prevozu

Konvencija o pogodbi za mednarodni cestni prevoz blaga iz leta 1956 (konvencija CMR) je bila v primerjavi z drugimi prevoznimi panogami sprejeta razmeroma pozno. Dopolnjena je bila s protokolom leta 1978. Namen konvencije je bilo poenotenje in standardizacija pogodbe o mednarodnem prevozu tovora, še zlasti glede odgovornosti prevoznika v cestnem prevozu in glede prevoznih dokumentov. Konvencijo CMR⁶⁷ so pripravljali pod predpostavko, da sta si cestni in železniški prevoz neposredna konkurenta in zato naj bi bila režima odgovornosti kar se da poenotena. Tako je ureditev odgovornosti cestnega prevoznika za izgubo, poškodbo in zamudo objektivna. Prav tako ima cestni prevoznik možnost razbremenitve odgovornosti, če obstajajo splošni ekskulpacijski razlogi, pri katerih mora dokazati vzročno zvezo med izgubo, poškodbo ali zamudo in splošno nevarnostjo, ali posebni privilegirani razlogi,

⁶³ <http://www.otif.org/pdf_external/e/RU-CIM-1999-e.PDF> (29. 3. 2016).

⁶⁴ P. Vlačič, nav. delo, str. 125.

⁶⁵ Ebrahim Taghizadeh: The Responsibility of Rail Transport Operator Based on Kotif Convention, v: The Magazine of Transport, 12 (2011) 11, str. 82–91.

⁶⁶ Za vse zneske omejene odgovornosti glej P. Vlačič, nav. delo, str. 127.

⁶⁷ Prav tam, str. 131.

pri katerih zadostuje dokaz, da je glede na okoliščine primera poškodba ali izguba lahko nastala zaradi posebne nevarnosti. V posebnih primerih, kot so na primer velik primanjkljaj pri prevozu z odkritim vozilom ali škoda zaradi zamude, se ni mogoče sklicevati na posebne razloge.⁶⁸

Mednarodni prevoz potnikov je urejen v Konvenciji o pogodbi v mednarodnem cestnem prevozu potnikov in prtljage, ki je bila sprejeta leta 1973 (konvenciji CVR), veljati pa je začela leta 1994. Odgovornost prevoznika za škodo, ki nastane zaradi smrti, poškodbe ali okvare zdravja potnika, je objektivna. Odgovornost je prav tako objektivna za delno ali popolno izgubo prtljage ali njeno poškodbo. Kot razbremenilni razlogi so določeni višja sila, skrite napake ali specialne nevarnosti. Odgovornost za zamudo v konvenciji ni urejena.

Glavna zneska omejene odgovornosti sta 83.333 SDR za smrt ali poškodbo potnika in 8,33 SDR na kilogram izgubljenega ali poškodovanega tovara. Prevoznik v skladu s konvencijo CMR izgubi pravico omejiti odgovornost, če je škodo povzročil z *willful misconduct*,⁶⁹ v skladu s konvencijo CVR pa z *willful misconduct* ali *gross negligence*.

5. ZGODOVINSKI PRELOM: PROTOKOL PAL IZ LETA 2002 K ATENSKI KONVENCIJI

Prva poskusa mednarodnega urejanja pomorskega prevoza potnikov in prtljage sta iz šestdesetih let prejšnjega stoletja, in sicer sta to:

- Mednarodna konvencija za izenačitev nekaterih pravil o prevozu potnikov po morju in protokol iz leta 1961 ter
- Mednarodna konvencija za izenačitev nekaterih pravil o prevozu potniške prtljage po morju iz leta 1967.

Danes so mednarodna pravna podlaga za prevoz potnikov po morju:

- Atenska konvencija o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1974,
- Protokol k Atenski konvenciji o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1976,
- Protokol o dopolnitvah Atenske konvencije o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1990 in

⁶⁸ Malcom A. Clarke: *International Carriage of Goods by Road: CMR*. Sweet & Maxwell, London 1997, str. 280.

⁶⁹ Na grobo lahko razumemo *willful misconduct* kot namerno ravnanje, *gross negligence* pa kot hudo malomarnost, vendar podrobna opredelitev obeh izrazov zahteva poglobljen znanstveni članek.

- Protokol k Atenski konvenciji o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 2002.

Presenetljivo⁷⁰ je, da se je prevozno pravo v dolgi zgodovini razvijalo predvsem kot prevoz tovora. Večtisočleten razvoj pomorskega prava in drugih prevoznih panog je potnikom in prtljagi namenjal zelo malo pozornosti. Če lahko to deloma razumemo za druge panoge, za katere je bil ključen razvoj prevoznih sredstev in infrastrukture za ta prevozna sredstva (zlasti to velja za železniški in cestni prevoz), ki se je odvil šele v zadnjih dveh stoletjih, pa je to toliko težje razumeti za pomorski prevoz, ki je star skoraj toliko, kolikor so stare prve civilizacije in prva pravna pravila.⁷¹ Nekoliko je ironično, da je najmlajša prevozna panoga v mednarodni ureditvi prehitela najstarejšo, ko govorimo o prevozu potnikov. Letalski potniki so že leta 1929 leteli na podlagi Konvencije o izenačevanju nekaterih pravil, ki se nanašajo na mednarodni zračni prevoz (Varšavska konvencija). Bistveno več pravnih virov je v zgodovini in danes namenjeno prevozu tovora kot potnikom in njihovi prtljagi, pa naj gre za mednarodne ali domače pravne vire.

Če pogledamo zgodovino letalskega prava, je jasno, da se je razvijalo pod močnim vplivom pomorskega prava. Kot sva že pojasnila, sta se konec osemdesetih in v devetdesetih letih prejšnjega stoletja zgodila dva procesa. Prvi je bil v tem, da je bila letalska panoga prva, ki je najprej na ravni Evropske unije⁷² in pozneje na mednarodni ravni z Montrealsko konvencijo prepovedala omejevanje odgovornosti letalskemu prevozniku za osebne škode, ki jih je utrpel potnik (smrt, telesne poškodbe, okvare zdravja). Drugi proces je bil ta, da je do takrat subjektivno odgovornost letalskega prevoznika nadomestila dvotirna odgovornost (meja med objektivno in subjektivno odgovornostjo je finančna). Vprašanje se poraja samo po sebi. Ali ni čas, da začne pomorski prevoz potnikov slediti nekoč svojemu mlajšemu sorodniku, letalskemu prevozu potnikov? Dokaz pritrdilnemu odgovoru na to vprašanje je Protokol iz leta 2002 k Atenski konvenciji o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1974 (protokol PAL iz leta 2002).⁷³

⁷⁰ Marko Ilešič: Spopad mednarodnih, evropskih in nacionalnih pravil na plečih potnikov, Dnevi slovenskih pravnikov, Portorož, 8. in 9. oktober 2015, neobjavljeno, str. 1–3.

⁷¹ Glej 2. razdelek tega prispevka.

⁷² Uredba Sveta št. 2027/97, ki jo je dopolnila Uredba Evropskega parlamenta in Sveta št. 889/2002.

⁷³ Trenutno ima protokol PAL iz leta 2002 25 pogodbenic: Albanija, Belgija, Belize, Bolgarija, Črna gora, Danska, Evropska unija, Grčija, Hrvaška, Irska, Latvija, Litva, Malta, Maršalski otoki, Nizozemska, Norveška, Palau, Panama, Portugalska, Romunija, Saint Kitts in Nevis, Srbija, Slovaška, Španija, Švedska, Sirija in Združeno kraljestvo. Veljati je začel 23. aprila 2014, to je bilo leto dni potem, ko je k protokolu pristopila Belgija kot deseta

Protokol PAL iz leta 2002 je prvi mednarodni pravni akt, ki je v pomorske prevoze v povezavi s potniki prinesel objektivno odgovornost pomorskega prevoznika. Hkrati je prinesel še nekatere druge novosti, ki so izboljšale pravni položaj potnika kot potencialnega oškodovanca. Taka je na primer obvezno zavarovanje odgovornosti za škode, ki jih utrpijo potniki. Namen obveznega zavarovanja je zagotovilo, da bodo potnikom na voljo sredstva za poplačilo škod.⁷⁴ Ne gre za popolnoma nov koncept v pomorskem prevozu. Lastniki ladij⁷⁵ so bili v mednarodni ureditvi prvič dolžni skleniti obvezno zavarovanje po določitih Mednarodne konvencije o civilni odgovornosti za škodo, povzročeno z onesnaženjem z nafto (CLC iz leta 1969). Slednja je bila posledica nesreče tankerja Torrey Canyon 18. marca 1967 v bližini Scilly Isles (Združeno kraljestvo). Nasedanje tankerja Torrey Canyon je bila prva nesreča z velikanskim razlitjem nafte, ki je tudi oblikovala spoznanje, kaj tako razlitje povzroči naravi in prebivalstvu. V skladu s to konvencijo morajo lastniki ladij skleniti obvezno zavarovanje do višine tiste vsote, do katere lastnik ladje odgovarja.⁷⁶

Obvezno zavarovanje velja za vse ladje, ki so registrirane za prevoz več kot 12 potnikov. Zahteva protokola PAL iz leta 2002 za obvezno zavarovanje odgovornosti je postavljena do višine objektivne odgovornosti pomorskega prevoznika. Obvezno zavarovanje pride v poštev zgolj za osebne škode, ne pa tudi za škode zaradi izgube ali poškodbe prtljage. Zagotovilo, ki ga bodo preverjale pomorske oblasti, da ima lastnik ladje sklenjeno obvezno zavarovanje, sta »modra karta«,⁷⁷ ki jo je izdal prevoznikov P&I, in certifikat države pogodbenice konvencije. Oba dokumenta bosta dokaz, da ima lastnik ladje finančno pokritje za obvezno zavarovanje. Potnik ima v povezavi s tem obveznim zavarovanjem v skladu s protokolom PAL iz leta 2002 še eno ugodnost. To je *actio directa* zoper zavarovalnico. Možnost *actio directa* ni prednost zgolj zara-

podpisnica. Za status ratifikacij glej: <<http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202016.pdf>> (3. 3. 2016).

⁷⁴ <<http://incelaw.com/en/knowledge-bank/publications/the-revised-athens-convention>> (8. 2. 2016).

⁷⁵ Zanimivo je, da konvencija v tem primeru izrecno govori o lastniku ladje in ne morda o tistem, ki ladjo dejansko uporablja (na primer zakupniku ali osebi, ki ji v kontinentalnem pravu pravimo ladjar).

⁷⁶ Več o tem Patrick Vlačič: Omejitve višine odgovornosti v prevoznem pravu. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2007, str. 103–104.

⁷⁷ Modre karte so se začele uporabljati leta 1975, ko je začela veljati CLC iz leta 1969. Modra karta je pisno potrdilo zavarovalnice (P&I), da ima zavarovanec zagotovljeno zavarovalno kritje za nevarnosti, ki jih zahteva neka mednarodna konvencija (poleg CLC iz leta 1969 in protokola PAL iz leta 2002 je to tudi Mednarodna konvencija o civilni odgovornosti za škodo, ki jo povzroči onesnaženje z gorivom). Več o modrih kartah: <<http://www.skuld.com/topics/circulars/circulars/compulsory-insurance---blue-cards---imo-conventions/>> (8. 2. 2016).

di tega, ker je od zavarovalnice običajno lažje dobiti plačilo za utrpelo škodo, temveč tudi zato, ker ima zavarovalnica zelo omejen nabor ugovorov zoper potnika – oškodovanca.

Odgovornost za škode, ki jih utrpijo potniki, je na potnika na škodni dogodek v skladu s protokolom PAL iz leta 2002 objektivna do višine 250.000 SDR, nad tem zneskom pa je odgovornost pomorskega prevoznika subjektivna, in sicer do višine 400.000 SDR. Da gre za objektivno odgovornost do zneska 250.000 SDR, je razvidno iz ekskulpacijskih razlogov. Če se prevoznik želi rešiti odgovornosti, mora dokazati, da je vzrok za škodo vojna, sovražnosti, državljanska vojna, vstaja ali naravni pojav izjemne, neprepričljive in neodvrtljive narave ali nesreča, povzročena z namernim ravnanjem ali opustitvijo tretje osebe.

Za zneske nad 250.000 SDR z zgornjo omejitvijo 400.000 SDR protokol PAL iz leta 2002 ohranja dvojni koncept subjektivne odgovornosti, pri katerem je dokazno breme za odgovornost odvisno od tega, v kakšnih okoliščinah je potnik utrpel smrt ali telesne poškodbe. Če je potnik utrpel škodo v primerih, ko ne gre za ladijsko nesrečo, je dokazno breme na potniku. Če potnik utrpi škodo v ladijski nesreči, mora prevoznik dokazati, da škode ni povzročil namerno ali iz malomarnosti. Protokol PAL iz leta 2002 taksativno našteva, kaj se šteje za pomorsko nesrečo:

- brodolom,
- prevrnitev ladje,
- trčenje ladje,
- nasedanje ladje,
- eksplozija ali požar na ladji in
- napaka ladje.

Napaka ladje je še posebej opredeljena kot kakršnakoli motnja v delovanju, neusklajenost s predpisi o varnosti glede kateregakoli dela ladje ali opreme ladje, ko se uporablja za umik, evakuacijo, vkrcanje ali izkrcanje potnikov ali za propulzijo, krmiljenje, varno plovbo, privezovanje, sidranje, prihod na ali odhod iz priveza ali sidranja ali nadzor škode po zalitju ladje ali ko se uporablja za lansiranje naprav za reševanje življenj.

Če primerjamo znesek, ki je veljal kot zgornja meja odgovornosti za pomorskega prevoznika do Protokola PAL iz leta 2002, je razvidno, da gre za znaten dvig glede na prej uveljavljenih 46.666 SDR. Znesek omejitve v višini 46.666 SDR izhaja iz Atenske konvencije iz leta 1974. Ta je v izvirni različici določila omejitev v višini 700.000 zlatih frankov Poincaré. Protokol iz leta 1976 je dopolnil Atensko konvencijo iz leta 1974 tako, da je namesto zlatih frankov Poincaré zneske omejene odgovornosti določil v SDR. Tako je od tega protokola dalje

veljala omejitev v višini 46.666 SDR. Znesek omejitve v višini 46.666 SDR za terjatve potnikov najdemo tudi v 7. členu Konvencije o omejitvi odgovornosti za pomorske terjatve iz leta 1976 (LLMC), ki ureja splošno omejitev odgovornosti ladjarja. LLMC še določa, da prevoznik ne bo odgovarjal več kot za znesek 46.666 SDR, ki ga pomnoži s številom potnikov, ki jih ladja lahko prevaža na podlagi ladijskega certifikata. Določa tudi stropno odgovornost (zgornjo mejo), ki pa znaša, ne glede na prej zapisano, 25 milijonov SDR.

Dne 15. decembra 2011 je k Protokolu PAL iz leta 2002⁷⁸ pristopila Evropska unija (EU). Ob deponiranju listine o pristopu k Protokolu PAL iz leta 2002 je EU priložila izjavo o pristojnosti, v kateri je zapisala, da so države članice EU na EU prenesle izključno pristojnost za ukrepe, sprejete na podlagi 100. člena Pogodbe o delovanju EU (PDEU). Taki ukrepi so bili s sprejetjem Uredbe (ES) št. 392/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o odgovornosti prevoznikov potnikov po morju v primeru nesreč sprejeti, kar zadeva 1. in 1.a, drugi odstavek 2. člena, od 3. do 16. člena ter 18., 20. in 21. člen Atenske konvencije, kakor je bila spremenjena s Protokolom PAL iz leta 2002 in določbe smernic IMO.⁷⁹ Dodatno so še zapisali, da se izvajanje pristojnosti, ki so jo države članice prenesle na EU v skladu s PDEU, samo po sebi nenehno razvija. V okviru PDEU lahko pristojne institucije sprejemajo odločitve, s katerimi se določi obseg pristojnosti EU. EU si zato pridržuje pravico, da ustrezno spremeni to izjavo, ne da bi bil to predpogoj za izvajanje pristojnosti za zadeve, ki jih ureja protokol PAL iz leta 2002. EU bo o spremenjeni izjavi uradno obvestila generalnega sekretarja IMO.

V zvezi z 10. in 11. členom protokola PAL iz leta 2002 v skladu s točko c drugega odstavka 17. člena in tretjim odstavkom 17. člena ter 19. členom protokola PAL iz leta 2002 je EU sprejela izjavo o pristojnosti, v kateri so države članice EU z izjemo Kraljevine Danske v skladu s 1. in 2. členom protokola PAL iz leta 2002 o stališču Danske, priloženega k Pogodbi o EU in PDEU, svoje pristojnosti v zvezi z zadevami, ki so urejene v 10. in 11. členu protokola PAL iz leta 2002, ki spadajo v področje uporabe 81. člena PDEU, prenesle na EU. EU je to pristojnost uveljavila s sprejetjem Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

⁷⁸ Glede rezervacij za protokol PAL iz leta 2002 glej IMO Reservation and Guidelines for Implementation of the Athens Convention, <<http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/Submissions/IMO/imo-reservation-and-guidelines-for-the-implementation-of-the-athens-convention.pdf?sfvrsn=0>> (23. 2. 2016).

⁷⁹ *International Maritime Organization* – Mednarodna pomorska organizacija, <<http://www.imo.org/en/Pages/Default.aspx>> (29. 2. 2016).

EU je sprejela tudi izjavo iz 17a(3). člena Atenske konvencije iz leta 1974, kot je bila spremenjena z 11. členom protokola PAL iz leta 2002, in sicer, da se sodne odločbe o zadevah, zajetih v protokolu PAL iz leta 2002, ki jih izda sodišče države članice,⁸⁰ v državah članicah EU priznavajo in izvršujejo v skladu z ustreznimi pravili EU o zadevi. Posebna izjava je bila sprejeta tudi glede sodnih odločb tretjih držav.⁸¹

6. PROJEKCIJA RAZVOJA ODGOVORNOSTI POMORSKEGA PREVOZNIKA

Projekcija razvoja odgovornosti pomorskega prevoznika, ko gre za potnike, je preprostejša od tiste, ko gre za prevoz tovora. »Prihodnost« je vsaj v EU že nekaj let tukaj. Prejšnja trditev drži ob predpostavki, da bo ureditev odgovornosti pomorskega prevoznika za osebne škode, ki jih utрпи potnik, tudi na svetovni ravni sledila zgledu protokola PAL iz leta 2002 in ureditvi EU. Skromno število pogodbenic protokola (glej status ratifikacij)⁸² in dejstvo, da njegova določila veljajo poleg tistih nekaj ratifikacij zgolj za države članice EU, kaže na to, da je pot do objektivne odgovornosti za osebne škode potnikov še dolga. Je pa res, da je postala EU že v devetdesetih letih prejšnjega stoletja v zakonodajnem urejanju prevoznih razmerij ustvarjalec in ni več sledilec.

Industrija (prevozniki) vedno znova poskuša zmanjševati svojo odgovornost za škode.⁸³ To počne tako skozi vpliv pri sprejemanju zakonodaje, pogosto pa tudi v praksi, ko bi morala plačati škode. V primerjavi s potniki ima za svojo obrambo pred sodnimi postopki potnikov skoraj neomejena sredstva. Kljub temu pa EU počasi, vendar vztrajno »jadra« v smeri postroženja odgovornosti pomorskega prevoznika za osebne škode, ki jih utрпи potnik. Zanimivo je, da

⁸⁰ Sodne odločbe o zadevah, zajetih v Atenskem protokolu, ki jih izda sodišče Kraljevine Danske, se v državah članicah EU priznavajo in izvršujejo v skladu s Sporazumom med Evropsko skupnostjo in Kraljevino Dansko o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

⁸¹ Sodne odločbe o zadevah, zajetih v Atenskem protokolu, ki jih izda sodišče tretje države:

- (a) ki jo zavezuje Luganska konvencija o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 30. oktobra 2007, se v državah članicah Evropske unije priznavajo in izvršujejo v skladu z navedeno konvencijo;
- (b) ki jo zavezuje Luganska konvencija o pristojnosti in izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 16. septembra 1988, se v državah članicah Evropske unije priznavajo in izvršujejo v skladu z navedeno konvencijo.

⁸² Glej op. 71.

⁸³ Glej sodbo Sodišča EU v zadevi *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*, C-12/11, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0012:EN:HTML>> (11. 5. 2016).

pisci pri prehodu iz subjektivne odgovornosti v objektivno (do 250.000 evrov) temu ne namenjujejo kake posebne pozornosti. Verjetno ni treba posebej poudarjati, koliko preprostejša je s stališča potnika, ki je utrpel osebno škodo, objektivna odgovornost pomorskega prevoznika v primerjavi s subjektivno. Več pozornosti je bilo namenjeno predumu, ki ga mora pomorski prevoznik plačati potnikom (sorodnikom) za kritje takojšnjih finančnih potreb, sorazmernih s povzročeno škodo, kadar je smrt ali telesna poškodba posledica ladijske nesreče (v primeru smrti v višini najmanj 21.000 evrov). Te določbe ne najdemo v protokolu PAL iz leta 2002, temveč zgolj v Uredbi 392/2009, ki tako sledi prvemu zgledu takega varstva potnikov, in sicer Uredbi Sveta (ES) št. 2027/97.⁸⁴ Navsezadnje je to tudi razumljivo. Prevoznikova obveznost v primeru smrti potnikov že samo iz tega naslova ob predpostavki, da pelje 4.000 potnikov, znaša kar 84.000.000 SDR. Plačilo predujma (predplačila) ni vezano na odgovornost, temveč je namenjeno kritju takojšnjih finančnih potreb, sorazmernih s povzročeno škodo.⁸⁵ Veliko črnila je bilo prelitega tudi za obvezno zavarovanje odgovornosti, ki ga mora zagotoviti prevoznik, in za *actio directa*, ki jo ima na voljo potnik.

Za smer urejanja prevoza potnikov po morju je bilo nerodno, pa vendar pomembno, sporočilo, ki ga je Evropska komisija objavila leta 2002.⁸⁶ V njem je glede pomorskega prevoza zapisala naslednje usmeritve:

1. objektivno odgovornost,
2. zadovoljujočo višino omejitve odgovornosti,
3. podaljšanje odgovornosti v primeru namerno ali iz malomarnosti povzročene škode,
4. obvezno zavarovanje odgovornosti,
5. *actio directa* in
6. uporabo teh pravil tudi za pomorske prevoze znotraj držav članic (nacionalne prevoze).

⁸⁴ To je bila prva taka »prevozna« uredba EU, ki je za škode v primeru smrti prevozniku naložila, da mora brez odlašanja, vsekakor pa najpozneje petnajst dni po tem, ko je ugotovljena identiteta fizične osebe, upravičene do odškodnine, izplačati predplačilo, kakršno bi bilo potrebno za pokritje takojšnjih materialnih potreb, v sorazmerju z materialno škodo, ki jo je oseba pretrpela. Znesek je bil določen v višini 15.000 SDR.

⁸⁵ Predplačilo ne pomeni priznanja odgovornosti in se lahko pobota s pozneje izplačanimi zneski na podlagi te uredbe. To predplačilo ni vračljivo, razen v primerih, določenih v prvem odstavku 3. člena ali 6. členu Atenske konvencije ali Dodatku A k Smernicam IMO, ali kadar oseba, ki je prejela predplačilo, ni oseba, upravičena do odškodnine (2. točka 6. člena Uredbe 392/2009).

⁸⁶ <<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/EN.pdf>> (29. 2. 2016).

Glede usmeritve, ki govori o objektivni odgovornosti, je komisija zapisala, da je cilj objektivne odgovornosti izboljšanje položaja upnika (potnika), saj odgovornost dolžnika (prevoznika) ne bo odvisna od njegove krivde ali malomarnosti. V tistem času, ko je sporočilo nastalo, nobena veljavna konvencija, ki je urejala prevoz potnikov po morju, razen tiste v letalskem prevozu,⁸⁷ ni poznala režima, v katerem bi bila odgovornost pomorskega prevoznika neodvisna od njegove krivde. Razlog za razliko v režimu odgovornosti naj bi bil v tem, kaj se lahko pričakuje od potnika v letalskem prevozu in kaj v pomorskem. Potniki so v letalskem prevozu večino časa poti na svojem sedežu, v pomorskem prevozu pa so bistveno bolj mobilni. Zlasti to velja za križarjenja, na katerih so potniki še posebej mobilni in aktivni ter je v tem smislu tudi več možnosti za sokrivdo za škodo oškodovanega iz lastne malomarnosti. Pravni položaj potnika na križarjenju je pogosto bolj kot potniku podoben gostu v restavraciji, diskoteki ali stranki pri frizerju ali v termah. V nadaljevanju sporočilo popolnoma zgrešeno navaja, da v prej naštetih gost oziroma stranka⁸⁸ običajno ne uživa režima objektivne odgovornosti. Poleg tega naj bi bili zahtevki za odškodnino v pomorskih prevozih v 90 odstotkih zahtevki enega ali zgolj nekaj potnikov in torej drugače kot v letalskem prevozu, ko so ti zahtevki od večine ali vseh potnikov. Slednjo trditev bi bilo sicer mogoče preveriti s statističnimi podatki glede vloženih zahtevkov za škodo v letalskem prevozu potnikov, vendar to ni potrebno. Že prvi argument o tem, da režim odgovornosti do gosta v restavraciji, diskoteki, ali stranke pri frizerju ali v termah običajno ni objektivni, pozablja, da se gosti in stranke za iste storitve, če so potniki, prevažajo na prevoznem sredstvu, ki samo po sebi obratuje v bistveno povečanem nevarnostnem režimu v primerjavi s tistimi, ki uživajo te storitve na kopnem.

Sporočilo⁸⁹ nadalje še ugotavlja, da prej opisano razmišljanje ne upošteva nesreč, ki jih utrpijo potniki pri pomorskem prevozu, kadar je razlog za nesrečo zunaj nadzora potnika. Nesreče, kot so brodolom, nasedanje ladje, trčenje ladij, požar in podobne, so popolnoma primerljive z nesrečami v letalstvu in bi zato morale biti urejene temu primerno. Komisija EU je zato menila, da je treba razlikovati dva tipa nesreč. Za škode, ki izhajajo iz pomorskih nesreč, pri katerih je možnost potnikov, da nadzorujejo potek dogodkov zelo omejena, bi morala biti objektivna. Za druge vrste osebnih škod naj bi bil sistem, ki temelji

⁸⁷ Tukaj bi kazalo dopolniti sporočilo komisije, saj enako velja tudi za režime v mednarodnih konvencijah v železniškem in cestnem prevozu.

⁸⁸ Stefan Kirchner, Grit Tunger, Jan Martin Hoffman: *Carrier Liability for Damages Incurred by Ship Passengers: The European Union as a Trailblazer Towards Global Liability Regime?*, 23 *University of Miami International and Comparative Law Review* 193 (2015), str. 202.

⁸⁹ Prav tam, str. 11.

na malomarnosti, zadosten. Komisija EU se je v tem dokumentu sklicevala na takrat še prihajajoči protokol PAL iz leta 2002, ki je bil pozneje v istem letu tudi sprejet. Avtorjem sporočila je ušlo kar nekaj »nerodnosti«. Prva je ta, da so si pomorske nesreče in letalske nesreče podobne in da bi zato morala biti v obeh vrstah prevozov odgovornost objektivna oziroma če smo bolj natančni, tudi v pomorskih, kadar bi šlo za pomorsko nesrečo. Druga je ta, da naj bi predlog protokola PAL iz leta 2002 govoril o objektivni odgovornosti, kadar gre za pomorsko nesrečo. Slednje ne drži, jasno je, da je vrsta odgovornosti odvisna zgolj od višine škode. Tako je za objektivno odgovornost meja do 250.000 SDR, nad tem zneskom do 400.000 SDR pa se ohranja klasični sistem dokazne ali domnevne krivde, ki ga pozna Atenska konvencija iz leta 1974. Globlje nerazumevanje, ki tudi zahteva pojasnitev, pa je tisto o podobnosti pomorskih in letalskih nesreč. Ključ je namreč v povečani obratovalni nevarnosti, ki je sicer prisotna pri letalskem prevozu (brez razloga sta izpuščena tudi prevoz z železnicami in po cesti) in v pomorskem prevozu, ne pa v podobnosti nesreč v obeh panogah. Glede na vse sta imela Evropska komisija in Evropski parlament še srečo, da se industrija ni bolje organizirala, saj bi lahko pri argumentaciji hitro zašla v težave.

EU in njenih organov kljub vsemu ne kaže soditi prestrogo. EU je bila namreč zelo aktivna, da bi se protokol PAL iz leta 2002 čim prej uveljavil. Zato je Evropska komisija že v predlogu za odločitev Sveta z dne 24. junija 2003⁹⁰ predlagala, da EU postane njegova članica. To se je zgodilo 12. decembra 2011, ko je bil sprejet sklep Sveta o pristopu EU k protokolu PAL⁹¹ in sklep v zvezi z njegovim 10. in 11.⁹² členom. V zvezi z ratifikacijo protokola je nastal tudi zanimiv pravni položaj, saj so vanj vnesli določbe o tem, da lahko protokol podpiše, ratificira, sprejme ali odobri ali k njemu pristopi organizacija za regionalno gospodarsko povezovanje, ki je sestavljena iz suverenih držav, ki so pristojnosti glede določenih zadev, urejenih s protokolom, prenesle nanjo.⁹³

⁹⁰ Council decision concerning the conclusion by the European Community of the Protocol of 2002 to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974 (predlog ni preveden v slovenski jezik).

⁹¹ Sklep Sveta z dne 12. decembra 2011 o pristopu Evropske unije k Protokolu iz leta 2002 k Atenski konvenciji o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1974, z izjemo členov 10 in 11 Konvencije, 2012/22/EU, UL L 8, 12. januar 2012.

⁹² Sklep Sveta z dne 12. decembra 2011 o pristopu Evropske unije k Protokolu iz leta 2002 k Atenski konvenciji o prevozu potnikov in njihove prtljage po morju iz leta 1974 v zvezi s členoma 10 in 11 Konvencije, 2012/23/EU, UL L 8, 12. januar 2012.

⁹³ Določba je bila v protokol PAL iz leta 2002 zapisana na predlog EU. Glej prvi odstavek 19. člena protokola: Organizacija za regionalno gospodarsko povezovanje, ki je pogodbenica tega protokola, ima pravice in obveznosti države pogodbenice v obsegu, v katerem ima organizacija za regionalno gospodarsko povezovanje pristojnost v zadevah, ki jih ureja ta protokol.

Prvič v zgodovini konvencije IMO je bilo tako omogočeno, da je EU postala pogodbenica. Posebnost pogodbenega statusa EU je v tem, da se v nekaterih primerih ne šteje kot država pogodbenica. Tako se je ne šteje za pogodbenico v povezavi z 20. členom protokola PAL, ki govori o potrebnem številu držav pogodbenic za začetek veljavnosti, in 23. členu, ki govori o spremembah glede zneskov omejene odgovornosti. Sicer pa je njena glasovalna pravica, če uveljavlja svojo volilno pravico v zadevah, za katere je pristojna, taka, da ji pripada število glasov, ki je enako številu držav članic pogodbenic tega protokola, ki so nanjo prenesle pristojnost glede obravnavanih zadev. EU pa ne sme uveljavljati svoje volilne pravice, če jo uveljavljajo njene države članice, in obratno.

S tem, ko je EU pristopila k protokolu PAL iz leta 2002, je ustvarila pogoje, da so lahko pristopile tudi države članice EU. Kljub želji in dejavnostim Evropske komisije, da bi protokol začel veljati, zlasti zato, ker bi dobil zadostno število ratifikacij držav članic EU, se to ni zgodilo. Tik pred začetkom veljavnosti Uredbe 392/2009 je imel protokol zgolj devet ratifikacij (EU ni štela v kvorum), torej eno premalo, da bi začel veljati. Še natančneje je imel protokol leto dni pred začetkom uveljavitve Uredbe 392/2009 zgolj sedem ratifikacij, torej tri premalo, saj v 20. členu določa, da začne veljati dvanajst mesecev po datumu, ko ga je brez zadržka do ratifikacije, sprejetja ali odobritve podpisalo deset držav ali so te pri generalnem sekretarju deponirale listino o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu.

Odločevalci v vsaj dveh entitetah, to sta bili EU in IMO, so pravilno ocenili, da bo to še en mednarodni akt, ki bo končal na smetišču zgodovine, če ne bo sta izvedli nekaterih aktivnosti. EU je to storila s podporo protokolu od vsega začetka, pozivanjem članic k ratifikaciji in pozneje tudi z vnosom nekaterih določb protokola v svoj pravni red in s pristopom k protokolu. IMO je to naredila z oceno, da zavarovalni trg vsebine protokola ne sprejema. Največja težava pri ratifikaciji protokola naj bi bila »nezmožnost« klubov P&I, da bi zagotovili zavarovalcem primerno kritje za nevarnosti za škode, ki bi izhajale iz terorističnih dejanj.⁹⁴ Klubi P&I so ključni, saj ti izdajajo modre karte, na podlagi katere potem države izdajo potrdilo o obveznem zavarovanju. Od napada z letali 11. septembra 2001 so v ZDA iz zavarovalnega (in pozavarovalnega) kritja izključene vse škode, ki so posledica terorističnih napadov. P&I so IMO o tem obvestili na 88. zasedanju leta 2004. Zato je 90. zasedanje Pravnega odbora IMO prineslo rešitev v obliki modifikacije protokola PAL iz leta 2002 v obliki

⁹⁴ Marija Pospišil Miler: EU pristupila protokolu iz 2002 h Atenskoj konvenciji iz 1974. godne – primjena za države članice EU od 31. prosinca 2012, v: Naše more 59(3-4)/2012, str. 130.

Pridržka in smernic IMO za izvajanje Atenske konvencije.⁹⁵ Glavna vsebina pridržka je:

»Vlada [...] si pridržuje pravico, da omeji, in se obvezuje, da bo omejila odgovornost iz prvega in drugega odstavka 3. člena Konvencije, in sicer za smrt ali telesno poškodbo potnika, ki je posledica katerega koli rizika pod 2.2 Smernic IMO⁹⁶ za izvajanje Atenske konvencije, na nižjega izmed naslednjih zneskov:

- 250 000 obračunskih enot za vsakega potnika v posameznem primeru ali
- 340 milijonov obračunskih enot na ladjo v posameznem primeru.«

Država, ki je izrazila rezervo pri potrditvi protokola, si je pridržala pravico izdati potrdilo o obveznem zavarovanju,⁹⁷ čeprav je zavarovanje sestavljeno iz dveh delov, enega za pomorske rizike in enega za vojne rizike (vključno s terorističnimi akti) in kljub običajnim klavzulam omejitev in izključitev zavarovanja, ki jih bo tržišče zavarovanja zahtevalo za vojne rizike v času izdaje potrdila o zavarovanju.

Pridržek in smernice IMO za izvajanje Atenske konvencije so imele dvojni učinek. Prvi je bil pravni, saj je pridržek omogočil rezervacijo na določbe protokola PAL iz leta 2002 in retroaktivno⁹⁸ spremenil pogoje obveznega zavarovanja. Niso se odločili za sklic nove konference, ki bi dopolnila protokol ali resolucije IMO, temveč so se odločili za pravno neobvezujoče smernice. Ta način se je pokazal kot najhitrejši. Je pa res, da smernice niso obvezujoči akt. Države se prostovoljno odločijo, ali bodo rezervacijo, kot jo predvidevajo smernice, dale

⁹⁵ IMO Circular letter No. 2758 dated 20 November 2006 with Annex, <<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/13.pdf>> (3. 3. 2016).

⁹⁶ V IMO so se zavedali, da protokol ne bo nikoli široko sprejet, če ne bodo rešili dilem, ki so izhajale iz jasnih sporočil klubov P&I, ki edini zavarujejo odgovornost pomorskih prevoznikov. Riziki so določeni v točki 2.2. Zavarovanje za primer vojne krije odgovornost, če obstaja, za škodo, nastalo zaradi smrti ali telesne poškodbe potnika, zaradi:

- vojne, državljanske vojne, revolucije, upora, vstaje ali javnih nemirov, nastalih zaradi teh dogodkov, ali vseh sovražnih dejanj, ki jih storijo vojaške sile ali so storjena proti vojaškim silam,
- ujetništva, zasega, aretacije, zadrževanja ali pridržanja ter njihovih posledic ali vsakega poskusa takšnih dejanj,
- zavrženih min, torpedov in bomb ali drugega zavrženega vojaškega orožja,
- dejanj teroristov ali oseb iz zlonamernosti ali političnih nagibov in vseh ukrepov, sprejetih za preprečevanje takega rizika ali boj proti njemu,
- zaplembe in razlastitve.

Za to zavarovanje pa lahko veljajo izjeme, omejitve in zahteve. Glej točko 2.2.2. izvlečka iz Pridržka in smernic IMO za izvajanje Atenske konvencije, ki jih je 19. oktobra 2006 sprejel Pravni odbor Mednarodne pomorske organizacije.

⁹⁷ M. P. Miler, nav. delo, str. 130.

⁹⁸ Prav tam, str. 130.

ali je ne bodo dale. Taka možnost žal ne pripomore k poenotenju mednarodnega prava. Drugi učinek je bil v tem, da so Pridržek in smernice IMO za izvajanje Atenske konvencije ustvarile podlago, da je zavarovalni trg sprejel nove pogoje in bilo posledično pripravljeno izdati modre karte. S tem je postala pot za dodatne ratifikacije in začetek veljavnosti protokola odprta. Kljub vsemu je Uredba 392/2009 prehitela protokol, saj je začela veljati 31. decembra 2012 (v 12. členu določa, da se uporablja od dne začetka veljavnosti protokola PAL iz leta 2002 za EU, vendar v vsakem primeru najpozneje od 31. decembra 2012).

Sprašujeva se, ali je mogoče najti kakršnokoli razumno razlago, zakaj že do zdaj odgovornost pomorskega prevoznika za osebne škode potnika ni bila objektivna. Za pričujoči članek niso nepomembni naslednji sklepni predlogi generalnega pravobranilca Nila Jääskinena, predstavljeni 14. marca 2013 v zadevi C-509/11:⁹⁹

»41. Sodišče je letos že odločilo, da zakonodaja Evropske unije lahko določi pravila za zagotavljanje ravni varstva potrošnikov, ki se razlikujejo glede na zadevni transportni sektor. Sodišče je v zadevi McDonagh v okviru uspešne tožbe proti letalski družbi, ker ta ni nudila pomoči v skladu s členom 5(1)(b) Uredbe št. 261/2004, ko je bil zaradi izbruha islandskega ognjenika Eyjafjallajökull odpovedan let, zavrnilo argumente, da naj bi obveznost nuditi pomoč, ki je naložena letalskim prevoznikom, kršila načelo enakega obravnavanja, ker take obveznosti pri drugih načinih prevoza, namreč pri potovanjih z vlakom, ki so urejena z Uredbo št. 1371/2007, potovanjih po morju in celinskih plovni potih, ki so urejena z Uredbo št. 1177/2010 ter potovanjih z avtobusom, ki so urejena v skladu z Uredbo št. 181/201, ni. (14) Sodišče je pri tem, ko je utemeljilo razliko v obravnavi, odločilo, da ,položaj podjetij, ki delujejo v sektorju dejavnosti različnih načinov prevoza, namreč ni primerljiv, ker – ob upoštevanju pogojev delovanja teh podjetij, pogojev njihove dostopnosti in razdelitve njihovih omrežij – ti različni načini prevoza glede pogojev za uporabo niso zamenljivi. (15)«

Kaj tako stališče pomeni za najino tezo, da ni resnih argumentov, da bi bila odgovornost pomorskega prevoznika za škode, ki jih utрпи potnik v pomorskem pravu, drugačna, kot je v drugih prevoznih modusih? Meniva, da ni razlogov, da bi tisti, ki zagovarjajo blažjo odgovornost pomorskega prevoznika v primerjavi z drugimi prevoznimi modusi, v tem našli podlago za argumentacijo, ki bi šla njim v prid. Predvsem je treba upoštevati dejstvo, da se je v zadevi McDonagh letalski prevoznik želel rešiti nekaterih svojih obveznosti tako, da

⁹⁹ <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d53bb2497785814710bca7c78edb9b8221.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbhn0?text=&docid=135004&pageIndex=0&doclang=SL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=455233>> (29. 2. 2016).

je med drugim zatrjeval, da v drugih prevoznih panogah takih obveznosti ni in da je kršeno načelo enakega obravnavanja. Glede na to, da sodišče EU k takim sporom razlagalno pristopa *pro consumatore*,¹⁰⁰ je logično, da letalskemu prevozniku ni ugodilo. Našlo je argumente (meniva, da bi jih lahko navedlo še več), da položaj podjetij, ki delujejo v sektorju dejavnosti različnih načinov prevoza, ni primerljiv. Ključen razlog, zakaj stališče sodišča v zadevi *McDonagh* ne nasprotuje tezi, da bi morala biti odgovornost v vseh prevoznih panogah enaka, je v tem, da se je v tem primeru letalski prevoznik skušal rešiti svoje povečane odgovornosti na račun drugih prevoznih panog. Pri obratnem poskusu argumentiranja pa bi pomorski prevoznik poskušal ohraniti svoj privilegiran položaj glede na druge prevozne panoge. Ob predpostavki, da je treba v takih primerih ščititi potrošnika in ne industrije, je odgovor na dlani. Celoten duh evropskega prava gre po dolgih stoletjih ugodnosti, ki jih je uživala industrija, v smer povečevanja varstva pravic potnikov. Z drugimi besedami lahko zapišemo, da je bilo stališče, ki ga je v zadevi *McDonagh*¹⁰¹ zavzelo sodišče EU, da je deloma dopuščeno razlikovanje med različnimi prevoznimi modusi glede obveznosti do potnika, v korist potnika in ne v korist industrije.

7. OBJEKTIVNA ODGOVORNOST PRI PREVOZU STVARI PO MORJU

Bistveno drugačen je položaj, ko govorimo o prevozu tovora. Če pogledamo nekaj vodilnih monografij s področja prevoza stvari po morju, se avtorji o tem pravzaprav ne sprašujejo in položaj jemljejo kot samoumeven.¹⁰² Kakršnikoli poskusi do zdaj, da bi spremenili zakoreninjen sistem Haaških ali Visbyskih pravil, je naletel na trdno resničnost. Ob tem je treba upoštevati, da ne govorimo o spremembi iz subjektivne odgovornosti v objektivno za škode na tovoru, za katere prevoznik odgovarja pošiljatelju oziroma naročniku prevoza. Govorimo o bistveno manj ambicioznih spremembah, ki so pogorele na smetišču pravne zgodovine. Prvi tak poskus so bila Hamburška pravila iz leta 1978 (glej razdelek 3.3), drugi pa Rotterdamska pravila iz leta 2009 (glej razdelek 3.4). V Hamburških pravilih so avtorji besedila poskusili nekoliko »uravnovežiti«

¹⁰⁰ Več o tem glej Marko Pavliha: Enlightenment of the European Attitude Towards Passenger Rights – *In Dubio Pro Consumatore*, v: European Transport Law, vol. XLVIII. št. 3/2013, str. 229–245.

¹⁰¹ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0012:EN:HTML>> (26. 2. 2016).

¹⁰² Glej na primer William Tetley: Marine Cargo Claims, Volume 1. in 2. Četrta izdaja, Thomson – Carswell, Quebec 2008; Susan Hodges, Christopher Hill: Principles of Maritime Law. LPP, London 2001; N. J. J. Gaskell, C. Debattista, R. J. Swatton: Chorley and Giles' Shipping Law. Osma izdaja, Pitman Publishing, Southampton 1987.

odnos med uporabniki prevozov stvari po morju in prevozniki. Ta predlog Združenih narodov, kako naj teče prevoz stvari po morju, je doživel zelo omejen uspeh. Niti približno ni nadomestil Haaških ali Visbyskih pravil, kot se je to zgodilo v letalstvu, kjer je Montrealska konvencija iz leta 1999 dejansko nadomestila Varšavsko konvencijo iz leta 1929. Brez prevelikega strahu po popravku te trditve čez nekaj let si upava zapisati, da tudi Rotterdamska pravila ne bodo opravila svoje zgodovinske vloge.

8. SKLEP

Članek kaže zgodovinski lok, ki ga je opravila odgovornost pomorskega prevoznika za škode skozi zgodovino. Od objektivne odgovornosti v rimskem pravu, do pravnega položaja brez odgovornosti v 19. stoletju, kompromisa v obliki subjektivne odgovornosti (domneve krivde s številnimi izjemami) v Haaških pravilih iz leta 1924 in subjektivne odgovornosti (dokazane ali domnevne krivde) v Atenski konvenciji iz leta 1974 pa vse do danes, ko se je prek zakonodajnih ukrepov EU in protokola PAL iz leta 2002 odgovornost pri prevozu potnikov približala tisti iz letalskega prevoza. V nekem smislu je strožja (višji limit, do katerega prevoznik odgovarja objektivno – 250.000 SDR), v nekem pa blažja (letalski prevoznik odgovarja neomejeno, pomorski pa do 400.000 SDR). Pri prevozu tovora mednarodna ureditev trdno ostaja na temeljih iz 1924, ki so zapisani v Haaških pravilih (subjektivna odgovornost s številnimi dodatnimi ugodnostmi za prevoznika). Danes ni nikakršnih resnih in opravičljivih razlogov, da pomorski prevoznik odgovarja drugače (blažje), kot odgovarjajo drugi prevozniki. Vendar je videti, da je taka odgovornost, vsaj v zvezi s prevozom tovora, prikladna in bo tako ostalo še kar nekaj časa. Neuspešni so bili snovalci Hamburških, in skoraj gotovo tudi Rotterdamskih pravil. Mednarodna ureditev je pač izraz razmerja moči in sil. Če približno deset pomorskih prevoznikov obvladuje dve tretjini mednarodnega pomorskega prevoza zabožnikov, potem je odgovor glede konkurenčnega okolja in razmerja sil na dlani. To velja ne glede na trenutno cenovno vojno, ki je pripeljala do zgodovinsko najnižjih voznin iz daljnega vzhoda v Evropo. Tako stanje se lahko hitro obrne tudi v svojo zrcalno sliko. Kar rešuje pomorske prevoznike neposrednega pritiska drugih prevoznih panog na konkurenčno izenačitev, je to, da si pomorski in drugi prevozi večinoma niso neposredna konkurenca. Pomorski prevozi in druge prevozne panoge poslujejo vsaka v svojem »vrtičku«. Res pa je, da kar je za običajnega potrošnika (potnika) posebej pomembno, se v zadnjih letih intenzivno spreminja. Zlasti po zaslugi EU in IMO. Pomorski prevoz potnikov je tako postal glede odgovornosti pravzaprav usklajen z drugimi prevoznimi panogami, glede limitov omejene odgovornosti pa jih je celo prehitel. Res je, da to velja zgolj za države članice EU in druge redke

pogodbenice protokola PAL iz leta 2002, vendar je kljub vsemu to velik korak naprej. Procesi okrog protokola PAL iz leta 2002 so pokazali, da če je prisotna prava volja ključnih akterjev, potem se zgodi uveljavitev sicer k »mrtvi črki na papirju« obsojeni mednarodni pogodbi. Zakaj torej pomorski prevoznik pri prevozu tovora uživa ugodnejši režim odgovornosti, kot ga drugi prevozniki modusi? Zato, ker so že manjši poskusi sprememb, kljub izjemnim naporom mednarodne skupnosti, »padli v morje«.

DINGLICHES VORKAUFSRECHT IN VIER RECHTSORDNUNGEN – RECHTSHISTORISCHE UND RECHTSDOGMATISCHE FALLSTUDIE ZUR GEGENWÄRTIGKEIT ALTEN LOKALRECHTS

Jürgen Kohler,

Doktor der Rechte, Ordentlicher Professor, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald

I. GESCHICHTE IN DER GEGENWART

1. Dimensionen eines Problems

„Tief ist der Brunnen der Vergangenheit. Sollte man ihn nicht unergründlich nennen?“ – dies konstatiert und so fragt Thomas Mann eingangs seines Romans ‚Joseph und seine Brüder‘. Der ‚Brunnen der Vergangenheit‘ macht besonders neugierig, wenn er wegen seiner Tiefe unergründlich erscheint. Neugierig macht er aber auch, weil er, indem er sich in das Hier und Jetzt öffnet, für die Gegenwart gefährlich werden kann. Zumindest deswegen ist der tiefe Brunnen nicht nur von historischem, sondern auch von praktischem Belang für die Gegenwart.

Wie tief aber ist Tiefe – Tiefe in der Zeit –, wenn wir aus der Gegenwart hinab in den zitierten ‚Brunnen der Vergangenheit‘ blicken? Zeitliche Tiefe ist eine relative Dimension, nämlich eine Größe, die in Relation zu Vielheit und Unterschiedlichkeit der Ereignisse in der betrachteten Zeitspanne zu bestimmen ist. Daher kann der ‚Brunnen der Vergangenheit‘, metaphorisch gesprochen, sehr wohl tief in der Zeit sein, obwohl er doch nur in eineinhalb Jahrhunderte hinabreicht, sofern nur die Ereignisse in dieser Zeit zahlreich und vielschichtig waren. So verhält es sich mit der deutschen Geschichte seit dem 19. Jahrhundert vor allem auf dem Gebiet der vormaligen SBZ und DDR, weil

dieser Raum in dieser Zeitspanne grundstürzende Umwälzungen durchlitten hat. Die Geschichte, um die es hier geht, führt deshalb, obwohl sie zeitlich gar nicht so lang ist, in Anbetracht ihrer ungeraden Verläufe wie ein mäandern-des Labyrinth in die Dunkelheit eines verwinkelten, deshalb tiefen und unergründlich erscheinenden Brunnens.

Die hier darzustellende und rechtlich-historisch zu würdigende Geschichte handelt von einem praktischen Rechtsfall der Gegenwart, der sich in einer Stadt in Vorpommern zuträgt. Dieser Fall, obwohl an sich recht unscheinbar und unspektakulär, wirft ein Schlaglicht in die Tiefe der Geschichte, die das Zivilrecht in (Vor-)Pommern, aber darüber hinaus im Gebiet der ehemaligen SBZ und DDR insgesamt, seit dem späten 19. Jahrhundert aufweist. Er bietet gewissermaßen eine juristische Miniatur zur aktuell gebliebenen Geschichtlichkeit von Recht, nämlich ein kleines, aber konkretes Beispiel für die rechtliche Verbindung von Vergangenheit und Gegenwart.

Die als Rechtsminiatur, also als exemplarische Befassung mit einem unspektakulären Rechtsvorkommnis zu verstehende Befassung mit dem hier zu behandelnden Fall¹ soll Mehreres als Erkenntnisertrag bringen: Zunächst – den Beitrag insgesamt übergreifend –, einen geschichtlichen Bericht über Unterschiede hinsichtlich der materiell-inhaltlichen und grundbuchrechtlichen Ausgestaltung einer Rechtsfigur, sowie des Weiteren eine Darstellung zu Modi der rechtlichen Gestaltung von Übergängen zwischen älteren und nachfolgenden Rechtsordnungen. Der Beitrag soll aber auch im Besonderen, da nur einzelne Rechtswechsel betreffend, Hinweise auf die Überlagerung des Privatrechts durch politikbedingt wechselnde öffentlich-rechtliche Vorstellungen zur Rechtssubjektivität von Kommunen und ihrer Rechtsträgerschaft geben.² Ferner soll eine Betrachtung von Fehlern oder zumindest Unklarheiten in Überleitungsprozessen eröffnet werden,³ dabei namentlich auch auf die Relevanz solcher Fehler in der Gegenwart unter Berücksichtigung von Vertrauensschutz im Liegenschaftsrecht.⁴ Geschichte und Privat- sowie im weiten Sinne verstandenes Staatsorganisationsrecht, Deskription und rechtliche Analyse, Problembeschreibung und Problemlösung sind daher verwoben.

Die Problemlage wird erheblich dadurch verkompliziert, dass bei der Darstellung eines dinglichen Vorkaufsrechts notwendigerweise zu unterscheiden ist

¹ Die Sachlage des exemplarisch zu untersuchenden Falls ist im nachfolgenden Abschnitt II. dargestellt.

² Diese Thematik ist Gegenstand der Untersuchung in den nachfolgenden Abschnitten VI.2 und VII.2.

³ Exemplarisch ist dazu etwa auf die Darstellung in den nachfolgenden Abschnitten VI.1 und VII.1 zu verweisen.

⁴ Diese Thematik ist Gegenstand der Darstellung in den nachfolgenden Abschnitten IX und X.

zwischen einerseits dem in den jeweiligen Rechtsperioden gegebenen objektiven Bestand des 1896 begründeten dinglichen Vorkaufsrechts als solchem, also hinsichtlich des ‚Ob‘ seines Rechtsbestands, und andererseits dem objektiven Inhalt dieses Vorkaufsrechts, also seines ‚Wie‘, und zwar in casu insbesondere in Hinsicht darauf, ob das Vorkaufsrecht für nur einen Verkaufsfall oder aber für mehrere oder alle künftigen Verkaufsfälle vereinbart war. Zu dieser Komplexität tritt noch hinzu, dass ferner zu unterscheiden ist zwischen einerseits dem für den jeweiligen Zeitraum zu ermittelnden objektiven Bestand und objektiven Rechtsinhalt des dinglichen Vorkaufsrechts – also dem vorgenannten ‚Ob‘ und ‚Wie‘ dieses Rechts –, ⁵ und andererseits der unter dem subjektiven Gesichtspunkt des Gutgläubensschutzes gebotenen Möglichkeit eines Rechtsschutzes zu Gunsten eines die objektive Rechtslage nicht kennenden Dritten für den Fall, dass der zuvor ermittelte objektive Rechtsbestand und Rechtsinhalt im Grundbuch unrichtig oder nur unvollständig verzeichnet ist. ⁶

Die beschriebenen historisch-zeitlichen Wechselfälle der gesamten Rechtsordnung in Verbindung mit den vorbezeichneten speziell privatrechtlichen Schwierigkeiten der Sach- und Rechtslage speziell bei altrechtlichen dinglichen Vorkaufsrechten führen zu einer Komplexität, die das Verstehen der Sachlage und ihrer Problematiken zu einer Herausforderung machen. Diese Komplexität sollte aber zugleich, so ist zu hoffen, den Reiz der Untersuchung trotz dabei unvermeidlicher Mühen ausmachen.

2. Das dingliche Vorkaufsrecht als Thema

Gegenstand der hier anzustellenden historisch-rechtlichen Betrachtung ist ein dingliches Vorkaufsrecht, das ein in einer vorpommerschen Stadt gelegenes – oder, um es allgemeiner zu fassen, das ein im Beitrittsgebiet in einer ehemals preußischen Provinz befindliches – Hausgrundstück betrifft. Um die wechselnden Sach- und Rechtslagen verstehen zu können, empfiehlt sich, zunächst den rechtlichen Wesensgehalt dinglicher, Grundeigentum betreffender Vorkaufsrechte knapp zu beschreiben.

Wird das dingliche Vorkaufsrecht als Rechtsinstitut auf dem Hintergrund seiner Ausgestaltung skizziert, wie sie seit dem Jahr 1900 aus den §§ 1094 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zu ersehen ist und heute noch gilt, ergibt sich im Wesentlichen das Folgende: Das dingliche Vorkaufsrecht ist ein den

⁵ Die Untersuchung der objektiven Rechtslage im Laufe der Zeit ist Gegenstand der nachfolgenden Abschnitte IV, V, VI.1., VII.1. und VIII.

⁶ Die Untersuchung des Gutgläubensschutzes bei Abweichung der Grundbuchlage von der zuvor festgestellten objektiven Rechtslage ist Gegenstand des abschließenden Abschnitts IX.

jeweiligen Eigentümer des mit ihm belasteten Grundstücks betreffendes Recht des Vorkaufsrechtsinhabers mit dem Inhalt, dieses Grundstück im eventuellen Fall eines nachmaligen Verkaufs durch den Eigentümer an einen Dritten zu den Bedingungen ebendieses Kaufvertrags käuflich zu erwerben. Je nach gesetzlicher Regelung und daran anknüpfender vertraglicher sowie im Grundbuch entsprechend verlautbarter Ausgestaltung unterschiedlich, kann das Vorkaufsrecht entweder dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks oder einer bestimmten, nicht in der Eigenschaft als Eigentümer eines anderen Grundstücks bezeichneten Person und ggf. ihren Rechtsnachfolgern eingeräumt werden – man spricht insoweit von der Unterscheidung zwischen subjektiv-dinglichem und subjektiv-persönlichem Vorkaufsrecht –; ferner kann vereinbart werden und ist dann im Grundbuch einzutragen, dass die Vorkaufsbefugnis nur für einen Verkaufsfall oder für eine bestimmte Mehrzahl von Verkaufsfällen oder für alle weiteren Verkaufsfälle gilt.

Je nach Rechtsordnung rechtstechnisch unterschiedlich kann im Übrigen das Rechtsinstrumentarium gestaltet sein, mit dem das von allen Rechtsordnungen durch das dingliche Vorkaufsrecht gemeinsam verfolgte Ziel erreicht wird, dem Vorkaufsberechtigten zu einem Kaufvertrag zu verhelfen, der den Bedingungen des Kaufvertrags mit dem Dritten entspricht. So kann dieses rechtliche Ziel rechtstechnisch etwa dadurch erreicht werden, dass – ipso jure mit der rechtsgestaltenden Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten eintretend – ein mit dem Inhalt des zunächst zwischen Eigentümer-Verkäufer und Drittem abgeschlossenen Kaufvertrag übereinstimmender Kaufvertrag des Eigentümer-Verkäufers mit dem Vorkaufsberechtigten zustande kommt; so sehen es die §§ 1098 Abs. 1 S. 1 iVm. 464 Abs. 2 BGB vor. Das genannte Ergebnis kann aber statt dessen auch erreicht werden, indem ein Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags des Eigentümer-Verkäufers mit dem Vorkaufsberechtigten mit einem Inhalt gewährt wird, der demjenigen des intendierten Kaufvertrags mit einem Dritten im Wesentlichen entspricht; so regelt es das Recht des Zivilgesetzbuchs (ZGB) der DDR in dessen § 307 Abs. 2 ZGB⁷.

II. DER FALL: SACHSTAND UND PROBLEMATIK

Der zunächst zu schildernde und alsdann in seinen durch drei Rechtsumstellungen in vier rechtshistorischen Dimensionen zu untersuchende Fall ist in seiner rechtlichen Grundstruktur und hinsichtlich der tatsächlichen Verläufe recht einfach. Es handelt sich nämlich um einen im Prinzip routinemäßigen Vorgang einer kaufweisen Grundstücksveräußerung. Der Vorgang bedarf zu-

⁷ Bodenrecht – Lehrbuch, Autorenkollektiv, Leitung und Gesamtdredaktion Günther Rohde (Berlin 1989), Abschnitt 10.6, S. 260.

nächst der Darstellung hinsichtlich der Vorgänge im Laufe der Periode von 1896 bis 2015, um alsdann, daran anknüpfend,⁸ die rechtlichen Wandlungen in dieser Zeitspanne analysieren zu können.

1. Vorgänge in den Jahren 1992/93 – mit Rückbezug auf das Jahr 1896

Im Grundbuch einer in Vorpommern gelegenen Stadt – um der nötigen Discretion willen möge diese Stadt ‚Ypsilon‘ heißen – finden sich in der zweiten Abteilung des Grundbuchs zwei Eintragungen. Unter der laufenden Nummer 1 heißt es: „Ein Vorkaufsrecht der Stadt Ypsilon zufolge der Verfügung vom 12. November 1896 ist mit der Parzelle [es folgt deren nähere Bezeichnung] hierher übertragen am 1. Dezember 1905 und hierher übertragen am 23.06.1992.“ Daran schließt sich unter der laufenden Nummer 2 die folgende Eintragung an: „Auflassungsvormerkung⁹ für [es folgen Name und Geburtsdatum eines der beiden Vormerkungsberechtigten, d.h. des Ehemanns] und [es folgen Name und Geburtsdatum des zweiten Vormerkungsberechtigten, d.h. der Ehefrau], beide in [es folgt eine Ortsangabe] wohnhaft, als Berechtigte je zur Hälfte. Gemäß Bewilligung vom 26.10.1992 eingetragen am 14.12.1992.“ Die Eintragung der beiden vorgemerkten Käufer als hälftige Miteigentümer im Grundbuch fand am 18.06.1993 statt; danach wurde die Auflassungsvormerkung wieder gelöscht.

Der Vormerkungseintragung und Eigentumsübertragung lag ein zusammen mit der Vormerkungsbewilligung am 26.10.1992 formgerecht geschlossener Kaufvertrag nebst Auflassung¹⁰ der beiden als Vormerkungsberechtigte eingetragenen Eheleute mit privaten, im Grundbuch verlaublichen Eigentümern zugrunde. Diese Eigentümer hatten das von einem ihrer Vorfahren von der

⁸ Dazu näher u. Abschnitte IV.–VIII.

⁹ Rechtliche Erläuterung: Eine Auflassungsvormerkung gemäß den §§ 883 ff. BGB ist ein Grundbuchvermerk, der dazu dient, einen – in der Regel durch Kaufvertrag begründeten – Anspruch einer Person auf demnächstigen Eigentumserwerb bis zum Vollzug des Eigentumsübergangs, der neben der von der kaufvertraglichen Einigung zu unterscheidenden Einigung über den Eigentumsübergang (sog. Auflassung, § 925 BGB) auch die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erfordert, vor den in der Zeit zwischen Kaufvertragsabschluss und Eigentumswechsel etwa eintretenden Gefahren zu schützen, die den schließlichen Eigentumserwerb vereiteln könnten. Die Auflassungsvormerkung ist allerdings im vorliegenden Fall ohne weitere rechtliche Bedeutung.

¹⁰ Rechtliche Erläuterung: Auflassung ist ein in § 925 Abs. 1 BGB definierter Fachbegriff, mit dem die in gesetzlich näher bestimmten Formen vorzunehmende (nicht mit der kaufvertraglichen Einigung zu verwechselnde) Einigung des bisherigen und des künftigen Eigentümers über den Eigentumsübergang bezeichnet wird; erst zusammen mit der entsprechenden Grundbuchschrift bewirkt die Auflassung den Eigentumsübergang (§ 873 Abs. 1 BGB).

Stadt Ypsilon – wohl zeitgleich mit der Vorkaufsrechtsbestellung zu Gunsten der Stadt Ypsilon im Jahr 1896 – gekaufte und zu Eigentum erworbene, in innerstädtischer Bestlage befindliche Grundstück, das dieser Vorfahr im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts mit einem stattlichen Gebäude bebaut hatte, auf Grund Erbgangs erworben und hielten es in ungeteilter Erbengemeinschaft. Seit dem Erwerb des Vorfahren im Jahr 1896 hatte sich kein rechtsgeschäftlicher Eigentumswechsel ereignet; das Grundstück hatte sich ununterbrochen, auch zwischen dem Ende des Zweiten Weltkriegs bis zur Wiedervereinigung Deutschlands im Jahr 1990, im Familieneigentum befunden. Die familiäre Erbengemeinschaft erhielt das Grundstück mit dem in der Substanz im Wesentlichen erhaltenen, in mehrere Wohnungen unterteilt vermieteten Gebäude recht bald nach der Wiedervereinigung Deutschlands aus der während Bestehens der DDR für dieses Hausgrundstück zuständigen kommunalen Wohnungsverwaltung zurück, worauf sich die Erbengemeinschaft binnen Kurzem zur Veräußerung in der dargestellten Weise entschloss.

Nach Kaufvertragsabschluss, aber noch vor Eintragung der Auflassungsvormerkung wurde die Stadt Ypsilon als die ausweislich der Grundbucheintragung vom 23.06.1992 Vorkaufsberechtigte angefragt, ob sie das für sie eingetragene Vorkaufsrecht ausübe. Dies verneinte die Stadt Ypsilon mit Schreiben vom 6.01.1993 an die Käufer, in dem sie ausführte, dass sie „für diesen Erwerbsfall“ auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichte, und wobei sie – offenbar in der Überzeugung, ihr Vorkaufsrecht bestehe für mehr als einen Verkaufsfall – hinzufügte: „Eine Löschungszustimmung wird nicht erteilt.“

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Veräußerungsvorgang in den Jahren 1992-93 routinemäßig abgewickelt wurde und dabei keine verfahrens- oder materiellrechtlichen Fehler hinsichtlich des Kaufvertragsabschlusses, der Vormerkungsbestellung und der Eigentumsübertragung ersichtlich sind. Auch das dingliche Vorkaufsrecht wurde seinerzeit in verfahrensrechtlicher Hinsicht, jedenfalls soweit dies anhand der Grundbuchlage beurteilt werden kann, ordnungsgemäß berücksichtigt, und zwar mit dem Ergebnis, dass das Vorkaufsrecht infolge der deklarierten Nichtausübung durch die als Vorkaufsberechtigte eingetragene Stadt Ypsilon dem kaufvertraglich avisierten je hälftigen Eigentumserwerb der beiden Ehegatten-Miteigentümer im Jahr 1993 nicht entgegenstand.

2. Vorgänge im Jahr 2015

In den Folgejahren wurde dem eingetragenen gebliebenen Vorkaufsrecht der Stadt Ypsilon keine Beachtung geschenkt. Erst als die beiden Ehegatten-Miteigentümer im Jahr 2015 beabsichtigten, das von ihnen 1993 erworbene Haus-

grundstück weiterzuveräußern, wurde das Vorkaufsrecht wieder von praktischem Belang. Es erwies sich als ernst zu nehmendes Verkaufshindernis,¹¹ weil Erwerbsinteressenten allein wegen des Umstands, ihrerseits bei einer etwaigen späteren Veräußerung wiederum ihre Käufer von der praktischen Schadlosigkeit des Vorkaufsrechts überzeugen zu müssen, vom Kauf Abstand nahmen.

Die Ehegatten-Miteigentümer strebten daher die Löschung des Vorkaufsrechts an. Das Grundbuchamt sah sich zu einer nach den §§ 22 ff. GBO (Grundbuchordnung) zu vollziehenden Löschung¹² mit Rücksicht auf die grundbuchrechtlich strengen Erfordernisse einer Löschung ohne Löschungsbewilligung außerstande und verlangte, dass eine Löschungsbewilligung des eingetragenen Inhabers des Vorkaufsrechts, der Stadt Ypsilon, nach § 19 GBO beigebracht werde. Die Weigerung des Grundbuchamts zu einer Löschung ohne eine solche Bewilligung wurde dabei mit dem – nach derzeitigem Kenntnisstand in tatsächlicher Hinsicht richtigen – Hinweis darauf untermauert, dass grundbuchamtlich zu dem in Rede stehenden Vorkaufsrecht nichts über das im oben dargestellten Umfang der Grundbucheintragung vom Sommer 1992 Hinausgehende bekannt sei. Insbesondere fehlten den früheren Eintragungen von 1896 und 1905 zugehörige Grundakten sowie die seinerzeitige Eintragungsbeurteilung; daran hat sich auch seither nichts geändert.

Die Stadt Ypsilon sperrte sich – zumindest zunächst – gegen die begehrte Löschung des zu ihren Gunsten eingetragenen Vorkaufsrechts, womit sie implizit wiederum ihre Auffassung zum Ausdruck brachte, dass das Vorkaufsrecht zu ihren Gunsten für mehr als für nur einen einzigen Verkaufsfall bestellt sei. Über die Gründe für die Lösungsverweigerung der Stadt Ypsilon lässt sich

¹¹ Der umsatzhemmende Effekt von dinglichen Vorkaufsrechten wurde schon bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs erkannt und als Argument gegen die Beibehaltung des dinglichen Vorkaufsrechts als Rechtsinstitut geltend gemacht; vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), Sachenrecht, S. 250.

¹² Zum grundbuchrechtlichen Vorgehen auf Grund von § 22 Abs. 1 S. 1 GBO nach Erlöschen eines für einen Verkaufsfall bestehenden Vorkaufsrechts Böhlinger BWNotZ 2007, 1 (4). – Ob im gegebenen Fall eine Löschung auf Grund von § 22 Abs. 1 S. 1 GBO möglich ist, nachdem das Vorkaufsrecht 1992/93 nicht ausgeübt wurde und das Grundbuch nach § 891 BGB auch gegenüber dem Grundbuchamt die Vermutung für die Geltung des Vorkaufsrechts für nur einen Verkaufsfall begründet (vgl. Kohler in: Bauer/v.Oefele, GBO-Kommentar (3. Aufl. 2013), § 22 Rn. 151), möge hier dahinstehen. Gegen die Versagung dieses Vorgehens seitens des Grundbuchamts möglicherweise wegen Nichtführbarkeit des Nachweises des Vorkaufsrechtserlöschens mit den in § 22 Abs. 1 S. 1 GBO vorgesehenen, formell beschränkten Mitteln zu Recht –, konnten die mit dem weiterhin eingetragenen Vorkaufsrecht belasteten Miteigentümer auch für den Fall, dass dem Grundbuchamt der Weg über § 22 Abs. 1 S. 1 GBO von Rechts wegen doch offenstehen sollte, gegen die Negativentscheidung des Grundbuchamts nach ganz hM keine Beschwerde gemäß den §§ 71 ff. GBO einlegen, da dem § 71 Abs. 2 S. 1 GBO entgegensteht (vgl. Budde in: Bauer/v.Oefele, GBO-Kommentar (3. Aufl. 2013), § 71 Rn. 51 mwN.).

nur mutmaßen. Für die Motivlage erheblich dürfte es sein, dass derartige Vorkaufsrechte an zahlreichen weiteren Grundstücken im Gebiet der Stadt Ypsilon bestehen. Die Stadt Ypsilon fürchtete wohl, einen Präzedenzfall zu schaffen, auf Grund dessen sie auch weitere Vorkaufsrechte löschen lassen müsste. Das wollte die Stadt Ypsilon allerdings wohl verhindern, weil sie einerseits hoffte, gegebenenfalls auf Grundstücke im Verkaufsfall zugreifen zu können, und weil die Stadt Ypsilon etwa annahm, man könne sich das Absehen von der Ausübung des Vorkaufsrechts in jedem Fall finanziell honorieren lassen.

Zu welchen Zwecken städtische Vorkaufsrechte seinerzeit, d.h. am Ende des 19. Jahrhunderts, überhaupt, und zwar offenbar regelmäßig, bei Veräußerung städtischer Grundstücke an Bauwillige vereinbart und eingetragen wurden, ist heute nicht mehr ohne Weiteres zu ergründen. Allenfalls lässt sich mutmaßen, dass man sich davon versprach, später weiterhin steuernd zur Verwirklichung bestimmter sozial-, agrar- oder sonstiger bodenpolitischer Ziele eingreifen oder persönlich unliebsame Käufer fernhalten zu können,¹³ oder das Grundstück im Bedarfsfall wenigstens unter der Bedingung einer Weiterveräußerung zurückerwerben zu können, um die Gelegenheit zur Verwirklichung städtebaulicher Ziele zu erhalten. Auch ist nicht mehr ohne Weiteres feststellbar, ob es sich um die singuläre Praxis nur der Stadt Ypsilon handelte, oder ob dem eine Weisung oder zumindest eine Empfehlung kommunalaufsichtsbehördlicher Stellen zugrunde lag und es sich daher um eine in bestimmten Regionen, etwa in einer Provinz, verbreitete Usance handelt.

Die verkaufswilligen Grundstücksmiteigentümer waren bei dieser Sachlage daran interessiert, die Stadt Ypsilon aus Rechtsgründen zur Bewilligung der Löschung des Vorkaufsrechts zu bewegen. Dazu verwiesen sie auf ihre Ansicht, dass das Vorkaufsrecht materiell nicht bestehe, da es spätestens 1993 infolge der seinerzeitigen Nichtausübung erloschen sei. Daher könne die Erteilung einer als Grundbuchberichtigung anzusehenden Löschungsbewilligung, gestützt auf den sich aus § 894 BGB ergebenden Grundbuchberichtigungsanspruch, verlangt werden.

¹³ Mit diesen Erwägungen rechtfertigen die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Beibehaltung des dinglichen Vorkaufsrechts als Rechtsinstitut; vergl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), Sachenrecht, S. 250. Dazu auch Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (1975), 58 bei Fn. 255 mit Hinweis auf den Gebrauch des Vorkaufsrechts zur Festigung des Deutschtums insbesondere in den preußischen Ostprovinzen.

III. DIE OBJEKTIVE RECHTSLAGE IM LAUF DER ZEIT: RECHTLICHE BEDEUTUNG UND PRÜFUNGSANSATZ

1. Das Problem und seine Relevanz

Der vollwirksame hälftige Miteigentumserwerb der Eheleute Anfang 1993 wie auch das vorherige wirksame Entstehen der Auflassungsvormerkung zur Sicherung ihres kaufvertraglichen Übereignungsanspruchs stehen außer Frage. In Zweifel steht der objektive Fortbestand des allerdings weiterhin eingetragenen Vorkaufsrechts der Stadt Ypsilon mit dem von ihr behaupteten – von den Grundstückseigentümern bestrittenen – Inhalt, für mehr als für nur einen Verkaufsfall zu gelten und daher trotz des 1992/93 geschehenen Verkaufsvorgangs noch nicht erloschen zu sein. Diese Zweifel gründen sich auf Fragen, die die dreifachen Rechtsumstellungen in den Jahren 1900, 1976 und 1990/1994 aufwerfen, und des Weiteren auf Rechtskonsequenzen, die die Nichtausübung des Vorkaufsrechts im Jahr 1992 haben könnte. Diese Zweifel zunächst im Bereich der objektiven Rechtslage zu klären, ist von erheblicher praktischer Bedeutung, Denn das Vorkaufsrecht wäre gegebenenfalls, nämlich bei wirklichem Fortbestehen des – wie die Stadt Ypsilon behauptet, für mehr als nur einen Verkaufsfall geltenden – Vorkaufsrechts als einer Belastung des von der entsprechenden Grundbucheintragung betroffenen Grundstücks, in nachmaligen Verkaufsfällen von Belang, also auch beim Verkauf im Jahr 2015.

2. Beschränkte Bedeutung der Grundbuchlage

Die Rechtstatsache, dass das Vorkaufsrecht weiterhin im Grundbuch als für die Stadt Ypsilon mit dem dort verlautbarten Inhalt bestehend eingetragen ist, schließt das objektive gänzliche oder teilweise Nichtbestehen des eingetragenen Rechts für den im Grundbuch als Inhaber Bezeichneten oder dessen Nichtbestehen mit dem dort angegebenen Rechtsinhalt nicht aus. Denn eine Grundbucheintragung allein hat keine objektiv rechtskonstitutive Wirkung. Eine Grundbucheintragung ist zwar grundsätzlich¹⁴ notwendig, nicht aber auch – dies gilt für den hier betrachteten Zeitraum durchgängig – hinreichend, um ein Recht an einem Grundstück zu begründen; die Rechtsbegründung erfordert nämlich stets zusätzlich eine entsprechende Einigungserklärung von

¹⁴ Die Notwendigkeit der Grundbucheintragung als Element der Rechtsbegründung besteht für die Zeit seit 1900 unzweifelhaft, während diese Notwendigkeit für dingliche Vorkaufsrechte in Preußen vor 1900 nicht in allen Fällen bzw. rechtlichen Hinsichten bestand und die Grundbucheintragung stattdessen nur deklaratorisch erforderlich war, um selbst dinglichen Grundstücksrechten Wirkung gegenüber Dritten zu verschaffen ; dazu näher u. Abschnitt IV.

Rechtsbesteller bzw. –veräußerer und Rechtserwerber über die in Rede stehende Rechtsänderung. Umgekehrt hat die nachmalige irrtümliche Löschung eines Rechts oder eines seiner inhaltlichen Merkmale im Grundbuch für sich genommen grundsätzlich nicht zur Folge, dass das zuvor entstandene Recht oder der zuvor eingetragene Rechtsinhalt bloß durch diese Löschung unterging; insofern ist also der Fortbestand der Grundbucheintragung für den Fortbestand des zuvor entstandenen Grundstücksrechts nicht notwendig.

Der Grundbuchinhalt kann aber dem Rechtsverkehr im modernen Recht, wie § 891 BGB ergibt,¹⁵ sowohl materiellrechtlich als auch verfahrensrechtlich immerhin, aber eben auch nur, als Basis für die – allerdings widerlegliche – Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit hinsichtlich des Bestandes und Inhalts des eingetragenen Rechts dienen. An diese Vermutungswirkung der Grundbuchlage anknüpfend, kann sich bei gutem Glauben eines Erwerbers dahingehend, dass die Grundbuchlage die wirkliche Rechtslage richtig und vollständig wiedergibt, die Rechtskonsequenz einstellen, dass der Erwerber hinsichtlich seiner Rechte in Bezug auf die eingetragenen Rechte so behandelt wird, als hätte er sein Rechtsgeschäft mit dem objektiv richtigen Rechtssinhaber abgeschlossen; für das geltende Grundstücksrecht folgt dies aus den §§ 892 f. BGB.

3. Grundbuchinhalt als Vermutungsbasis für die objektive Rechtslage

Als Grundbuchinhalt bekannt ist hinsichtlich des dinglichen Vorkaufsrechts nur die bereits erwähnte, knappe Eintragung folgenden Inhalts: „Ein Vorkaufsrecht der Stadt Ypsilon zufolge der Verfügung vom 12. November 1896 ist mit der Parzelle [es folgt deren nähere Bezeichnung] hierher übertragen am 1. Dezember 1905 und hierher übertragen am 23.06.1992.“ Die Eintragungsbewilligung, die der in Bezug genommenen ursprünglichen Grundbucheintragung von 1896 zugrunde gelegen haben dürfte und die, sofern sie nach heutigem Recht unter Zugrundelegung des § 874 BGB¹⁶ zu beurteilen wäre, wie eine unmittelbar im Grundbuch vollzogene Eintragung als Grundbuchinhalt gelten kann, ist ebenso wie einschlägige Grundakten unauffindbar.

¹⁵ Für die Rechtslage in Preußen vor 1900 gilt die Vermutungswirkung des Grundbuchs allerdings nicht; auch dazu näher u. Abschnitt IV.

¹⁶ § 874 BGB lautet: Bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung steht die Bezugnahme auf die bisherige Eintragung nach § 44 Absatz 3 Satz 2 der Grundbuchordnung gleich.

Der zitierte Grundbuchinhalt ist mithin der einzige manifeste Ansatz, der als Grundlage für einen immerhin – jedoch auch nur – vermutungsweise legitimierten Schluss auf die objektiv bestehende Rechtslage zur Verfügung steht. Bei diesem Grundbuchinhalt ansetzend, ist daher die Rechtslage seit 1896 zu verfolgen, um den objektiven Bestand und Inhalt des in Rede stehenden dinglichen Vorkaufsrechts im Jahr 2015 und gegebenenfalls darüber hinaus zu ermitteln.

IV. ERSTE RECHTSORDNUNG: RECHTSBEGRÜNDUNG UNTER DEM RECHT VOR DEM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH (1896)

Nach der Grundbuchlage ist als Basis für das gesamte weitere rechtliche Schicksal des dinglichen Vorkaufsrechts zu Gunsten der Stadt Ypsilon anzunehmen, dass es sich ursprünglich um ein 1896, also noch vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründetes Vorkaufsrecht handelt. Sein Entstehen und Rechtsinhalt richtet sich daher nach dem 1896 in der preußischen Provinzstadt Ypsilon geltenden Recht. Obgleich die Stadt Ypsilon, da in Neuvorpommern gelegen, seinerzeit nicht dem preußischen Allgemeinen Landrecht, sondern dem lübischen Recht unterworfen war, war bei liegenschaftsrechtlichen Fragen in Bezug auf ein 1894 begründetes Grundstücksrecht auch bzw. vornehmlich das für das gesamte Königreich Preußen geltende, zunächst nur für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts in Kraft gesetzte EEG (Eigentumserwerbsgesetz) von 1872 einschlägig, da dessen Anwendung im Jahr 1873 auf diejenigen preußischen Gebiete erstreckt wurde, die nicht dem Allgemeinen Landrecht unterstanden¹⁷. Das EEG geht vom Vorhandensein von Grundbüchern ähnlicher Art wie heute¹⁸ aus.¹⁹

¹⁷ Vergl. dazu Turnau, Kommentar zur Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 und zum Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872 (1892), S. 13; ferner den Sachstandsbericht von Johow, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum (herausgegeben von W. Schubert, 1982), S. 272 (Original von 1880, dort S. 148).

¹⁸ Die Ähnlichkeit der Rechtsregelungen stellten schon Zelle/Korn/Langerhans, Handbuch des geltenden Öffentlichen und Bürgerlichen Rechts (5. Aufl. 1904), S. 74 f. heraus.

¹⁹ In Preußen wurden die vormaligen Hypothekenbücher ablösende Grundbücher zeitgleich mit dem Eigentumserwerbsgesetz durch die preußische Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 geschaffen, die zusammen mit dem Eigentumserwerbsgesetz am 1. Oktober 1872 in Kraft trat; vergl. Johow, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum (herausgegeben von W. Schubert, 1982), S. 272 (Original von 1880, dort S. 148); Wieling, Die Grundstücksrente als dingliches Recht, in: Festschrift Sonnenschein (2003), S. 201 (203 f.).

Ungeachtet dessen, ob rechtsgeschäftlich begründete grundeigentumsbezogene Vorkaufsrechte für einen, für mehrere oder für unbegrenzt viele Fälle zulässig waren und in casu bestellt wurden, und trotz dinglicher Wirkung solcher Vorkaufsrechte forderte das preußische EEG im Unterschied zum späteren Bürgerlichen Gesetzbuch allerdings nicht, dass dingliche Vorkaufsrechte im Grundbuch des betreffenden Grundstücks mit rechtskonstitutiver Wirkung eingetragen werden. Vielmehr waren Vorkaufsrechte, sofern sie – wovon im gegebenen Fall der Stadt Ypsilon auszugehen sein wird – nach dem vor Inkrafttreten des EEG bestehenden, lübisch fundierten Lokalrecht ohne Grundbucheintragung als dingliche Rechte bestellt werden konnten,²⁰ auch nach Einführung des preußischen EEG, welches das für Vorkaufsrechte geltende Lokalrecht hinsichtlich der Bestellungsweise nicht verdrängte,²¹ gemäß – aber auch trotz – § 12 Abs. 1 EEG²² ohne Grundbucheintragung wirksam zu bestellen. Dabei bedeutete die Entbehrlichkeit der Grundbucheintragung übrigens nicht, dass den zur Zeit der Geltung des EEG bestellten Vorkaufsrechten der dingliche Charakter etwa wegen des Verzichts auf die Grundbucheintragung als eines rechtskonstitutiven Elements entzogen worden wäre, sofern diese Vorkaufsrechte nach dem jeweils in Rede stehenden, fortgeltenden älteren Lokalrecht de jure ohne Grundbucheintragung als dingliche Rechte begründet werden konnten²³ – was für deutschrechtlich beeinflusste Partikularrechte

²⁰ Die Entbehrlichkeit der Grundbucheintragung des Vorkaufsrechts trotz seines dinglichen Charakters entspricht der deutschrechtlichen Praxis; in diesem Sinne Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (1975), S. 52 mit dem Hinweis, dass das ALR das deutschrechtliche Vorkaufsrecht rezipiert und dem nur das Erfordernis der Grundbucheintragung als Voraussetzung für seine Verdinglichung – vergl. dazu Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 83 – hinzugefügt habe. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), Sachenrecht, S. 252, weist darauf hin, dass dingliche Vorkaufsrechte im jüngeren lübischen Stadtrecht nach der lübHypothO v. 1820 zwar eintragungsfähig, aber nicht eintragungsbedürftig waren, was die Vermutung nahelegt, dass Vorkaufsrechte trotz ihrer dinglichen Wirkung auch in früheren Rechtsstufen lübischen Rechts, die etwa in pommerschen Städten maßgeblich waren, nicht eintragungsbedürftig waren.

²¹ Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 88, 91; Turnau, Kommentar zur Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 und zum Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872 (1892), S. 17 (allgemein) u. S. 681 (für dingliche Vorkaufsrechte im Besonderen).

²² § 12 Abs. 1 EEG lautet: "Dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, erlangen gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit und verlieren dieselbe durch Löschung."

²³ Das Gemeine Recht ließ nach herrschender, aber nicht unbestrittener Ansicht nur schuldrechtliche Vorkaufsrechte zu; Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 92; Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 49.

gilt²⁴ und für das lübische Recht²⁵ anzunehmen ist – und das jeweils in Rede stehende Vorkaufsrecht auch in casu als solches bestellt wurde.²⁶ Die Eintragung der Vorkaufsrechte im Grundbuch war vielmehr nach § 12 Abs. 1 EEG nur zur Herstellung und zum Fortbestehen der Drittwirkung von dinglichen Rechten²⁷ erforderlich,²⁸ dies allerdings in dem über den Regelungsgehalt der nachmaligen §§ 892 f. BGB hinausgehenden Sinne, dass die Nichteintragung dem Vorkaufsrecht die Wirkung auch gegenüber Dritten objektiv nahm, also auch gegenüber solchen Dritten, die das Bestehen des nicht eingetragenen dinglichen Rechts sogar kannten.²⁹

Die im vorliegenden Fall im Jahr 1896 vollzogene Eintragung des seinerzeitigen dinglichen Vorkaufsrechts, auf die der Grundbucheintrag von 1992 Bezug nimmt, hatte daher – so ist anzunehmen – keine rechtsbegründende Wirkung, sondern geschah nur deklaratorisch zur Veröffentlichung des ohnehin schon bestehenden Rechtszustands im Interesse der Geltung des Rechts gegenüber Dritten. Wenn und soweit daher die Grundbucheintragung nicht mit dem außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechtsinhalt übereinstimmen sollte, war dies für den objektiven Bestand und Inhalt des dinglich wirkenden Vorka-

²⁴ Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 49.

²⁵ Vergl. zur dinglichen Wirkung von Vorkaufsrechten im jüngeren lübischen Stadtrecht § 21 lübHypothO v. 1820, Hinweis bei Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), Sachenrecht, S. 250, 2. Anmerkung. Aus der Rechtslage in der Stadt Lübeck im Jahr 1820 ist zwar nicht zwingend auf das Bestehen einer entsprechenden Rechtslage in preußischen Gebieten lübischen Rechts im Jahr 1896 zu schließen, doch dürfte die lübische Gesetzgebung von 1820 auf dem Boden entsprechender älterer Vorstellungen des lübischen Rechts stehen, die über die Stadt Lübeck hinaus im lübischen Rechtskreis bereits vor 1820 galten.

²⁶ Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 88.

²⁷ Dies galt unter Ausnahme von Grundpfandrechten, da § 18 EEG für diese Rechte die Eintragung als rechtsbegründendes Element, also mit konstitutiver Wirkung bereits dem Grunde nach, eigens vorsah.

²⁸ Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 88; Turnau, Kommentar zur Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 und zum Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872 (1892), S. 675 (allgemein) u. S. 681 (für dingliche Vorkaufsrechte im Besonderen); allg. zum Erwerb von Grundstücksrechten, sofern nicht das Eigentum oder Hypotheken sowie Grundschulden betreffend, Johow, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum (herausgegeben von W. Schubert, 1982), S. 273 (Original von 1880, dort S. 149); ferner Wieling ZRG GA 119, 2002, 931 (932) in der Rezension der Dissertation von Günther, Die historische Entwicklung der Vormerkung (1997).

²⁹ Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 88.

ufsrechts inter partes zunächst³⁰ bedeutungslos. Dies gilt für das Bestehen des Vorkaufsrechts im Ganzen, aber namentlich auch für die das Vorkaufsrecht inhaltlich näher ausgestaltende Verlautbarung, ob das seinerzeit bestellte Vorkaufsrecht für nur einen Verkaufsfall, für eine bestimmte Zahl von Verkaufsfällen oder für alle künftige Verkaufsfälle gelten soll. Entscheidend für den Bestand wie auch für die Ausgestaltung des Vorkaufsrechts als eines dinglichen Rechts zwischen Eigentümer und Vorkaufsberechtigtem, d.h. inter partes, ist mithin nach Maßgabe des EEG insofern nicht die Eintragung, sondern nur der Inhalt der Einigung des seinerzeitigen Vorkaufsbegünstigten, der Stadt Ypsilon, mit dem seinerzeitigen Grundstückseigentümer.

Inter omnes, also hinsichtlich der Wirkung gegenüber Dritten, ist allerdings die Grundbuchverlautbarung objektiv rechtsbegründend. Das gilt unzweifelhaft für das Bestehen des Vorkaufsrechts als solchem. Insoweit lässt die gegenwärtige Grundbuchlage allerdings wegen ihrer Rückbezüge auf die früheren Grundbuchlagen vermuten, dass das Vorkaufsrecht bereits zur Zeit seiner Bestellung, also schon während der Geltung des preußischen EEG, eingetragen war. Hinsichtlich des Bestehens des dinglichen Vorkaufsrechts dem Grund nach ist also das bereits anfängliche Bestehen von Drittwirkung des Vorkaufsrechts anzunehmen.

Ob dies, nämlich das Erfordernis der Grundbucheintragung zur Herstellung und Sicherung von Drittwirkung, darüber hinaus objektiv auch hinsichtlich des etwa inter partes kraft Vereinbarung bestehenden Rechtsinhalts des Vorkaufsrechts im Verhältnis zu Dritten, also inter omnes, gilt, soweit es im Besonderen gerade auch um die etwaige Vereinbarung der Geltung des dinglichen Vorkaufsrechts für mehr als nur für einen Verkaufsfall geht, ist allerdings eine gesonderte Frage. Insofern wird nämlich die über das Ob der Rechtsbestellung hinausgehende weitere Frage nach der formell- und materiellrechtlichen Ausgestaltung des Vorkaufsrechtsinhalts im Besonderen aufgeworfen, die ebenfalls im Hinblick auf § 12 Abs. 1 EEG zu beantworten ist. Sie ist praktisch von Belang, sofern – wie auf der Grundlage der jetzt im Grundbuch befindlichen Einträge wahrscheinlich, aber nicht mehr mit Sicherheit ermittelbar ist – die etwaige besondere Ausgestaltung des Vorkaufsrechts dahin gehend, dass dieses für mehr als nur für einen Verkaufsfall gelten sollte, nie im Grundbuch verlautbart war. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob die Drittwirkung, die nach § 12 Abs. 1 EEG von der Grundbuchverlautbarung abhängt, auch hinsichtlich der spezifischen Geltungsgrenzen des Vorkaufsrechts dadurch bedingt ist, dass nicht nur das Vorkaufsrecht als solches, sondern auch

³⁰ Inwieweit die Nichteintragung später von Belang sein kann, soweit der falsche oder unvollständige Grundbuchinhalt als Basis eines entsprechenden gutgläubigen Erwerbs Dritter dienen könnte, kann hier dahinstehen; vergl. dazu u. IV.

die Spezifik seiner Geltung für mehr als nur einen Verkaufsfall vor 1900 eingetragen wurde.

Als Rechtsfolge des § 12 Abs. 1 EEG ist es in der Tat anzusehen, dass Drittwirkung bei den von dieser Norm erfassten dinglichen Rechten, also auch bei dinglichen Vorkaufsrechten, auch hinsichtlich der spezifischen rechtlichen Ausgestaltungen, sofern auf Rechtsgeschäft beruhend und nicht gesetzlicher Inhalt des Rechts, nur für den Fall eintritt, dass nicht nur das in Rede stehende Recht als solches, sondern auch dessen spezifischer inhaltlicher Rechtsgehalt eingetragen ist.³¹ Falls also die Geltung des Vorkaufsrechts für mehr als einen Verkaufsfall nie eingetragen war, fehlt insoweit schon objektiv die Drittwirkung einer etwaigen Vereinbarung dieser Art zwischen Eigentümer und Vorkaufsberechtigtem, ohne dass es insoweit auf den diesbezüglich guten Glauben Dritter ankommt.

Allerdings ist tatsächlich nicht auszuschließen, dass die Grundbucheintragung von 1896 auch einen Vermerk zur Zahl der vom dinglichen Vorkaufsrecht erfassten Verkaufsfälle enthielt. Eine Vermutung entsprechend dem seit 1900 geltenden § 891 BGB, dass die Grundbuchlage die objektiven Rechtsverhältnisse richtig und vollständig wiedergibt, kannte das preußische EEG nicht.³² Jedenfalls ist der Beweis nicht unzulässig, und es ist auch nicht ausgeschlossen, dass der Beweis einer entsprechenden Eintragung im Jahr 1896 auch jetzt noch geführt werden könnte, etwa indem sich doch noch entsprechende Dokumente auffinden.³³ Dass die Drittwirkung nach § 12 Abs. 1 EEG im Übrigen auch vom Fortbestand dieser Eintragung abhängt, ist dabei kaum von Belang, wenn die Löschung etwa erst nach dem Außerkrafttreten des EEG stattfand und die Löschung nur versehentlich durch Nichtübertragung auf das Grundbuchblatt im Jahr 1905, nicht aber nach Maßgabe des dann geltenden § 875 BGB stattgefunden hat.

Zumindest hilfsweise ist daher im Weiteren davon auszugehen, dass das 1869 begründete dingliche Vorkaufsrecht für mehr als für nur einen Verkaufsfall mit Drittwirkung bestellt wurde und als ein solches Recht bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestand.

³¹ *Achilles*, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872 (1894), S. 94.

³² § 11 EEG enthielt allerdings eine dem nachmaligen § 892 Abs. 1 BGB nahekommende Regelung.

³³ Die Beweislast trägt der Vorkaufsberechtigte, wenn er entgegen der gegenwärtigen Grundbuchlage behauptet, das Vorkaufsrecht sei kraft früherer, jetzt nicht mehr bestehender Eintragung mit Drittwirkung für mehrere oder alle Verkaufsfälle entstanden; vergl. Staudinger/*Gursky*, Komm. zum BGB (2012), § 875 Rn. 75.

V. ZWEITE RECHTSORDNUNG: ALTRECHTES VORKAUFSRECHT UNTER DER (ERSTEN) GELTUNG DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS (1900)

Als die partikularen Rechtsordnungen auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach dem 31. Dezember 1899 wenn nicht unmittelbar, so doch alsbald in den Folgejahren³⁴ ihre Geltung verloren, blieben die zuvor auf Grund der Partikularrechte wirksam bestellten Grundstücksbelastungen weiterhin bei Bestand; dies folgt aus Art. 184 Satz 1 EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) und dem Rückschluss aus den Artt. 192 – 195 EGBGB. Dabei geschah bzw. galt die Translation der früheren Rechte grundsätzlich in der Weise, dass die betreffenden Rechte den vormaligen Rechtsinhalt und Rang behielten, und zwar im Fall früherer Vorkaufsrechte, wie der Rückschluss aus Art. 184 Satz 2 EGBGB ergibt, ungeachtet etwaiger andersartiger Regelungen dieser Rechte im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch.³⁵

Eine Obliegenheit zur Eintragung solcher Vorkaufsrechte in dem Sinne, dass die bloße Tatsache ihrer Nichteintragung in einer bestimmten Frist zu ihrem Erlöschen führen werde, bestand anders als partiell bei Grunddienstbarkeiten und gesetzlichen Pfandrechten an Grundstücken nicht; dies ergibt sich im Rückschluss aus den Artt. 187, 188 Abs. 1 EGBGB. Auch wenn daher die Eintragung der früher begründeten Vorkaufsrechte in das Grundbuch nicht im Sinne einer zu beachtenden Obliegenheit zwingend war, dass davon die Wahrung des objektiven Bestands des Vorkaufsrechts abhing, war die Eintragung des altrechtlichen Vorkaufsrechts allerdings wohl zulässig. Denn das Grundbuch war ohne die Eintragung des Vorkaufsrechts falsch in der Weise, dass der Grundbuchinhalt die materielle Rechtslage unvollständig wiedergab. Schon dies sollte richtigerweise einen auf § 894 BGB gestützten Grundbuchberichtigungsanspruch rechtfertigen. Die Möglichkeit der Vorkaufsrechtseintragung ist daher schon unabhängig davon zu vertreten, ob dies – wie allerdings anzunehmen ist³⁶ und was erst recht für Eintragbarkeit spricht – des Weiteren

³⁴ Insbesondere im Liegenschaftsrecht konnte die Rechtsumstellung wegen der in Art. 189 EGBGB enthaltenen Übergangsregelung je nach Sach- und Rechtslage bis zur etwa noch erforderlichen Anlegung der vom neuen Reichsrecht vorausgesetzten Grundbücher einstweilen aufgeschoben sein.

³⁵ Staudinger/J Höhle/U Höhle, Komm. zum BGB (2012), Art 184 Rn. 2, 4.

³⁶ Gutglaubensschutz nach den §§ 892 f. BGB gilt im Verhältnis zu gutgläubigen Erwerbern für Verfügungen, die nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs stattfinden, grundsätzlich, sofern dem keine abweichende Sonderregel wie Art. 187 Abs. 1 S. 1 EGBGB für altrechtliche Dienstbarkeiten entgegensteht, auch zum Nachteil nicht eingetragener Altrechte; Staudinger/J Höhle/U Höhle, Komm. zum BGB (2012), Art. 184 Rn. 24; Staudinger/Gursky, Komm. zum BGB, 2013, § 892 Rn. 52.

auch im Umkehrschluss aus Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EGBGB für nicht eingetragene altrechtliche Vorkaufsrechte deshalb zu folgern ist, weil im Grundbuch nicht verlautbarte altrechtliche Vorkaufsrechte im ersten Fall des Verkaufs an einen hinsichtlich der Existenz eines solchen Vorkaufsrechts Gutgläubigen dem Risiko des Erlöschens infolge gutgläubigen Erwerbs gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgesetzt sind.

Im gegebenen Fall stellt sich allerdings die Frage nicht, ob das altrechtliche Vorkaufsrecht unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs hätte eingetragen werden müssen, um es nach 1900 dem Grunde nach, d.h. seinen Bestand als solchen betreffend, im Verhältnis zu Dritten im Allgemeinen, wie das dem Rechtsgehalt des § 12 Abs. 1 EEG entspricht, und insbesondere im Hinblick auf den Schutz gutgläubiger Dritterwerber gemäß den seit 1900 geltenden §§ 892 f. BGB zu verteidigen, und ob deshalb ein auf Eintragung des Vorkaufsrechts zielender Anspruch des Vorkaufsrechtsinhabers gegen den Eigentümer unabweisbar ist. Denn das altrechtliche Vorkaufsrecht war ausweislich des gegenwärtigen Grundbuchinhalts tatsächlich bereits 1896 eingetragen worden, und diese Eintragung war 1905 auf das dann für das belastete Grundstück maßgebliche Grundbuchblatt übertragen worden. Da dieser Übertragungsakt als solcher keine materiellrechtliche Wirkung hat, weil für eine bei dieser Gelegenheit von den Parteien vollzogene rechtsgeschäftliche Inhaltsänderung nach § 877 BGB kein Anlass bestand und eine solche Inhaltsänderung tatsächlich auch nicht ersichtlich ist, besteht das altrechtliche Vorkaufsrecht mit dem vormaligen Rechtsgehalt fort, und zwar, da es schon 1896 eingetragen worden war, nach Maßgabe des bis dahin geltenden § 12 Abs. 1 EEG hinsichtlich seines Bestandes als solchem mit Wirkung gegenüber Dritten.

Dies gilt, da im Jahr 1905 nur übertragend eingetragen, unbeschadet der unter der Ägide des Bürgerlichen Gesetzbuch für die Bestellung von dinglichen Vorkaufsrechten bestehenden Notwendigkeit, bei einem Vorkaufsrecht, das nach § 1097 BGB auch für mehrere oder alle künftige Verkaufsfälle bestellt werden kann, im konkreten Fall eines für eine Vielzahl von Verkäufen vereinbarten Vorkaufsrechts im Grundbuch³⁷ nicht nur deklaratorisch, sondern mit rechtskonstitutiver Wirkung eigens zu verlautbaren, dass das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Verkaufsfälle besteht³⁸. Unterbleibt diese Verlautbarung, wäre ein erstmals nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu begründendes, aber ohne diese Zusatzangabe eingetragenes Vorkaufsrecht, falls es für mehrere oder alle künftigen Verkaufsfälle vereinbart wurde, man-

³⁷ Staudinger/Schermaier, Komm. zum BGB (2008), § 1097 Rn. 15; es genügt insoweit allerdings nach § 874 BGB, auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen.

³⁸ OLG Köln Rpfleger 1982, 16 (16); Staudinger/Schermaier, Komm. zum BGB (2008), § 1097 Rn. 15.

gels vollständiger Kongruenz von Einigung über die Rechtsentstehung und den Rechtsinhalt einerseits und der Grundbucheintragung andererseits zwar mit Rücksicht auf den mutmaßlichen Parteiwillen, der der für Teilnichtigkeit geltenden Vermutungsregel des § 139 BGB im vorliegenden Fall einer im Plus-Minus-Verhältnis stehenden Teilkongruenz entgegensteht, nicht gänzlich unwirksam;³⁹ vielmehr wäre das dingliche Vorkaufsrecht als solches entstanden. Das dingliche Vorkaufsrecht wäre aber in diesem Fall nur beschränkt auf einen Verkaufsfall entstanden, da sich nur insoweit die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts und die Einigung über dessen Inhalt nach § 873 Abs. 1 BGB decken. Da objektiv der Rechtsinhalt entsprechend beschränkt ist, gilt dies auch im Verhältnis zu einem Dritten als nachfolgendem kaufweisem Erwerber, der weiß, dass das Vorkaufsrecht als ein mehrere oder alle künftige Verkaufsfälle erfassendes Recht bestellt werden sollte⁴⁰.

Ist also der objektive Rechtsgehalt des 1896 vereinbarten Vorkaufsrechts auch nach seiner deklaratorisch-eintragungsübertragend fungierenden Verlautbarung im Grundbuch im Jahr 1905 für den objektiv bestehenden Rechtsgehalt nach 1900 entscheidend und kommt es für diesen Rechtsgehalt objektiv, da im Jahr 1896 hinsichtlich seiner Entstehung und seines Rechtsgehalts nach § 12 Abs. 1 EEG trotz dinglicher Wirkung nicht eintragungsbedürftig, inter partes nur auf den Inhalt der seinerzeitigen Einigung über den Rechtsinhalt des damals bestellten Vorkaufsrechts an, ist aber der Inhalt dieser Einigung im Hinblick darauf unklar, ob das Vorkaufsrecht für nur einen Verkaufsfall oder aber für mehrere oder alle künftige Verkaufsfälle gelten sollte, so fragt sich mit Rücksicht auf die ab 1900 geltende Vermutungswirkung des § 891 BGB, ob die offenbar schon 1905 unterbliebene Eintragung des ursprünglich möglicherweise vereinbarten Inhalts, dass das Vorkaufsrecht nicht nur für einen Verkaufsfall gelten soll, die – allerdings gegebenenfalls widerlegliche – Vermutung begründet, dass das Vorkaufsrecht tatsächlich nur für einen Verkaufsfall vereinbart wurde, und ob es dabei etwa auch darauf ankommt, dass diese Nichteintragung schon ursprünglich, also 1896, vorlag⁴¹. Hier genügt zunächst die Feststellung des Zwischenergebnisses für die Zeit nach 1900, dass das altrechtliche Vorkaufsrecht ungeachtet der Grundbucheintragung sowohl inter partes als auch – da schon 1896 eingetragen und daher die Erfordernisse des seinerzeitigen § 12 EEG für das Bestehen von Drittwirkung erfüllend – inter

³⁹ Vergl. allg. zu einer solchen Sachlage Staudinger/Gursky, Komm. zum BGB (2012), § 873 Rn. 196.

⁴⁰ Staudinger/Schermaier, Komm. zum BGB (2008), § 1097 Rn. 15.

⁴¹ Auf die Vermutungs- bzw. Gutglaubensschutzwirkung der §§ 891 ff. BGB ist an späterer Stelle zurückzukommen.

omnes unzweifelhaft dem Grunde und dem wesentlichen Rechtsgehalt nach mit dem alten Rechtsinhalt fortbesteht.

Für die etwa vereinbarte, daher inter partes wirksame Ausgestaltung als eines Vorkaufsrechts für mehr als einen Verkaufsfall gilt dies inter omnes, also im Drittverhältnis, ohne Rücksicht auf guten Glauben Dritter nicht, falls nicht auch die spezifische rechtsgeschäftliche Ausgestaltung als ein für mehr als einen Verkaufsfall geltendes Vorkaufsrecht als solche schon 1896 eingetragen war.⁴² Sofern eine solche Eintragung der Geltung des Vorkaufsrechts für mehr als einen Verkaufsfall allerdings schon vor 1900 vorhanden gewesen sein sollte und es tatsächlich nicht ausgeschlossen ist, dass dies – etwa durch Wiederauffinden der ursprünglichen Grundbucheinträge oder Grundakten – noch bewiesen werden kann, ist daher zumindest hilfsweise davon auszugehen, dass das vormalig begründete dingliche Vorkaufsrecht auch nach 1900 als dingliches Recht mit Drittwirkung nicht nur als solches dem Grunde nach, sondern auch inhaltlich insoweit fortbestand, als es als ein für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestelltes Vorkaufsrecht begründet wurde. Dass in diesem Fall die Nichtübertragung der etwaigen Eintragung, dass das Vorkaufsrecht für mehr als für nur einen Verkaufsfall gelten sollte, in die nach 1900 vollzogenen Grundbucheinträgen objektiv – unbeschadet der Frage des sich an dieses Unterlassen etwa anknüpfenden Schutzes diesbezüglich gutgläubiger Dritterwerber⁴³ – nicht zur Beseitigung der gegebenenfalls im Jahr 1896 nach § 12 Abs. 1 EEG eingetretenen Drittwirkung auch hinsichtlich der Mehrzahl der betroffenen Verkaufsfälle führt, ist offenkundig. Das Auslassen einer Eintragung bei einem lediglich frühere Grundbucheinträgen übertragenden Eintrag ist nämlich ein Verfahrensfehler, der nicht zum materiellen Erlöschen des Rechts in dem Maße des unterbliebenen Übertrags führt; denn § 875 BGB macht die materielle Erlöschenswirkung davon abhängig, dass zur Löschung des Eintrags im Grundbuch noch die materielle Aufgäbeerklärung des Berechtigten hinzutritt.⁴⁴ Eine solche ist aber nicht ersichtlich, wenn sich der Grundbucheintrag von 1905 lediglich als Übertragung einer früheren Eintragung deklariert. Soweit zumindest hilfsweise davon auszugehen ist, dass 1896 ein für mehr als einen Verkaufsfall geltendes dingliches Vorkaufsrecht vereinbart wurde und auch dieser Umstand kraft seinerzeitiger Grundbucheintragung

⁴² Vergl. dazu o. Abschnitt IV.

⁴³ Staudinger/Gursky, Komm. zum BGB (2012), § 875 Rn. 69; dazu näher u. Abschnitt IX.

⁴⁴ Staudinger/Gursky, Komm. zum BGB (2012), § 875 Rn. 20, 22, 69 f. unter Hinweis auf RGZ 73, 174 und RGZ 82, 22 (RGZ bezeichnet die amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) sowie – speziell für den Fall fehlerhafter Nichtübertragung eines Eintrags auf ein neu angelegtes Grundbuchblatt – KGJ 46 A 212 (KGJ bezeichnet das Jahrbuch des Kammergerichts).

nach § 12 Abs. 1 EEG Drittwirkung erlangt hatte⁴⁵, bleibt es mithin nach 1900 bei diesem Rechtsinhalt.

VI. DRITTE RECHTSORDNUNG: ALTRECHTLICHE VORKAUFSRECHTE WÄHREND DER GELTUNG DES ZIVILGESETZBUCHS DER DDR (1976)

Die Translation des altrechtlichen Vorkaufsrechts in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs galt im Gebiet der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR nach 1945 de jure – wenngleich infolge der andersartigen politischen Umstände mit faktisch geänderter Bedeutung – fort, solange das zuvor im gesamten Gebiet des Deutschen Reichs in den Grenzen von 1937 anzuwendende Bürgerliche Gesetzbuch hinsichtlich der dinglichen Vorkaufsrechte in Geltung war. Einen rechtlichen Einschnitt in zivilrechtlicher Hinsicht markiert erst das Inkrafttreten des ZGB (Zivilgesetzbuch) der DDR Anfang 1976⁴⁶.

1. Bestand und Inhalt des Vorkaufsrechts

Die Rechtsverhältnisse bezüglich der vor Ende 1975 begründeten Grundstücksbelastungen regelte das EGZGB (Einführungsgesetz) zum ZGB der DDR in § 6 Abs. 1 EGZGB⁴⁷ dahingehend, dass auch ab 1976 für diese Rechte das vor Inkrafttreten des ZGB geltende Recht maßgeblich sei. Soweit also ein bestehendes dingliches Vorkaufsrecht bestand, blieb es materiellrechtlich grundsätzlich beim vormaligen Rechtszustand. Ein nach § 1097 BGB für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestelltes Vorkaufsrecht galt also abweichend von der für neu zu bestellende Vorkaufsrechte nach den §§ 306 ff. ZGB Geltenden, das nur noch subjektiv-persönliche⁴⁸ Vorkaufsrechte und diese für nur einen

⁴⁵ Vergl. dazu o. Abschnitt IV a.E.

⁴⁶ Übersichtsweise zum Regelungsbestand des ZGB der DDR, soweit Vorkaufsrechte betreffend, Wilhelms NotBZ 1998, 16 (16 f.).

⁴⁷ § 6 Abs. 1 EGZGB lautet: „Auf Rechte, die als Grundstücksbelastungen vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches begründet wurden, ist das vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches geltende Recht anzuwenden.“

⁴⁸ Böhringer BWNotZ 2007, 1 (3). – Subjektiv persönlich ist ein Vorkaufsrecht im Unterschied zu einem subjektiv dinglichen Vorkaufsrecht, wenn als Vorkaufsberechtigter nur eine bestimmte natürliche oder juristische Person, nicht aber auch, wie durch § 1094 Abs. 2 BGB ermöglicht, der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks angegeben werden kann.

Verkaufsfall geltend⁴⁹ zuließ, mit diesem früheren Rechtsinhalt fort;⁵⁰ dabei ging auch die DDR-Fachliteratur – wie es in der Tat für das Recht des BGB zutrifft – davon aus, dass die unter dem Recht des BGB zulässige Vereinbarung eines Vorkaufsrechts als für mehr als nur einen Verkaufsfall geltenden Rechts bei einem vormals nach Maßgabe des BGB bestellten Vorkaufsrecht rechtskonstitutiv⁵¹ der Eintragung im Grundbuch bedurfte.⁵²

Nach § 6 Abs. 2 S. 1 EGZGB⁵³ galt der Fortbestand der früher begründeten Rechte allerdings nur mit der Modifikation, dass für die Ausübung dieser Rechte nunmehr die allgemeinen Bestimmungen des ZGB anzuwenden sind. Aus dieser Bezugnahme auf das ZGB ergibt sich, dass § 307 ZGB eventuell für den weiteren Bestand des hier in Rede stehenden altrechtlichen dinglichen Vorkaufsrechts von Belang ist.

Während § 307 Abs. 1 ZGB⁵⁴ das Verfahren bei sich anbahnendem Eintritt des Verkaufs- und damit auch des Vorkaufsfalls im Verhältnis von Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem regelt und § 307 Abs. 2 ZGB⁵⁵ als Rechtsfolge der Ausübung des Vorkaufsrechts ein Verbot des Inhalts ausspricht, den avisierten Kaufvertrag mit dem Dritten abzuschließen, sieht der in hiesigem Zusammenhang interessierende § 307 Abs. 3 ZGB⁵⁶ eine Regelung zum Erlöschen

⁴⁹ Bodenrecht – Lehrbuch, Autorenkollektiv, Leitung und Redaktion Günther Rohde (1976), Abschnitt 12.5.3.1., S. 646.

⁵⁰ Wilhelms NotBZ 1998, 16 (17); Rohde, Die Umgestaltung des Grundeigentums, Gebäudeeigentums und Bodennutzungsrechts in den neuen Bundesländern, 1998, S. 290.

⁵¹ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die nachmalige Löschung der Eintragung, sofern nicht als rechtsändernde Löschung ordnungsgemäß auf Grund der §§ 875 Abs. 1 S. 1, 877 BGB vollzogen, den materiellen Inhalt des Vorkaufsrechts dahingehend ändert, dass dieses nun objektiv nur noch für einen Vorkaufsfall gilt; dies trifft nicht zu, vielmehr ist lediglich das Grundbuch insoweit falsch, allerdings mit der möglichen Konsequenz entsprechenden Rechtsverlusts infolge späteren gutgläubigen Erwerbs Dritter

⁵² Bodenrecht – Lehrbuch, Autorenkollektiv, Leitung und Redaktion Günther Rohde (Berlin 1976), Abschnitt 12.5.3.1., S. 647.

⁵³ § 6 Abs. 2 S. 1 u. 2 EGZGB lautet: „Für die Ausübung dieser Rechte gelten die allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches. Wird nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches durch Vertrag ein solches Recht übertragen, oder wird darüber in anderer Weise durch Rechtsgeschäft verfügt, ist das Zivilgesetzbuch anzuwenden.“

⁵⁴ § 307 Abs. 1 ZGB lautet: „Will der Eigentümer sein Grundstück verkaufen, hat er das dem Vorkaufsberechtigten schriftlich mitzuteilen und ihm die Verkaufsbedingungen bekannt zu geben. Der Vorkaufsberechtigte hat dem Eigentümer innerhalb von 2 Monaten schriftlich zu erklären, ob er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht.“

⁵⁵ § 307 Abs. 2 ZGB lautet: „Erklärt der Vorkaufsberechtigte, daß er sein Vorkaufsrecht ausübt, darf der Eigentümer den Kaufvertrag nur mit ihm abschließen.“

⁵⁶ § 307 Abs. 3 ZGB lautet: „Das Vorkaufsrecht erlischt, wenn der Vorkaufsberechtigte die staatliche Genehmigung zum Erwerb des Grundstücks nicht erhält, oder wenn er erklärt, daß er auf sein Vorkaufsrecht verzichtet, oder wenn er innerhalb von 2 Monaten

eines Vorkaufsrechts vor. Danach erlischt das Vorkaufsrecht unter anderem, wenn der Vorkaufsberechtigte erklärt, dass er auf sein Vorkaufsrecht verzichtet oder wenn er innerhalb von zwei Monaten – als Fristbeginn gemeint ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verkaufsabsicht nebst Verkaufsbedingungen nach § 307 Abs. 1 S. 1 ZGB – keine Erklärung abgibt. In diesem Fall ist das Vorkaufsrecht nach § 307 Abs. 3 S. 2 ZGB auf Verlangen des Grundstückseigentümers im Grundbuch – folgerichtig mit bloß deklaratorischer Wirkung, da das Vorkaufsrecht bereits zuvor ipso jure unwirksam wurde – zu löschen.

Die tatbestandliche Fassung des § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB wirft allerdings die – bemerkenswerterweise erst 1993 praktisch bedeutsam werdende⁵⁷ – Frage auf, ob auch die ausdrückliche Erklärung, das Vorkaufsrecht nicht auszuüben, als Verzicht auf das Vorkaufsrecht im Sinne des Tatbestands der Norm zu verstehen ist. Dass ein Verzicht auf das Vorkaufsrecht und die erklärte Nichtausübung des Vorkaufsrechts bei striktem Verständnis durchaus nicht dasselbe sind, leuchtet insofern ein, als die Erklärung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts als solche prima facie nur den Inhalt hat, die Befugnis aus dem Vorkaufsrecht nicht für sich in Geltung zu setzen – so verstanden, liegt bloß eine Rechtsfolgenverzichtserklärung vor –, während der Verzicht auf das Vorkaufsrecht die Preisgabe des Vorkaufsrechts als Stammrecht zum Inhalt hat. Dieser Unterschied wird unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fall eines für mehrere oder alle Verkaufsfälle geltenden Vorkaufsrechts in der Weise auch insofern mit praktischen Folgen evident, als im letztgenannten Fall das Vorkaufsrecht für die Zukunft erlischt – nach Maßgabe des § 875 Abs. 1 S. 1 BGB unter der weiteren Voraussetzung der Löschung des Vorkaufsrechts im Grundbuch –, während das Vorkaufsrecht im erstgenannten Fall als etwaige spätere Verkaufsfälle erfassende Rechtsgestaltungsbefugnis fortbesteht. Die Diktion des § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB ist also nicht genau.

§ 307 Abs. 3 S. 1 ZGB wird allerdings dahingehend auszulegen sein, dass die erklärte Nichtausübung des Vorkaufsrechts als Verzicht auf das Vorkaufsrecht im Sinne der Norm zu verstehen ist.⁵⁸ Dafür spricht, dass – insoweit dem § 875 Abs. 1 S. 1 BGB durchaus ähnlich – § 311 ZGB ohnehin die Möglichkeit eines im begrifflich korrekten Sinne zu verstehenden Verzichts auf beschränkte dingliche Grundstücksrechte als solche vorsah. Daher ergibt eine nur diese Art von Verzicht erfassende Regelung in § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB kaum praktischen Sinn oder wäre sogar zweckwidrig, da dies zu einer Umgehung des in

keine Erklärung abgibt. Auf Verlangen des Eigentümers ist der Vorkaufsberechtigte verpflichtet, die Löschung des Vorkaufsrechts im Grundbuch zu bewilligen.“

⁵⁷ Dazu u. Abschnitt VII.1.

⁵⁸ Rohde, Die Umgestaltung des Grundeigentums, Gebäudeeigentums und Bodennutzungsrechts in den neuen Bundesländern (1998), S. 290.

§ 311 ZGB vorgesehenen konstitutiven Erfordernisses der Grundbucheintragung als Wirksamkeitsbedingung für ein verzichtweises Erlöschen des Vorkaufsrechts geradezu einladen würde. Vielmehr ist der Terminus des Verzichts im Sinne des § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB dahin zu verstehen, dass damit – zumindest auch – die Erklärung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts bei Eintritt der Vorkaufsberechtigung im Verkaufsfall gemeint ist. Dem entspricht es auch, wenn in der DDR-Fachliteratur die Auffassung vertreten wurde,⁵⁹ dass aus den Rechtsgrundsätzen der §§ 306 ff. ZGB deutlich werde, dass ein nach dem Recht des ZGB bestelltes Vorkaufsrecht nur bei einem Verkaufsfall ausgeübt werden kann. Da sich dies nicht etwa schon klar aus § 306 ZGB ergibt, trägt erst § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB diese rechtsinhaltliche Aussage mit hinreichender Sicherheit, und zwar nur für den Fall, dass die explizite Erklärung der Nichtausübung als Erlöschensgrund nach dieser Norm gilt.

2. Rechtszuständigkeit

Von der zivilrechtlichen Analyse, ob und mit welchem Rechtsinhalt ein altrechtliches dingliches Vorkaufsrecht nach dem Inkrafttreten des ZGB der DDR in Kraft blieb, ist die weitere Problematik zu trennen, welches Rechtssubjekt Inhaber eines solchen Rechts ist bzw. welches Rechtssubjekt diesbezüglich Verfügungsmacht hat. Damit wird die Frage der Rechtsfähigkeit bzw. der Rechtsträgerschaft von Kommunen im Recht der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR aufgeworfen, die das öffentlich-rechtlich zu beurteilende Feld des Staats- und Kommunalrechts im Beitrittsgebiet eröffnet. In diesen Hinsichten ist, über die mit Inkrafttreten des ZGB der DDR auf zivilrechtlichem Gebiet eintretende Zäsur des Jahres 1976 hinausgehend, die gesamte Periode vom Ende des Zweiten Weltkriegs bis zum 3. Oktober 1990 zu untersuchen, wobei sich hinsichtlich der kommunalen bzw. staatlichen Rechtszuständigkeit zeigen könnte, dass während Bestehens der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR wechselnde Rechtslagen bestanden. Insbesondere ist im Hinblick auf Vorkaufsrechte der hier in Rede stehenden Art zu fragen, ob und inwieweit, und zwar möglicherweise je nach Periode unterschiedlich, das Recht der DDR oder schon die sowjetische Besatzungsmacht die Rechtsfähigkeit von Kommunen beseitigt oder modifiziert hat, und ob und wie sich daran ein Übergang von Privatrechtspositionen auf den Gesamtstaat anschloss, eventuell gemildert durch Zubilligung kommunaler Rechtsträgerschaft im Sinne der Verleihung einer Verfügungsmacht über die betroffenen Privatrechte.

⁵⁹ Bodenrecht – Lehrbuch, Autorenkollektiv, Leitung und Redaktion Günther Rohde (1976), Abschnitt 12.5.3.1., S. 646.

Diesen öffentlich-rechtlichen Fragen kann hier nicht nachgegangen werden. Sie zu beantworten ist allerdings auch nicht erforderlich, um das hier und jetzt aufgeworfene Rechtsproblem zu lösen. Dessen Lösung ist nämlich nach Maßgabe des gegenwärtigen, nach Wiederherstellung der Einheit Deutschlands bestehenden Sach- und Rechtsstands zu finden. Die Frage der Rechtsinhaberschaft entscheidet sich mit dem Beitritt der DDR am 3. Oktober 1990 jedoch nicht danach, ob und in welcher Weise die Stadt Ypsilon zwischen dem 9. Mai 1945 und dem Ablauf des 2. Oktober 1990 rechtsfähig im Allgemeinen und privatrechtsfähig im Besonderen war, ob sie zur Rechtsträgerschaft, mit oder ohne Rechtsfähigkeit, berufen war, oder ob sie keinerlei Rechtszuständigkeit in Bezug auf das vormals von ihr innegehabte Vorkaufsrecht gehabt haben sollte. Vielmehr hat der Einigungsvertrag – wie noch darzustellen ist⁶⁰ – die Rechtszuständigkeiten im Bereich der Rechtsgüterzuordnung im Verhältnis öffentlich-rechtlicher Subjekte ohnehin originär neu, d.h. ohne Rücksicht auf das insoweit am 2. Oktober 1990 bestehende Recht der DDR, geregelt.

VII. VIERTE RECHTSORDNUNG: ALTRECHTLICHE VORKAUFSRECHTE NACH ERNEUTER GELTUNG DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS (1990)

1. Bestand und Inhalt des Vorkaufsrechts

In zivilrechtlicher Hinsicht regelt Art. 233 § 3 EGBGB den Bestand und Inhalt beschränkter dinglicher Rechte in Bezug auf Grundstücke im Beitrittsgebiet.⁶¹ Nach dessen erstem Absatz bleiben diese Rechte mit dem sich aus dem bisherigen Recht ergebenden Inhalt und Rang bestehen, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften ein anderes ergibt. Das gilt auch für Vorkaufsrechte, die am 2.10.1990 im Beitrittsgebiet bestanden.⁶²

Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB enthält des Weiteren eine in ihrem Regelungsbereich dem Art. 233 § 3 Abs. 1 EGBGB vorgehende – allerdings die Überleitung bestehender Vorkaufsrechte als solche nicht betreffende – Spezialregelung für den Rechtsinhalt übergeleiteter Vorkaufsrechte: „Auf Vorkaufsrechte, die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuchs der Deutschen Demokratischen Repu-

⁶⁰ Dazu näher u. Abschnitt VII.2.

⁶¹ Zur Überleitung von Vorkaufsrechten aus dem Recht der DDR Böhringer BWNotZ 2007, 1 (3); Wilhelms NotBZ 1998, 16 (16 ff).

⁶² Staudinger/Rauscher, Komm. zum BGB (2015), Art 233 § 3 EGBGB Rn. 44; Wilhelms NotBZ 1998, 16 (17).

blik bestellt wurden, sind vom 1. Oktober 1994 an die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den §§ 1094 bis 1104 BGB anzuwenden.“

Das hier in Rede stehende Vorkaufsrecht ist allerdings ein altrechtliches, das – wie dargestellt – als solches nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 EGZGB unverändert, allerdings unter dem Vorbehalt des § 6 Abs. 2 EGZGB stehend, in das seit 1976 geltende Recht der DDR überführt wurde, nicht aber – wie der erst 1994 nachgetragene Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB⁶³ besagt – ein nach dem Recht der DDR bestelltes Vorkaufsrecht. Richtigerweise ist Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB jedoch erweiternd auch auf die Fallgruppe der altrechtlichen Vorkaufsrechte anzuwenden, die zuvor in das Recht der DDR überführt wurden.⁶⁴ Bei der Formulierung des Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB handelt sich um eine irrig vorgenommene Engfassung der Regelung in der – wegen § 6 Abs. 1 EGZGB inhaltlich zwar grundsätzlich zutreffenden, aber doch wegen § 6 Abs. 2 EGZGB verkürzten – Annahme, diese Rechte unterständen ohnehin schon allein und unmittelbar dem Bürgerlichen Gesetzbuch und bedürften daher keiner Erwähnung. Daher gilt das bis zum Ablauf des 2.10.1990 für das hier thematisierte Vorkaufsrecht geltende Recht der DDR, also die §§ 306 ff. ZGB und mithin grundsätzlich auch § 307 ZGB, für vorkaufsrechtsrelevante Rechtsvorgänge in den hier interessierenden Jahren 1992–1993 fort, während die §§ 1094 ff. BGB auch nach Wiederherstellung der Einheit Deutschlands insoweit unanwendbar sind.

Damit stellt sich die Frage, ob die von der Stadt Ypsilon Anfang 1993 ausdrücklich erklärte Nichtausübung des Vorkaufsrechts auch unter der Geltung des Bundesrechts nach der Maßgabe des noch fortwährend anzuwendenden § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB-DDR, wie es dem in diesem Sinne zu verstehenden Tatbestand dieser Norm entspricht,⁶⁵ zur Folge hat, dass das Vorkaufsrecht objektiv erloschen ist, selbst wenn es für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt wurde und es objektiv trotz Nichteintragung dieser Vereinbarung mit diesem Rechtsinhalt zunächst nach 1976⁶⁶ und alsdann nach dem 2.10.1990 – insofern gleichgültig ob nach Art. 233 § 3 Abs. 1 EGBGB oder nach Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB – in ebendieser Weise fortbesteht. Im Ergebnis erzielt würde damit letztlich doch die Umstellung der Altrechte auf die Rechtslage, die für die erst unter der Herrschaft des ZGB begründeten Vorkaufsrechte gilt, nämlich insofern, als das ZGB ausweislich der durch § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB eintretenden Rechtsfolge in Abweichung von § 1097 BGB nur Vorkaufsrechte für einen, und zwar

⁶³ Gesetz vom 21. September 1994, BGBl. I 1994, S. 2457 (2491).

⁶⁴ Staudinger/Rauscher, Komm. zum BGB (2015), Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB Rn 83 gegen Wilhelms NotBZ 1998, 16 (17 f.).

⁶⁵ Zum Normverständnis unter Einbeziehung des Falles der erklärten Nichtausübung des Vorkaufsrechts näher o. Abschnitt VI.1.

⁶⁶ Dazu näher o. Abschnitt VI.1.

den nächsten Verkaufsfall, ermöglichte.⁶⁷ Die Antwort auf diese Frage hängt nach Maßgabe des Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB weiterhin davon ab, ob § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB nach dem Recht der DDR auf altrechtliche Vorkaufsrechte anwendbar war; denn die Rechtsausübung wurde bis Oktober 1994 auch nach Bundesrecht von den §§ 307, 309 ZGB bestimmt.⁶⁸

Damit kommt es darauf an, ob die Regelung des § 6 Abs. 2 EGZGB für altrechtliche Dienstbarkeiten während Bestehens der DDR über die ersten beiden Absätze des § 307 ZGB hinausgehend, deren Anwendbarkeit wohl unzweifelhaft ist,⁶⁹ auch § 307 Abs. 3 ZGB dem Grunde nach in Geltung belässt, dessen Tatbestand dann allerdings erfüllt wäre.⁷⁰ Dies ist nicht unzweifelhaft,⁷¹ jedoch richtigerweise zu verneinen.⁷² Die Verweisung des § 6 Abs. 2 S. 1 EGZGB beschränkt sich auf § 307 Abs. 1 und 2 ZGB, weil nur dort, nicht aber auch in dem Erlöschenstatbestände enthaltenden § 307 Abs. 3 ZGB, der Modus der Ausübung von Vorkaufsrechten geregelt ist, und weil sich der Tatbestand des § 6 Abs. 2 S. 1 EGZGB auf die Erklärung beschränkt, dass die Ausübung altrechtlicher Grundstücksbelastungen dem in Kraft gesetzten ZGB folge. § 307 Abs. 3 ZGB war daher schon nach dem Recht der DDR auf altrechtliche Vorkaufsrechte nur für den Fall des § 6 Abs. 2 S. 2 EGZGB anwendbar, also allein bei bzw. nach vertragsweiser Übertragung des Vorkaufsrechts oder sonstiger rechtsgeschäftlicher Verfügung über dieses.⁷³ Da Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB das vormalige Recht der DDR bis zum 1.10.1994 lediglich perpetuieren, es aber nicht erweitern sollte, gilt mithin die so bestimmte Grenze der Anwendbarkeit des § 307 Abs. 3 ZGB auch für das Bundesrecht in Bezug auf Verkaufsfälle zwischen dem Beitrittstag und dem 1.10.1994.

Für den Verkaufsfall im Jahr 1992 bedeutet dies: Auch wenn der Tatbestand des § 307 Abs. 3 ZGB erweiternd auf den Fall der ausdrücklich erklärten Nichtausübung des Vorkaufsrechts anzuwenden ist und wenn überdies Art. 233

⁶⁷ Bodenrecht – Lehrbuch, Autorenkollektiv, Leitung und Redaktion Günther Rohde (1976), Abschnitt 12.5.3.1., S. 646.

⁶⁸ Staudinger/Rauscher, Komm. zum BGB (2015), Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB Rn 44, 83; Böhringer BWNNotZ 2007, 1 (2).

⁶⁹ Heuer, Grundzüge des Bodenrechts der DDR 1949-1990 (München 1991), S. 125 Rn. 151.

⁷⁰ Zu Letzterem bereits o. Abschnitt VI. a.E.

⁷¹ Staudinger/Rauscher, Komm. zum BGB (2015), Art 233 § 3 EGBGB Rn. 44 u. Rn. 83 verweist insgesamt, d.h. ohne Differenzierung zwischen den einzelnen Absätzen, auf die Fortgeltung des § 307 ZGB.

⁷² Heuer, Grundzüge des Bodenrechts der DDR 1949-1990 (1991), S. 125 Rn. 151; Rohde, Die Umgestaltung des Grundeigentums, Gebäudeeigentums und Bodennutzungsrechts in den neuen Bundesländern (1998), S. 290.

⁷³ Heuer, Grundzüge des Bodenrechts der DDR 1949-1990 (1991), S. 125 Rn. 151.

§ 3 Abs. 4 EGBGB zur Anwendung des Vorkaufsrechts der DDR sogar für altrechtliche Vorkaufsrechte aus der Zeit vor 1976 führt, bewirkt die erklärte Nichtausübung des Vorkaufsrechts in den Jahren 1992/93 nicht das objektive Erlöschen des Vorkaufsrechts nach Maßgabe des § 307 Abs. 3 ZGB. Denn das Recht der DDR schloss die Anwendung des § 307 Abs. 3 ZGB durch § 6 Abs. 2 S. 1 EGZGB a limine aus, und dies gilt nach Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB fort. Dies gilt schon bei ordnungsgemäßer Erklärung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts. Um so mehr trifft dies zu, wenn das Vorkaufsrecht seinerzeit nicht ordnungsgemäß, insbesondere von einem objektiv, nämlich hinsichtlich der Rechtsinhaberschaft oder zumindest hinsichtlich der Verfügungsmacht unzuständigen Rechtssubjekt ausgeübt worden sein sollte, als welches die Stadt Ypsilon nach dem Recht der DDR etwa anzusehen sein könnte.⁷⁴

2. Rechtszuständigkeit

Hinsichtlich der Rechtsinhaberschaft in Bezug auf das mit der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands übergeleitete dingliche Vorkaufsrecht bestehen insofern Zweifel, als das Vorkaufsrecht, dessen Nichtausübung die Stadt Ypsilon als das im Grundbuch als Rechtsinhaber verlaubliche Rechtssubjekt erklärt hatte, der Stadt Ypsilon von Rechts wegen nach den Maßgaben von Einigungsvertrag⁷⁵ in Verbindung mit dem Treuhandgesetz⁷⁶ und von Kommunalvermögensgesetz⁷⁷ sowie von Vermögenszuordnungsgesetz⁷⁸ materiell nicht zugestanden haben könnte.⁷⁹ Dies hätte zur Folge, dass die im Grundbuch verzeichnete Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts auch insoweit, mithin doppelt – nämlich zusätzlich zur etwaigen Nichteintragung der Ausübbarkeit des Vorkaufsrechts für mehrere oder alle künftige Verkaufsfälle auch hinsichtlich der Rechtsinhaberschaft am eingetragenen Vorkaufsrecht oder zumindest hinsichtlich der für dieses geltenden Verwaltungszuständigkeit – falsch war.

Das am 3.10.1990 bestehende Vorkaufsrecht war, da es unzweifelhaft nicht unmittelbar Verwaltungszwecken dienendes öffentliches Vermögen eines Re-

⁷⁴ Dazu, diese Frage dort offenlassend, o. Abschnitt VI.2.

⁷⁵ Einigungsvertrag vom 31.8.1990, BGBI II 1990, S. 889.

⁷⁶ Treuhandgesetz vom 17.6.1990 (GBI DDR I, S. 300), zuletzt geändert durch VO vom 31.8.2015 (BGBl. I, S. 1474).

⁷⁷ Kommunalvermögensgesetz vom 6.7.1990 (GBI DDR 1990 I, S. 660), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.3.1991 (BGBl 1990 I, S. 784).

⁷⁸ Vermögenszuordnungsgesetz idF der Bekanntmachung vom 29.3.1994 (BGBl I, S. 709), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3.7.2009 (BGBl I, S. 1688).

⁷⁹ Vergl. zu den mit der Vermögenszuordnung aufgeworfenen Fragen übersichtsweise Rohde, Die Umgestaltung des Grundeigentums, Gebäudeeigentums und Bodennutzungsrechts in den neuen Bundesländern (1998), S. 35 ff.

chtsträgers im Beitrittsgebiet ist, Finanzvermögen im Sinne des Art. 22 Abs. 1 S. 1 Einigungsvertrag, welches weder als Sozialversicherungsvermögen anzusehen noch der Treuhandanstalt zugeordnet war und folglich auch nicht nach spezifischen Maßgaben des Treuhandgesetzes den Gemeinden, Städten oder Kreisen zu übertragen war; es handelte sich auch nicht um wohnungswirtschaftliches Vermögen im Sinne des § 22 Abs. 4 Einigungsvertrag. Damit unterlag das Vorkaufsrecht grundsätzlich der Treuhandverwaltung des Bundes.

Anderes könnte sich nur aus § 2 des Kommunalvermögensgesetzes ergeben. Dies ist aber wohl auszuschließen. Dazu müsste das Vorkaufsrecht, obwohl beschränktes dingliches Recht, nach dessen Abs. 1 Buchst. c) in einem weiten Sinn als volkseigenes Grundstück in der Rechtsträgerschaft der Stadt Ypsilon anzusehen sein; dies ist jedoch in Anbetracht der sonst regelmäßig getroffenen Unterscheidung zwischen Grundstück und beschränktem dinglichem Recht am Grundstück kaum plausibel. Oder das Vorkaufsrecht müsste nach § 2 Abs. 1 Buchst. e) des Kommunalvermögensgesetzes als sonstiges, den ehemaligen Gemeinden oder Städten zustehendes Recht gelten und überdies der Begriff der ehemaligen Gemeinde bzw. Stadt den im Jahr 1990 vollzogenen Wechsel der kommunalrechtlichen Verfassung als solchen bezeichnen, was jedoch fernliegt. Im Übrigen könnte eine Kommunalisierung nach den Artt. 21 Abs. 3, 22 Abs. 1 S. 3 des Einigungsvertrags in Betracht kommen; es ist aber nicht erkennbar, ob das in Rede stehende Vorkaufsrecht hier tatbestandlich einschlägig ist und ob gegebenenfalls eine Kommunalisierung förmlich vollzogen wurde. Auf diesem normativen Hintergrund ist zwar wahrscheinlich, dass das für die Stadt Ypsilon im Grundbuch eingetragene Recht ihr auch materiellrechtlich zustand; gewiss ist dies allerdings nicht.

Im Zusammenhang mit der Bestimmung der materiellen Rechtszuständigkeit, sei es im Sinne der Rechtsinhaberschaft oder zumindest hinsichtlich des Bestehens einer materiellen Verfügungsmacht, ist im Übrigen der für das Beitrittsgebiet geltende § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV⁸⁰ bemerkenswert. Dieser Vorschrift zufolge genügt es gegenüber dem Grundbuchamt⁸¹ für eine Verfügung über ein beschränktes dingliches Recht, dessen Eintragung vor dem 1. Juli 1990 beantragt wurde und als dessen Berechtigter eine juristische Person des

⁸⁰ Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung (Grundbuchverordnung) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Januar 1995 (BGBl. I S. 114), die zuletzt durch Artikel 155 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

⁸¹ Für das Grundbuchverfahren suspendiert § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV auch die sonst für den die Eintragung nach § 19 GBO Bewilligenden geltende Voreintragungsregel des § 39 GBO.

öffentlichen Rechts eingetragen ist,⁸² zum Nachweis der Berechtigung, über ein solches Recht zu verfügen, wenn die grundbuchmäßige Bewilligung zu dieser Verfügung von der sog. Bewilligungsstelle abgegeben wird;⁸³ dabei wird als Bewilligungsstelle jede Dienststelle des Bundes oder bundesunmittelbare Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts definiert. § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV ist zwar zunächst eine grundbuchverfahrensrechtliche Regelung, die als solche unmittelbar nichts zur materiellrechtlichen Rechtszuständigkeit im Hinblick auf ein Liegenschaftsrecht besagt, das von der grundbuchmäßig zu bewilligenden Verfügung betroffen ist. Die in § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV als grundbuchrechtlich genügend definierte Bewilligung durch eine sog. Bewilligungsstelle ist jedoch materiell wegen § 873 BGB bzw. § 875 BGB erfolglos, wenn ihr nicht zugleich zumindest eine entsprechende materiellrechtliche Verfügungsbefugnis der Bewilligungsstelle bzw. des Bundes zur Seite steht. Da die Verleihung von Verfügungsbefugnis zu Gunsten eines Nicht-Rechtsinhabers im Sinne der Verleihung der Rechtsmacht zur Verfügung in eigenem Namen über ein fremdes Recht genügt, um die verfahrensrechtliche Regelung des § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV in Einklang mit dem materiellen Recht zu bringen und damit die unzulässig wissentliche Herbeiführung von Grundbuchunrichtigkeit durch den in der Grundbucheintragung bestehenden Hoheitsakt des Grundbuchamts zu vermeiden, lässt sich aus der in § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV getroffenen Regelung allerdings nicht das Bestehen einer weitergehenden Rechtszuständigkeit im Sinne der Rechtsinhaberschaft der Bewilligungsstelle bzw. des Bundes ableiten. Im Übrigen besagt die in nach § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV vorgesehene Regelung, auch soweit sie sowohl eine explizite grundbuchverfahrensrechtliche als auch eine implizite materiellrechtliche Bewilligungskompetenz der Bewilligungsstelle bzw. des Bundes konstituieren bzw. voraussetzen sollte, ebenfalls nicht, dass damit dem eingetragenen Rechtsinhaber, sofern dieser von dem nach § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV Bewilligungszuständigen – nämlich letztlich dem Bund als Rechtspersönlichkeit – verschieden ist, die Bewilligungszuständigkeit nach § 19 GBO entzogen sein soll. Vielmehr verschafft § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV nicht zwingend ein verdrängendes Verfügungsrecht; es genügt, bloß eine mit dem Verfügungsrecht des eingetragenen materiell Berechtigten konkurrierende Verfügungs- und Bewilligungskompetenz der Bewilligungsstelle bzw. des Bundes zu konstituieren.

⁸² So verhält es sich im vorliegenden Fall, wenn man die Vorschrift im weiten Sinne auch auf altrechtliche Rechte ausdehnt.

⁸³ Über die rechts- und bundesstaatliche Bedenklichkeit, Einrichtungen des Bundes die Kompetenz zur Verfügung über Liegenschaftsrechte auch anderer öffentlich-rechtlicher Subjekte als dem Bund zu geben – § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV enthält insoweit keine tatbestandliche Einschränkung –, soll hier nicht geurteilt werden.

Werden derartige rechtliche Unklarheiten in Rechnung gestellt und ist auch nicht bekannt, ob das hier in Rede stehende Vorkaufsrecht nach der Wende in der DDR in den Jahren 1989/90 oder nach der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands aus irgendeinem Grunde Gegenstand eines konkreten Zuordnungsaktes einer dafür zuständigen Stelle zu Gunsten der Stadt Ypsilon war, so ist es in der Tat nicht ausgeschlossen, dass das Vorkaufsrecht, das im Grundbuch laut des Eintrags von 1992 zu Gunsten der Stadt Ypsilon als dessen uneingeschränkte Rechtsinhaberin verlautbart war, objektiv dieser nicht zustand, oder dass das Vorkaufsrecht zumindest anderweitiger, nämlich dem Bund zustehender Treuhandverwaltung unterlag. Indessen kann dies im hiesigen, nur das objektive Erlöschen nach § 307 Abs. 3 S. 1 ZGB betreffenden Zusammenhang dahinstehen. Denn ohnedies konnte, soweit hier von einem nicht nur für einen Verkaufsfall geltenden Vorkaufsrecht ausgegangen wird,⁸⁴ die von der Stadt Ypsilon erklärte Nichtausübung des Vorkaufsrechts nach dieser Norm selbst dann nicht zum Erlöschen des Vorkaufsrechts führen, wenn sie diesbezüglich erklärungszuständig gewesen wäre. Deshalb kann – beschränkt auf die Betrachtung der objektiv eintretenden Rechtswirkungen – ein solcher Rechtseffekt um so weniger eintreten, wenn ein unzuständiges, nicht wenigstens mit Verfügungsmacht ausgestattetes Rechtssubjekt die Nichtausübung des Vorkaufsrechts erklärt hat und es daher überhaupt an einer objektiv wirksamen Erklärung zum Vorkaufsrecht fehlt.

VIII. DER STAND DER OBJEKTIVEN RECHTSLAGE SEIT 1993

Insgesamt zeigt sich damit der folgende Befund zur objektiven Rechtslage zur Zeit der Grundstücksveräußerung 1992/93: Das altrechtliche Vorkaufsrecht kann außerhalb des Grundbuchs als ein für mehrere oder alle Verkaufsfälle wirksames Recht entstanden sein und außerhalb des Grundbuchs als ein solches Recht über die Wechselfälle der Zeiten und ihrer Rechtsordnungen hinweg bis in die Gegenwart fortbestehen. Sofern die Beurteilung unter dieser Voraussetzung auf die objektiven Verhältnisse beschränkt bleibt, ist es daher durch die Grundstücksveräußerung 1992/92 nicht erloschen. Dies gilt nicht nur, aber erst recht, wenn etwa sogar zutrifft, dass die von der Stadt Ypsilon mit negativem Inhalt erklärte Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts 1993 nicht vom verfassungsberechtigten Rechtsinhaber getroffen worden sein sollte.

Für den Fall, dass das Vorkaufsrecht nur für einen Verkaufsfall bestellt war, steht die Frage im Raum, ob ein solches Vorkaufsrecht seinerzeit infolge Nicht-

⁸⁴ Vgl. dazu (hilfsweise) o. Abschnitt IV. a.E. und o. Abschnitt V. a.E.

ausübungserklärung der Stadt Ypsilon erloschen ist. Daran bestehen sowohl nach dem Recht der DDR als auch nach Bundesrecht Zweifel. So ist der Erlöschenstatbestand des § 307 Abs. 3 ZGB, wäre diese Norm auf altrechtliche Vorkaufsrechte grundsätzlich überhaupt anwendbar,⁸⁵ nicht erfüllt, da es sowohl an der Verzichtserklärung des rechtlich Zuständigen im Sinne des § 307 Abs. 3, 2. Fall ZGB als auch – mangels Benachrichtigung des rechtlich Zuständigen vom Vorliegen eines Vorkaufsfalles – an der Nichterklärung des rechtlich objektiv Zuständigen über die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb einer Zweimonatsfrist nach Maßgabe des § 307 Abs. 3, 3. Fall ZGB fehlen könnte.⁸⁶ Soweit indessen nach Art. 233 § 3 Abs. 1 EGBGB seit dem Beitritt das Vorkaufsrecht des BGB wiederum gilt, ergibt sich für den letztgenannten Fall aus den §§ 1098 Abs. 1 S. 1 iVm 469 Abs. 2 S. 1 BGB⁸⁷ dieselbe Folge, da auch dort der Fristlauf die Benachrichtigung der objektiv vorkaufsberechtigten bzw. zumindest hinsichtlich des Vorkaufsrechtsausübung verfügungsbefugten Person voraussetzt.

Allenfalls kommt ein Erlöschen des Anspruchs des verfügungsbefugten Vorkaufsberechtigten auf Eigentumsübertragung gegen den kaufenden Dritten nach dem auf Grund von Art. 233 § 3 Abs. 4 EGBGB ebenfalls bis Oktober 1994 bundesrechtlich fortgeltenden,⁸⁸ gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 EGZGB auch altrechtliche Vorkaufsrechte erfassenden⁸⁹ § 309 Abs. 3 ZGB⁹⁰ mit Ablauf von einem Jahr seit Verkauf in Betracht, da diese Wirkung unabhängig von der Kenntnisnahme des Vorkaufsberechtigten vom Verkauf eintritt. Sollte dies der Fall sein, führt jedenfalls die mit dem 1. 10. 1994 eingetretene Unanwendbarkeit des § 309 ZGB nicht zum Aufleben der zu diesem Zeitpunkt bereits nach dieser Vorschrift im Drittverhältnis nicht mehr durchsetzbaren Vorkaufsrechte.⁹¹

⁸⁵ Dagegen o. Abschnitt VII.1.

⁸⁶ Zu Zweifeln hinsichtlich der Rechtszuständigkeit o. Abschnitt VII.2.

⁸⁷ Hat der Käufer, der den Vorkaufsfall auslöste, als Dritter das Eigentum erworben, kann nach § 1099 Abs. 1 BGB auch dieser den Vorkaufsberechtigten über den Verkauf unterrichten und damit die Wirkungen des § 469 Abs. 2 BGB auslösen.

⁸⁸ Staudinger/Rauscher, Komm. zum BGB (2015), Art. 233 § 3 EGBGB Rn. 44 f., 83.

⁸⁹ Heuer, Grundzüge des Bodenrechts der DDR 1949-1990, München 1991, S. 125 Rn. 151; Rohde, Die Umgestaltung des Grundeigentums, Gebäudeeigentums und Bodennutzungsrechts in den neuen Bundesländern, 1998, S. 291.

⁹⁰ § 309 Abs. 3 ZGB lautet: „Der Vorkaufsberechtigte kann die Übertragung des Eigentums nicht mehr verlangen, wenn nach Kenntnisnahme vom Verkauf 1 Monat oder seit dem Verkauf 1 Jahr vergangen ist.“

⁹¹ So wohl auch Staudinger/Rauscher, Komm. zum BGB (2015), Art. 233 § 3 EGBGB Rn. 83; dieser Fall ist offenbar von Staudinger/Rauscher aaO., Rn. 86 nicht mitgemeint.

IX. DIE RECHTSLAGE NACH DEM VERKAUF 1993 UNTER BERÜCKSICHTIGUNG VON GUTGLAUBENSSCHUTZ – EINE RECHTLICHE SKIZZIERUNG

Die Grundbuchlage, die lediglich ein Vorkaufsrecht zu Gunsten der Stadt Ypsilon ohne Angabe der Zahl der vom Vorkaufsrecht erfassten Verkaufsfälle darstellt,⁹² gibt allerdings unter dem Gesichtspunkt des Gutgläubensschutzes Anlass zu einer Modifikation des Ergebnisses dahingehend, dass das im Sommer 1992 im Wege der Übertragung älterer Grundbucheinträge erneut im Grundbuch verzeichnete Vorkaufsrecht auch dann erloschen ist, wenn es für mehr als für nur einen Verkaufsfall bestellt wurde und es objektiv diesen weiten Geltungsbereich auch ohne Grundbucheintrag hatte, und wenn sich die Stadt Ypsilon als materiell Nichtberechtigte oder materiell zumindest nicht Verfügungsberechtigte über die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt haben sollte. Dieses Ergebnis folgt daraus, dass hinsichtlich beider vorgenannter Eintragungsfehler, sofern sie eventualiter wegen möglicher Abweichung der objektiven Rechtslage von der Grundbucheintragung vorliegen sollten, § 893, 2. Fall BGB zu Gunsten der ersten Käufer bzw. Eigentumserwerber im Jahr 1992/93 anzuwenden ist und jedenfalls dies zum Erlöschen des für die Stadt Ypsilon eingetragenen Vorkaufsrechts im Jahr 1993 sogar bei Unterstellung der die Stadt Ypsilon begünstigenden Annahme führt, dass ein entweder ihr oder einem Dritten als Rechtsinhaber oder Verfügungsberechtigtem Nichtrechtsinhaber zustehendes Vorkaufsrecht für mehrere oder alle künftige Verkaufsfälle bis zur Durchführung des ersten Verkaufs im Jahr 1992/93 objektiv bestand.

Diese Erörterung verlässt den Bereich der Rechtsgeschichte und erfordert vertiefte rechtsdogmatische Untersuchungen zum geltenden Zivilrecht, die sich aus Raumgründen in der gebotenen Detaillierung nur an einem anderen Ort entwickeln lässt. Die hiesige Darstellung muss sich daher auf eine rechtliche Skizzierung des eben genannten Ergebnisses beschränken.

§ 893 BGB lautet : „Die Vorschrift des § 892 findet entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechts ein nicht unter die Vorschrift des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.“ Der von § 893 BGB in Bezug genommene § 892 BGB besagt in seinem hier allein interessierenden ersten Absatz, dort im ersten Satz: „Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder

⁹² Dazu o. Abschnitt IV. u. V.

ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.“ Daraus ergibt sich in Bezug auf die hier gegebene Sachlage die folgende normative Aussage: Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der nicht mit einer Widerspruchseintragung versehene Grundbuchinhalt unter der weiteren Voraussetzung, dass diese Person die Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit der Grundbucheintragung nicht kennt, als richtig, wenn zwischen dieser Person und demjenigen, für den ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, ein vom Tatbestand des § 892 BGB nicht erfasstes Rechtsgeschäft in Ansehung des für Letzteren eingetragenen Rechts vorgenommen wird, das eine Verfügung über dieses Recht enthält.

Wird diese normative Regel auf den kaufweisen Eigentumserwerb im Jahr 1992/93 angewendet, indem dabei berücksichtigt wird, dass das dingliche Vorkaufsrecht im Grundbuch sowohl als für die Stadt Ypsilon als uneingeschränkt Verfügungsberechtigte bestehend als auch ohne Angabe der Geltung des Vorkaufsrechts für mehr als einen Verkaufsfall eingetragen war, während ein sich auf eine zumindest behauptete objektive Unrichtigkeit dieser Grundbucheintragung beziehender Widerspruch nicht vorhanden war und die seinerzeitigen Erwerber des Grundeigentums auch keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der das Vorkaufsrecht betreffenden Grundbucheintragung in auch nur einer der beiden genannten Hinsichten hatten, so gilt folgerichtig: Zu Gunsten dieser kaufweisen Erwerber von Grundeigentum – also zu Gunsten derjenigen, welche ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwarben –, gilt die Grundbucheintragung des hiesigen Inhalts, nämlich das Bestehen eines dinglichen Vorkaufsrechts für die Stadt Ypsilon als der verfassungsbefugten Rechtsinhaberin und inhaltlich nicht auf mehr als nur einen Verkaufsfall erstreckt, als richtig, wenn zwischen den Grundeigentumserwerbern und demjenigen, für den ein Recht im Grundbuch eingetragen ist – dies ist im gegebenen Fall die Stadt Ypsilon in Hinsicht auf das für sie eingetragene Vorkaufsrecht –, „ein vom Tatbestand des § 892 BGB nicht erfasstes Rechtsgeschäft in Ansehung des für Letzteren eingetragenen Rechts vorgenommen wird, das eine Verfügung über dieses Recht enthält“. Auch diese letztgenannten Tatbestandsmerkmale des § 893 BGB sind durch die 1992/93 von der Stadt Ypsilon erklärte Nichtausübung des Vorkaufsrechts erfüllt: Diese Erklärung ist als solche ein Rechtsgeschäft, das die Stadt Ypsilon in ihrer Eigenschaft als grundbuchmäßig ausgewiesene Inhaberin des dinglichen Vorkaufsrechts an dem hier in Rede stehenden Grundstück ausgeübt hat. Dabei wird dieser rechtsgeschäftliche Akt einerseits nicht vom Tatbestand des § 892 BGB erfasst, da die Erklärung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts nicht, wie dies der

Tatbestand des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB erfordert, zum Erwerb eines Rechts an einem Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Recht führt, enthält aber andererseits eine Verfügung über das für die Stadt Ypsilon eingetragene Recht. Denn die Erklärung des verfügungsbefugten Inhabers eines auf nur einen Verkaufsfall beschränkten dinglichen Vorkaufsrechts, das für ihn eingetragene Vorkaufsrecht auszuüben, hat ebenso wie dessen Erklärung, es nicht auszuüben, unmittelbar zur Rechtsfolge, dass das Vorkaufsrecht pro futuro erlischt.⁹³ Dieser Rechtseffekt, der in Bezug auf das Vorkaufsrecht zwar nicht unmittelbarer, intendierter Inhalt der Erklärung des Vorkaufsberechtigten ist, tritt unmittelbar als gesetzliche Folge seiner Erklärung ein. Diese Erklärung hat mithin den Rechtsgehalt einer Verfügung im Sinne des üblichen Verständnisses dieses Begriffs insofern, als durch einen rechtsgeschäftlichen Akt unmittelbar eine Inhaltsänderung, zum Beispiel die Beendigung, eines Rechts bewirkt wird.

Wird bei Erfüllung der vorgenannten normativen Voraussetzungen nach § 893 BGB in Verbindung mit § 892 Abs. 1 S. 1 BGB als Rechtsfolge angegeben, dass der Inhalt des Grundbuchs als „richtig“ gilt, so bedeutet dies im gegebenen Fall, dass die Rechtsstellung der Grundeigentümer nach Nichtausübung des dinglichen Vorkaufsrechts durch die Stadt Ypsilon rechtlich so stehen, wie sie stünden, wenn es objektiv zuträfe, dass die Stadt Ypsilon verfügungsberechtigte Inhaberin des dinglichen Vorkaufsrechts ist und dieses nur in einem Verkaufsfall ausgeübt werden kann. Im Ergebnis bedeutet diese Fingierung, dass das dingliche Vorkaufsrecht seinerzeit mit dessen Nichtausübung erloschen ist, selbst wenn es bis dahin objektiv als für mehrere oder alle künftige Verkaufsfälle geltend bestand und die Stadt Ypsilon nicht oder zumindest nicht verfügungsberechtigte Inhaberin des dinglichen Vorkaufsrechts war.

X. RÜCKBLICK UND AUSBLICK

Wird die Lösung des eingangs beschriebenen Falls im Rückblick gewürdigt, so zeigt sich die wohltuend bereinigende Wirkung des Grundbuchs und des daran anknüpfenden Gutgläubensschutzes. Auf die Wirksamkeit von Gutgläubensschutz mag es zwar nicht ankommen, weil sich bereits die objektive Rechtslage, verfolgt man sie in ihrer Wechselhaftigkeit durch die Zeiten hinab in den eingangs zitierten ‚tiefen Brunnen‘, im Ergebnis so darstellt, dass das altrechtliche dingliche Vorkaufsrecht ohnehin bereits materiellrechtlich-

⁹³ Zu dem für nur einen Verkaufsfall Staudinger/Schermaier, Komm. zum BGB (2008), § 1094 Rn. 36, ferner § 1097 Rn. 14 für den Fall der Nichtausübung des Vorkaufsrechts und implizit vorausgesetzt § 1097 Rn. 16 für den Fall seiner Ausübung; Kohler, in Bauer/v. Oefele, Komm. zur Grundbuchordnung (3. Aufl. 2013), AT III Rn. 191.

objektiv erloschen ist. Man muss allerdings den ‚tiefen Brunnen der Geschichte‘ doch durchaus ‚unergründlich‘ nennen, weil Ungewissheiten hinsichtlich des materiellen Rechts bleiben: So beispielsweise und namentlich, welchen Inhalt die ursprüngliche, an sich nicht eintragungsbedürftige Bestellung des Vorkaufsrechts hatte,⁹⁴ zumal die ursprüngliche Grundbucheintragung mehrfach übertragen wurde und Grundakten und insbesondere die Eintragungsbewilligung – jedenfalls derzeit – nicht auffindbar sind; aber auch in Hinsicht darauf, wie sich die Rechtsinhaberschaft bzw. Verfügungsmacht in Bezug auf das Vorkaufsrecht in den Wechselfällen der politischen Geschichte gestaltete. Auf diesem Hintergrund greift der Gutgläubensschutz zumindest hilfsweise rechtsklärend ein, indem jedenfalls mit diesem Instrument eine Beendigung des Vorkaufsrechts erreicht wird. Im Bilde gesprochen, deckt so der Gutgläubensschutz die Öffnung des Brunnens ab und sorgt so dafür, dass der tiefe, unergründliche Brunnen der Geschichte ungefährlich wird.

⁹⁴ Abgesehen vom konkreten Bestellungsakt, bleiben auch Ungewissheiten hinsichtlich der materiellrechtlichen Ausgestaltung dinglicher Vorkaufsrechte nach dem Partikularrecht einer preußischen Stadt, die im 19. Jahrhundert älterem Lokalrecht unterstand.

STVARNA PREDKUPNA PRAVICA V ŠTIRIH PRAVNIH SISTEMIH – PRAVNOZGODOVINSKA IN PRAVNODOGMATIČNA ŠTUDIJA PRIMERA O AKTUALNOSTI STAREGA LOKALNEGA PRAVA

Jürgen Kohler,

*doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v
Greifswaldu*

Prispevek išče povezavo med novejšo nemško pravno zgodovino in veljavnim pravom s pomočjo primera, katerega predmet je stara stvarna predkupna pravica, ki je nastala še pred uveljavitvijo civilnega zakonika (BGB) leta 1896 v nekdanji pruski provinci na Predpomorjanskem (Vorpommern), in je postala sporna v sedanjosti.

Prispevek, ki se začneja z ugotavljanjem in predstavitvijo pravnega stanja, obravnava razvoj take predkupne pravice z ozirom na to, ali in s kakšno vsebino je ta, še na regionalnem pravu temelječa predkupna pravica, obstajala in se spreminjala po uveljavitvi nemškega Civilnega zakonika leta 1900, po prehodu na civilno pravo NDR in njen Civilni zakonik iz leta 1976 in končno po ponovni vzpostavitvi enotne Nemčije z vnovičnim preходом na pravo Nemškega civilnega zakonika (BGB) v letu 1990 oziroma 1994.

Razprava namenja posebno pozornost predkupni pravici v specifični situaciji, ki je nastala zaradi pretresov v novejši nemški zgodovini. V konkretnem primeru izstopajo trije zapleti: oseba, ki je vpisana v zemljiško knjigo kot imetnik predkupne pravice, morda ni resnični imetnik te pravice. Stanje zemljiške knjige ni jasno, kar je morda – vendar ne nujno – posledica pomanjkljivih vknjižb pravnega nasledstva predkupne pravice v zemljiško knjigo in izgube zbirke listin. Poleg tega ni jasno in je zato med udeleženci sporno, ali je bila predkupna pravica v času, ko je bila ustanovljena, mišljena za en sam primer prodaje, za več prodaj ali celo za vse prihodnje prodaje. Pravno nejasni položaj glede

števila prodaj, na katere se predkupna pravica nanaša, je še dodatno zapleten s tem, da je po ponovni združitvi Nemčije že prišlo do prodaje, pri kateri bi bilo mogoče uveljavljati predkupno pravico, pa tisti, ki je bil v zemljiški knjigi vpisan kot upravičenec do te predkupne pravice (čeprav morda ni bil oziroma ni resnični predkupni upravičenec) predkupne pravice takrat izrecno ni uveljavljal, jo je pa želel uveljavljati pri naslednji prodaji.

Vrednotenje dejstev in pogojev, ki opredeljujejo ohranjanje osebne stvarne pravice, pravzaprav temelji na sledenju pravnozgodovinskemu razvoju in analizi posledic nasledstva pravnih sistemov v času od poznega 19. stoletja do danes. Morda ga je treba dopolniti z razmisleki veljavnega prava, ki se nanašajo na varstvo dobre vere lastnika nepremičnine, ki je obremenjena s stvarno predkupno pravico. Razprava daje nov vpogled v ustrezna določila veljavnega nemškega stvarnega prava (§ 893 BGB) in tako širi pomen tu predstavljenega primera. Nakazuje namreč pravno možnost, da se veljavno nemško stvarno pravo širše kot doslej uporabi v korist dobrovernih lastnikov nepremičnine, ki je obremenjena s predkupno pravico. Vendar pa se mora odgovor na vprašanje, ki se odpira za sedanjost in se navezuje na tu opisani zgodovinski potek pravnega stanja, zaradi kompleksnosti dogmatskih vprašanj v zvezi s trenutno veljavnim pravom omejiti le na skico predlagane rešitve.

DISPARITETNI UČINEK POSREDNE DISKRIMINACIJE V PRAVU EVROPSKE UNIJE IN SVETA EVROPE TER V SLOVENSKI SODNI PRAKSI

Neža Kogovšek Šalamon,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
znanstvena sodelavka in direktorica, Mirovni inštitut, Ljubljana*

1. UVOD

Koncept posredne diskriminacije je namenjen ugotavljanju diskriminatornih učinkov, ki jih ima na videz nevtralni predpis, merilo ali praksa na določeno družbeno skupino. Posredno diskriminacijo nekateri avtorji označujejo tudi kot diskriminacijo z disparitetnim (nesorazmernim) učinkom,¹ torej učinkom, ki je v razmerju do različnih manjšinskih skupin različno intenziven ali močan. Koncept posredne diskriminacije omogoča zaznavanje diskriminacije onkraj diskriminatornih predpisov in praks, ki neposredno različno obravnavajo osebe ali skupine na osnovi njihovih osebnih okoliščin. Posredne diskriminacije ne moremo prepoznati po očitnih diskriminatornih elementih v določbah ali praksah, saj te ne omenjajo osebnih okoliščin in niso diskriminatorne že na prvi pogled. Diskriminacijski učinek na posameznike ali skupine imajo šele, ko so uporabljene v praksi, in če je razlikovalni učinek nesorazmerno, gre za prepovedano obliko diskriminacije. Taka predpis ali praksa, ki sta videti neproblematična na abstraktni ravni, povzročata prepovedano posledico na konkretni, izvedbeni ravni. Nastavek za posredno diskriminacijo je že v nevtralnem pogoj. Nevtralnost je torej nujni, vendar ne tudi zadostni pogoj za posredno diskriminacijo – do nje pride zaradi učinkovanja predpisa pri njegovi izvedbi ali v praksi. Načelo, ki ga zasleduje koncept posredne diskriminacije, je, da so nekatere prakse, sprejete brez diskriminatornega namena,

¹ V izvirniku angl. *disparate impact discrimination*.

po svojih učinkih enake namerni diskriminaciji.² Koncept posredne diskriminacije Weiler in Fallon uvrščata v model »skupinske pravičnosti« kot nasprotje modela »individualne pravičnosti«, kamor uvrščata koncept neposredne diskriminacije.³

Koncept posredne diskriminacije je v evropskem, mednarodnem in ameriškem pravu dokaj razvit, v slovenskem pravnem prostoru pa ni tako. Na to kažeta predvsem pomanjkljiva in nedodelana sodna praksa s tega področja ter neobstoječa literatura; obstaja namreč le nekaj analiz drugih konceptov diskriminacije v posameznih teoretskih delih⁴ in nekaj strokovnih analiz konkretnih primerov posredne diskriminacije,⁵ v predpisih pa je koncept posredne diskriminacije opredeljen na več mestih. Namen prispevka je zapolniti to praznino, umestiti koncept posredne diskriminacije v slovenski pravni kontekst in pojasniti specifične tega koncepta v primerjavi z neposredno diskriminacijo in drugimi oblikami protipravnega razlikovanja.

Čeprav gre za eno od najpomembnejših oblik diskriminacije, ki je s pravom EU prepovedana, koncept posredne diskriminacije v Pogodbi o delovanju Evropske unije ni opredeljen. V svoji praksi ga je razvilo Sodišče Evropske unije, v pravo EU pa si je koncept utrl pot iz anglosaksonskega pravnega okolja. Eden od prvih in najpomembnejših primerov iz sodne prakse, ki so koncept posredne diskriminacije utrdili na pravnoteoretski ravni, je sodba ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi *Griggs v. Duke Power Co.* iz leta 1971 s področja rasne diskriminacije.⁶ Primer se nanaša na zaposlitveni pogoji, po katerem so morali kandidati za zaposlitev v tovarni predložiti bodisi diplomu o srednješolski izobrazbi bodisi potrdilo o opravljenem inteligenčnem testu. Ker ti pogoji niso bili povezani s sposobnostjo opravljanja konkretnega zahtevanega dela, jih je sodišče – čeprav so bili rasno nevtralni – razglasilo za neskladne s

² C. J. Rozycki in E. J. Sullivan, nav. delo, str. 2.

³ R. H. Fallon, Jr. in P. C. Weiler, nav. delo.

⁴ M. Cerar, nav. delo; B. Flander, nav. delo. Za splošno o načelu enakosti in prepovedi diskriminacije glej L. Šturm, nav. delo, str. 173 in naslednje. Od navedenih del le eno omenja institut posredne diskriminacije (Flander), vendar ga ne razdeli. Flanderjevo delo se osredotoča na institut pozitivne diskriminacije (torej na pozitivne ukrepe, ki se nanašajo na to, kaj morata država ali drug subjekt storiti, da bi zagotavljala enakosti in naslovila tradicionalno deprivilegiran položaj ranljivih skupin), institut posredne diskriminacije pa se nanaša na negativne obveznosti zavezancev – ne diskriminirati in se pri tem zavedati disparitetnega oziroma razlikovalnega učinka, ki ga ima lahko posamezen ukrep na ranljive skupine.

⁵ Glej na primer K. Zidar Al-Mutairi, nav. delo, A. Tratnik Zagorac, nav. delo, ter A. Krašovec in D. Fink-Hafner, nav. delo.

⁶ Vrhovno sodišče ZDA, zadeva št. 401 U.S. 424 (1971). Glej tudi R. B. Siegel, nav. delo, str. 656 in naslednje.

takratnim Zakonom o državljskih pravicah iz leta 1964.⁷ Ta zakon namreč po oceni sodišča prepoveduje tudi »merila, ki so sicer nevtralna, vendar imajo diskriminatorne učinke«.⁸ Zadevi *Griggs* so sledili številni drugi primeri, ki so koncept posredne diskriminacije utrdili v sodni praksi ameriškega Vrhovnega sodišča, ameriški kongres pa je prepoved posredne diskriminacije na področju zaposlovanja izrecno opredelil tudi v leta 1991 sprejetem Zakonu o državljskih pravicah.⁹

Koncept posredne diskriminacije kaže na obstoj strukturnih težav¹⁰ v skupnosti (marginalizacija, socialna izključenost, neenake možnosti), ko so predpisi, merila in prakse naravnani na značilnosti skupin prebivalstva z največjo družbeno močjo, preostale skupine prebivalstva pa *de facto* izključujejo. Koncept posredne diskriminacije je v funkciji razkrivanja obstoja takih problemov ter omogoča, da jih skupnosti, države in oblikovalci politik prepoznajo in naslovijo s pozitivnimi ukrepi, k čemur so zavezani s konvencijami s področja varstva človekovih pravic.¹¹ Avtorji navajajo še dva razloga za obstoj posredne diskriminacije. Prvič, v družbah, ki gojijo diskriminatorne hierarhične odnose med različnimi skupinami ljudi, nato pa dosežejo soglasje o formalni prepovedi diskriminacije, slednja ne izgine, temveč »ponikne« s površja in skrita obstaja še naprej, s tem pa jo je težje dokazati.¹² Presojanje na videz nevtralnih določb omogoča odkrivanje takih namernih diskriminatornih praks, ki bi sicer še naprej ostale skrite. Drugič, do disparitetnega učinka norm ali praks lahko prihaja tudi nezavedno in nenamerno, kar ni nič manj problematično, koncept posredne diskriminacije pa omogoča identifikacijo disparitetnih učinkov.¹³

Za namen sodnih postopkov je koncept posredne diskriminacije zelo uporaben v tistih jurisdikcijah, v katerih je varstvo pred diskriminacijo omejeno zgolj na nekatera področja življenja in zgolj v povezavi s taksativno naštetimi osebnimi okoliščinami. Primer take jurisdikcije je Evropska unija, kjer je diskriminacija zaradi vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti in spolne usmerjenosti prepovedana zgolj na področju zaposlovanja in dela,¹⁴ diskriminacija zaradi rase ali etnične pripadnosti pa je prepovedana tudi na področju socialnih ugodnosti,

⁷ L. Rosenthal, nav. delo, str. 2158.

⁸ V izvirniku: »the practices that are fair in form but discriminatory in operation«. Vrhovno Sodišče ZDA, sodba v zadevi *Griggs v. Duke Power Co.*, št. 401 U.S. 424 (1971).

⁹ L. Rosenthal, nav. delo, str. 2158.

¹⁰ R. B. Siegel, nav. delo, str. 659.

¹¹ C. Tobler, nav. delo, str. 52.

¹² R. B. Siegel, nav. delo, str. 657.

¹³ Prav tam, str. 658.

¹⁴ Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, 2. december 2000, str. 16–22.

socialne zaščite, izobraževanja in dostopa do dobrin in storitev.¹⁵ Posledično morda pred Sodiščem Evropske unije na področju izobraževanja ni mogoče ugotavljati diskriminacije zaradi veroizpovedi, jo je pa mogoče zatrjevati zaradi narodnosti.¹⁶ Tudi v državah članicah EU, v katerih taki hierarhiji zaščit zakonodajalci niso sledili in so izenačili področja zaščite za vseh pet osebnih okoliščin, zaščite pred neposredno diskriminacijo morda ni mogoče uveljavljati zaradi katere tretje osebne okoliščine, na primer stopnje izobrazbe, mogoče pa je uveljavljati zaščito pred posredno diskriminacijo, denimo na osnovi narodnosti. Po drugi strani je koncept posredne diskriminacije manj uporaben v jurisdikcijah, v katerih so osebne okoliščine v predpisih navedene zgolj primeroma in vsebujejo generalno klavzulo, pod katero je mogoče dodajati vedno nove okoliščine. Za namen postopkov pred Evropskim sodiščem za človekove pravice pa je pomembno zlasti dejstvo, da to sodišče pri zatrjevanju diskriminacije na podlagi določenih osebnih okoliščin izvaja »strožji nadzor« (angl. *strict scrutiny*) v primerjavi z drugimi. Osebne okoliščine, ki spadajo pod strožji nadzor (angl. *suspect grounds* – suspektne, »sumljive« osebne okoliščine), so spol, rasa, spolna usmerjenost in invalidnost,¹⁷ strožji nadzor pa pomeni, da mora tožena država v postopku izkazati »posebno tehtne razloge« za utemeljitev različnega obravnavanja. Slednje pomeni, da imajo pritožniki, ki zatrjujejo diskriminacijo, boljše možnosti za uspeh, če diskriminacijo zatrjujejo v povezavi s katero od suspektnih osebnih okoliščin, pri tem pa jim lahko pomaga tudi izbira med posredno in neposredno diskriminacijo, ki – seveda v odvisnosti od konkretnega primera – omogoča zatrjevanje diskriminacije na dveh različnih osebnih okoliščinah.

2. ELEMENTI OPREDELITVE POSREDNE DISKRIMINACIJE

Koncept posredne diskriminacije je opredeljen v sekundarnih virih prava EU s področja nediskriminacije.¹⁸ Med definicijami so le manjše razlike, splošna opredelitev posredne diskriminacije, ki je bila prevzeta tudi v novem sloven-

¹⁵ Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, UL L 180, 19. julij 2000, str. 22–26.

¹⁶ Profesor Etinski navaja, da je razlog za to, da je Sodišče EU prvič uporabilo koncept posredne diskriminacije, prav v premostitvi problema taksativno naštetih osebnih okoliščin v nediskriminacijskem pravu EU. Glej R. Etinski, nav. delo, str. 63.

¹⁷ O. M. Arnardóttir, nav. delo, str. 345.

¹⁸ Na primer v direktivah Sveta 2000/78/ES in 2000/43/ES.

skem Zakonu o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD)¹⁹ (ki je nadomestil prejšnji Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja – ZUNEO),²⁰ pa je:

»Posredna diskriminacija obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno oseбно okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna.«²¹

Iz opredelitve izhaja, da je prepovedana posredna diskriminacija, ki jo povzroča predpis, merilo ali praksa, s čimer so zajeti ukrepi v najširšem možnem smislu:²² »predpis« se nanaša na splošne pravne akte, kot so zakoni ali podzakonski akti, »merilo« pomeni pogoje, vsebovane v različnih razpisih ali pozivih ali politikah ponudnikov dobrin in storitev, »praksa« pa zajema predvsem dejansko delovanje zasebnih ali javnih akterjev, ki ima učinke na posameznike ali skupine. Namen vključitve prakse med možne vzvode za izvajanje posredne diskriminacije je v preseganju presojanja le vnaprej predvidenih in pisno strukturiranih pravil in v tem, da se presoji podvrže tudi dejansko delovanje subjektov, ki ne temelji na zapisani politiki ali predpisu.

Ključna značilnost opredelitve koncepta posredne diskriminacije je »navidezna nevtrálnost« ukrepa. Navidezna nevtrálnost pomeni, da se sporni ukrep sploh ne nanaša na osebo okoliščino diskriminirane osebe, temveč se nanaša na drugo osebo okoliščino od tiste, v zvezi s katero je bila diskriminacija ugotovljena. Pomeni, da se oseba, ki uveljavlja pravno sredstvo, v svojem zatrjevanju osredotoča na drugo osebo okoliščino od tiste, ki je omenjena v predpisu, merilu ali praksi.²³ Ukrep je torej nevtráln v razmerju do osebné okoliščine, na katero ima posredna diskriminacija disparitetni učinek, ni pa nevtráln *per se*.

Da bi bila posredna diskriminacija ugotovljena, mora imeti ukrep na določeno skupino ali posameznika znaten škodljiv (nesorazmeren) učinek, ki se mora občutno razlikovati od učinka na druge osebe ali skupine.²⁴ Vsaka razlika v učinku ne zadostuje za ugotovitev posredne diskriminacije. K presoji učinkov in njihove morebitne disparitete lahko pripomorejo statistični podatki, kar pomeni, da razlike v učinkih v višini nekaj odstotkov ne bi pomenile posredne diskriminacije. Stopnja razlikovanja je že bila predmet presoje Sodišča Evrop-

¹⁹ Ur. l. RS, št. 33/16.

²⁰ Ur. l. RS, št. 93/07 – uradno prečiščeno besedilo.

²¹ Drugi odstavek 6. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo.

²² C. Tobler, nav. delo, str. 29.

²³ Prav tam, str. 31.

²⁴ Prav tam.

ske unije. Sodišče je v pojasnilo, da mora ukrep prizadeti »veliko večje število žensk kot moških« (zadeva *Rinner Kühn*),²⁵ »veliko več žensk kot moških« (zadeva *De Weerd, née Roks in drugi*)²⁶ oziroma »znatno nižji odstotek moških kot žensk« (zadevi *Nimz*²⁷ in *Kowalska*).²⁸

V protidiskriminacijskem pravu se je uveljavilo načelo, da za obstoj diskriminacije ni treba izkazati diskriminatornega naklepa, kar velja tudi za koncept posredne diskriminacije.²⁹ Pri presojanju obstoja posredne diskriminacije se ocenjujejo samo dejanski učinki predpisa, merila ali prakse, ne glede na to, ali so bili učinki namerni. To pomeni, da so kot posredno diskriminatorne lahko prepoznane tako politike, ki namenoma postavljajo določeno osebo ali skupino v slabši položaj, kot tudi tiste, ki imajo škodljivi disparitetni učinek po naključju, pa tudi tiste, ki so sprejete v dobri veri.

Protidiskriminacijsko pravo pri ugotavljanju obstoja diskriminacije zahteva primerjavo med položajem osebe, na katero ukrep (predpis, merilo, praksa) vpliva in ki ima osebno okoliščino, na osnovi katere je do diskriminacije prišlo, in položajem osebe, ki te osebne okoliščine nima. Za namen ugotovitve posredne diskriminacije je treba primerjati učinek na skupino, ki ji oseba pripada (na primer versko skupnost), z učinkom na primerljivo skupino (na primer večinsko skupnost, ki ne prakticira te veroizpovedi).³⁰ Pomembno je zagotoviti, da se primerjava izvaja med primerljivimi skupinami ljudi. To pomeni, da je treba zagotoviti tudi, da se je treba v postopku presoje potencialne diskriminatornosti ukrepa prepričati, da katera od skupin ni bila obravnavana drugače zaradi katerih drugih bistvenih razlogov, ki niso povezani z osebnimi okoliščinami.

Ukrepi z disparitetnim učinkom na določeno osebo ali skupino pa ne pomenijo prepovedane posredne diskriminacije, če so utemeljeni z legitimnim ciljem in če so sredstva za doseg cilja ustrezna in nujno potrebna (načelo soraz-

²⁵ Sodišče EU, zadeva št. C-171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* [1989] ECR 2743, 13. julij 1989.

²⁶ Sodišče EU, zadeva št. C-343/92, *M. A. De Weerd, née Roks, and others v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and others*, 24. februar 1994.

²⁷ Sodišče EU, zadeva št. C-184/89, *Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg*, 7. februar 1991.

²⁸ Sodišče EU, zadeva št. C-33/89, *Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg*, 27. junij 1990.

²⁹ V ZDA velja, da je treba v primerih neposredne diskriminacije diskriminatorni namen dokazati, v primerih posredne diskriminacije pa ne. Glej C. J. Rozycki in E. J. Sullivan, nav. delo, str. 2.

³⁰ Glede izbire ustrezne osebe ali skupine za primerjavo glej O. Doyle, nav. delo, str. 539.

mernosti v ožjem smislu). Izviren angleški izraz *legitimate goal* se v slovenski jezik pogosto prevaja kot zakonit cilj (glej na primer prej veljaven Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja), kar pa ni povsem ustrezno, saj zakonitost (legalnost) ni isto kot legitimnost, ki je bližje pojmu upravičenosti v smislu ustavnopravne utemeljenosti. V novo sprejetem Zakonu o varstvu pred diskriminacijo je bila formulacija popravljena, saj zdaj opredelitev posredne diskriminacije vsebuje besedno zvezo »legitimni cilj«. Opredeljevanje ciljev in njihove legitimnosti je že bilo predmet presoje Sodišča Evropske unije. Slednje je v zadevi *Nikoloudi*³¹ odločilo, da izključno finančno-ekonomski razlogi nikoli ne morejo upravičiti diskriminacije. Poleg tega cilj ne sme biti povezan z diskriminacijo, kar pomeni, da za upravičevanje diskriminacije ni dovoljeno navajati dejavnikov, ki povzročajo disparitetni učinek, in s tem poskušati upravičevati diskriminacijo s samo seboj; cilj se mora nanašati na druge dejavnike.³² Prav tako za zakoniti cilj ni mogoče šteti posploševanj, temveč je treba cilj vsakega posameznega ukrepa konkretno in ustavno prepričljivo opredeliti in utemeljiti. Kakšni so lahko legitimni cilji delodajalcev, je sodišče podrobneje pojasnilo v več drugih zadevah.³³

Drugi del načela sorazmernosti v ožjem smislu je v zahtevi, da so sredstva za dosego cilja ustrezna (angl. *appropriate*) in nujna (angl. *necessary*). Ustreznost sredstev pomeni, da sredstva po svoji funkcionalnosti sploh lahko vodijo do legitimnega cilja. Izraz *necessary* se v slovenski zakonodaji navadno prevaja kot »potrebno«, moral pa bi se kot »nujno«, saj morajo to biti taka sredstva, da brez njih legitimnega cilja nikakor ni mogoče doseči. Temu se je približal novi Zakon o varstvu pred diskriminacijo, ki zdaj govori o sredstvih, ki so »nujno potrebna za dosego legitimnega cilja«. Ni dovolj le eno od možnih sredstev, ki bi lahko bila uporabljena, da bi bil cilj dosežen, temveč mora biti sredstvo za dosego cilja resnično nepogrešljivo; hkrati pa ne smejo obstajati druga morda boljše sredstva, ki bi lahko prav tako pripeljala do istega legitimnega cilja. Če taka sredstva obstajajo, potem sredstvo ni nujno potrebno in diskriminacija ni upravičena.³⁴

³¹ Sodišče EU, zadeva št. C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi v Organismos Tilepikoinonion El-lados AE*, 10. marec 2005.

³² V ZDA se v primerih, ki se nanašajo na diskriminacijo na osnovi starosti pri zaposlovanju, obramba tožencev z navajanjem legitimnih ciljev imenuje *reasonable factor other than age* – RFOA. To pomeni, da pomlajevanje kolektiva ne more biti legitimen cilj. Glej C. J. Rozycki in E. J. Sullivan, nav. delo, str. 1.

³³ Glej na primer zadevo C-402/03, *Bilka – Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, 13. maj 1986.

³⁴ Prim. C. J. Rozycki and E. J. Sullivan: nav. delo, str. 3.

3. POSREDNA ALI NEPOSREDNA DISKRIMINACIJA?

Teorija jasno razlikuje med posredno in neposredno diskriminacijo. Neposredno diskriminacijo v primerjavi s posredno povzroči predpis, merilo ali praksa, ki že na videz ni nevtralna, temveč eno osebo ali skupino postavlja (ali bi jo lahko postavila) v slabši položaj v primerjavi z drugo zaradi njene ali njegove osebne okoliščine. V sodni praksi pa je v nekaterih primerih prišlo do prekrivanja obeh institutov. Sodišče Evropske unije je nekatere sodne primere, ki bi bili pred časom obravnavani kot primeri posredne diskriminacije, v poznejšem obdobju obravnavalo kot primere neposredne diskriminacije. Vprašanje razlikovanja med posredno in neposredno diskriminacijo je Sodišče Evropske unije razjasnilo v zadevi *Dekker*.³⁵ V njej je delodajalec zavrnil tri mesece nosečo kandidatko za delo z obrazložitvijo, da delodajalčeva zavarovalnica ne bo pokrila stroškov nadomestila za starševski dopust. Na pobudo nizozemskega vrhovnega sodišča je Sodišče Evropske unije odločalo tudi o tem, ali je v takem primeru diskriminacija posredna ali neposredna. Kandidatka je bila namreč zavrnjena zaradi svoje nosečnosti, ne zaradi svojega spola; ker pa so lahko noseče samo ženske, tako pravilo negativno vpliva le nanje. Ker so iz razloga nosečnosti po opisanem pravilu zavrnjene samo ženske, je Sodišče Evropske unije odločilo, da je to neposredna diskriminacija.³⁶

Drugi primer, ki ponazarja tako utemeljitev neposredne diskriminacije, je priznanje določenih pravic ali ugodnosti samo osebam, ki so sklenile zakonsko zvezo, in sicer v državah, ki dovoljujejo sklenitev zakonske zveze le heteroseksualnim parom. Primere, ko so pravice priznane le zakoncem, je torej mogoče obravnavati kot primere neposredne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti. Razlog je v tem, da istospolni pari v teh državah ne morejo skleniti zakonske zveze, in ker je zakonska zveza po njihovem pravu dovoljena samo moškemu in ženski, istospolnim parom pa ne, pomeni pri presoji pravice ali ugodnosti neposredno diskriminacijo. Tako je Sodišče Evropske unije obravnavalo primer *Maruko*,³⁷ v katerem je ugotovilo, da omejevanje poklicne vdovske pokojnine na zakonce in izključevanje zunajzakonskih ali istospolnih partnerjev iz te pravice pomeni neposredno diskriminacijo, ne glede na to, da je določba nevtralna z vidika spolne usmerjenosti posameznika.

³⁵ Sodišče EU, zadeva št. C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, 8. november 1990.

³⁶ Prav tam.

³⁷ Sodišče EU, zadeva št. C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1. april 2008.

4. SKLADNOST PREPOVEDI POSREDNE DISKRIMINACIJE Z NAČELOM ENAKOSTI

Razprava, ali je prepoved posredne diskriminacije skladna z načelom enakosti, je v zadnjem desetletju potekala predvsem v ZDA. V svoji sodni praksi je ameriško Vrhovno sodišče obravnavalo vprašanje, ali je koncept posredne diskriminacije v neskladju z načelom enakosti, saj naj bi s prepovedovanjem praks, ki imajo disparitetni učinek na določeno manjšino, po drugi strani prišlo do zanikanja pravice do enakosti nemanjšinskim skupinam.³⁸ Problem predpisov, ki prepovedujejo posredno diskriminacijo, naj bi bil v tem, da ljudi postavlja v rasne kategorije, zaradi česar naj bi bili že sami po sebi v nasprotju z načelom enakosti, s tem pa tudi protiustavni.³⁹ Nekateri avtorji so institutu posredne diskriminacije očitali, da uvaja pozitivne ukrepe (angl. *affirmative action*) in kvote, ki omogočajo preferenčno obravnavo nekaterih etničnih skupin na račun drugih.⁴⁰ Spet drugi avtorji so trdili, da koncept posredne diskriminacije s tem, ko vse posameznike z isto barvo kože združi v eno skupino, zanika njihovo individualnost.⁴¹ Ameriški profesor Richard A. Primus je po drugi strani opozoril, da je protidiskriminacijsko pravo postalo preveč individualizirano,⁴² v smislu, da se odgovornost za diskriminacijo obravnava v kontekstu diskriminiranega posameznika, brez upoštevanja strukturnih razlogov za diskriminacijo, da postaja zelo formalno in se ne ozira na zgodovino in družbeno resničnost.⁴³ Hkrati pa so prav te značilnosti tiste, zaradi katerih ima koncept posredne diskriminacije, ki upošteva zgodovinske okoliščine in družbeno moč posameznih manjšinskih skupin, največjo vrednost.⁴⁴

Kljub vsem tem pomislekom je v praksi ameriškega Vrhovnega sodišča doktrina posredne diskriminacije (angl. *disparate impact discrimination*) obveljala.⁴⁵ Potrjena je bila v zadevi *Ricci v. DeStefano*,⁴⁶ hkrati pa je ameriško Vrhovno sodišče v povezavi s posredno diskriminacijo postavilo strožji test dokaza o

³⁸ Glej na primer Vrhovno sodišče ZDA, zadeva št. *Croson*, 488 U.S., odstavki 493-494.

³⁹ R. A. Primus, nav. delo, str. 495.

⁴⁰ R. B. Siegel, nav. delo, str. 664.

⁴¹ Glej na primer Vrhovno sodišče ZDA, *Gratz v. Bollinger*, zadeva št. 123 S. Ct. 2411, 2428 (2003).

⁴² R. A. Primus, nav. delo, str. 498.

⁴³ Prav tam.

⁴⁴ Prav tam, str. 500.

⁴⁵ Glej Vrhovno sodišče ZDA, zadeva *Washington v. Davis*, št. 426 U.S. 229 (1976).

⁴⁶ Glej Vrhovno sodišče ZDA, zadeva št. 557 U.S. 557 (2009).

odškodninski odgovornosti zaradi disparitetnega učinka.⁴⁷ Z nedavno sodbo v zadevi *Texas Department of Housing v. Inclusive Communities Project* je bila doktrini posredne diskriminacije dodana še ena pomembna omejitev: statistični podatki, ki dokazujejo različen položaj skupin na določenem področju, sami po sebi ne dokazujejo obstoja posredne diskriminacije, temveč mora pritožnik izkazati tudi, da razlike v učinkih povzročajo prav ukrep, ki se v sporu izpodbija. Pritožnik mora torej dokazati vzročno zvezo med ukrepom, ki ga izpodbija, in različnim položajem, ki ga ponazarja s statistikami.⁴⁸

5. PROGRESIVNI PRISTOP SODIŠČA EVROPSKE UNIJE

Sodišče Evropske unije je koncept posredne diskriminacije uporabljalo že v samih začetkih svojega delovanja pri presojanju ukrepov držav članic EU na področju neenakega dostopa dobrin, storitev ali oseb do posameznih trgov v državah članicah. Postopoma je sodišče na področju prostega trga koncept posredne diskriminacije nadomestilo s konceptom omejitev (angl. *restrictions*), koncept posredne diskriminacije pa še naprej uporablja pri presojanju neenake obravnave ljudi glede na njihove osebne okoliščine.⁴⁹ Tako kot v ZDA se je tudi v EU koncept posredne diskriminacije najprej razvil v sodni praksi Sodišča Evropske unije, šele potem pa je bila opredelitev posredne diskriminacije vključena v posamezne direktive.⁵⁰ Sodišče Evropske unije je posredno diskriminacijo prvič ugotovilo v zadevi *Sotgiu*,⁵¹ in sicer v povezavi z osebno okoliščino državljanstva. Sodba se je nanašala na pravilo, po katerem so delavci, zaposleni v kraju, oddaljenem od njihovega bivališča, dobili višje nadomestilo za ločeno življenje, če so imeli ob začetku zaposlitve prebivališče v Nemčiji, tisti, ki so imeli prebivališče v drugih državah, pa so dobili nižje nadomestilo. Čeprav je bil predpis nevtralen z vidika državljanstva, je sodišče ugotovilo, da so na tej osnovi v praksi zaposleni z državljanstvom druge države članice do-

⁴⁷ V sodbi ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi *Ricci v. DeStefano* (557 U.S. 557 (2009)) je bila tožena stranka delodajalec, ki je po tem, ko je ugotovil, da bi na osnovi testa, ki so ga reševali njegovi zaposleni, napredovali pretežno samo belci, test razveljavil in ustavil napredovanja, s čimer je povzročil, da tudi belci niso napredovali. Vrhovno sodišče je pritrdilo stališču delodajalca, da je imel izvedeni test disparitetni učinek, ni pa potrdilo pravilnosti odločitve delodajalca, da test popolnoma razveljavi, saj ni predložil dokazov, da bi bil v primeru dovolitve napredovanj odškodninsko odgovoren zaradi disparitetnega učinka. S. D. Carle, nav. delo, str. 253.

⁴⁸ Glej Vrhovno sodišče ZDA, zadeva št. 576 U. S. __ (2015).

⁴⁹ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, nav. delo, poglavje 3.3.3.A.

⁵⁰ Prav tam, poglavje 3.3.3.B.

⁵¹ Sodišče EU, zadeva št. C-152/73, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, 12. februar 1974.

bili nižje nadomestilo. V sodbi je Sodišče Evropske unije sledilo sodni praksi v ZDA in vzpostavilo enak »dvotirni« sistem:⁵² potrdilo je, da disparitetni učinek posameznega predpisa vzpostavlja domnevo posredne diskriminacije, ki pa jo je mogoče upravičiti z uporabo testa legitimnega cilja. V naslednji zadevi, v kateri je odločalo o zatrjevani posredni diskriminaciji (*Jenkins*),⁵³ opredelitve še ni natančno določilo in je še vztrajalo pri dokazovanju diskriminatornega namena. Kot ugotavljajo Schiek, Waddington in Bell, je do današnje opredelitve koncepta prišlo šele pet let pozneje s sodbjo v zadevi *Bilka*.⁵⁴ V tem primeru je sodišče obravnavalo določilo, po katerem so imeli pravico do poklicne pokojnine samo tisti delavci, zaposleni za krajši delovni čas, ki so v podjetju delali polni delovni čas vsaj petnajst let v obdobju dvajsetih let. Pritožnica je zatrjevala, da ima pravilo nesorazmeren učinek na ženske kot tiste, ki običajno delajo s krajšim delovnim časom. Sodišče je s sodbjo uvedlo test »stvarne utemeljitve« kot del opredelitve posredne diskriminacije, kakršno poznamo danes: delodajalec mora dokazati, da pravilo, ki ima disparitetni učinek, zasleduje legitimen cilj, povezan z resničnimi potrebami (angl. *real need*) delodajalca, sredstva za doseg cilja pa morajo biti ustrezna in nujna.⁵⁵

6. OMAHOVANJE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) v 14. členu vsebuje le zelo splošno in odprto določbo o prepovedi diskriminacije, ne opredeljuje pa njenih posameznih oblik. Te so bile izpeljane šele v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). Schiek, Waddington in Bell ugotavljajo, da sodbe ESČP vsaj delno temeljijo na sodbah Sodišča EU.⁵⁶ ESČP kaže zelo zadržan odnos do uporabe 14. člena Konvencije, kar se odraža tudi v omahovanju uporabe koncepta posredne diskriminacije.⁵⁷ Izogiba se ugotavljanju posredne diskriminacije zgolj na podlagi statističnih podatkov, ki kažejo na deprivilegiran položaj določenih skupin.⁵⁸ Prva sodba ESČP v pove-

⁵² D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, nav. delo, poglavje 3.3.3.B.

⁵³ Sodišče EU, zadeva št. C-96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, 31. marec 1981.

⁵⁴ Sodišče EU, zadeva št. C-402/03, *Bilka – Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, 13. maj 1986.

⁵⁵ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, nav. delo, poglavje 3.3.3.B.

⁵⁶ Prav tam, poglavje 3.3.1.C.

⁵⁷ R. O'Connell, nav. delo, str. 3.

⁵⁸ Prav tam, str. 11.

zavi s 14. členom Konvencije je bila izdana že leta 1968,⁵⁹ vendar pa je trajalo dvaintrideset let, da je sodišče prvič vsebinsko uporabilo koncept posredne diskriminacije, čeprav ga ni poimenovalo s tem imenom: v sodbi v zadevi *Thlimmenos*⁶⁰ iz leta 2000 je ESČP državo pogodbenico obsodilo, ker je enako obravnavala različne situacije, namesto da bi jih obravnavala različno, s tem pa ni izpolnila svojih pozitivnih obveznosti in naslovila diskriminatornih učinkov, ki jih je to enako obravnavanje povzročilo. Institut posredne diskriminacije je sodišče izpeljalo iz »opustitve prilagoditve« (angl. *failure to accommodate*), ni pa uporabilo izraza »posredna diskriminacija«. V zadevi *Hugh Jordan* iz leta 2001 pa je uveljavilo drugačen test in od države podpisnice zahtevalo, da pritožnika, ki zatrjuje posredno diskriminacijo, obravnava enako kot osebo v primerljivem položaju. Islandska avtorica Oddný Mjöll Arnardóttir ugotavlja, da med obema testoma obstajajo tri razlike.⁶¹ Prvič, test *Thlimmenos* se naslanja na pozitivne obveznosti države, pri testu *Hugh Jordan* pa sodišče pozitivnih obveznosti države ni omenilo.⁶² Drugič, test *Hugh Jordan* ne zahteva, da je disparitetni učinek prisoten pri vseh pripadnikih določene skupine, test *Thlimmenos* pa zahteva enak disparitetni učinek za vse pripadnike skupine, ki naj bi bili v drugačnem položaju kot druga skupina v primerljivem položaju.⁶³ Tretjič, test *Thlimmenos* je ustrežnejši za očitne, odkrite in z dejstvi podprte primere disparitetnih učinkov, test *Hugh Jordan* pa je ustrežnejši za primere, v katerih je treba šele izkazati diskriminatorni učinek ukrepov ali politik na osnovi osebne okoliščine, največkrat prek uporabe statističnih podatkov.⁶⁴

Čeprav sodišče še vedno le redko uporabi izraz »posredna diskriminacija«, od sodbe v zadevi *Thlimmenos* dalje institut posredne diskriminacije vsebinsko uživa čedalje večjo veljavo v sodni presoji. Sodišče je koncept »posredne diskriminacije« kot tak prvič priznalo v obsežnem *obiter dictum* sodbe v zadevi *Hoogendijk* iz leta 2005,⁶⁵ s katero je bila sicer pritožba zavrnjena kot nespre-

⁵⁹ ESČP, zadeva „*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*“ v. *Belgium*, pritožba št. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 in 2126/64, 23. julij 1968 – zadeva *Belgium Linguistics*.

⁶⁰ ESČP, *Thlimmenos proti Grčiji*, pritožba št. 34369/97, 6. april 2000. Pritožnik je bil računovodja in Jehovova priča, katerega prošnja za licenco je bila zavrnjena zaradi njegove pretekle kazenske obsodbe, ki je posledica njegove zavrtnitve nošenja vojaške uniforme. Na ESČP se je pritožil zato, ker njegova država v teh postopkih ni razlikovala med ljudmi, obsojenimi zaradi verskega prepričanja, in ljudmi, obsojenimi zaradi drugih kaznivih dejanj.

⁶¹ O. M. Arnardóttir, nav. delo, str. 15.

⁶² Prav tam.

⁶³ Prav tam.

⁶⁴ Prav tam, str. 16.

⁶⁵ ESČP, *Hoogendijk proti Nizozemski*, pritožba št. 58641/00, 6. januar 2005.

jemljiva.⁶⁶ V zadevi *Glor proti Švici*⁶⁷ je sodišče test *Thlimmenos* uporabilo na področju invalidnosti. Vse pritožbe, v katerih so pritožniki zatrjevali posredno diskriminacijo, pred ESČP seveda niso bile uspešne, saj so države izkazale legitimni cilj, ki so ga z določenimi ukrepi zasledovale. V primeru učiteljice, ki je po spreobrnitvi v islam začela nositi naglavno ruto in jo je šola uradno pozvala, naj jo sname, sama pa je zatrjevala kršitev pravice do izražanja verskih nazorov in posredno diskriminacijo zaradi spola,⁶⁸ je ESČP, denimo, pritrdilo, da je nevtralnost državnega osnovnošolskega sistema legitimni cilj, ki upravičuje tak ukrep.⁶⁹

Kot je uveljavljeno v ameriški sodni praksi, tudi ESČP ne ugotavlja diskriminatornega namena, temveč presoja dejanske nesorazmerne učinke ukrepov na določene skupine.⁷⁰ Vendar je tudi do te stopnje ESČP prišlo postopoma, in sicer šele z zadevo *D. H. proti Češki*,⁷¹ ki zadeva vprašanje šolanja romskih otrok v posebnih šolah. To sodbo avtorji ocenjujejo kot prelomno, saj je strasbourško sodišče šele z njo krenilo v smer bolj vsebinskega (in ne le formalnega) modela enakosti.⁷² V tem primeru je sodišče prve stopnje leta 2006 pritožbo zavrnilo.⁷³ S pritožnikom se je sicer strinjalo, da je s statistikami mogoče dokazovati disparitetni učinek, vendar pa je državi omogočilo, da navede legitimni cilj, ki disparitetni učinek upravičuje. Če sodišče cilj sprejme kot legitimni, je po stališču prvostopenjskega senata obstajala obveznost pritožnika, da dokaže diskriminatorni, rasistični namen. Ker pritožniki tega niso uspeli dokazati, je bila pritožba na prvi stopnji zavrnjena. Veliki senat je leta 2007 zavzel drugačno stališče. Izrecno je namreč uporabil opredelitev posredne diskriminacije iz direktiv EU 97/80/ES⁷⁴ in 2000/43/ES⁷⁵ ter potrdil, da za ugotovitev posredne

⁶⁶ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, nav. delo, poglavje 3.3.1.C.

⁶⁷ ESČP, *Glor proti Švici*, pritožba št. 13444/04, 30. april 2009. Pritožnikova vloga za služenje vojaškega roka je bila zaradi njegovega diabetesa zavrnjena, kljub temu pa je moral pritožnik plačati globo, ker ni služil vojske. Sodišče je državo obsodilo zaradi opustitve prilagoditve za pritožnika glede na njegovo specifično situacijo.

⁶⁸ Pritožnica je posredno diskriminacijo zaradi spola zatrjevala z obrazložitvijo, da ukrep nesorazmerno prizadeva ženske, saj one za namen izražanja muslimanske vere nosijo naglavne rute, moški pa ne.

⁶⁹ ESČP, *Dahlab proti Švici*, pritožba št. 42393/98, 15. februar 2001.

⁷⁰ C. Tobler, nav. delo, str. 5.

⁷¹ ESČP VS, *D.H. in drugi proti Češki*, pritožba št. 57325/00, 13. november 2007.

⁷² R. O'Connell, nav. delo, str. 12.

⁷³ ESČP, *D.H. in drugi proti Češki*, pritožba št. 57325/00, 7. februar 2006.

⁷⁴ Direktiva Sveta 97/80/ES z dne 15. decembra 1997 o dokaznem bremenu v primerih diskriminacije zaradi spola, UL L 14, 20. januar 1998.

⁷⁵ Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, UL L 180, 19. julij 2000.

diskriminacije ni treba izkazati diskriminatornega namena.⁷⁶ O posredni diskriminaciji, do katere prihaja pri šolanju romskih otrok v posebnih razredih, je ESČP odločalo tudi v zadevah *Sampani*⁷⁷ in *Oršuš*,⁷⁸ v katerih je uporabilo ista načela kot v češkem primeru in potrdilo obstoj posredne diskriminacije.⁷⁹

7. POSREDNA DISKRIMINACIJA V SLOVENSKI PRAVNI UREDITVI IN SODNI PRAKSI

Slovenska pravna ureditev posredno diskriminacijo (ob neposredni) opredeljuje in prepoveduje na več mestih. Prepoved najdemo v prvotnem krovnem Zakonu o uresničevanju načela enakega obravnavanja (4. člen), ki ga je nadomestil novi Zakon o varstvu pred diskriminacijo (6. člen), na področju zaposlovanja je prepovedana s 6. členom Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1),⁸⁰ zatem jo na področju invalidnosti najdemo v Zakonu o zaposlitveni rehabilitaciji in zaposlovanju invalidov (ZZRZI, 5. člen)⁸¹ ter v Zakonu o izenačevanju možnosti invalidov (ZIMI, 6. člen v povezavi s 3. členom),⁸² na področju veroizpovedi je prepovedana v 3. členu Zakona o verski svobodi (ZVS),⁸³ na področju spola pa je prepovedana v 5. členu Zakona o enakih možnostih žensk in moških (ZEMŽM).⁸⁴

Vprašanje posredne diskriminacije v svojih primerih pogosto obravnava Zagovornik načela enakosti, poseben državni organ, ki je bil kot organ za enakost (angl. *equality body*) oblikovan na osnovi dolžnosti, ki jo državam članicam EU nalaga Direktiva 2000/43/ES o rasni enakosti. Zanimivejši so tisti primeri zagovornika,⁸⁵ ki po vzoru sodbje ESČP v zadevi *Thlimmenos* posredno diskri-

⁷⁶ ESČP VS, *D.H. in drugi proti Češki* (2007).

⁷⁷ ESČP, *Sampani in drugi proti Grčiji*, pritožba št. 32526/05, 11. december 2012.

⁷⁸ ESČP, *Oršuš in drugi proti Hrvaški*, pritožba št. 15766/03, 16. marec 2010.

⁷⁹ Glej I. Memedov, nav. delo.

⁸⁰ Ur. l. RS, št. 21/13, 78/13 – popr. in 47/15 – ZZSDT.

⁸¹ Ur. l. RS, št. 16/07 – uradno prečiščeno besedilo, 87/11, 96/12 – ZPIZ-2 in 98/14.

⁸² Ur. l. RS, št. 94/10 in 50/14.

⁸³ Ur. l. RS, št. 14/07, 46/10 – odl. US, 40/12 – ZUJF in 100/13.

⁸⁴ Ur. l. RS, št. 59/02 in 61/07 – ZUNEO-A.

⁸⁵ Glej na primer mnenji Zagovornika načela enakosti št. UEM – 0921-1/2008-2 z dne 16. aprila 2008 in št. UEM – 0921-10/2008-3 z dne 28. avgusta 2008. V prvem primeru je šlo za slepo osebo, ki je s psom vodnikom vstopila v gostinski lokal, osebje pa je od nje zahtevalo, naj lokal zapusti, sklicujoč se na splošno prepoved vstopa v lokal za pse. Zagovornik je ugotovil obstoj posredne diskriminacije zaradi invalidnosti, do katere je prišlo zaradi opustitve kršitelja, da bi zagotovil razumno prilagoditev in vstop v lokal dopustil slepi osebi, ki je imela psa vodnika zaradi svoje invalidnosti. V drugem primeru je šlo za podjetje, ki je vsem svojim zaposlenim nudilo malico, ta pa je pogosto vsebovala svinjsko meso. Pritož-

minacijo ugotavljajo, ko kršitelj prepovedi diskriminacije ni zagotovil razumne prilagoditve za osebe, ki so bile zaradi na videz nevtralnega pravila postavljene v slabši položaj, čeprav bi lahko kršitelj prav z razumno prilagoditvijo odpravil disparitetni učinek, ki ga je imelo pravilo nanje.

Kljub obsežni kodifikaciji, ki vzbuja tudi vprašanje smiselnosti istovrstnih določil v številnih zakonih, slovenska sodišča le redko dobijo priložnost razsojanja v primerih posredne diskriminacije. Po podatkih, dostopnih v iskalniku po sodni praksi slovenskih sodišč, namreč sodišča razsojajo le o nekaj tožbah letno.⁸⁶ Velika večina sodb, s katerimi se postopki končajo pred sodišči, je izdanih na delovnopravnem področju. Prevladujejo sodbe s področja zdravstvenega stanja in invalidnosti; sodb s področja spola, vere, rase in etničnosti ter spolne usmerjenosti pa skoraj ni zaznati. Sodb, v katerih bi redna sodišča v povezavi s posredno diskriminacijo podrobneje obravnavala vprašanje testa sorazmernosti, zlasti legitimnosti ciljev ter ustreznosti in nujnosti sredstev za doseganje teh ciljev, ni. Iskalnik po sodni praksi Ustavnega sodišča pod geslom »posredna diskriminacija« ponudi le osem zadetkov. Edina primera, ko je posredna diskriminacija izrecno ugotovljena in poimenovana s tem izrazom, sta odločba Ustavnega sodišča na temo dostopa do sodnih pisanj za slepe in slabovidne in odločba Ustavnega sodišča na temo prilagojenih volišč za invalide. S prvo je Ustavno sodišče Zakon o pravnem postopku (ZPP)⁸⁷ razglasilo za neskladnega z ustavo, ker ne ureja pravice slepih in slabovidnih oseb do dostopa do sodnih pisanj ter do pisnih vlog strank in drugih udeležencev v postopku v zanje zaznavni obliki.⁸⁸ Ustavno sodišče je ugotovilo, da Zakon o pravnem postopku vsebuje le posebne določbe za osebe, ki ne govorijo slovenskega jezika (na primer pravica spremljati postopek v svojem jeziku), iz katerih pa ni mogoče izpeljati dolžnosti zagotavljati sodna pisanja v Braillovi pisavi. Ustavno sodišče je tako ugotovilo, da so na videz nevtralne določbe o dostopnosti sodnih pisanj v slabši položaj postavile slepe in slabovidne osebe, ki so postopek spremljale same, brez odvetnika, ter jih s tem posredno diskriminirale.

Z drugo odločbo pa je Ustavno sodišče ugotovilo neskladnost z ustavo pri 79.a členu Zakona o volitvah v državni zbor (ZVDZ), ki določa, da okrajna vo-

nik muslimanske veroizpovedi je zato podjetje zaprosil za denarno nadomestilo za stroške malice, ki si jo je želel zagotavljati sam, vendar je podjetje take prošnje odobrilo samo na osnovi zdravniškega spričevala. Zagovornik je ugotovil obstoj posredne diskriminacije, saj je politika podjetja pritožnika postavila v slabši položaj zaradi njegove vere, hkrati pa kršitelj ni zagotovil razumne prilagoditve, ki bi upoštevala posebne okoliščine pritožnika (na primer izplačila denarnega nadomestila za malico).

⁸⁶ Celovitih statistik o tem, koliko je na posameznih področjih vloženih tožb zaradi diskriminacije, ni. Sodbe je mogoče iskati v iskalni bazi www.sodnapraksa.si, v kateri so objavljene z večmesečno zamudo, včasih pa katera od sodb sploh ni objavljena.

⁸⁷ Ur. l. RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo in nasl.

⁸⁸ Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. U-I-146/07 z dne 13. novembra 2008.

lilna komisija za območje okraja določi najmanj eno volišče, ki je dostopno invalidom, in da lahko na tem volišču volilna komisija omogoči tudi glasovanje s posebej prilagojenimi glasovnicami in glasovalnimi stroji.⁸⁹ Na osnovi te določbe naj bi bila na zadnjih volitvah invalidom dostopna le tretjina vseh volišč, kar je po oceni Ustavnega sodišča premalo v luči dejstva, da je volilna pravica »temeljna politična pravica«, ki je »za demokratično državo posebnega pomena«.⁹⁰ Zanimivo je, da je Ustavno sodišče v obeh odločbah prepletlo tri koncepte – pozitivne ukrepe, primerno prilagoditev in posredno diskriminacijo:

»Z izpodbijanim ukrepom pozitivne diskriminacije invalidom ni zagotovljeno ustavnoskladno uresničevanje volilne pravice (prvi odstavek 14. člena v zvezi z drugim odstavkom 43. člena Ustave). Ukrep ne ustreza standardu potrebnih ter primernih sprememb in prilagoditev, ki ne nalagajo nesorazmernega ali nepotrebnega bremena, kadar so v posameznem primeru potrebne, da se invalidom na enaki podlagi kot drugim zagotovi uresničevanje volilne pravice (prim. 2. člen MKPI). Zato ukrep ne pomeni primerne in zadostne prilagoditve, ki bi invalidom omogočila samostojno fizično dostopnost do volišč v javnih objektih in s tem v večini primerov tudi osebno uresničevanje njihove volilne pravice. Izpodbijana ureditev zato pomeni opustitev zakonodajalca in je kot takšna poseg v pravico invalidov do nediskriminacijskega obravnavanja (posredna diskriminacija) v zvezi z volilno pravico (prvi odstavek 14. člena v zvezi z drugim odstavkom 43. člena Ustave).«⁹¹

Čeprav v zakonskih predpisih ni izrecno določeno, da opustitev primerne prilagoditve pomeni diskriminacijo, je Ustavno sodišče to potrdilo – po njegovi razlagi predpisov v luči Mednarodne konvencije Združenih narodov o pravicah invalidov opustitev zagotovitve primerne prilagoditve pomeni prepovedano obliko diskriminacije. Glede ukrepa iz 79.a člena Zakona o volitvah v državni zbor je Ustavno sodišče ocenilo, da je nezadosten za izpolnitev obveznosti primerne prilagoditve. Ustavno sodišče je v odločbi pravilno, vendar nekoliko nejasno izpeljalo koncept posredne diskriminacije. Posredno diskriminatorna namreč ni sama določba iz 79.a člena, ampak je posredno diskriminatorno urejena volilna pravica kot taka v smislu disparitetnega učinka, ki ga ima na osebe z invalidnostmi. To je razvidno iz naslednjega besedila odločbe:

⁸⁹ Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. U-I-156/11 z dne 10. aprila 2014.

⁹⁰ Prav tam, tč. 19.

⁹¹ Prav tam, tč. 21.

»Na videz nevtralna norma namreč lahko osebe v deprivilegiranem položaju v resnici obravnava neenakopravno, če ne omogoča dejanske enakopravnosti (t. i. posredna diskriminacija).«⁹²

Ustavno sodišče je koncept posredne diskriminacije obravnavalo v še eni odločbi, v kateri kršitve ni ugotovilo, in sicer v zvezi z omejevanjem najvišje osnove za izračun nadomestil za dopust za varstvo in nego otroka na dvainpolkratnik povprečne mesečne plače v Republiki Sloveniji.⁹³ Med razlogi za izpodbijanje ukrepa so pobudnice navajale tudi posredno diskriminacijo glede na spol, ker pravico do dopusta za varstvo in nego otroka pretežno izrabijo ženske. Ustavno sodišče je na očitek odgovorilo, da je

»[n]avedeno mnenje [...] opredeljeno zelo pavšalno, saj se nanj nanaša le navedba, da naj bi se moški odločali za dopust za nego in varstvo otroka le izjemoma. Pobudnici torej niti sami ne trdita, da se moški za dopust za nego in varstvo otroka sploh ne odločijo oziroma da jih izpodbijana določba ne more zadeti, zaradi česar naj bi bila nevtralna le navidezno. V prvem odstavku 43. člena ZSDP urejeno limitiranje osnove za izračun starševskega nadomestila velja za vse oblike tega nadomestila, razen za porodniško nadomestilo. Limitiranje glede na to lahko zadene tudi samo moške, ker imajo samo ti pravico do očetovskega dopusta. Ureditev starševskega dopusta poleg tega omogoča njegovo izrabo na različne načine, kar vpliva tudi na izračun osnove za odmero nadomestila. [...] Široka ponudba možnosti izrabe starševskega dopusta po ZSDP staršem omogoča izbrati tisti način, ki ga sami ocenijo za najprimernejšega. Zato zgolj z navajanjem okoliščine, da ga večkrat izrabljajo matere kot očetje, zatrjevane protiustavnosti ni mogoče utemeljiti.«⁹⁴

Čeprav je primer star že več kot desetletje, je še vedno relevanten, saj tudi današnja ureditev vsebuje najvišjo zgornjo omejitev nadomestila za starševski dopust.⁹⁵ Videti je, da sta pobudnici razmišljali v pravo smer, vendar sta svoje argumente prešibko utemeljili, da bi izkazali *prima facie* posredno diskriminacijo. Argument bi lahko podkrepili s statistikami, po katerih je takrat starševski dopust koristilo le en odstotek očetov⁹⁶ (še danes pa ga koristi le osem odstotkov očetov).⁹⁷ V praksi so bili očetje skoraj stoodstotno odsotni

⁹² Prav tam, tč. 15.

⁹³ Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. U-I-137/03 z dne 26. maja 2005.

⁹⁴ Prav tam, tč. 21.

⁹⁵ Glej določbo 46. člena Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP-1), Ur. l. RS, št. 26/14.

⁹⁶ P. Centa, nav. delo, str. 26.

⁹⁷ K. Matko, M. Roksandić, nav. delo, str. 26.

samo 15 dni za čas trajanja očetovskega dopusta, matere pa 365 dni (torej triindvajsetkrat dlje), kar pomeni, da je omejevanje nadomestila navzgor zaradi bistveno dlje trajajoče odsotnosti prizadelo skoraj izključno matere. Ob podrobnejši utemeljitvi pritožbe bi morda tudi Ustavno sodišče zavzelo drugačno stališče.

Obstajajo primeri, ko je sodišče očitno odločalo o primeru posredne diskriminacije, vendar tega koncepta v obrazložitvi ni omenilo, kar je pogost pojav tudi pred ESČP. V eni takih zadev je primer delavk, ki so po več desetletjih dela v podjetju pridobile status invalidnosti tretje kategorije, na osnovi katerega so začele delati skrajšani delovni čas. Po nekaj nadaljnjih letih dela so bile odpuščene, delodajalec pa je pri izračunu odpravnine upošteval povprečje zadnjih treh plač pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi, pri čemer je strogo sledil določilom Zakona o delovnih razmerjih. Posledično so delavke prejele pol nižjo odpravnino kot nekateri drugi odpuščeni delavci, ki so pri podjetju vse do odpovedi delali polni delovni čas. Obdobje dela pritožnic za polni delovni čas, ki je trajalo več desetletij, je bilo torej pri izračunu njihove odpravnine popolnoma spregledano. Njihovim tožbam sodišča na prvi in drugi stopnji niso ugodila, Ustavno sodišče pa je odločilo v njihovo korist. Ugotovilo je, da so bile delavke obravnavane neenako v primerjavi z drugimi delavci, ki so v podjetju delali prav tako dolgo. Obrazložilo je, da je bil prispevek delavk v podjetju primerljiv s prispevkom delavcev, ki so v podjetju do odpovedi pogodbe o zaposlitvi delali s polnim delovnim časom.⁹⁸ Iste argumente je Ustavno sodišče uporabilo tudi v drugi odločbi, ki se je nanašala na odmero pokojnine, saj je Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje tem delavkam pokojnino odmeril na osnovi dejansko prejete plače, ni pa upošteval invalidske pokojnine, ki so jo delavke prejemale poleg plače zaradi svoje delne upokojitve na osnovi tretje kategorije invalidnosti.⁹⁹ Kot je razvidno iz obrazložitve obeh odločb, je sodišče dejansko ocenjevalo na videz nevtrarno merilo – osnovo za izračun odpravnine, ki pa je imelo disparitetni učinek na skupino delavk, ki jih je opredeljevala osebna okoliščina invalidnosti tretje kategorije. Disparitetni učinek je bil občuten, saj so delavke zaradi določila prejele pol nižjo odpravnino, merilo pa je imelo tak učinek na vse delavke, ki so se znašle v tej skupini.

Iskalnik po sodni praksi rednih sodišč (vrhovnega, višjih in upravnega sodišča) pod geslom »posredna diskriminacija« prikaže le enaindvajset zadetkov. V sedemnajstih primerih je bila pozitivna diskriminacija omenjena, vendar vsebinsko ni bila obravnavana na način, ki bi prispeval k doktrinarnemu razvoju tega pravnega koncepta, ali pa je v primeru dejansko šlo za očitek ne-

⁹⁸ Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. Up-109/12-18 z dne 23. januarja 2014.

⁹⁹ Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. Up-810/12-18 z dne 20. januarja 2015.

posredne diskriminacije.¹⁰⁰ Primerov, ko je sodišče vsebinsko obravnavalo vprašanje posredne diskriminacije, je malo. V eni od upravnopravnih zadev s področja javnih razpisov pred Upravnim sodiščem Republike Slovenije je tožnik (prijavitelj na razpis) tožencu (izvajalcu razpisa), ki je tožnikovo prijavo na razpis zavrnil, pavšalno očital izvajanje posredne diskriminacije, toda ker je očitke neustrezno utemeljil, se Upravno sodišče o konkretnem očitku posredne diskriminacije ni opredeljevalo.¹⁰¹ V spet drugem primeru, ki ga je obravnavalo Višje delovno in socialno sodišče, je bila posredna diskriminacija (podobno kot v primeru pred Ustavnim sodiščem v zvezi z zagotavljanjem volilne pravice osebam z invalidnostmi) ugotovljena v primeru zaradi opustitve primerne (razumne) prilagoditve na delovnem mestu, in sicer zagotovitve slepi osebi računalnik z Braillovo vrstico. Sodišče je tako zapisalo:

»Opustitev tožene stranke, da bi tožniku zagotovila potrebne in primerne prilagoditve, ki bi mu kot invalidu omogočale enakopravno uresničevanje njegovih pravic in obveznosti v delovnem razmerju, posega v načelo do nediskriminatornega obravnavanja in je tožbeni zahtevek za plačilo odškodnine po temelju utemeljen. Za razumevanje načela nediskriminacije, ki presega zgolj formalne okvire enakopravnosti, je namreč bistveno, da zahteva po prepovedi diskriminacije pomeni hkrati zahtevo po uveljavljanju posebnih pravnih položajev oziroma posebnih pravic in pozitivnih ukrepov, katerih namen je v preprečevanju manj ugodnega položaja nekaterih posameznikov. Gre za načelo enakih možnosti, torej za uveljavljanje diferencirane enakopravnosti, ki v določenem obsegu vključuje preprečevanje dejanske oziroma posredne diskriminacije.«¹⁰²

Sodišče je opustitev primerne prilagoditve torej prepoznalo kot posredno diskriminacijo prek pravne razlage določil nediskriminacijskega prava, čeprav zakon opustitve primerne prilagoditve izrecno ne šteje kot diskriminacijo. Sodišče je stališče utemeljilo tako:

»Iz zahteve po prepovedi (posredne) diskriminacije ne nazadnje izhaja zahteva po izvajanju ustreznih razumnih prilagoditev, ki naj zagotovi-

¹⁰⁰ Glej sodbe oziroma sklepe Višjega delovnega in socialnega sodišča št. Pdp 914/2006 z dne 10. maja 2007; Pdp 823/2006 z dne 9. marca 2007; Pdp 607/2014 z dne 27. novembra 2014; Pdp 1129/2008 z dne 10. februarja 2009; Pdp 303/2011 z dne 5. maja 2011; Pdp 356/2011 z dne 26. maja 2011; Pdp 535/2014 z dne 17. septembra 2014; Pdp 590/2014 z dne 12. marca 2015; Pdp 599/2010 z dne 3. junija 2010; Pdp 712/2008 z dne 5. marca 2009; Pdp 753/2014 z dne 21. avgusta 2014; Pdp 776/2011 z dne 10. novembra 2011; Pdp 792/2013 z dne 9. oktobra 2013; Pdp 814/2008 z dne 5. marca 2009; Pdp 866/2014 z dne 13. novembra 2014; Pdp 1233/2014 z dne 2. decembra 2014; in Pdp 1254/2010 z dne 17. februarja 2011.

¹⁰¹ Sodba Upravnega sodišča št. I U 1042/2010 z dne 22. decembra 2010.

¹⁰² Sodba in sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča št. Pdp 915/2008 z dne 14. maja 2009.

jo dejansko enakopravnost, saj enakopravno obravnavanje posameznika v enakem položaju ne zagotavlja enakosti tistih posameznikov, ki so zaradi posameznih okoliščin (na primer invalidnosti) dejansko v deprivilegiranim položaju.«¹⁰³

Na osnovi te razprave je sodišče sklenilo, da bi na podlagi dolžnosti zagotovitve razumne prilagoditve delodajalec (ki je bil Zavod za izobraževanje slepih in slabovidnih otrok) tožniku moral zagotoviti računalnik z Braillovo vrstico in tiskalnik za tiskanje zapisov v Braillovi pisavi, saj bi bil to edini način, da bi se lahko tožnik v primerjavi z drugimi zaposlenimi izražal in seznanjal z zapisi.¹⁰⁴ Višje delovno in socialno sodišče je posredno diskriminacijo prepoznalo tudi v primeru odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Delodajalec je pri odločanju o tem, komu odpovedati pogodbo o zaposlitvi, upošteval »kriterij fleksibilnosti in večopravilnosti«, po tem kriteriju pa je bila odpuščena delavka, za katero je delodajalec vedel, da ji je zdravnik odsvetoval nočno delo. Sodišče je ukrep analiziralo tako:

»V tem primeru je takšna osebna okoliščina zdravstveno stanje tožnice [...], navidezno nevtralni predpis pa odločitev tožene stranke, da bo pri določitvi presežnih delavcev upoštevala kriterij fleksibilnosti oziroma večopravilnosti. Ta kriterij je sicer navidezno res nevtralen, vendar pa je v konkretnem primeru povzročil, da je bila tožnici pogodba o zaposlitvi odpovedana iz poslovnega razloga ravno zaradi njenega zdravstvenega stanja, to je zaradi domneve, da tožnica zdravstveno ni sposobna za delo ponoči.«¹⁰⁵

Za dokazovanje posredne diskriminacije se pogosto uporabljajo statistični podatki. Slovenski predpisi, ki urejajo dokazovanje v civilnih postopkih, dokazovanja s statistikami ne prepovedujejo. V enem od primerov, ki jih je obravnavalo, je Višje delovno in socialno sodišče ugotovilo, da je bila odpoved pogodbe o zaposlitvi nezakonita, saj je bila izvedena zaradi dejstva, da je bila oseba v bolniškem staležu. Sodišče je svojo odločitev med drugim utemeljilo na statistiki, ki jo je pridobil inšpektorat za delo, ta pa je pokazala, da je bilo od sedemindvajsetih delavcev, ki so bili odpuščeni, kar osemnajst delavcev v bolniškem staležu.¹⁰⁶

O posredni diskriminaciji je razpravljalo tudi Vrhovno sodišče, in sicer v primeru očeta, ki je želel uveljavljati pravico do dela s krajšim delovnim časom v skladu z določbami Zakona o starševskem varstvu in družinskih prejemkih (ZSDP), vendar je delodajalec pravico odklonil oziroma jo je pogojeval

¹⁰³ Prav tam.

¹⁰⁴ Prav tam.

¹⁰⁵ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča št. Pdp 880/2009 z dne 25. marca 2010.

¹⁰⁶ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča št. Pdp 1283/2010 z dne 8. maja 2011.

s premestitvijo na drugo delovno mesto. Oče je zaradi odklonitve te pravice podal izredno odpoved, zoper delodajalca pa je vložil odškodninski zahtevek. Sodišči prve in druge stopnje sta njegov zahtevek zavrnila, saj nista prepoznali diskriminatornega elementa in tudi ne obstoja vseh štirih predpostavk odškodninske odgovornosti. Vrhovno sodišče pa je v postopku revizije odločilo, da ravnanje delodajalca pomeni posredno diskriminacijo zaradi starševstva:

»V obravnavani zadevi res ni šlo za primer neposredne diskriminacije, saj tožnik zaradi določene osebne okoliščine (konkretno zaradi starševstva) v primerjavi z drugimi delavci ni bil neposredno manj ugodno obravnavan. Kljub temu pa ga je ta njegova okoliščina zaradi odločitve tožene stranke, da mu pravico do dela s krajšim delovnim časom pogojuje s premestitvijo na drugo delovno mesto, postavila v manj ugoden položaj v primerjavi z ostalimi delavci, kar po presoji revizijskega sodišča predstavlja posredno diskriminacijo. Tožnik je pri delodajalcu uveljavljal pravico do dela s krajšim delovnim časom po ZSDP, ki spada med ukrepe t. i. pozitivne diskriminacije, saj je staršem, kot posebej ranljivi skupini na trgu dela, zagotovljeno posebno varstvo. To posebno varstvo pa se je sprevrglo v svoje nasprotje – tožnika je namreč postavilo v manj ugoden položaj v primerjavi z ostalimi delavci. Če tožnik ne bi uveljavljal tega varstva, ga tožena stranka brez njegovega soglasja ne bi mogla premestiti na drugo delovno mesto.«¹⁰⁷

Sodišče v obrazložitvi ni podrobno razdelalo posameznih elementov opredelitve posredne diskriminacije, zlasti navidezne nevtralnosti ukrepa delodajalca, ki je ključen za utemeljitev. Delodajalčeva obravnava očeta je bila nedvomno osnovana na osebni okoliščini starševstva (očetovstva) in je bila nedvomno diskriminatorna. Diskriminatornost ni razvidna le iz dejstva, da je delodajalec očetu zanimal pravico, ki mu pripada neposredno na podlagi zakona, temveč predvsem iz dejstva, da je uveljavljanje pravice pogojeval s premestitvijo na drugo delovno mesto. Do pogojevanja je namreč prišlo prav zaradi osebne okoliščine starševstva in posledično zato, ker je oče uveljavljal pravico, ki mu kot staršu pripada. Ključna je ugotovitev sodišča, da se je v tem primeru posebno varstvo staršev kot ranljive skupine na trgu dela sprevrglo v svoje nasprotje in je očeta postavilo v manj ugoden položaj v primerjavi s preostalimi delavci, ki jih delodajalec takrat ni premeščal na druga delovna mesta. Ta ugotovitev sodišča pa ne potrjuje, da je šlo za posredno diskriminacijo. Delodajalčevo ravnanje namreč ni bilo v ničemer na videz nevtrarno, ampak je bilo odkrito in neposredno utemeljeno na delavčevi osebni okoliščini starševstva. Delodajalec svojega ravnanja ni utemeljeval na kakšnem drugem merilu, ki s starševstvom ni povezano, temveč ga je utemeljeval prav na osebni okoliščini

¹⁰⁷ Sklep Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 208/2014 z dne 27. januarja 2015.

starševstva in dejstva, da je oče zaradi svojega starševstva uveljavljal starševski dopust. Slednjega po naravi stvari ne more uveljavljati nihče drug kot eden od staršev ali skrbnikov. Ker Vrhovno sodišče ni razdelalo posameznih elementov opredelitve posredne diskriminacije, zlasti navidezne nevtralnosti ukrepa delodajalca in disparitetnega učinka, ki bi ga imel ta ukrep na starše, je na osnovi ugotovljenih dejstev sprejelo napačen zaključek, da je šlo za posredno diskriminacijo, čeprav je dejansko šlo za neposredno.

8. SKLEPNE MISLI

Analiza slovenske sodne prakse na področju posredne diskriminacije kaže, da slovenska sodišča, pa tudi stranke v postopku, koncepta posredne diskriminacije ne poznajo dobro, ga le poredko omenjajo in le poredko pravilno in podrobno utemeljujejo. Skoraj ni primerov, ko bi stranke v postopku, ki zatrjujejo posredno diskriminacijo, svoje trditve utemeljevale s statistikami, ki so sicer zelo pogosto dokazno sredstvo v postopkih pred Sodiščem Evropske unije in Evropskim sodiščem za človekove pravice. Kot kaže analizirani primer Vrhovnega sodišča RS, v posameznih primerih prihaja tudi do napak pri razlagi koncepta posredne diskriminacije. K temu nedvomno pripomore tudi pomanjkanje znanstvenih in strokovnih razprav o posredni diskriminaciji, odsotnost te teme v okviru sodniških in odvetniških izobraževanj, navsezadnje pa tudi splošen odnos do protidiskriminacijskih politik na vseh ravneh oblastnih struktur, ki vprašanja diskriminacije in njenega preprečevanja prek priprave ukrepov in predpisov skorajda ne naslavlja. Zato bi veljalo poglobiti poučevanje protidiskriminacijskega prava že v času študija, vpeljati te teme v redna izobraževanja v pravosodju in odvetništvu ter prepoznati pomen statističnih podatkov in spodbujati njihovo uporabo pri dokazovanju posredne diskriminacije. Pri vseh teh izzivih bi lahko bile oblastnim in pravosodnim strukturam v pomoč izkušnje obeh mednarodnih sodišč kot tudi ameriškega vrhovnega sodišča, ki so v svoji sodni praksi te koncepte že dodobra razdelali. Sklicevanje na te izkušnje bi lahko okrepilo razumevanje koncepta posredne diskriminacije in disparitetnega učinka na videz nevtralnih ukrepov v Sloveniji, s tem pa tudi njihovega razvoja v smeri doslednejšega zagotavljanja uresničevanja načela enakega obravnavanja.

Literatura

Susan D. Carle: A Social Movement History of Title VII Disparate Impact Analysis, v: Fla. L. Rev., 63 (2011), str. 251–300.

Polona Centa: Ženske med usklajevanjem delovnih in družinskih obveznosti, diplomsko delo, Mentorica dr. Alenka Švab, dostopno na <<http://dk.fdv.uni-lj.si/diplomska/pdfs/centa-polona.pdf>> (13. 8. 2015).

Miro Cerar: Nekateri (ustavno)pravni vidiki načela nediskriminacije, v: Zagorac, Dean (ur.): Enakost in diskriminacija, Sodobni izzivi za pravosodje. Mirovni inštitut, Ljubljana 2005.

Oran Doyle: Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy, v: Oxford Journal of Legal Studies, 27 (2007) 3, str. 537–553.

Rodoljub Etinski: Indirect Discrimination in the Case-Law of the European Court of Human Rights, v: Zbornik radova, (2013) 47, str. 57–72.

Richard H. Fallon, Jr. in Paul C. Weiler: Firefighters v Stotts: Conflicting Models of Racial Justice, v: Sup. Cr. Rev., (1984) 1.

Benjamin Flander: Pozitivna diskriminacija. Založba FVD, Ljubljana 2004.

Alenka Krašovec in Danica Fink-Hafner: Politične izkušnje in volitve: posredna diskriminacija žensk, v: Brezovšek, Marjan, Haček, Miro, Krašovec, Alenka (ur.): Lokalna demokracija, Analiza lokalnih volitev. Založba FDV, Ljubljana 2002, str. 75–101.

Katja Matko in Metka Roksandić (ur.): Senčno poročilo nevladnih organizacij za Odbor konvencije o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk, april 2015, dostopno na <[www.drustvo-sos.si/uploads/datoteke/SEN%C4%8CNO%20PORO%C4%8CILO%20CEDAW%20slo%20\(1\)\(1\).pdf](http://www.drustvo-sos.si/uploads/datoteke/SEN%C4%8CNO%20PORO%C4%8CILO%20CEDAW%20slo%20(1)(1).pdf)> (13. 8. 2015).

Idaver Memedov: European Court Denounces Segregated Education Again: Oršuš and Others v: Croatia, Roma Rights 1, 2010, <www.errc.org/article/roma-rights-1-2010-implementation-of-judgments/3613/10> (23. 7. 2015).

Oddný Mjöll Arnardóttir: Discrimination as a magnifying lens: scope and ambit under Article 14 and Protocol No. 12, v: Brems, Eva in Gerards, Janneke (ur.): Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights. Cambridge University press, New York 2014, str. 330–348.

Rory O'Connell: Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR, Legal Studies, v: The Journal of the Society of Legal Scholars, 29 (2009), str. 211–229.

Richard A. Primus: Equal protection and Disparate Impact: Round Three, v: Harv. L. Rev., 117 (2003–2004), str. 494–587.

Lawrence Rosenthal: Saving Disparate Impact, v: Cardozo L. Rev., 34 (2012–2013), str. 2157–2209.

Carla J. Rozycki in Emma J. Sullivan: Employees Bringing Disparate-Impact Claims Under the ADEA Continue to Face an Uphill Battle Despite the Supreme Court's Decisions in *Smith v. City of Jackson* and *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory*, v: *A.B.A. J. Lab. & Emp. L.*, 26 (2010-2011) 1.

Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Bloomsbury Publishing, Oxford 2007.

Reva B. Siegel: Race-Conscious but Race-Neutral: The Constitutionality of Disparate Impact in the Roberts Court, v: *Ala. L. Rev.*, (2014-2015) 66, str. 653–689.

Lovro Štrum (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2010.

Christa Tobler: Limits and potential of the concept of indirect discrimination, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field, European Commission, 2008, dostopno na <www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/EU_KE8108420ENC_002.pdf> (23. 7. 2015).

Andreja Tratnik Zagorac: (Posredna) diskriminacija romskih otrok v osnovni šoli, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 14, str. 28–29.

Katarina Zidar Al-Mutairi: (Posredna) diskriminacija pri usmerjanju romskih otrok v posebne šole, v: *Pravna praksa*, 25 (2006) 13, str. 26–27.

NOVOSTI NA PODROČJU ODŠKODNINSKIH TOŽB ZARADI KRŠITEV EVROPSKEGA ANTITRUSTA

Ana Vlahek,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, profesorica za civilno in gospodarsko pravo, docentka za evropsko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Do uveljavitve nove Direktive 2014/104 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije,¹ zakonodaja EU z izjemo sodne prakse Sodišča Evropske unije (*Courage in Crehan* iz leta 2001,² *Manfredi* iz 2006,³ *City Mo-*

Pričujoči članek je spremenjena in posodobljena različica prispevka Ana Vlahek: Nova Direktiva 2014/104 o nekaterih pravilih glede odškodninskih zahtevkov in postopka zaradi kršitev evropskega in nacionalnega antitrusta, v: Peter Grilc (ur.): Izbrani vidiki razvoja slovenskega gospodarskega in civilnega prava od srede 20. stoletja do danes – liber amicorum Bojan Zabel. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2015, str. 171–200.

¹ Direktiva 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije (Besedilo velja za EGP) UL L 349, 5. december 2014, str. 1–19; <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/sl/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=sl>> (1. 7. 2015).

² C-453/99 *Courage Ltd proti Bernard Crehan in Bernard Crehan proti Courage Ltd and Others*, ECLI:EU:C:2001:465. Sodišče Evropskih skupnosti (SES; danes Sodišče Evropske unije (SEU)) je v sodbi prvič nedvoumno potrdilo, da se lahko zahteva odškodnina za škodo, nastalo s kršitvijo evropskega antitrusta, ter pojasnilo, da lahko pod določenimi pogoji oziroma v določenih okoliščinah odškodnino zahtevajo tudi stranke omejevalnih sporazumov.

³ C-295/04 *Vincenzo Manfredi proti Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, C-296/04 *Antonio Cannito proti Fondiaria Sai SpA*, C-297/04 *Nicolò Tricarico proti Assitalia Sp*, in C-298/04 *Pasqualina Murgolo proti Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461. SES je pojasnilo takratno aktualno unijsko ureditev odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta.

tors iz 2007,⁴ X BV iz 2009,⁵ *Pfleiderer* iz 2011,⁶ *Donau Chemie* iz 2013,⁷ *Otis* iz 2012⁸ in *Kone* iz 2014⁹), ki je določila nekatera temeljna načela zasebnopravnega uveljavljanja evropskega antitrusta, ter nekaterih splošnih in bolj ali manj deklaratornih izjav o njegovem pomenu (na primer v uvodni izjavi 7 Uredbe 1/2003¹⁰), zavezujočih pravil o odškodninskih tožbah zaradi kršitev antitrusta in nasploh o zasebnopravnem uveljavljanju antitrusta ni vsebovala. Evropska komisija je izdajala zgolj dokumente mehkega prava, ki so obravnavali nekatera temeljna vprašanja tega področja, na primer Belo knjigo o odškodninskih tožbah zaradi kršitve skupnostnega antitrusta iz leta 2008¹¹ ter njeno predhodnico Zeleno knjigo iz leta 2005,¹² nadalje Obvestilo o sodelovanju med Ko-

ta in določilo gabarite za urejanje nekaterih temeljnih vprašanj v zvezi s tem v zakonodaji držav članic.

⁴ C-421/05 *City Motors Groep NV proti Citroën Belux NV*, ECLI:EU:C:2007:38, kjer je SES potrdilo svoje ugotovitve iz primerov *Courage and Crehan* in *Manfredi*.

⁵ C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst proti X BV*, ECLI:EU:C:2009:359, kjer je SES razlagalo v členu 15/3 Uredbe 1/2003 urejeno *amicus curiae* sodelovanje Evropske komisije z nacionalnimi sodišči. Glej Ana Vlahek: *Amicus curiae*, sodelovanje med slovenskimi sodišči, UVK in Evropsko komisijo v konkurenčnopravnih zadevah, v: *Pravosodni bilten*, 30 (2009) 4, str. 301–330.

⁶ C-360/09 *Pfleiderer AG proti Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389, kjer je SES pojasnilo, kako naj nacionalna sodišča ravnajo v primerih, ko želijo tožniki v odškodninskih tožbah zaradi kršitev evropskega antitrusta dostopati do dokumentov iz postopka v okviru programa prizanesljivosti.

⁷ C-536/11 *Bundeswettbewerbssbehörde proti Donau Chemie AG and others*, ECLI:EU:C:2013:366, ki prav tako obravnava dostop tožnikov v odškodninskih tožbah do dokumentacije iz postopka v okviru programa prizanesljivosti.

⁸ C-199/11 *Europese Gemeenschap proti Otis NV and others*, ECLI:EU:C:2012:684, kjer je SEU obravnavalo vprašanje, ali sme Evropska komisija zastopati Evropsko unijo v odškodninskem postopku zoper podjetja, za katera je Komisija predhodno ugotovila, da kršijo evropski antitrust.

⁹ C-557/12 *Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH proti ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, kjer je SEU pojasnilo, da so nacionalna določila, ki izključujejo odgovornost v kartelu udeleženih podjetij za t. i. učinke dežnika (angl. *umbrella effect*) v obliki povišanja cen s strani konkurentov kartelistov, v nasprotju s pravom EU.

¹⁰ Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (Besedilo velja za EGP), UL L 1, 4. januar 2003, str. 1–25.

¹¹ V slovenski jezik je bila neprimerno prevedena kot Bela knjiga o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, angl. *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final. Razvoj urejanja odškodninskih tožb v EU zaradi kršitev evropskega antitrusta je predstavljen v Ana Vlahek: *Oris odškodnin na področju skupnostnega antitrusta*, v: *EvroPP*, 28 (2009) 11, str. 44–46; A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), *nav. delo*, 2015, str. 487–493.

¹² Zelena Knjiga – Odškodninske tožbe zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES {SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 končno */.

misijo in sodišči držav članic pri uporabi evropskega antitrusta iz leta 2004 ter leta 2013 izdani Sporočilo o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev evropskega antitrusta¹³ in Priporočilo o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije.¹⁴

Leta 2009 je Komisija pripravila osnutek direktive o pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe zaradi kršitev evropskega antitrusta, vendar je bil ta – predvsem zaradi spornih določb o kolektivnih pravnih sredstvih – deležen številnih kritik in posledično umaknjen iz razprave. Predlog nove direktive je Komisija pripravila junija 2013¹⁵ in ga posredovala Evropskemu parlamentu in Svetu v obravnavo in sprejem. Nova Direktiva 2014/104 je bila sprejeta 26. novembra 2014 in je začela veljati 25. decembra 2014.

Direktiva obravnava naslednja vprašanja: pravico do popolne odškodnine (poglavje I, člena 1/1 in 3); razkritje dokazov (poglavje II, členi 5–8); učinek odločb nacionalnih organov za varstvo konkurence v odškodninskih tožbah (poglavje III, člen 9); zastaranje (poglavje III, člen 10); solidarno odgovornost kršiteljev (poglavje III, člen 11); prevailitev preplačil (poglavje IV, členi 12–16); določanje višine škode (poglavje V, člen 17/1, 3); izpodbojno domnevo, da karteli povzročajo škodo (poglavje V, člen 17/2); sporazumno reševanje sporov (poglavje VI, členi 18–19). Glede preostalih vprašanj, ki jih direktiva ne obravnava in se bo glede njih še vedno uporabljala nacionalna zakonodaja, direktiva od držav članic zahteva, da spoštujejo načeli učinkovitosti in enakovrednosti.¹⁶ Bodo

¹³ Sporočilo Komisije o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije (Besedilo velja za EGP) (2013/C 167/07).

¹⁴ Priporočilo Komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije (2013/396/EU). Za več o tem glej Ana Vlahek: Kolektivno varstvo v EU, PP, 31 (2012) 21, str. 16–17; Predlog Zakona o kolektivnih tožbah (EVA 2016-2030-0007), <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/zakonodaja/160705_ZKolT.pdf> (6. 9. 2016).

¹⁵ Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih pravilih, ki urejajo postopke z odškodninskimi tožbami v nacionalni zakonodaji zaradi kršitev določb zakonodaje o konkurenci držav članic in Evropske unije (Besedilo velja za EGP), COM(2013) 404 final, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:SL:PDF>> (1. 7. 2015).

¹⁶ Člen 4 nove direktive. Na obe načeli je večkrat opozorilo tudi SEU v svoji sodni praksi, na primer v zadevi *Manfredi*. Člen 62n predloga ZPOmK-1G v prvem in drugem odstavku sicer določa (pravzaprav po nepotrebnem, toda iz previdnosti morda vendarle primerno), da se za civilnopravne zahteve zaradi kršitev antitrusta subsidiarno uporablja zakon, ki ureja obligacijska razmerja, v postopkih v zvezi s civilnopravnimi zahtevki pa zakon, ki ureja pravdni postopek. Ti načeli prava EU pri tem nista omenjeni (kar niti ni potrebno), vendar ju ne gre spregledati.

pa lahko prav vprašanja, ki so ostala zunaj direktive (na primer kolektivno varstvo, stroški postopka), osrednjega pomena za (ne)uspeh zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta.

Rok za implementacijo direktive, ki je bila mestoma v slovenski jezik zelo slabo prevedena, poteče 27. decembra 2016.¹⁷ Spletna stran Evropske komisije¹⁸ sporoča, da je direktivo do zdaj (le delno) implementirala zgolj Latvija (ki je pri implementaciji direktiv tradicionalno najhitrejša), v 13 državah članicah EGP¹⁹ pa je postopek bodisi v fazi sprejema predloga zakona²⁰ ali javnega posvetovanja o njem²¹ bodisi v fazi sprejema v nacionalnih zakonodajnih telesih.²² Glede na to, da Slovenija na seznamu ni omenjena, je pa tik pred sprejemom novele Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1G), podatki očitno niso posodobljeni. Ob uveljavitvi direktive sem izrazila upanje, da bodo pristojne službe pri nas opravile poglobljeno analizo vseh relevantnih vprašanj zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta in se izognile pripravi katerega novega implementacijskega zakona po preprosti nekritični metodi kopiranja in lepljenja.²³ Poudarila sem tudi, da bi bilo treba z namenom priprave kakovostnih implementacijskih določb, ki bi jih bilo v osnovi najbolj smiselno vključi-

¹⁷ Člen 21 direktive, v skladu s katerim osnutek predloga ZPOmK-1G v zakon dodaja nov 2.a člen o prenosu direktive v pravni red RS. Člen 22 direktive nadalje določa izjemno pomembna pravila o časovni veljavnosti nacionalne implementacijske zakonodaje: države članice morajo zagotoviti, da se določbe materialnega implementacijskega prava (angl. *substantive provisions*, nem. *materiell-rechtlichen Vorschriften*, fr. *dispositions substantielles*, hr. *materijalnim odredbama*, v slovenski različici pa so prevedene kot »bistvene določbe«, kar je zaradi pomena prevajanega dokumenta in še zlasti pomena te določbe nesprejemljivo) ne uporabljajo retroaktivno, preostala določila implementacijske zakonodaje pa se ne smejo uporabljati za odškodninske tožbe, ki so bile vložene pred 26. decembrom 2014. Temu sledi 37. člen osnutka predloga ZPOmK-1G.

¹⁸ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> (6. 9. 2016).

¹⁹ Direktiva velja v EGP, tj. v državah članicah EU ter v treh od štirih držav EFTA (Norveška, Lichtenstein in Islandija). Vprašanje je, ali in kako to vpliva na vsebino direktive in implementacijske zakonodaje. Več o tem John Temple Lang: *Competition Law – The Brussels Perspective*, v: Carl Baudenbacher (ur.): *The Handbook of EEA Law*. Springer, 2016, str. 536-537.

²⁰ V Španiji.

²¹ Na Nizozemskem, Finskem ter v Luksemburgu.

²² Na Slovaškem, Danskem, Švedskem, Norveškem, Poljskem, v Romuniji, Nemčiji, Združenem kraljestvu in Litvi.

²³ A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 176 in 200. Hrvatske so se na primer odločili prav za to rešitev, saj pripravljajo *Zakon o postopkih za naknadu štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja* (predlog naj bi bil posredovan Vladi konec septembra), <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/2016/27%20sjednica%20Vlade//27%20-%207c.pdf>> (13. 9. 2016). Nemci na drugi strani novelirajo *GWB (Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 9. GWB-ÄndG)*,

ti v ZPOmK-1, k sodelovanju vsekakor pritegniti strokovnjake konkurenčnega prava, civilnega procesnega prava, prava EU, obligacijskega prava, navsezadnje nomotehniške, ter prisluhniti tudi izkušenim odvetnikom in sodnikom, ki se v zadnjih letih v svoji praksi vse pogosteje srečujejo z zasebnopravnim uveljavljanjem antitrusta.²⁴ Veseli me, da so na Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo, ki je nosilec priprave implementacijske zakonodaje, k nalogi pristopili resno in odgovorno,²⁵ še zlasti glede na kadrovske podhranjenost in širok obseg področij, ki jih pokrivajo in ki so v zadnjih letih (predvsem zaradi aktivnosti evropskega zakonodajalca) predmet obsežnih prenov. Prvo različico predloga novele ZPOmK-1 so po predhodnem usklajevanju z Evropsko komisijo pripravili 15. julija letos in jo poslali v mnenje širši strokovni javnosti (Odvetniški zbornici Slovenije²⁶ in drugim interesnim združenjem, sodiščem²⁷ ter slovenskim pravnim fakultetam) ter objavili tudi na spletu.²⁸ Na podlagi pridobljenih pripomb in komentarjev so pripravili novo različico, v kateri so v veliki večini upoštevali pridobljene predloge in mnenja strokovne javnosti, in jo 5. avgusta vnovič poslali strokovni javnosti. V začetku septembra je ministrstvo pripravilo tudi javni posvet o noveli, na katerem so bila obravnavana tudi odprta vprašanja v zvezi z implementacijo direktive, ki jih bo ministrstvo še pretreslo, zaradi prepletanja z drugo zakonodajo pa bo zelo pomembno tudi medresorsko usklajevanje.²⁹

<<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,be-reich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (13. 9. 2016).

²⁴ A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 176 in 200.

²⁵ Tu naj omenim, da je bila Slovenija poleg Poljske in Nemčije najbolj oster kritik predloga direktive. Glej <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14680-2014-ADD-1/sl/pdf>> (6. 9. 2016).

²⁶ Tu velja pozdraviti lanskoletno ustanovitev Komisije za konkurenčno pravo v okviru Odvetniške zbornice Slovenije (OdvZS). Člani sekcije (pa tudi drugi v diskurzu udeleženi odvetniki) s svojimi izkušnjami iz prakse in z odličnim poznavanjem antitrusta in njegovega zasebnopravnega uveljavljanja tvorno in učinkovito sodelujejo pri pripravi nove implementacijske zakonodaje.

²⁷ Objavljena so bila pisna stališča Upravnega sodišča RS, ki je aktivno sodelovalo tudi na posvetu (implementacija direktive ga vsebinsko niti ne zadeva in v razpravi sodeluje zaradi drugih predvidenih sprememb ZPOmK-1), aktivnega sodelovanja drugih sodišč, čeprav bodo kmalu uporabljala novo ureditev, pa žal ni zaznati. Njihove izkušnje z dosedanjimi postopki bi gotovo pripomogle h kakovosti razprave.

²⁸ Glej tudi <http://www.mgrt.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/notranji_trg/predlogi_predpisov/sektor_za_varstvo_potrošnikov_in_konkurence/> (6. 9. 2016).

²⁹ Zaradi vzporedne priprave novega Zakona o kolektivnih tožbah (ZKolT) ter novele Zakona o pravdnem postopku (ZPP-E) in uveljavitve novega instituta stopničaste tožbe ter s tem povezanega razkritja dokazov je še posebej pomembno sodelovanje z Ministrstvom za pravosodje.

V prispevku predstavljam vsebino direktive v povezavi s siceršno unijsko in s slovensko ureditvijo ter rešitve trenutne različice osnutka predloga novele ZPOmK-1,³⁰ ki se nanašajo na zasebnopravno uveljavljanje antitrusta (sprememba 62. in 63. člena ZPOmK-1 ter novi 62.a do 62.n člen). Pri tem zaradi omejenosti obsega prispevka opozarjam le na nekatere kritične točke, ki jih velja upoštevati pri sprejemanju (oziroma razlagi) nove zakonodaje, poglobljena analiza posameznih institutov pa je nujno predmet samostojnih izvajanj.

2. TRENUTNA UREDITEV ODŠKODNINSKIH TOŽB ZARADI KRŠITEV ANTITRUSTA V SLOVENSKI ZAKONODAJI

Zakon o varstvu konkurence (ZVK)³¹ iz leta 1993 ter Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK)³² iz leta 1999 nista vsebovala specialnih določb o zasebnopravnem uveljavljanju antitrusta. Določala sta le, da lahko vsak, ki mu je nastala škoda zaradi kršitev pravil konkurence, zahteva odškodnino v skladu s splošnimi pravili odškodninskega prava.³³

Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1)³⁴ iz leta 2008 je razširil svojo dotedanjo upravnoopravno vsebino z vključitvijo novega poglavja o postopku pred sodišči (tj. VI. dela, ki se bo z ZPOmK-1G preimenoval v »Civilnopravni zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava«³⁵) z vsebinsko novima 62. in 63. členom, ki urejata nekatera temeljna vprašanja zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta, v preostalem pa se uporabljajo splošna pravila odškodninskega prava iz OZ. Pri pripravi ZPOmK-1 je slovenski zakonodajalec očitno že upošteval tedanjo sodno prakso SEU in nezavezujoče dokumente Evropske komisije, ki jih je ta izdajala z namenom priprave zavezujoče evropske zakonodaje na področju zasebnopravnega uveljavljanja evropskega antitrusta, torej sedanjih členov 101 in 102 PDEU. V besedilu 62. in 63. člena ZPOmK-1 se tako zrcalijo predvsem ideje iz Bele knjige ter Obvestila Komisije o sodelovanju med Komisijo in sodišči držav članic pri uporabi členov 81 in 82

³⁰ Osnutek predloga ZPOmK-1G z dne 23. avgusta 2016, kot je bil 6. septembra 2016 revidiran po posvetu na ministrstvu dne 5. septembra 2016.

³¹ Ur. l. RS, št. 18/93, 56/99, 110/02.

³² Ur. l. RS, št. 56/99, 37/04, 114/06, 40/07, 36/08.

³³ Člen 27 ZVK in 44. člen ZPOmK. Do 1. januarja 2002, ko je začel veljati Obligacijski zakonik (OZ, Ur. l. RS, št. 83/01, 28/06, 40/07), so se uporabljala splošna pravila odškodninskega prava iz Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR, Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Ur. l. RS, št. 88/99, 83/01, 30/02, 87/02).

³⁴ Ur. l. RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13, 63/13, 33/14.

³⁵ Glej 26. člen osnutka predloga ZPOmK-1G.

PES,³⁶ ki jih je slovenski zakonodajalec z evropskega glede nekaterih vprašanj razširil tudi na področje uporabe slovenskega antitrusta.

Člen 62 v prvem odstavku določa odgovornost tistega, ki namenoma ali iz malomarnosti krši 6. ali 9. člen ZPOmK-1 ali 101. ali 102. člen PDEU, za škodo, ki nastane zaradi kršitve teh členov. Določila drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 urejajo vezanost sodišč, ki odločajo v odškodninski zadevi za povračilo škode, povzročene s kršitvijo evropskega in/ali slovenskega antitrusta, na pravnomočno odločbo o ugotovitvi kršitve Javne agencije RS za varstvo konkurence (JAVK) ali Evropske komisije, pri čemer ta obveznost sodišč ne posega v pravice in obveznosti na podlagi 267. člena PDEU. V tretjem odstavku 62. člena je določeno, da zastaranje za uveljavljanje odškodninskega zahtevka po prvem odstavku 62. člena ne teče v času od začetka postopka pred JAVK ali Evropsko komisijo do dneva, ko je ta postopek pravnomočno končan. Zadnji, četrti odstavek 62. člena ZPOmK-1, ki sicer ni predmet urejanja nove direktive, zahteva od sodišč, da nemudoma obvestijo JAVK o vsaki tožbi, s katero se zahteva odškodnina zaradi kršitev evropskega in/ali slovenskega antitrusta. V primerih odškodninskih tožb zaradi kršitev antitrusta je relevanten tudi 63. člen ZPOmK-1, ki obravnava sodelovanje med nacionalnimi sodišči, JAVK in Evropsko komisijo. Direktiva tega področja sicer ne ureja, a je njegova vsebina zaradi celovite obravnave zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta ter zato, ker osnutek predloga ZPOmK-1G predvideva njeno noveliranje, v prispevku vendarle na kratko predstavljena.

3. UREDITEV V NOVI DIREKTIVI 2014/104 IN NJENA IMPLEMENTACIJA V SLOVENSKI PRAVNI RED

3.1. Domet direktive

Uvodoma je treba poudariti, da je naslov direktive (tudi v povezavi z opredelitvijo iz 1. točke 2. člena direktive) na prvi pogled zavajajoč, saj nakazuje na to, da se – drugače kot vse do tedaj veljavno zavezujoče in nezavezujoče pravo EU – direktiva nanaša tudi na tožbe zaradi kršitev (zgolj) nacionalnega antitrusta, torej na tožbe v zvezi s kršitvami, ki nimajo učinkov na trgovanje med državami članicami, v primeru katerih se torej ne aktivira uporaba 101. oziroma 102. člena PDEU. Preambula direktive v 10. točki ter 3. točka 2. člena direktive vendarle razkrijeta, da se izraz »nacionalno konkurenčno pravo«

³⁶ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC (2004/C 101/04). Člena 81 in 82 PES sta zdaj člena 101 in 102 PDEU; to številčenje uporabljam v nadaljevanju.

nanaša zgolj na primere, ko ima ravnanje (tudi) učinek na trgovanje med državami članicami, saj je treba v tem primeru v skladu s 3. členom Uredbe 1/2003 poleg nacionalnega antitrusta uporabiti tudi 101. oziroma 102. člen PDEU. In direktiva se nanaša samo na primere take uporabe, ne pa tudi na primere, ko je kršen zgolj nacionalni antitrust, ko ravnanje torej nima učinka na trgovanje med državami članicami.³⁷ V svojih predhodnih izvajanjih sem opozorila, da bi bilo ne glede na to smiselno, da bi slovenski zakonodajalec ob implementaciji direktive uskladil pravila o odškodninskih tožbah zaradi kršitev z učinkom zgolj na trgovanje na območju RS s tistimi o odškodninskih tožbah zaradi kršitev z učinkom na trgovanje med državami članicami.³⁸ Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, je bil pristop enotnega urejanja zavzet že leta 2008 z ZPOmK-1 in v ZPOmK-1G mu predlagatelj novele v tem pogledu sledi.³⁹

Omeniti velja tudi, da naslov direktive in terminologija, uporabljena v njej, nakazujeta, da se direktiva uporablja le za primere odškodninskih tožb. Uvodna izjava direktive 39 vendarle pove, da je lahko škoda v obliki dejanske izgube tudi posledica razlike med dejansko plačano ceno in ceno, ki bi bila plačana, če kršitve ne bi bilo (torej v primeru preplačil, ki jih direktiva sama ureja v enem od poglavij). Direktiva se torej nanaša tudi na (v praksi zelo pogoste) primere, v katerih bi lahko zoper toženca po našem pravu usmerili kondicijski zahtev po OZ (na primer kondicija kot posledica neveljavnega dela pogodbe) in bi se uporabila pravila OZ, vezana nanj (na primer o tem, katere predpostavke je treba dokazati, o zastaranju). Zato se mi (tako kot v zvezi z zdaj veljavnim 62. členom ZPOmK-1⁴⁰) postavlja vprašanje, ali so novi izrazi iz VI. dela

³⁷ Za več o tem glej Ana Vlahek, v: Peter Grilc (ur.): *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence* (ZPOmK-1) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 83–87.

³⁸ A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 175.

³⁹ Glej na primer nove opredelitve v 62. členu ZPOmK-1, kot ga predvideva 27. člen osnutka predloga ZPOmK-1G. Tu velja omeniti, da je v opredelitvi pojma »kršitev konkurenčnega prava« poleg evropskega in slovenskega antitrusta naveden tudi antitrust drugih držav članic EU (»kršitev smiselnih določb konkurenčnega prava drugih držav članic Evropske unije, če je to ustrezno«). Take razširitve direktiva ne predvideva. To pomeni, da bi lahko naša sodišča po sistemu iz VI. dela prenovljenega ZPOmK-1 odločala tudi v (v praksi sicer gotovo redkih) primerih, ko bi bil kršen zgolj antitrust druge države članice (ker ne bi bilo učinka na trgovanje med državami članicami in se ne bi aktivirala uporaba 101. oziroma 102. člena PDEU). Pripombo glede tega dodatka je podala tudi OdvZS (glej str. 1-2 pisnega odziva, <http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SVPK/ZPOmK-1G_pisni_odzivi/OdvZS.pdf>), toda snovalec z mení nerazumljivo razlago iz osnutka z dne 23. avgusta 2016 te pripombe ni sprejel, temveč je zgolj prestavil relevantne opredelitve izrazov v VI. del zakona. Menim, da bi bilo treba zelo dobro proučiti posledice odločitve, da se z rešitvami iz direktive zajame (ali ne zajame) tudi kršitve antitrusta drugih članic, in tako preveriti, ali je uporaba novega seta pravil primerna tudi v takih primerih, ter predvsem tudi temu ustrezno uskladiti celotno besedilo VI. dela zakona.

⁴⁰ Glej na primer A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 190.

ZPOmK-1 (ki je sicer zdaj naslovljen z »Civilnopravni zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava«), pa tudi predlagana ureditev prenosa razlike v ceni iz 62.i člena, opredeljeni tako, da zajemajo tudi take primere, oziroma ali se (in v kakšnem obsegu) v teh primerih uporabijo pravila nove implementacijske zakonodaje (na primer o zastaranju), ali pa je treba uporabiti splošna pravila o kondikcijah.⁴¹

3.2. Popolna in enkratna odškodnina

SEU je v primeru *Manfredi* povedalo, da je zaradi neobstoja skupnostnih pravil stvar notranjega pravnega sistema vsake države članice, da določi merila, ki omogočajo opredelitev obsega škode, nastale zaradi kršitve evropskega antitrusta, pri čemer je treba upoštevati načeli enakovrednosti in učinkovitosti. Dodalo je, da iz načela učinkovitosti in iz pravice, po kateri lahko vsak zahteva odškodnino za škodo, nastalo zaradi omejevalnega ravnanja, izhaja, da morajo imeti oškodovanci možnost zahtevati plačilo nastale škode, izgubljenega dobička in obresti.⁴² Oškodovanec mora torej prejeti vsaj popolno odškodnino za realno vrednost škode, ki mu je nastala s kršitvijo evropskega antitrusta, kakršnoli vnaprejšnje omejevanje višine odškodnine pa ni skladno s pravom EU.⁴³

Glede večkratnih odškodnin na področju antitrusta, ki jih pravo EU drugače kot nekatere nacionalne ureditve držav članic ne pozna,⁴⁴ je SEU v zadevi *Manfredi* povedalo, da niso neskladne s pravom EU in da se v primeru, ko jih

⁴¹ Glej na primer zadevo *Japonska proti Kosumo Sekiyu K.K. idr.*, ki jo je reševalo Okrožno sodišče v Tokiu (sodba z dne 27. junija 2011). Država (tožnik) je namreč zoper devet kartelistov vložila kondikcijski zahtevek za vračilo preplačil (prisojeni so bili 104 milijoni ameriških dolarjev), ne pa odškodninskega zahtevka, kar je bilo ugodno za tožnika (zaradi daljšega zastaralnega roka). Podobno tudi na Švedskem v primeru *SAS proti Luftfartsverket*, ki ga je reševalo Višje sodišče v Göti, T 33-00 z dne 27. aprila 2001. Glej Simon Vande Walle: Antitrust Damages Actions Styled as Unjust Enrichment Claims: A Comment on the Tokyo District Court's Decision in the Jet Fuel Bid-Rigging Case, e-Competitions Bulletin, junij 2011, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216472>.

⁴² Za več o tem glej celotno sodbo, predvsem točke 89–100 in tam navajano sodno prakso. V zvezi z obrestmi glej tudi primer C-271/91 *Helen Marshall proti Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*. Glej tudi Commission Working Paper Accompanying White Paper, str. 56–57, in uvodno izjavo 12 nove direktive.

⁴³ Glej primer C-271/91 *Helen Marshall proti Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

⁴⁴ Za več o tem glej na primer Assimakis P. Komninos: EC Private Antitrust Enforcement, Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Hart Publishing, Oxford in Portland (Oregon) 2008, str. 211–214; Robert H. Lande: Are Antitrust Damages Really Single Damages?, v: Ohio State Law Journal, 1993; tudi Commission Staff Working Paper: Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732 (nadalje "Annex to the Green Paper"), str. 35–36.

določa nacionalno pravo, do ureditve tega vprašanja na ravni EU nacionalna pravila o takih odškodninah ob upoštevanju načela enakovrednosti uporabijo tudi v primerih kršitev evropskega antitrusta.⁴⁵ Leta 2005 je v Zeleni knjigi Komisija kot možnost bodoče skupnostne ureditve sicer navedla tudi dvojno odškodnino, vendar se zainteresirana javnost s tako rešitvijo ni strinjala niti za primere najhujših kršitev antitrusta v obliki horizontalnih kartelov. Zato je Komisija v Beli knjigi predlagala uzakonitev pravila o enkratni odškodnini kot minimalnega standarda, države pa bi lahko ohranile ali uzakonile tudi kaznovalne odškodnine ob upoštevanju načela ekvivalence. Poleg možnosti uvedbe dvojne odškodnine je Komisija v Zeleni knjigi predvidela tudi možnost take obrestne mere, ki bi povzročila povrnitev več kot samo realne vrednosti škode, vendar tudi ta rešitev ni padla na plodna tla in pozneje ni bila več predmet predlogov za bodočo ureditev.⁴⁶

Upoštevaajoč navedeno sodno prakso, je v prvem in drugem odstavku 3. člena direktive določena pravica do popolne odškodnine. Direktiva od držav članic zahteva, da zagotovijo, da lahko fizične ali pravne osebe, ki so utrpeli škodo zaradi kršitve konkurenčnega prava, zahtevajo in dobijo popolno odškodnino v višini, s katero se za osebo, ki je utrpela škodo, vzpostavi stanje, v katerem bi bila, če ne bi bilo kršitve. Popolna odškodnina zato zajema pravico do nadomestila za dejansko škodo in izgubljeni dobiček ter plačilo obresti.⁴⁷ Tretji odstavek 3. člena direktive dodaja, da popolna odškodnina po tej direktivi ne sme voditi do čezmernega odškodovanja v obliki kaznovalnih, večkratnih ali drugih oblik odškodnin,⁴⁸ kar pomeni, da države članice ne smejo ohraniti

⁴⁵ Glej primera *Manfredi* in *Brasserie du Pêcheur*. Za več o tem glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 213. V zvezi s tem glej na primer zanimiv primer *2 Travel v Cardiff Bus* iz angleške sodne prakse, v katerem je sodišče prisodilo kaznovalno odškodnino. Več o tem v Ana Vlahek: Pravna analiza slučaja *2Travel plc* (in liquidation) protiv *Cardiff Bus Ltd*, <<http://www.konkurencnopravo.eu/uploads/files/2Travel%20protiv%20Cardiff%20Bus.pdf>> (10. 9. 2016).

⁴⁶ Za več o tem glej Annex to the Green Paper, str. 37, in A. P. Komninos, nav. delo, str. 212.

⁴⁷ Uvodna izjava 12 direktive določa: »[...] Plačilo obresti je bistveni del odškodnine za povračilo nastale škode, ob upoštevanju pretečenega časa, pri čemer bi ga bilo treba plačati od nastanka škode do dejanskega plačila odškodnine [...]«.

⁴⁸ V slovenskem prevodu »ne pomeni čezmernih odškodnin«, nem. »*darf nicht zu Überkompensation führen*«, angl. »*shall not lead to overcompensation*«, fr. »*n'entraîne pas de réparation excessive*«, hr. »*ne dovodi do prekomjerne naknade štete*«. Iz vseh teh določb bi lahko sklepali, da koncept *disgorgement of profits* (odvzem protipravno pridobljenega dobička), ki se v zadnjem času omenja tudi na področju antitrusta, z direktivo ni skladen (vsaj tak ne, ki bi dobiček toženca kar tako namenil tožniku). Tako ugotavlja tudi Andrea Nervi: Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions, Some Considerations from the Perspective of Italian Law, v: Italian Law Journal, vol. 2, št. 1, <<http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/italj-vol-02-no-01-2016/8-nervi-131.pdf>>, pri čemer vel-

oziroma uvesti take odškodnine po nacionalnem pravu niti ob upoštevanju načela enakovrednosti, kot je veljalo do zdaj, ko skupnostno pravo glede tega vprašanja – kot je zapisalo SEU v zadevi *Manfredi* – še ni obstajalo.⁴⁹

Načelo slovenskega odškodninskega prava je načelo popolne odškodnine,⁵⁰ ki praviloma ustreza navedenim gabaritom prava EU. V skladu z OZ lahko oškodovanec zahteva dejansko škodo, izgubljeni dobiček in obresti.⁵¹ Trenutno veljavni ZPOmK-1 v prvem odstavku 62. člena določa, da je kršitelj odgovoren za škodo, ki nastane zaradi kršitve. Po slovenskem pravu imajo odškodnine načeloma zgolj reparacijsko in preventivno, ne pa tudi kaznovalne funkcije,⁵² v okviru zasebnega uveljavljanja antitrusta pa je lahko prisojena le enojna odškodnina, kar prav tako ustreza tako dosedanji unijski ureditvi kot tudi ureditvi iz direktive.⁵³

ja omeniti, da Einer Elhauge: Disgorgement as an Antitrust Remedy, v: 76 Antitrust Law Journal, 79 (2009), na katerega se Nervi sklicuje, ta koncept omenja zgolj kot orodje v rokah organa za varstvo konkurence, ne tožnika. Glej tudi ICLG: The Likely Impact of the EU Damages Directive, Competition Litigation 2016, <<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2016/1-the-likely-impact-of-the-eu-damages-directive>> (8. 9. 2016). Pri nas odvzem dobička tudi na področju tožb zaradi kršitev antitrusta zagovarja Damjan Možina: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 462; glej tudi na primer Ewoud Hondius in Andre Janssen (ur.): Disgorgement of Profits, Gain-Based Remedies throughout the World. Springer, 2015; Ronald L. Israel in Brian P. O'Neill: Disgorgement as a viable theory of restitution damages, v: Commercial Damages Reporter, <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Od koncepta odvzema protipravnega dobička je po mojem mnenju treba razlikovati metodo, po kateri se tožnikova škoda v obliki izgubljenega dobička skuša oceniti s pomočjo oškodovalčevega dobička. Glej Meta Ahtik in Ana Vlahek: Določanje odškodnin v primeru kršitev antitrusta, v: Podjetje in delo 37 (2011) 6/7, str. 1344–1359. V tretjem odstavku paragrafa 33a predloga sprememb GWB (ki ustreza veljavnemu tretjemu odstavku paragrafa 33 GWB) je na primer določeno: »Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden.«

⁴⁹ Preambula direktive o tem ne razkrije nič.

⁵⁰ Glej Nina Plavšak, v: Miha Juhart in Nina Plavšak (ur.): Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2003–2004, str. 755–760, 942–990; Dunja Jadek Pensa, v: M. Juhart in N. Plavšak, nav. delo, str. 919–921. V skladu z OZ bi lahko žrtev protikonkurenčnega ravnanja zahtevala tudi povračilo nepremoženjske škode, vendar bo to v praksi redko.

⁵¹ Glej Nina Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak, nav. delo, str. 755–760; M. Ahtik in A. Vlahek, nav. delo.

⁵² Za več o tem glej Ada Polajnar Pavčnik: Funkcija odškodninskega prava in njeno uresničevanje, v: Podjetje in delo, 25 (1999), 6/7, str. 1254–1259.

⁵³ Glej A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 495–500; M. Ahtik in A. Vlahek, nav. delo.

Osnutek predloga ZPOmK-1G v 62.a členu nekoliko natančneje (in deloma drugače) ureja vsebino iz sedanjega 62. člena ZPOmK-1. Določa, da je tisti, ki povzroči drugemu škodo zaradi kršitev konkurenčnega prava, dolžan škodo povrniti, če ne dokaže, da je nastala brez njegove krivde (kar ustreza splošni ureditvi našega odškodninskega prava),⁵⁴ ter zaradi uskladitve s cilji direktive dodaja, da ima oškodovanec pravico do odškodnine za navadno škodo, izgubljeni dobiček ter zamudne obresti od nastanka škode do plačila, ne glede na to, kdaj je oškodovanec vložil zahtevek za povračilo škode.⁵⁵

3.3. Določanje škode

Določanje višine škode, nastale zaradi omejevalnih ravnanj, je urejeno v 17. členu nove direktive. Pred tem je bilo to vprašanje obravnavano zgolj v mehkem (nezavezujočem) pravu EU, tj. v že omenjenem Sporočilu Komisije o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 PDEU⁵⁶ in v z njim povezanim Praktičnem vodniku za ocenjevanje škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 PDEU,⁵⁷ v katerem je Komisija predstavila različne metode za ugotavljanje hipotetičnega (*but for*) stanja, in s tem za ugotavljanje škode, nastale zaradi kršitve antitrusta.⁵⁸ S teorijo *but for* se je pred dobrima dvema letoma soočilo tudi Vrhovno sodišče RS v zadevi *ABM proti Telekomu Slovenije*, v kateri je zanimivo videti, kako je ob istih pravnih izhodiščih in celo ob enakem mnenju, kakšen bi bil dobiček tožnika v času trajanja kršitve in kakšna bi bila vrednost njegovega naročnika, višino škode na podlagi 216. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)⁵⁹ zaradi drugačne ocene o deležu tožnika v skupnem številu izgubljenih naročnikov v scenariju *but for* ocenilo bistveno drugače (približno 15-krat višje) kot Višje

⁵⁴ S tem ciljem je bilo na predlog OdvZS (str. 34) besedilo obstoječega 62. člena ZPOmK-1 revidirano.

⁵⁵ Zadnji del povedi (»ne glede na to, kdaj je oškodovanec vložil zahtevek za povračilo škode«) je bil zaradi jasnosti (odstopa od siceršnje ureditve) dodan na predlog OdvZS.

⁵⁶ Na spletni strani Evropske komisije so na voljo tudi relevantni pripravljani dokumenti: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>> (1. 7. 2015).

⁵⁷ Delovni dokument služb Komisije, Praktični vodnik Ocenjevanje škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije, Spremní dokument k Sporočilu Komisije o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije; <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf> (1. 7. 2015).

⁵⁸ Več o določanju škode v primeru kršitev antitrusta glej M. Ahtik in A. Vlahek, nav. delo.

⁵⁹ Ur. l. RS, št. 26/99, 96/02, 58/03, 2/04, 69/05, 90/05, 43/06, 52/07, 45/08, 111/08, 57/09, 12/10, 50/10, 107/10, 75/12, 40/13, 92713, 10/14, 48/15.

sodišče v Ljubljani, kar kaže na precejšnjo nepredvidljivost rezultata takega ocenjevanja.⁶⁰

V zvezi z omenjeno odločbo velja poudariti tudi, da so sodišča kot podlago za izračun izgubljenega dobička tožnika uporabila kar dobiček toženčevega vertikalno integriranega podjetja, torej tožnikovega konkurenta, in sicer z utemeljitvijo, da je bil dobiček konkurenta:

»[...] glede na okoliščine konkretnega primera, kjer se toženi stranki očita zloraba prevladujočega položaja, s katero je bila dana prednost njeni poslovni enoti oziroma hčerinski družbi S., ter glede na dostopnost podatkov in njihovo kvaliteto, najprimernejša podlaga za ugotovitev, kakšen bi bil dobiček tožeče stranke [...].«⁶¹

Vrhovno sodišče je pri tem s sklicevanjem na nemško in avstrijsko ureditev ter na Oixerino študijo o določanju škode v primeru kršitev antitrusta iz leta 2009⁶² brez natančnejše obrazložitve razlogov za enačenje kršiteljevega dobička s tožnikovim v konkretnem primeru (glede na posledice odločbe in njen pomen za razvoj prakse na tem področju po moji oceni precej skopo) pojasnilo, da:

»[n]iti materialnopravni niti procesnopravni predpisi ne določajo ene in edine možne poti za izračun višine škode v primeru zahtevka za povrnitev izgubljenega dobička. To je še toliko bolj pomembno, ko gre za odškodninske zahtevke na področju konkurenčnega prava, kjer je ugotavljanje višine škode pogosto zahtevno. Kot je obrazložilo že sodišče druge stopnje, je izbira ustrezne metode za računanje škode odvisna od dejanskih okoliščin primera v konkretnem sodnem postopku ter od kvalitete in dostopnosti podatkov. Glede na to je bila v obravnavanem primeru pravilno opravljena primerjava donosnosti oškodovanega podjetja z donosnostjo v primerljivem podjetju, pri čemer je primerljivo podjetje v obravnavanem primeru samo takšno podjetje, ki zaradi zlorabe ni utrpelo nobene škode, to pa je kršitelj sam [...] Takšno možnost izrecno dopuščata tudi primerjalnopravna zakonodaja in sodna praksa.«

Prvi odstavek 17. člena nove direktive določa, da države članice zagotovijo, (i) da dokazno breme in dokazni standard, ki sta potrebna za določitev višine ško-

⁶⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014 (glej predvsem točke 36 in nasl.); sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 125/2013 z dne 28. maja 2013 (glej predvsem točke 16 in nasl.). Natančnejša analiza primera je predstavljena v: Ana Vlahek: *Challenges of Private Enforcement of Antitrust in Slovenia*, v: Anna Gerbrandy in Mitja Kovač (ur.): *Economic Evidences in EU Competition Law*, zbirka *European Studies in Law and Economics*. Intersentia, Morsel, Cambridge 2015.

⁶¹ Glej točko 44 in točko 48, na katero se pri tem sklicuje.

⁶² <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf> (1. 7. 2015).

de, ne moreta v praksi onemogočiti uveljavljanja pravice do odškodnine ali ga pretirano otežiti, ter (ii) da so nacionalna sodišča v skladu z nacionalnimi postopki pristojna za ocenjevanje višine škode, če se dokaže, da je tožnik utrpel škodo, vendar natančne določitve višine utrpele škode na podlagi razpoložljivih dokazov v praksi ni mogoče podati ali pa je to pretirano oteženo.⁶³ Osnutek drugega odstavka novega 62.k člena z naslovom »Ocenjevanje višine škode« določa, da sodišče, če se dokaže, da je tožnik utrpel škodo, vendar se natančne višine odškodnine ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, o tem odloči po prostem preudarku.⁶⁴ Tretji odstavek istega člena pa predvideva možnost, da sodišče v takem⁶⁵ primeru zaprosi JAVK za mnenje glede načina določitve višine škode, agencija pa, če oceni, da je njena pomoč primerna, sodišču v roku 30 dni sporoči (nezavezujoče) mnenje glede načina določitve višine škode. Taka rešitev o sodelovanju z organom za varstvo konkurence je odraz tretjega odstavka 17. člena direktive, ki določa, da države članice zagotovijo, da lahko nacionalni organ za varstvo konkurence na zahtevo nacionalnega sodišča, ki rešuje odškodninsko zadevo, pomaga sodišču pri določitvi višine škode, če nacionalni organ meni, da je njegova pomoč primerna. Tega določila v pripravljalnih dokumentih Komisije ni zaslediti in v tem pogledu je novost direktive. Zanimivo bo videti, ali in v kakšnem obsegu se bodo take (neke vrste *amicus curiae*) pomoči posluževala naša sodišča in kako se bo na zahtevo sodišč odzivala JAVK. Pri tem je treba opozoriti, da po vsebini tretji odstavek 62.k člena ne ustreza povsem tretjemu odstavku 17. člena direktive, ki se zdi širši (se ne nanaša zgolj na primere določanja višine škode po prostem preudarku) in bi ga veljalo revidirati. Tudi naslov člena je glede na vsebino nekoliko zavajajoč, poleg tega začetni del drugega odstavka ni najbolje zasnovan glede na to, da se v primerih iz prvega odstavka škode ne dokazuje.

Primeri iz prvega odstavka 62.k člena so primeri kartelov. V skladu z drugim odstavkom 17. člena nove direktive je določena izpodbojna domneva, da kar-

⁶³ Glej tudi Ioannis Lianos, Peter Davis in Paolisa Nebbia: *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*. Oxford University Press, 2015, str. 37-38; A. Vlahek, nav. delo (2015, *Challenges ...*), str. 387-389.

⁶⁴ V svojih prejšnjih izvajanjih sem poudarila, da bo moral pripravljavec implementacijske zakonodaje tu oceniti, ali so trenutna pravila pravnega postopka (na primer 215. in 216. člen ZPP) in obligacijskopravne zakonodaje (na primer 131. člen OZ) skladna z zahtevami iz direktive ter ali je treba to vprašanje naslavljati tudi tu oziroma ali so potrebni odmiki od splošnih pravil. Zdi se, da je pripravljavec v drugem odstavku 62.k člena zgolj prepisal rešitev iz direktive. Odvetniška družba Zdolšek (str. 4 pisnih stališč, <http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SVPK/ZPOmK-1G_pisni_odzivi/Odvetniska_druzba_Zdolsek.pdf>) je v zvezi s tem podala oceno, da gre za nepotrebno ponovitev že veljavnega pravila iz 216. člena ZPP.

⁶⁵ Besedili drugega in tretjega odstavka po posegu v primerjavi z besedilom drugega odstavka (v katerem je bila dodana beseda »natančno«) sicer nista več identični.

telne kršitve (ne pa tudi druge kršitve antitrusta) povzročajo škodo. Na obseg (višino) škode se domneva ne nanaša. V uvodni izjavi 47 direktive je pojasnjeno, da je taka domneva v primeru kartelov primerna zaradi skrivne narave kartelov, ki povečuje asimetrijo informacij in tožnikom otežuje pridobivanje dokazov, ki so potrebni za dokazovanje samega obstoja škode.⁶⁶

3.4. Razkritje dokazov

Poglavje II nove direktive (5. do 8. člen) določa natančna pravila o razkritju dokazov v odškodninskih postopkih zaradi kršitev antitrusta. Člen 5 določa pravila o razkritju dokazov s strani toženca in tretjih oseb, 6. in 7. člen obravnavata razkritje dokazov, ki so v spisu nacionalnega organa za varstvo konkurence. Člen 8 obravnava kazni v primeru kršitev v zvezi z razkritjem dokazov.

Glede 5. člena nove direktive, ki uvaja srednjo pot med ameriškim in tradicionalnim civilnim sistemom razkritja dokazov, napotujem na natančno Galičevo analizo vsebine tega člena, v kateri avtor opozori, da bi bilo treba pri pripravi implementacijske zakonodaje pretresti celoten slovenski sistem razkritja dokazov, in se ne zadovoljiti zgolj s preslikavo členov direktive v implementacijsko zakonodajo.⁶⁷ Pripravljaivec novele je to vprašanje uredil v 62.b členu osnutka predloga zakona, ki naj bi sledil rešitvam iz direktive, vendar je zaradi prenove sistema ZPP, ki je prav tako v teku, primerno, da se primerja rešitve obeh zakonov in zagotovi, da bo razkritje dokazov (v primerih tožb zaradi kršitev antitrusta seveda z upoštevanjem zahtev iz direktive) ustrezno urejeno.⁶⁸

Člen 8 direktive od držav članic zahteva, da nacionalnim sodiščem omogočijo, da učinkovito naložijo kazni strankam, tretjim osebam in njihovim pravnim zastopnikom, če kršijo svoje dolžnosti v zvezi z razkritjem dokazov (te izhajajo iz zgoraj predstavljenega 5. člena direktive). Kazni morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne ter se lahko manifestirajo tudi tako, da sodišče – upoštevajoč obnašanje strank v postopku – sprejme odločitev v škodo stranke, da na primer domneva, da je relevantno vprašanje dokazano, ali da v celoti ali delno zavrne zahtevek ali ugovor ali da odredi plačilo stroškov. Člen 8 bo v slovenski pravni red prenesen z 62.d in 62.e členom. Člen 62d določa, da se v

⁶⁶ Več o tem v I. Lianos, P. Davis in P. Nebbia, nav. delo, str. 37–38.

⁶⁷ Aleš Galič: *Disclosure of Documents in Private Antitrust Enforcement Litigation*, prispevek predstavljen na International Conference on Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: a Central and Eastern European Perspective, Pravna fakulteta Univerze v Białystoku, Centre for Antitrust and Regulatory Studies, Univerza v Varšavi, Supraśl, 2.–4. julij 2015.

⁶⁸ Kompleksnost ureditve se kaže tudi iz komentarjev, prejetih s strani OdvZS (str. 35–39 pisnih stališč).

primeru, ko stranka ne izvrši ali zavrne izpolnitev pravnomočnega sklepa za razkritje dokazov, ki ga izda sodišče, ali uniči ali skrije relevantne dokaze, za posledice takega ravnanja uporabi določba zakona, ki ureja pravdni postopek, o posledicah neizpolnitve sklepa za predložitev listin; če pa oseba, ki ni stranka civilnopravnega postopka, ne izvrši ali zavrne izvršitev pravnomočnega sklepa za razkritje dokazov, izvrši sodišče sklep za razkritje dokazov po uradni dolžnosti po pravilih izvršilnega postopka. Člen 62e nadalje določa, da lahko sodišče v primeru, ko stranka, tretja oseba ali njun pravni zastopnik ne izvrši, zavrne izvršitev ali ravna v nasprotju z ukrepom za varstvo zaupnih podatkov, ki ga je določilo sodišče, izreče denarno kazen fizični osebi do 5.000 evrov, pravni osebi, samostojnemu podjetniku posamezniku ali odvetniku oziroma odvetniškemu kandidatu pa do 50.000 evrov.⁶⁹ Če stranka ali njen pravni zastopnik ravna v nasprotju z določbo 62.č člena tega zakona, lahko sodišče izreče denarno kazen fizični osebi do 500 evrov, pravni osebi, samostojnemu podjetniku posamezniku ali odvetniku oziroma odvetniškemu kandidatu pa do 5.000 evrov. Denarno kazen v teh primerih izreče s sklepom sodnik ali senat, ki odloča o predlogu. V sklepu določi rok za plačilo kazni, ki ne sme biti krajši od 15 dni in ne daljši od treh mesecev. Zoper sklep o izreku denarne kazni je dovoljena pritožba. Denarno kazen izvrši na predlog sodišča, ki je izreklo kazen, pristojni davčni organ po določbah zakona, ki ureja prisilno izterjavo davkov. Sklep sodišča o izrečen denarni kazni se šteje za izvršilni naslov. Če je bila izrečena denarna kazen odvetniku ali odvetniškemu kandidatu, se o tem obvesti odvetniško zbornico. Denarna kazen ni ovira za kaznovanje zaradi kaznivega dejanja ali prekrška.

Člen 6 nove direktive, ki obravnava razkritje dokazov, ki so v spisu nacionalnega organa za varstvo konkurence, ureja tudi zelo pomembno vprašanje možnosti dostopa do izjav zaradi prizanesljivosti (in vlog za poravnavo) in želi s tem odpraviti morebitne ovire za uspešno javnopravno uveljavljanje antitrusta, ki se lahko izrazijo v bojazni potencialnih *leniency* prijaviteljev ali oseb, ki se želijo poravnati, da bodo njihove lastne izjave pomagale tožnikom v odškodninskih tožbah zoper njih.⁷⁰ Razlago o tem, kako naj nacionalno sodišče ravna v primeru, ko je soočeno s tako zahtevo, je še pred sprejemom direktive podalo SEU v zadevah *Pfleiderer*⁷¹ in *Donau Chemie*,⁷² vendar je bila razlaga precej nedoločna in podjetjem pri odločanju za sodelovanje v programu prizanesljivosti gotovo ni pomagala. Nova direktiva je to vprašanje določila jasno,

⁶⁹ Predlagatelj je na predlog OdvZS in po preučitvi osnutkov implementacijske zakonodaje v drugih državah članicah zvišal zagrožene kazni.

⁷⁰ Več o programu prizanesljivosti glej Klemen Podobnik: Program prizanesljivosti – novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi, v: Pravni letopis, 2009, str. 205–223.

⁷¹ C-360/09 *Pfleiderer AG proti Bundeskartellamt*.

⁷² C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde proti Donau Chemie AG and others*.

saj je v šestem odstavku 6. člena izjave zaradi prizanesljivosti in vloge za poravnavo izključila iz razkritja. Zaradi novosti iz direktive je Komisija že spremenila Uredbo 773/2004⁷³ in relevantna obvestila Komisije.⁷⁴ ZPOmK-1 in Uredba o postopku odpustitve in znižanja globe storilcem, ki so udeleženi v kartelih,⁷⁵ vprašanja možnosti dostopa do podatkov v zvezi s programom prizanesljivosti za potrebe odškodninskih postopkov ne urejata, uredba določa le, da se prijave štejejo za poslovno skrivnost, tako da v preostalem do implementacije direktive veljajo splošna pravila. Novela ZPOmK-1 to ureja v 62.c in 62.č členu.

3.5. Status tožnika

Nova direktiva v prvem odstavku 1. člena določa, da lahko škodo zaradi kršitve antitrusta uveljavlja vsakdo, ki jo je utrpel, v 6. točki 2. člena oškodovanca temu ustrezno opredeljuje kot osebo, ki je utrpela škodo, povzročeno s kršitvijo konkurenčnega prava, kot ga opredeljuje direktiva v 1. in 3. točki 2. člena, dodatno pa je to razvidno tudi iz spodaj predstavljenega poglavja IV direktive o prevladitvi preplačil. Škoda lahko nastane konkurentom kršiteljev, potrošnikom ali drugim kupcem njihovih produktov ali storitev, vertikalnim pogodbenim partnerjem kršiteljev, glede na sodbo SEU v zadevi *Kone* tudi škoda, ki je nastala strankam konkurentov kršitelja (angl. *umbrella effect*), ki so povišali cene, itd. Obseg oškodovancev – tožnikov po našem pravu v skladu z unijskim načelom, da lahko vsakdo zahteva odškodnino zaradi kršitve antitrusta (*Courage in Crehan, Manfredi*), ni omejen.⁷⁶

Z namenom olajšati zasebnopravno varstvo konkurence je Komisija že v Beli knjigi iz leta 2008 predlagala tudi kodifikacijo kolektivnih pravnih sredstev v primerih kršitev antitrusta, vendar se je to vprašanje po tem, ko je bil osnutek direktive iz leta 2009 deležen kritik prav zaradi predlagane ureditve kolektivnega varstva (tudi) s sistemom *opt-out*, s področja zasebnega uveljavljanja antitrusta preneslo na področje splošnega (horizontalnega) urejanja kolektiv-

⁷³ Uredba Komisije (ES) št. 773/2004 z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma 81 in 82 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (Besedilo velja za EGP), UL L 123.

⁷⁴ Obvestilo Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (2006/C 298/11); Obvestilo Komisije o pravilih za vpogled v spis Komisije v zadevah na podlagi členov 81 in 82 Pogodbe ES, členov 53, 54 in 57 Sporazuma EGP in Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 (2005/C 325/07); Obvestilo Komisije o vodenju postopkov poravnave za sprejetje odločb v skladu s členoma 7 in 23 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 v kartelnih zadevah (2008/C 167/01); Obvestilo Komisije o sodelovanju med Komisijo in sodišči pri uporabi členov 101 in 102 PDEU (2004/C 101/04).

⁷⁵ Ur. l. RS, št. 112/09, 2/14.

⁷⁶ O ureditvah v drugih državah članicah glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 190–193.

nega varstva pravic v EU. To je trenutno zajeto v nezavezujočem Priporočilu Evropske komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije.⁷⁷ Nova direktiva se vprašanja kolektivnega varstva zato ne dotika in v 13. uvodni izjavi direktive pojasni, da ta direktiva državam članicam ne bi smela nalagati obveznosti, da uvedejo mehanizme kolektivnih pravnih sredstev za izvajanje členov 101 in 102 PDEU. V odsotnosti zavezujoče ureditve kolektivnega varstva na področju antitrusta je odločitev o njegovi uvedbi še vedno na državah članicah.

Pred letom dni sem zapisala,⁷⁸ da bo zanimivo videti, ali in kako bo Slovenija, ki v zvezi z uveljavljanjem antitrusta kolektivnih tožb ne pozna, upoštevala priporočila iz zgoraj navedenega dokumenta Komisije, ki priporoča, med drugim, uveljavitev skupinskih *opt-in* ter reprezentativnih opustitvenih in odškodninskih tožb (to naj bi kljub nezavezujoči naravi priporočila storila do 26. julija 2015, po tem datumu pa naj bi Komisija glede na odzive držav članic na priporočilo ocenila, ali je potrebna priprava zavezujoče zakonodaje).⁷⁹ Ugibala sem, ali bo glede na izraženo potrebo po mehanizmih kolektivnega varstva pri nas v zadnjih letih (primer »elektrokartela«⁸⁰ in aktualni primer zatrjevanе zlorabe v obliki vezave ISDN/ADSL⁸¹) slovenski zakonodajalec ob implementaciji direktive uredil tudi ustrezno kolektivno varstvo (vsaj) na področju antitrusta.

ZPOmK-1G kolektivnega varstva na področju antitrusta ne ureja. Razlog za to je v tem, da je Ministrstvo za pravosodje letos pripravilo predlog Zakona o kolektivnih tožbah (ZKolT), v katerega področje uporabe spadajo tudi zahtevki zaradi kršitev antitrusta. Predlog ZKolT večinoma sledi rešitvam iz priporočila

⁷⁷ 2013/396/EU.

⁷⁸ Vlahek (Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 183–184.

⁷⁹ Več o kolektivnem varstvu v EU glej A. Vlahek, nav. delo (2012, Kolektivno ...); Ana Vlahek: Množični (odškodninski) zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava (antitrusta), v: IX. dnevi civilnega prava. Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2011, str. 1–8; zelo obširno o skupinskih tožbah v EU tudi v predlogu ZKolT in tam navajani literaturi, na primer v: Paul G. Karlsgodt: World Class Actions, A Guide to Group and Representative Actions around the Globe. Oxford University Press, Oxford 2012, str. 144–168.

⁸⁰ Sodbe Vrhovnega sodišča RS, št. U 5/2008, U 2/2008, U 9/2008, U 4/2008 in U 6/2008 z dne 30. junija 2009, izdane v postopku sodnega varstva zoper odločbo UVK, št. 306-168/2007-57 z dne 6. avgusta 2008. Analiza primera je predstavljena v: A. Vlahek, nav. delo (2015, Challenges ...), str. 379–383.

⁸¹ Odločba JAVK št. 3072-2/2004-132 z dne 25. oktobra 2013. Upravno sodišče RS je zavrnilo tožbo Telekom Slovenije d.d. zoper odločbo JAVK. Vrhovno sodišče RS je 15. julija 2015 ugodilo reviziji, razveljavilo izpodbijano sodbo in zadevo vrnilo v novo sojenje (sklep X Ips 58/2015), v katerem je Upravno sodišče 3. novembra 2015 odpravilo odločbo JAVK in ji zadevo vrnilo v ponovni postopek. Analiza primera je predstavljena tudi v: A. Vlahek, nav. delo (2015, Challenges ...), str. 381–383.

Komisije, poleg kolektivnih tožb (dajatvenih in opustitvenih) pa ureja še kolektivno poravnavo. Poudariti velja, da ZKolt procesno upravičenje v primeru dajatvenih tožb podeljuje:

1. državnemu tožilcu (oziroma državnemu odvetniku) ter
2. pravni osebi zasebnega prava, ki ima nepridobitno naravo in pri kateri obstaja neposredna povezava med njenimi glavnimi cilji delovanja in pravicami, ki naj bi bile kršene in v zvezi s katerimi se vloga tožba.

Poleg procesnega upravičenja bo moral tožnik izkazati še v zakonu določeno reprezentativnost. Postopek s kolektivno dajatveno tožbo je razdeljen v več faz (certifikacija, vključevanje oziroma izključevanje, vsebinsko odločanje in izvršba). Urejena je tudi t. i. kolektivna nadaljnja tožba, ki bo aktualna prav na področju antitrusta. Zakon, ki naj bi se uporabljal le za primere množičnih oškodovanj, do katerih bo prišlo po njegovi uveljavitvi, omogoča tako sistem *opt-in* kot tudi *opt-out*, vzpostavlja register kolektivnih tožb, predvideva imenovanje upravitelja kolektivne odškodnine (ki je lahko določena tudi agregatno) in druge institute, ki so v naši pravni ureditvi popolna novost.⁸²

3.6. Prevalitev preplačil

Poglavje IV nove direktive (12.–16. člen) določa pravila v primerih, ko pride do prevalitve preplačil (angl. *passing-on of overcharges*, nem. *Abwälzung des Preisaufschlags*, fr. *répercussion du surcoût*)⁸³ oziroma (kot izhaja iz četrtega odstavka 12. člena direktive) do prevalitve zmanjšanja plačil.⁸⁴ Da se teh pravil ne bi uporabljalo samo v primerih prevalitev preplačil, o čemer je običajno govora, direktiva od držav članic zahteva, da zagotovijo, da se ta pravila ustrezno uporabijo tudi v primerih dobave kršitelju, torej kadar je kršitelj prejemnik blaga oziroma storitve in zaradi kršitve antitrusta njegovi neposredni in/ali posredni dobavitelji prejmejo manj kot bi v primeru, če kršitve ne bi bilo. V nadaljevanju predstavljena vsebina 12. do 16. člena nove direktive, ki omejuje zgolj preplačila, se torej nanaša tudi na primere zmanjšanih plačil zaradi kršitve antitrusta. Dodati velja tudi, da se primeri, ki jih zadeva IV. poglavje nove direktive, kljub uporabi besedne zveze »(ne)posredni kupci« nanašajo na različna razmerja med kršitelji in njihovimi strankami ter med kršiteljevimi

⁸² Natančna predstavitev ciljev, načel in vsebine ZKolt je vsebovana v predlogu zakona, ki je objavljen na spletnih straneh Ministrstva za pravosodje.

⁸³ Slovenska različica direktive namesto preplačilo uporablja (verjetno po vzoru francoske različice) izraz povečani stroški. Hrvaška različica uporablja izraz *prenošenje previsokih cijen*.

⁸⁴ Glej tudi razlago tega določila v uvodni izjavi 43 direktive.

strankami in njihovimi nadaljnjimi strankami (lahko gre na primer za stranke v naročniškem razmerju glede določene storitve).

Člen 12 nove direktive v prvem odstavku na splošno določa, da morajo države članice za zagotovitev polne učinkovitosti uveljavljanja pravice do popolne odškodnine zagotoviti, da:

1. lahko odškodnina za škodo v skladu s pravili iz poglavja IV direktive zahteva vsakdo, ki je škodo utrpel, ne glede na to, ali je neposredni ali posredni kupec kršitelja;
2. se prepreči prisoditev odškodnin, ki presegajo škodo, povzročeno s kršitvijo antitrusta (v zvezi s tem drugi odstavek 12. člena določa, da države članice določijo ustrezna postopkovna pravila, s katerimi zagotovijo, da odškodnina za dejansko izgubo na katerikoli stopnji dobavne verige ne presega preplačil na tej stopnji); in
3. se prepreči, da kršitelj ne bi odgovarjal za škodo, ki jo je povzročil.

V tretjem odstavku 12. člena direktiva izrecno določa, da pravila o prenosu preplačil ne vplivajo na pravico oškodovanca, da zahteva in prejme odškodnino za izgubljeni dobiček zaradi polnega ali delnega nadaljnega prenosa preplačil (ker na primer zaradi višje cene svojim kupcem ni prodal toliko, kot bi sicer).

Peti odstavek 12. člena direktive od držav članic zahteva, da zagotovijo, da so nacionalna sodišča v skladu z nacionalnimi postopki pristojna, da ocenijo, kateri del preplačila se je prenesel naprej.

Člen 13 nove direktive ureja enega od morebitnih toženčevih ugovorov v odškodninskih postopkih zaradi kršitev antitrusta, tj. ugovor nadaljnega prenosa (ugovor *passing-on*). Gre na primer za to, da toženec na trditve tožnika, da je tožencu plačal previsoko, protikonkurenčno določeno kupnino, odgovarja, da je tožnik to previsoko kupnino v celoti ali deloma prenesel naprej na svojega kupca (na primer na potrošnika ali drugega kupca v distribucijski verigi), zaradi česar tožniku ni nastala škoda (vsaj ne v obliki dejanske izgube plačilnih sredstev zaradi preveč plačane kupnine). Mnenja o tem, ali je tak ugovor toženca dopusten ali ne, so tako v teoriji kot tudi zakonodaji in sodni praksi različna.⁸⁵ Z namenom poenotiti to vprašanje in s tem povečati predvidljivost strank v odškodninskih postopkih je ugovor nadaljnega prenosa Komisija natančno obravnavala že v Beli knjigi. V luči že uveljavljene pravila, da naj oškodovanec prejme polno odškodnino za škodo, nastalo s kršitvijo konkurence (ne manj, pa tudi več ne), je v Beli knjigi predlagala,

⁸⁵ Za več o tem, predvsem tudi o sodbi Sodišča prve stopnje (danes Splošnega sodišča) v zadevi združeni primeri T-295/02 do T-264/02 in T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG et al proti Komisiji*, glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 199–202.

da se tožencem tak ugovor dopusti, saj bi bile lahko sicer neposredne stranke kršitelja neupravičeno obogatene, tj. za tisti del cene, ki so ga uspele prenesti naprej. Predlagala je, da bi moral prenos in višino prenesene cene dokazati toženec, pri čemer standard dokazovanja ne bi smel biti nižji od tistega, ki velja za tožnika za dokazovanje škode. V skladu s tem tudi 13. člen nove direktive od držav članic zahteva, da zagotovijo, da lahko toženec ugovarja, da je tožnik v celoti ali delno prenesel naprej preplačilo, ki je posledica kršitve antitrusta, pri čemer toženec nosi dokazno breme glede nadaljnega prenosa preplačila in lahko »upravičeno zahteva«⁸⁶ razkritje od tožnika ali tretjih oseb.

V zvezi s prenosom preplačil velja omeniti, da direktiva v končno besedilo ni vnesla po mojem mnenju neprimerne določila iz drugega odstavka 12. člena predloga direktive iz junija 2013, po katerem toženec nasproti tožniku ne bi mogel uporabiti ugovora prenosa preplačila, čeprav je do prenosa prišlo in torej tožnik škode v obliki preplačila ni utrpel, vendar oškodovane tretje osebe ne bi mogle zahtevati odškodnine. Taka rešitev bi omogočala prisoditev odškodnine tožniku, ki mu škoda v obliki preplačila sploh ni nastala, zato ker pravi oškodovanci od toženca odškodnine ne bi mogli prejeti.

Poleg ugovora *passing-on*, ki tožencem služi kot ščit zoper odškodninski zahtev (oziroma zoper višino zahtevane odškodnine) s strani tožnika, ki je toženčev neposredni ali posredni, toda ne končni kupec oziroma druga stranka, se dejstvo prenosa nezakonito povišanega plačila naprej po verigi uporablja tudi kot meč, in sicer s strani posrednih strank (običajno končnih kupcev ali naročnikov, na primer potrošnikov), ki trdijo, da jih je toženec oškodoval, saj so zaradi njegovega dviga cen za blago ali storitev plačali preveč. Položaj posrednih kupcev je pri dokazovanju odškodninske odgovornosti kršitelja v primerjavi z neposrednimi kupci težji, saj morajo pojasniti distribucijsko verigo in dokazati vzročno zvezo med blagom oziroma storitvijo, ki je bila predmet njihove pogodbe, in blagom oziroma storitvijo, ki je predmet pogodbe med kršiteljem in kršiteljevo stranko, ter dokazati, da je prišlo do prenosa preplačane cene. Z namenom olajšati položaj posredne stranke kot tožnika je Komisija v Beli knjigi predlagala vzpostavitev ovrgljive domneve, da je prišlo do prevalitve celotnega preplačila od kršitelja po verigi do tožnika. Tožnik bi moral še vedno dokazati kršitev, obstoj preplačila, kakšna škoda mu je zaradi prenosa preplačila nastala; le dejstvo, da je bilo preplačilo v celoti preneseno nanj po distribucijski verigi, bi se domnevalo in bi nasprotno dokazoval toženec (na primer tako, da bi se skliceval na predhodno sodbo, v kateri bi mu sodišče naložilo, da mora neposredni stranki oziroma stranki, ki je v verigi bliže kršitelju kot novi tožnik, po-

⁸⁶ Angl. *who may reasonably require*, nem. *der in angemessener Weise*, fr. *qui peut raisonnablement exiger*, hr. *koji može razumno zahtijevati*.

vrniti preplačilo). Prvi odstavek 14. člena nove direktive temu ustrezno določa, da države članice takrat, kadar je obstoj odškodninskega zahtevka ali znesek odškodnine odvisen od tega, ali oziroma v kakšnem obsegu se je preplačilo preneslo naprej na tožnika, ob upoštevanju trgovinske prakse, da se preplačila prenašajo po dobavni verigi naprej, zagotovijo, da dokazno breme glede obstoja in obsega takega nadaljnega prenosa nosi tožnik, ki lahko »utemeljeno zahteva«⁸⁷ razkritje od toženca ali tretjih oseb. Pri tem drugi odstavek 14. člena določa, da se šteje, da je posredni kupec dokazal nadaljnji prenos nanj, če dokaže, da je toženec kršil antitrust, da je bilo tožnikovo preplačilo posledica toženčeve kršitve ter da je tožnik kupil blago ali storitve, v zvezi s katerimi je bil kršen antitrust ali izhajajo iz takega blaga ali storitev ali pa vsebujejo tako blago ali storitve, pri čemer se ta domneva ne uporablja, če lahko toženec sodišču prepričljivo dokaže,⁸⁸ da preplačilo ni bilo ali ni bilo v celoti preneseno na tožnika kot posrednega kupca.

V primeru več tožb zaradi istega preplačila (na primer če neposredni kupec toži kršitelja in posredni kupec toži istega kršitelja) lahko pride do tega, da mora toženec preplačilo vračati večkrat (in so kupci v enem od členov v verigi obogateni): neposrednim kupcem zato, ker kršitelj ne bi uspel dokazati prenosa preplačila na naslednje člene v verigi, posrednim kupcem pa zato, ker ne bi uspel ovreči domneve o prenosu preplačila nanje. Če bi kršitelju to uspelo, pa bi se lahko zgodilo, da mu ne bi bilo treba vrniti ničesar in bi bil obogaten na račun enega od kupcev v verigi. Da do teh skrajnosti ne bi prihajalo, je Komisija že v Beli knjigi predlagala, da se v primeru skupnih, vzporednih ali zaporednih tožb, ki jih vložijo kupci na različnih točkah distribucijske verige, nacionalna sodišča spodbuja, da v celoti uporabijo vse mehanizme, ki so jim na voljo v skladu z nacionalnim pravom, pravom EU in mednarodnim pravom, da se prepreči prisoditev odškodnin, ki bodisi presegajo škodo bodisi ne dosegajo škode, nastale zaradi kršitve antitrusta.⁸⁹ Tudi nova direktiva v 15. členu (ki, kot je navedeno v drugem odstavku tega člena, ne posega v pravice in obveznosti nacionalnih sodišč iz 30. člena Uredbe 1215/2012⁹⁰) ureja to problematiko in določa, da države članice zagotovijo, da lahko nacional-

⁸⁷ Druge različice (vsaj angleška, nemška, francoska in hrvaška) uporabljajo drugače kot slovenska enaka izraza v 13. in v 14. členu: angl. *who may reasonably require*, nem. *der in angemessener Weise ... verlangen kann*, fr. *qui peut raisonnablement exiger*, hr. *koji može razumno zahtijevati*.

⁸⁸ Angl. *demonstrate credibly*, nem. *glaubhaft machen kann*, fr. *démontrer de façon credible*, hr. *na način da uvjeri*.

⁸⁹ Za več o tem glej Commission Working Paper Accompanying White Paper, str. 62–69.

⁹⁰ Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 351/1 z dne 20. decembra 2012.

na sodišča pri uporabi pravil o dokaznem bremenu, kot so določena v 13. in 14. členu direktive, ustrezno upoštevajo, da so tožniki z drugih stopenj verige vložili odškodninske tožbe v zvezi z isto kršitvijo zoper istega tožnika, da so bile na podlagi takih tožb že izdane sodbe in druge relevantne javno dostopne informacije, ki izhajajo iz javnopravnega uveljavljanja antitrusta.

Slovensko odškodninsko pravo že zdaj ustreza temeljnemu načelu iz direktive, da lahko odškodnino zahteva vsakdo, ki mu je nastala škoda, torej ne glede na to, ali je neposredni ali posredni kupec v pravnoposlovni verigi, omogoča tudi večino preostalih v direktivi določenih rešitev glede prenosa preplačila. Kljub temu je bilo pričakovati, da bo slovenski zakonodajalec vsa relevantna vprašanja preplačil uredil z novelo ZPOmK-1, ki vprašanja preplačil zdaj ne ureja, ZPOmK-1G pa ga obravnava v 62.i in 62.j členu.

Smernice za nacionalna sodišča o tem, kako določiti obseg na posrednega kupca prenesenega (dela) preplačila, ki jih bo v skladu s 16. členom nove direktive morala izdati Komisija, bodo sodiščem gotovo v dodatno pomoč. Študija za potrebe priprave smernic naj bi bila končana maja 2016.⁹¹

3.7. Krivda in vzročna zveza

ZPOmK-1 v prvem odstavku 62. člena odškodninsko odgovornost kršiteljev antitrusta pogojuje z njihovo krivdo. Kot obliko krivde izrecno navaja namen in malomarnost. Tudi če to ne bi bilo zapisano, bi veljalo po splošnih pravilih našega odškodninskega prava. Naš zakonodajalec je z izrecnim zapisom verjetno želel odpraviti vsakršen dvom o tem, ali je odgovornost za škodo, nastalo s kršitvijo antitrusta, krivdna ali ne. Pogosto se namreč navaja (in taka je tudi zakonodaja nekaterih držav članic), da sama kršitev antitrusta logično pomeni tudi krivdo kršitelja in zato v tem primeru dokazovanje krivde sploh ni potrebno, oziroma da je odgovornost kršitelja objektivna.⁹² Nekateri to izvajajo celo iz sodbe v zadevi *Manfredi* (in poznejše sodbe v zadevi *City Motors*), v kateri SEU kot predpostavke odškodninske odgovornosti krivde nikjer ne omenja, in zato menijo, da so nacionalna pravila, ki odgovornost za kršitev skupnostnega antitrusta pogojujejo s krivdo, v nasprotju s pravom EU.⁹³

⁹¹ <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html#steps>> (6. 9. 2016).

⁹² Tako na primer francosko Trgovinsko sodišče v Parizu leta 1996 v primeru *Sté Ecosystem/SA Automobiles Peugeot*, sodišče v Nanterreu leta 2004 v primeru *Arkopharma v Roche/Hoffmann La Roche*, Prizivno sodišče v Parizu leta 2003 v primeru *SARL P Streiff Motorsport v Sté Speedy France SAS* in irsko vrhovno sodišče leta 1997 v primeru *Donovan et al v Electricity Supply Board*. Za več o tem glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 195.

⁹³ Glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 175.

Po slovenskem pravu mora v skladu s pravilom obrnjenega dokaznega bremena (ki je pri nas splošno pravilo – drugače kot v nekaterih državah članicah, ki poznajo tako pravilo zgolj na področju antitrusta) toženec dokazati, da ni ravnal krivdno, če se želi razbremeniti odgovornosti.⁹⁴ Dokazovanje odsotnosti krivde je po našem pravu torej mogoče, vendar bo v primeru kršitev antitrusta verjetno izjemno težko. Zato bi morda lahko rekli, da je v primeru kršitev antitrusta razen v izjemnih primerih dejansko podana tudi krivda. To, da direktiva krivde ne ureja, bi lahko razumeli tudi tako, da dokazovanje (ne)obstoja krivde sploh ni skladno s trenutnim pravom EU. Vendarle iz uvodne izjave 11 direktive izhaja, da je urejanje tega vprašanja ob spoštovanju načel enakovrednosti in učinkovitosti prepuščeno državam članicam. Enako velja za vzročno zvezo, ki jo je sicer drugače kot v primeru krivde kot predpostavko določilo že SEU v zadevi *Manfredi*, državam pa je ob upoštevanju načel učinkovitosti in enakovrednosti prepustilo urejanje podrobnih pravil glede vzročne zveze.⁹⁵

ZPOmK-1G v prvem odstavku novega 62.a člena drugače kot v zdaj veljavnem 62. členu ZPOmK-1 krivdo izrecno omenja in določa ovržno domnevo njene obstoja.

Pristop držav članic glede elementa krivde na področju kršitev antitrusta je različen. Nekaterе države v primeru ugotovljene kršitve neovrgljivo predpostavljajo obstoj krivde ali pa krivde kot elementa odškodninske odgovornosti sploh ne omenjajo.⁹⁶ Komisija je v Beli knjigi pojasnila, da glede takega pristopa nima pripomb. Glede drugih držav članic, torej tistih, ki določajo bodisi ovrgljivo domnevo krivde (med njimi je tudi Slovenija) ali pa zahtevajo, da krivdo toženca dokaže tožnik, pa Komisija ugotavlja, da bi bilo treba na podlagi sodne prakse SEU o pogojih civilne odgovornosti za kršitve skupnostnega prava ter načela učinkovitosti čim bolj omejiti vse zahteve za dokazovanje krivde.⁹⁷ Komisija ne vidi razlogov, da bi se kršitelje oprostilо odgovornosti zaradi odsotnosti dokaza krivde, razen v primerih, v katerih je do kršitve prišlo zaradi opravičljive zmote. Zato je v Beli knjigi predlagala, da države članice, ki zahtevajo dokazovanje krivde, predvidijo sledeče: ko žrtev dokaže kršitev evropske-

⁹⁴ Glede na sodno prakso se predvideva le malomarnost (naklep mora dokazati tožnik), vendar se bo zato, ker se v primeru kršitev antitrusta ne zahteva dokaz naklepa (čeprav bo šlo dejansko skoraj vedno za naklepno ravnanje), temveč zadostuje malomarnost, domnevala malomarnost in bo toženec tisti, ki bo moral dokazati, da ni ravnal malomarno, če se bo želel razbremeniti odgovornosti.

⁹⁵ Več o vzročni zvezi v primerih kršitev antitrusta glej A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 510–512; I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 69–159.

⁹⁶ Za več o tem glej Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report, 31. avgust 2004, str. 50–52.

⁹⁷ Za več o tem glej Commission Working Paper Accompanying White Paper, str. 51–54.

ga antitrusta, je kršitelj odgovoren za povzročeno škodo, razen če dokaže, da je kršitev nastala zaradi resnično opravičljive zmote, pri čemer je zmeta opravičljiva, če se razumna oseba, ki je ravnala zelo skrbno, ni mogla zavedati, da njeno ravnanje omejuje konkurenco. Komisija je pri tem pojasnila, da bo do opravičljive zmote prišlo le redko, na primer v novih in kompleksnih primerih, glede katerih še ni izoblikovane prakse in se lahko ugotovi, da se kršitelj ni mogel zavedati protipravnosti svojega ravnanja.⁹⁸ Predlogi Komisije niso bili zajeti v besedilo direktive, ki krivde sploh ne obravnava in to prepušča državam članicah, od katerih zahteva spoštovanje načel učinkovitosti in enakovrednosti.

Direktiva se prav tako ne dotika urejanja vzročne zveze, Komisija je ni poglobljeno analizirala niti v Beli knjigi, v kateri je opozorila le, da uporaba posameznega koncepta vzročne zveze ne sme v naprej izključiti kakšne skupine oškodovancev, ker bi bila s tem ogrožena učinkovitost prava EU.

3.8. Zastaranje

ZPOmK-1 je na podlagi razlag, ki jih je podalo SEU v zadevi *Manfredi*, in na podlagi predlogov Evropske komisije, predstavljenih v Zeleni knjigi in v Beli knjigi, že leta 2008 uredil vprašanje vpliva poteka postopka pred pristojnim organom za varstvo konkurence na zastaranje odškodninskih terjatev. V tretjem odstavku 62. člena ZPOmK-1 je tako določeno, da zastaranje za uveljavljanje odškodninskega zahtevka ne teče od začetka postopka pred JAVK ali Evropsko komisijo do dneva, ko je ta postopek pravnomočno končan.

Komisija se je v svoji Beli knjigi bolj kot za zadržanje zastaranja zavzemala za njegovo pretrganje, v umaknjenem predlogu direktive iz leta 2009 pa je kot enakovredni možnosti navajala oba instituta in je – tako kot je napovedala že v Beli knjigi – predlagala, da nacionalna pravila oškodovancem omogočijo dovolj časa za vložitev tožbe po tem, ko so seznanjene s kršitvijo in z njo povzročeno škodo; da naj onemogočijo, da bi se zastaranje začelo, preden se trajajoča ali ponavljajoča se kršitev konča; in da naj imajo oškodovanci na voljo vsaj dve leti od pravnomočnosti odločbe organa za varstvo konkurence oziroma sodišča v postopku presoje odločbe organa.

Nova direktiva zastaranje ureja v 10. členu in določa pravila o začetku teka zastaralnega roka, o dolžini zastaralnega roka in o okoliščinah, v katerih je zastaranje pretrgano ali zadržano, pri čemer je treba opozoriti, da je v tem delu prevod direktive v slovenščino izrazito slab (ob že tako slabem nomotehničnem izdelku) in vsebinsko neprimeren (uporablja na primer izraz prekinitvev namesto zadržanje). V drugem odstavku 10. člena je določeno, da zastaralni

⁹⁸ Prav tam, str. 53.

rok ne sme začeti teči, dokler kršitev ne preneha in dokler tožnik ni seznanjen oziroma se od njega ne more razumno pričakovati, da je seznanjen z ravnanjem kršitelja in z dejstvom, da to ravnanje pomeni kršitev antitrusta, z dejstvom, da mu je zaradi kršitve nastala škoda, ter z identiteto kršitelja. Nadalje je v tretjem odstavku določeno, da države članice zagotovijo, da so zastaralni roki za vložitev odškodninskih tožb vsaj pet let, pri čemer je ta rok – vsaj tako gre sklepati iz ne najbolj jasnega besedila direktive – subjektiven in začne teči tako, kot je določeno v drugem odstavku 10. člena direktive. V uvodni izjavi 36 je poleg tega zapisano, da lahko države članice ohranijo ali uvedejo absolutno zastaranje, ki je splošno veljavno, če tek takih absolutnih rokov dejansko ne onemogoči uveljavljanja pravice do odškodnine ali ga pretirano oteži (ista izjava tudi uvodoma poudarja, da nacionalna pravila o nastopu, teku, pretrganju ali prekinitvi zastaranja ne bi smela neupravičeno ovirati vlaganja odškodninskih tožb), kar pomeni, da lahko države (poleg vsaj petletnega subjektivnega roka) določijo še objektivni rok. Države članice morajo zagotoviti tudi, da se zastaranje zadrži ali – odvisno od nacionalnega prava – pretrga (v slovenski različici narobe napisano ravno obratno),⁹⁹ če organ za varstvo konkurence (to je bodisi Komisija bodisi nacionalni organ) sprejme ukrep za namen preiskave ali postopka zaradi kršitve, pri čemer zadržanje (v slovenski različici napačno prevedeno kot pretrganje) zastaranja preneha najprej eno leto po pravnomočnosti odločbe o kršitvi ali drugačnem zaključku postopka.¹⁰⁰

Ob implementaciji direktive je treba torej natančno preveriti, koliko je z določili direktive skladna veljavna slovenska zakonodaja, ki ureja zastaranje (tako sedanje določila tretjega odstavka 62. člena ZPOmK-1 kot tudi relevantna določila OZ), ter jo ustrezno dodelati in dopolniti, do takrat pa bodo še naprej relevantni sodna praksa SEU, tretji odstavek 62. člena ZPOmK-1 in splošna pravila o zastaranju iz OZ. Predlagatelj ZPOmK-1 je zastaranje uredil v novem 62.h členu, ki je bil (po moji oceni utemeljeno) deležen daleč največ kritik in je zato predmet revidiranja.¹⁰¹ Predvidel je namreč petletni subjektivni rok (v skladu z direktivo, ki zahteva vsaj petletni subjektivni rok), določil pa je (prav tako v skladu z direktivo, ki dopušča določitev absolutnega roka, kolikor ta de-

⁹⁹ Več o pretrganju in zadržanju glej Matija Damjan: Pretrganje in zadržanje zastaranja terjatev, v: Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2015, str. 171–212, 266–267.

¹⁰⁰ O več možnih razlagah te določbe je pisal M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 202, vendar menim, da je glede na dokaj jasen zapis, da se enoletni rok nanaša na zadržanje zastaranja, ne na zastaranje, mišljeno, da zastaranje teče naprej šele po poteku enega leta po pravnomočnosti odločbe, in ne, da se zastaranje izteče najpozneje eno leto po pravnomočnosti odločbe.

¹⁰¹ Glej pisni stališči OdvZS (str. 44) in Odvetniške pisarne Zdolšek (str. 4), smiselno pa tudi v razpravi sodelujočih zbornic in družb.

jansko ne onemogoči uveljavljanja pravice do odškodnine ali ga pretirano oteži) še tridesetletni absolutni objektivni rok, ki teče od prenehanja kršitve. Pri določitvi tako dolgega roka naj bi se predlagatelj zgledoval po predlogu nove nemške ureditve,¹⁰² vendar slepo (in povrhu nenatančno) prepisovanje tujih ureditev, ki sicer institut zastaranja urejajo drugače od naše, ni primerna. Menim, da je tridesetletni objektivni rok (čeprav absolutni in čeprav naj bi tekel od kršitve) v našem pravnem prostoru predolg in v tem pogledu ni primerljiv z drugimi zastaralnimi roki v naši ureditvi. Prav tako menim, da bila določitev objektivnega absolutnega desetletnega roka, kakor ga je v svojih pisnih stališčih predlagala OdvZS (tudi družba Si.mobil d.d.), povsem ustrezna (lahko bi bil vezan na nastanek škode, ne kršitve). Težava pri določanju dolžine tega roka je bojda v tem, da Komisija vztraja pri daljšem absolutnem roku, sklicujoč se na to, da bi sicer lahko tak rok potekel, še preden bi bili končani upravni in sodni postopki ugotavljanja kršitve, ki bi bili z ugotovitvijo protipravnosti tožnikov v nadaljnjih tožbah v veliko pomoč. Do tega seveda lahko pride, vendar če direktiva tega izrecno ne zahteva, to (tudi ne bolj ali manj neformalna komunikacija s Komisijo) ne more biti razlog za določitev tako zelo dolgega in s tem dejansko brezpomenskega roka.¹⁰³ Menim, da je nujno, da se določi nek objektivni absolutni rok, saj bi v primeru določitve zgolj subjektivnega roka (celo brez zadržanja zastaranja) lahko civilnopravni postopki potekali več desetletij po kršitvi ali nastanku terjatve, kar ne ustreza cilju zastaranja, tj. da sankcionira pasivnost upnika in s tem varuje pravno varnost in »pravni mir«.¹⁰⁴ Prav tako ni jasno, kako se bo v primerih kršitev antitrusta presojalo začetek teka subjektivnega roka – bo to vedno šele ob izdaji odločbe o kršitvi ali ob njeni pravnomočnosti, bo to od tega neodvisno, bo lahko tudi pozneje, morda prej? Zanimariti ne gre niti določitve zadržanja zastaranja med presojo ravnanja pred organi za varstvo konkurence in sodišči v postopku presoje odločbe. Drugi odstavek 62.h člena namreč določa, da zastaranje odškodninske terjatve ne teče v času od dneva, ko organ »izvede dejanje za namene preiskave ali postopka zaradi kršitve konkurenčnega prava« (karkoli že to pomeni)¹⁰⁵ do

¹⁰² Ta sicer sledi ureditvi iz 195. in 199. paragrafa BGB, ki poleg petletnega subjektivnega roka določa še dva objektivna roka (desetletni rok od nastanka terjatve ter tridesetletni rok od kršitve). Glej <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true,pdf>> (8. 9. 2016).

¹⁰³ Zanimivo bi bilo narediti analizo trajanja presoje primerov pred našim organom za varstvo konkurence in sodišči, tj. koliko časa poteče od kršitve do začetka presoje kršitve, nato izdaje odločbe in nato njene pravnomočnosti. Pri tem seveda ne gre pozabiti, da imajo tožniki vedno na voljo samostojne tožbe (angl. *stand-alone*).

¹⁰⁴ Marko Brus: Uvod v zasebno pravo: splošni del civilnega prava. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 343.

¹⁰⁵ Glej M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 202.

dneva, ko preteče eno leto po pravnomočnosti odločbe o kršitvi ali drugačem zaključku postopka, pri čemer je pojasnjeno (čeprav je to jasno del instituta zadržanja), da se čas, ki je pretekel pred zadržanjem, všteje v zastaralni rok.¹⁰⁶ Če bi na primer obveljalo, da pred izdajo odločbe ali celo pravnomočnostjo odločbe subjektivni petletni rok sploh ne more začeti teči,¹⁰⁷ bi to pomenilo, da petletni subjektivni rok začne teči šele leto dni po pravnomočnosti odločbe, kar je lahko zelo oddaljeno od trenutka kršitve in nastanka škode. Če bi bil zadržan tudi objektivni rok (to sicer gotovo ni bilo mišljeno, saj že direktiva govori o absolutnem roku),¹⁰⁸ pa bi se zastaranje kljub določenemu objektivnemu roku prav tako lahko zamaknilo daleč v prihodnost.

Omeniti velja tudi dileme, ki so se pojavile v tuji teoriji in praksi glede odgovora na vprašanje, ali se zadržanje zastaranja v primeru več naslovnikov odločbe obravnava enotno ali za vsakega naslovnika – kršitelja posebej. To je aktualno v primerih, ko del kršiteljev zoper odločbo organa uporabi pravna sredstva, del pa ne. V primeru neenotne aplikacije zadržanja, ki se zdi pravilna (pravnomočnost se presoja glede na vsakega posameznega naslovnika odločbe),¹⁰⁹ bi zastaralni roki za različne kršitelje tekli različno, na kar morajo biti oškodov-

¹⁰⁶ Člen 361 OZ. Glej Stojan Cigoj: Komentar obligacijskih razmerij, II. knjiga. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984, str. 1181. OZ ne določa splošnega pravila o zadržanju zastaranja, temveč našteva posamezne primere zadržanja. Do zadržanja zastaranja pride v primeru nekaterih posebnih razmerij med upnikom in dolžnikom, zaradi varstva pravic določenih oseb, v nekaterih izrednih okoliščinah in zaradi objektivnih nepremagljivih ovir, ki preprečujejo sodno uveljavljanje obveznosti. Posebna pravila o zadržanju zastaranja za nekatere terjatve določajo še nekateri posebni zakoni. M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 186-187.

¹⁰⁷ To morda nekako nakazuje preambula direktive, ki določa, da nacionalna pravila o nastopu, teku, pretrganju ali prekinitvi zastaranja ne bi smela neupravičeno ovirati vlaganja odškodninskih tožb, kar je zlasti pomembno v primeru tožb, vloženih na podlagi ugotovitve organa, pristojnega za konkurenco, ali pritožbenega sodišča o kršitvi, ter dodaja, da bi moralo biti zato še vedno mogoče vložiti odškodninsko tožbo po koncu postopka pred organom. Morda pa je s tem mišljeno le, da mora biti po pravnomočnem končanju postopka še dovolj časa za vložitev tožbe, pri čemer izhaja s stališča, da morebitni rok, ki je potekel pred začetkom preiskovanja organa, do tega začetka še ni potekel.

¹⁰⁸ V tem primeru bi bilo primerneje, če bi se določilo o zadržanju prestavilo pred določbo o objektivnem zastaralnem roku.

¹⁰⁹ Tak primer omenja tudi 38. uvodna izjava direktive: »Podjetja, ki sodelujejo z organi, pristojnimi za konkurenco, v okviru programa prizanesljivosti, imajo ključno vlogo pri odkrivanju kršitev skrivnih kartelov in pri zaustavljanju takšnih kršitev, s čimer se pogosto ublaži škoda, ki bi jo lahko povzročilo nadaljnje izvajanje kršitve. Zato je primerno uvesti določbo za podjetja, ki jim je organ, pristojen za konkurenco, v okviru programa prizanesljivosti priznal imuniteto pred globami, da se zaščitijo pred neupravičeno izpostavljenostjo odškodninskim zahtevkom, pri tem pa se upošteva, da odločba organa, pristojnega za konkurenco, o obstoju kršitve lahko postane pravnomočna za osebo z imuniteto, preden postane pravnomočna za druga podjetja, ki jim imuniteta ni bila priznana, kar pomeni, da je oseba z imuniteto lahko prednostno obravnavana v pravnem postopku.«

vanci posebej pozorni.¹¹⁰ Morda zaradi jasnosti oziroma različnih razlag (ki so glede na razvoj v tujini očitno verjetna) ne bi bilo odveč, če bi zakonodajalec to izrecno navedel v 62.h členu. Nadalje, v primeru, ko bo tak kršitelj (tj. kršitelj, zoper katerega bo izdana pravnomočna odločba, medtem ko bodo preostali kršitelji odločbo napadali s pravnimi sredstvi) prejemnik imunitete, bo v skladu s spodaj obravnavanim četrtem odstavkom 62.g člena, ki naj bi ščitil prav take kršitelje, solidarno odgovoren le svojim neposrednim ali posrednim kupcem ali dobaviteljem, drugim oškodovancem pa le, če slednji od drugih kršiteljev ne morejo pridobiti popolne odškodnine. Vprašanje je, kako v takih primerih razlagati ta zadnji pogoj.

Ob tem je treba poudariti tudi, da je v praksi zelo pomembno, kakšna je časovna veljavnost določil o zastaranju, tj. na katere primere se ta nanašajo. Slovenski zakonodajalec je to zelo pomembno vprašanje pri pripravi ZPOmK-1, vsaj zdi se tako, povsem prezrl. ZPOmK-1, ki je začel veljati 26. aprila 2008, namreč ni določil, na katere primere se nanaša novo pravilo o zadržanju zastaranja, predvsem ali se nanaša tudi na primere, v katerih je zastaralni rok začel teči pred 26. aprilom 2008, pa do takrat še ni potekel; ali je lahko torej zastaranje tudi v teh primerih zadržano v skladu s tretjim odstavkom 62. člena ZPOmK-1 (od 26. aprila 2008 dalje) ali ne (sklicujoč se na prepoved (neprave) retroaktivnosti).¹¹¹ Vse, kar je glede tega določeno v ZPOmK-1, je, da zakon začne veljati 15. dan po objavi,¹¹² tj. 26. aprila 2008. Direktiva v 22. členu (ki je prav tako slabo preveden) določa tudi časovno veljavnost implementacijske zakonodaje in pravi, da se nacionalni ukrepi, sprejeti za uskladitev z materialnimi določbami direktive, ne uporabljajo retroaktivno, drugi ukrepi (očitno tisti procesni) pa se ne uporabljajo za odškodninske tožbe, ki so bile vložene pred 26. decembrom 2014. Novela ZPOmK-1 v četrtem odstavku 37. členu določa celo, da se 62.h člen uporablja za civilnopravne zahteve, ki so posledica kršitev konkurenčnega prava, ki so nastale po uveljavitvi zakona.

¹¹⁰ Glej na primer Pinar Akman: *Period of Limitations in Follow-on Competition Cases: The Elephant in the Room?*, CCP Working Paper 13-8, ISSN 1745-9648, ki prikazuje, kako so se s tem vprašanjem soočila sodišča v Združenem kraljestvu. Predvsem zanimiv je primer *Morgan Crucible*, v katerem je Vrhovno sodišče leta 2014 potrdilo razlogovanje prvostopenjskega *Competition Appeals Tribunal* in zavrnilo razlogovanje pritožbenega *Court of Appeals*.

¹¹¹ Glej Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 1040, 57. Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-382/02-14 z dne 15. aprila 2004.

¹¹² Člen 84 ZPOmK-1.

3.9. Solidarna odgovornost kršiteljev

Direktiva v želji po čim večjem obsegu povračila škode oškodovancem¹¹³ povsem na novo ureja solidarno odgovornost kršiteljev. Kot bo prikazano v nadaljevanju, menim, da je ureditev vse prej kot dobro premišljena, predvsem pa tudi ni najbolj jasna. V prvem odstavku 11. člena določa, da morajo države članice zagotoviti, da so podjetja, ki so s skupnim ravnanjem kršila antitrust, solidarno odgovorna za škodo, povzročeno s tako kršitvijo, kar pomeni, da mora vsako od podjetij oškodovancu, če ta to od njega zahteva, plačati celotno škodo, oškodovanec pa ima pravico od kateregakoli od podjetij zahtevati popolno odškodnino, dokler ni v celoti poplačan. Temu sicer ustreza že zdaj veljavni 186. člen OZ o odgovornosti več oseb za isto škodo (zato to pravilo v 62.g členu ni ponovljeno),¹¹⁴ vendar so nadaljnja določila 11. člena, ki so predstavljena v nadaljevanju, tako natančna in specifična (mestoma žal tudi nejasna), da jih je moral predlagatelj v specialni zakonodaji posebej urediti (v preostalem pa se uporabljajo splošna pravila iz OZ). ZPOmK-1G v besedilo zakona tako dodaja nov 62.g člen, ki bolj ali manj prepisuje določila direktive (ne določa solidarne odgovornosti, ker je določena že v OZ;¹¹⁵ izrecno zapiše vrednosti za presojo statusa majhnega ali srednjega podjetja in glede teh podjetij uvaja pravilo, ki iz direktive ne izhaja). Pri tem velja omeniti, da tudi primerjalnopravno podobnih rešitev v splošnem institutu solidarnih obveznosti ni zaslediti.¹¹⁶

Odstop od omenjenega pravila iz prvega odstavka 11. člena ureja drugi odstavek 11. člena direktive (ki je bil v besedilo direktive vključen šele med obravnavo v Evropskem parlamentu v zadnji fazi sprejemanja direktive),¹¹⁷ po katerem je kršitelj, kadar je majhno ali srednje podjetje (MSP) v smislu Priporočila Komisije z dne 6. maja 2003 o definiciji mikro, majhnih in srednje ve-

¹¹³ O vplivu določitve solidarne odgovornosti na spodbudo za vlaganje tožb in za poravnavanje glej Sebastian Peyer: *Compensation and the Damages Directive*, Centre for Competition Policy, UEA Law School, University of East Anglia, CCP Working Paper 15-10, str. 20–24, in tam navedena dela.

¹¹⁴ Uporaba OZ seveda velja pod predpostavko, da se lahko take primere podvrže pravilom o odškodninski odgovornosti. Da splošno pravilo o solidarni odgovornosti več oseb za isto škodo velja tudi tu, sicer jasno izhaja že iz naslova 62.g člena. O obravnavi tega vprašanja v ameriškem pravnem prostoru glej Albert A. Foer in Randy M. Stutz: *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States*. Edward Elgar, 2012, str. 237.

¹¹⁵ Ne bi bilo odveč, če bi (na primer po zgledu nemškega predloga sprememb GWB – paragraf 33d) v ta člen vključili tudi splošno določilo oziroma navedli vsaj sklic nanj.

¹¹⁶ Kaja Breznik Ladinik: *Solidarne obveznosti*, magistrska naloga. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016, str. 26–91, 112–115.

¹¹⁷ I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 48, 273.

likih podjetij,¹¹⁸ odgovoren le svojim neposrednim in/ali posrednim kupcem (ne torej tudi strankam so-kršiteljev, pa tudi ne svojim dobaviteljem¹¹⁹), če je bil njegov tržni delež v času trajanja kršitve nižji od 5 odstotkov in bi uporaba pravila o solidarni odgovornosti nedvomno ogrozila njegovo gospodarsko sposobnost preživetja in povzročila, da bi njegova sredstva izgubila vso vrednost¹²⁰.¹²¹ Vendar pa tretji odstavek 11. člena direktive določa, da ta izjema ne pride v poštev, kadar je MSP organiziralo protipravno ravnanje ali je druga podjetja prisililo, da pri kršitvi sodelujejo, ali pa je bilo »predhodno ugotovljeno, da je MSP kršilo konkurenčno pravo«, kar pomeni, da je MSP antitrust kršilo že prej.¹²² Predlagani 62.g člen ZPOmK-1 v prvem odstavku na prvi pogled nekoliko nerodno (tj. ne da bi najprej povedal, da so kršitelji solidarno odgovorni – to sicer velja že po splošnih določilih OZ) določa, da je ne glede na pravila, s katerimi so urejena obligacijska razmerja, solidarni dolжник, ki je kršitelj konkurenčnega prava in ima manj kot 250 zaposlenih ter letni promet, ki ne presega 50 milijonov evrov, ali letno bilančno vsoto, ki ne presega 43 milijonov evrov, odgovoren le svojim neposrednim in posrednim kupcem ali dobaviteljem,¹²³ če dokaže, da je bil njegov tržni delež na upoštevem trgu v času kršitve konkurenčnega prava nenehno pod 5 %, in če bi uporaba splošnega pravila o solidarni odgovornosti nedvomno ogrozila njegovo gospodarsko sposobnost preživetja, njegova sredstva pa bi izgubila celotno vrednost. Tretji odstavek 62.g člena v zvezi s tem bolj jasno kot tretji odstavek 11. člena direktive določa, da se izjema iz prvega odstavka tega člena ne uporablja, če je imel kršitelj vlogo vodje pri kršitvi konkurenčnega prava ali je prisilil druga podjetja k sodelovanju pri kršitvi, prav tako ne, če je bila zoper tega kršitelja že kdaj

¹¹⁸ 2003/361/EC, UL L 124 z dne 20. maja 2003; <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:en:PDF>> (1. 7. 2015).

¹¹⁹ Dobavitelji tu drugače kot v tretjem odstavku 11. člena direktive niso navedeni (odgovornost MSP je tako še bolj omejena). Predlog 62.g člena je – verjetno po pomoti – navedel tudi dobavitelje. Nemški predlog sprememb GWB v paragrafu 33d sledi direktivi.

¹²⁰ Vsebinsko slednjega kriterija s sklicevanjem na prakso Splošnega sodišča obrazloži predlog novele nemškega GWB, str. 58-59.

¹²¹ Opisano izjemo (ki ni napisana najbolj jasno, zato se lahko tudi motim) razumem tako, da lahko od MSP odškodnino zahteva samo njegov kupec (celotni znesek, razliko MSP regresira od sokršitelja), preostali (druge stranke MSP, drugi oškodovanci, stranke sokršitelja) pa se lahko s celotnim zneskom obrnejo le na sokršitelja, ta pa ima potem regresni zahtevek od MSP. MSP tako povrne vso škodo, ki jo je povzročilo, le sistem njegove solidarne odgovornosti je drugačen (omejen) – ne »kreditira« sokršitelja tako, kot bi ga sicer. Glej tudi S. Peyer, nav. delo, str. 21.

¹²² Slovensko besedilo je tudi tu slabo napisano, je pa iz konteksta (ter drugih jezikovnih različic direktive) jasno, kaj je želel zakonodajalec povedati. Glej tudi S. Peyer, nav. delo, str. 9-10.

¹²³ Kot je že bilo omenjeno, dobavitelji v drugem odstavku 11. člena direktive niso omenjeni. Glej I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 273.

prej izdana pravnomočna upravna ali sodna odločba, da je kršil konkurenčno pravo.¹²⁴

Peti odstavek 11. člena direktive glede notranjega razmerja med dolžniki nadalje (ne najbolj razumljivo) določa, da »države članice zagotovijo, da lahko kršitelj zahteva od vsakega drugega kršitelja, naj mu povrne znesek, ki se določi glede na njegov relativni delež v škodi, povzročeni s kršitvijo konkurenčnega prava«. ¹²⁵ Uvodna izjava 37 preambule direktive pravi, da določitev deleža kot relativne odgovornosti kršitelja in relevantnih meril, kot so prihodki, tržni delež ali vloga v kartelu, ureja veljavno nacionalno pravo ob upoštevanju načel učinkovitosti in enakovrednosti. Tu se bodo, če zakonodajalec teh kriterijev ne bo natančneje uredil ali vsaj določil v ZPOmK-1 (kar glede na specifiko omejevalnih ravnanj morda ne bi bilo slabo), uporabljala splošna določila 188. člena OZ, ¹²⁶ od katerih pa bo lahko, če ne bi bila učinkovita (torej ne skladna z načelom učinkovitosti), sodišče tudi odstopilo. V praksi se bo lahko postavilo vprašanje, kako je s povračilom stroškov, ki so nastali solidarnemu dolžniku zato, ker so si oškodovanci kot tarčo za plačilo izbrali njega.

Direktiva v zvezi s prispevkom kršitelja, ki mu je organ, pristojen za konkurenco, priznal imuniteto pred globami v okviru programa prizanesljivosti, v drugi povedi petega odstavka 11. člena določa, da znesek prispevka kršitelja ne sme preseči deleža v škodi, ki jo je podjetje povzročilo svojim neposrednim ali posrednim kupcem ali dobaviteljem.¹²⁷ Kar zadeva kršitev konkurenčnega

¹²⁴ Tako tudi paragraf 33d predloga sprememb GWB.

¹²⁵ V angleški različici se relevantni del določbe glasi »*the amount of which shall be determined in the light of their relative responsibility for the harm caused by the infringement of competition law*«, v hrvaški »*pri čemu se iznos te kompenzacije određuje u svetlu njihove relativne odgovornosti za štetu prouzročenu kršenjem prava tržišnog natjecanja*«, v nemški »*dessen Höhe anhand ihrer relativen Verantwortung für den durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden bestimmt wird*«, v francoski »*une contribution dont le montant est déterminé eu égard à leur responsabilité relative dans le préjudice causé par l'infraction au droit de la concurrence*« itd.

¹²⁶ (1) Solidarni dolžnik, ki plača več, kot pa znaša njegov delež v škodi, lahko zahteva od vsakega drugega dolžnika, da mu povrne tisto, kar je plačal zanj.

(2) Koliko znaša delež vsakega posameznega dolžnika, določi sodišče glede na težo njegove krivde in težo posledic, ki so sledile iz njegovega delovanja.

(3) Če ni mogoče ugotoviti deležev dolžnikov, pade na vsakega enak delež, razen če zahteva pravičnost v danem primeru drugačno odločitev.

¹²⁷ Direktiva je bila tu verjetno zopet slabo prevedena. Iz drugih različic je razvidno, da znesek prispevka (ki ga regresira sokršitelj) ne sme preseči višine škode, ki jo je prejemnik imunitete povzročil svojim posrednim ali neposrednim kupcem oziroma dobaviteljem. To verjetno pomeni, da sokršitelj od njega ne more vedno pridobiti celotnega zneska v škodi, ki bi odpadel na prejemnika imunitete po splošnih pravilih o regresiranju (torej če ne bi bil prejemnik imunitete), temveč lahko pridobi le največ toliko, kolikor je znesek, ki glede

prava, s katero je bila povzročena škoda oškodovancem, ki niso neposredni ali posredni kupci ali dobavitelji kršiteljev,¹²⁸ pa v skladu s šestim odstavkom 11. člena direktive države članice zagotovijo, da se obseg prispevka osebe z imuniteto drugim kršiteljem določi glede na njen delež odgovornosti v taki škodi. Šesti in sedmi odstavek 62.g člena po vsebini sledita drugi povedi petega ter šestemu odstavku 11. člena direktive, nikjer v osnutku člena pa ni napisano temeljno pravilo iz prve povedi petega odstavka 11. člena direktive. Razlog za to je verjetno v tem, da merila za določitev deleža določa 188. člen OZ (tu je treba poudariti, da preambula direktive našteva nekaj takih kriterijev).

V skladu s četrtem odstavkom 11. člena direktive morajo države članice zagotoviti, da je prejemnik imunitete¹²⁹ solidarno odgovoren (1.) svojim neposrednim ali posrednim kupcem ali dobaviteljem¹³⁰ ter (2.) drugim oškodovancem,¹³¹ vendar slednjim le, kadar od drugih podjetij, ki so vpletena v isto kršitev, ni mogoče pridobiti popolne odškodnine (kaj točno to pomeni in kaj se zahteva, da oškodovanec to izkaže, ni v direktivi ali spremljajočih dokumentih nikjer obrazloženo¹³²), pri čemer morajo države članice zagotoviti, da je v teh primerih zastaralni rok razumen in dovolj dolg, da lahko oškodovanec vloži tožbo zoper prejemnika imunitete. To pravilo je povzeto v četrtem odstavku 62.g člena, glede zastaranja pa je konkretizirano v petem odstavku istega člena. Drugi odstavek 62.g člena pa pravilo, da je kršitelj solidarno odgovoren tudi drugim oškodovancem le, če ti od drugih podjetij, ki so odgovorna za isto kršitev konkurenčnega prava, ne morejo pridobiti popolne odškodnine, določa tudi za MSP. Menim, da ta določba ni skladna z direktivo, saj se četrty odstavek 11. čle-

na njegovo odgovornost odpade nanj v celotnem znesku njegovega kupca oziroma dobavitelja. Dopuščam seveda možnost, da celoten sistem razumem oziroma si ga predstavljam narobe. Menim, da so določbe nejasne in z vidika predvidljivosti in pravne varnosti ter posledic njihove uporabe nesprejemljive, besedilo je poleg tega ponekod v malenkostih v različnih jezikih različno. V svoj zagovor naj navedem, da sicer nimam težav z matematiko in logiko ter z uporabo rešitev v namišljenih primerih. Ta vprašanja (morda primerneje) obravnavajo tudi I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 272–279. Glej tudi paragraf 33e predloga sprememb nemškega GWB.

¹²⁸ Na primer v primeru »učinka dežnika«.

¹²⁹ Obrazložitev osnutka predloga ZPOmK-1G iz junija 2016 s sklicevanjem na relevantna pravila pove, da to pomeni tiste, ki jim je bila globa v celoti odpuščena. Glej tudi I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 273.

¹³⁰ To bi pomenilo, da bi svojim strankam moral plačati celoten znesek njihove škode ne glede na to, kakšen bi bil delež njegove odgovornosti v tej škodi – če bi bil manjši, bi razliko potem terjal od sokršiteljev.

¹³¹ Torej na primer strankam drugih kršiteljev, oškodovancem zaradi »učinka dežnika« itd.

¹³² Predlog novele nemškega GWB (str. 59-60) kot primer navaja izvršbo.

na direktive nanaša le na prejemnike imunitete, ne na MSP.¹³³ ZPOmK-1 bi s tako določbo namreč lahko v nekaterih primerih obremenil MSP (tista, ki niso bila vodje, niso prisilila drugih k sodelovanju pri kršitvi ali niso predhodni kršitelji) bolj, kot predvideva direktiva. V skladu s četrtnim odstavkom 11. člena direktive (razširjeno – verjetno pomotoma – tudi na MSP) je v petem odstavku 62.g člena določeno zadržanje zastaranja odškodninske terjatve oškodovanca do prejemnika imunitete (oziroma MSP), in sicer zastaranje ne teče v času od dneva, ko je oškodovanec vložil odškodninski zahtevek zoper druge kršitelje, in se nadaljuje naslednji dan, odkar oškodovanec ni mogel pridobiti popolne odškodnine od drugih solidarnih dolžnikov.¹³⁴ S tem se zagotovi, da terjatev do prejemnika (oziroma MSP) ne zastara še pred ugotovitvijo, da oškodovanec od drugega odškodnine ne more pridobiti, in da s tem oškodovanec ne ostane brez odškodnine.

Zapleten položaj bi lahko nastal v primeru, ko bi zoper prejemnika imunitete¹³⁵ zato, ker odločbe (o ugotovitvi kršitve antitrusta) ne bi napadel v upravnem sporu (kartel je sam »prijavil«, globa mu ni bila naložena; upravno sodišče pa je v upravnem sporu, ki ga je sprožil drugi kartelist, ugotovilo, da kršitve sploh ni bilo), odškodninsko tožbo za celotno škodo, ki jo je povzročil kartel, vložili vsi oškodovanci (prejemnik imunitete je glede na pravnomočno odločbo kršitelj). Prejemnika imunitete bi najbrž lahko tožili vsi, tudi stranke drugega »kartelista« (ki to v resnici ni), za celoten znesek, saj od tega drugega »kartelista« odškodnine ne bi mogle pridobiti, saj sploh ni kršitelj (zoper njega ne bodo niti vlagale tožbe). Prejemnik imunitete bi v takem primeru najbrž odgovarjal solidarno, saj po svoji odločbi velja za kršitelja (posledica kršitve pa je celotna škoda, ne samo tista, ki so jo zaradi njega utrpeli njegove stranke), od drugega »kartelista« pa povračila (čeprav teoretično višjega glede na peti odstavek 11. člena direktive) ne bi mogel zahtevati, ker ta sploh ni kršitelj in ne odgovarja. Taka ureditev lahko ohromi izvajanje programa prizanesljivosti, za prejemnike imunitete pa je očitno najbolje, da v izogib takemu scenariju izpodbijajo odločbo (četudi so sami prijavili kartel), če je to mogoče.¹³⁶

¹³³ Jelena Čuveljak: Ususret direktivi za naknado štete zbog povrede tržišnog natjecaja, v: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, let. 51, št. 4/2014., na str. 928 sicer navaja, da je ureditev taka, kot jo očitno (po mojem mnenju narobe) razume pripravljaivec naše novele.

¹³⁴ Nemci so v drugem odstavku paragrafa 33e predloga sprememb GWB to uredili takole: »In Fällen nach Absatz 1 Satz 2 ist der Kronzeuge nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, soweit die Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer bereits verjährt sind.«

¹³⁵ Podobno bi veljalo tudi sicer, ko torej ne bi šlo za prejemnika imunitete.

¹³⁶ Enako P. Akman, nav. delo, str. 19–21.

3.10. Sporazumno reševanje sporov

Nova direktiva s ciljem spodbuditi oškodovance in kršitelje, da bi spor rešili brez vlaganja tožb, v 18. členu obravnava tudi sporazumno reševanje odškodninskih sporov zaradi kršitve antitrusta in vpliv sporazumnega reševanja sporov na zastaranje terjatev in na sodne odškodninske postopke ter na določanje globe s strani pristojnega organa za varstvo konkurence. V 19. členu direktive pa so urejeni učinki sporazumnih poravnav za nadaljnje odškodninske tožbe.

Direktiva v 49. uvodni izjavi pojasnjuje, da bi morali zastaralni roki za vložitev odškodninskih tožb strankama dopuščati dovolj časa za sporazumno rešitev spora, preden začeta postopek pred nacionalnimi sodišči. Prvi odstavek 18. člena tako določa, da države članice zagotovijo, da je zastaranje v času sporazumnega reševanja sporov zadržano, pri čemer zadržanje velja za stranke, udeležene v postopku sporazumnega reševanja spora. Ob tem velja poudariti, da tudi tu slovenska različica direktive tako v normativnem delu kot tudi v uvodni izjavi 49 napačno uporablja izraz pretrganje namesto zadržanja.¹³⁷ Iz uvodne izjave 48 izhaja, da se 18. člen nanaša na mehanizme sporazumnega reševanja sporov, kot so zunajsodne poravnave (tudi tiste, pri katerih lahko sodnik razglasi zavezujočo poravnavo), arbitraža, mediacija ali conciliacija,¹³⁸ 21. točka 2. člena direktive pa pojem opredeljuje kot vsak mehanizem, ki strankam omogoči, da dosežejo zunajsodno rešitev spora v zvezi z odškodninskim zahtevkom. Poudarjeno je, da je namen direktive spodbuditi uporabo in učinkovitost takih mehanizmov.

Člen 365 OZ določa, da se zastaranje pretrga z vložitvijo tožbe in z vsakim drugim upnikovim dejanjem zoper dolžnika pred sodiščem ali drugim pristojnim organom, da bi se ugotovila, zavarovala ali izterjala terjatev. Zastaranja tako ne pretrga vsakršno upnikovo ravnanje, temveč zgolj tako, ki je opravljeno pred pristojnimi organi.¹³⁹ V skladu s teorijo in sodno prakso je vložitev zahteve za arbitražo ali tožbe v arbitražnem postopku izenačeno z vložitvijo tožbe v po-

¹³⁷ Tako izrecno določa hrvaška jezikovna različica direktive. To je razvidno iz naslova člena, ki se glasi »Odložilni učinki in drugi učinki sporazumnega reševanja sporov«, pa tudi iz primerjave z drugimi jezikovnimi različicami direktive, ki uporabljajo izraze, ki pomensko ustrezajo zadržanju zastaranja v smislu slovenskega obligacijskega prava (angl. *suspension*, nem. *Hemmung*, hr. *zastoj*, fr. *suspension*). Izraz »pretrganje postopka« je neustrezno uporabljen tudi v drugem odstavku 18. člena direktive, v katerem bi bil z vidika slovenskega pravnega postopka primernejši izraz »prekinitev postopka«.

¹³⁸ Navadni pogovori oziroma pogajanja med strankama brez posredovanja nevtralne tretje osebe ne spadajo med mehanizme, ki vplivajo na zastaranje. M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 203.

¹³⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 91/2004 z dne 31. januarja 2006.

stopku pred sodiščem,¹⁴⁰ kar izhaja tako iz samega 365. člena OZ kot tudi iz 38. člena Zakona o arbitraži (ZArbit),¹⁴¹ ki določa, da ima arbitražna odločba med strankami učinek pravnomočne sodbe. Arbitraža zaradi izenačenosti učinkov s tožbo povzroči pretrganje zastaranja.¹⁴² Tako ni jasno, ali se prvi odstavek 18. člena res nanaša tudi na arbitražo, ki jo omenja uvodna izjava 48.

Določila o zastaranju vsebuje tudi 17. člen Zakona o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (ZMCGZ),¹⁴³ ki določa, da zastaranje zahtevka, ki je predmet mediacije, med trajanjem mediacije ne teče. Če se mediacija konča brez sporazuma o rešitvi spora, se zastaranje nadaljuje od trenutka, ko je postopek končan brez sporazuma o rešitvi spora. Čas, ki je pretekel pred začetkom mediacije, se všteje v zastaralni rok, ki ga določa zakon. Zastaranje v tem primeru torej ni pretrgano, ampak zgolj zadržano. Taka ureditev sicer ustreza tisti iz prvega odstavka direktive, vendar je predlog novele ZPOMK-1 (verjetno zaradi preglednosti in specifičnosti področja, pa tudi zaradi dodatnega določila 62.l člena o tem, da stranka, ki se sklicuje na zadržanje zastaranja, dokazuje čas trajanja sporazumnega reševanja spora) to vprašanje posebej uredila.

Drugi odstavek 18. člena direktive določa, da brez poseganja v določbe nacionalnega prava v arbitražnih zadevah nacionalnim sodiščem, pri katerih je bila vložena odškodninska tožba, zagotovijo možnost, da prekinijo postopek za obdobje do dveh let, kadar stranke v tem postopku sodelujejo pri sporazumnem reševanju spora v zvezi z zahtevkom iz odškodninske tožbe.¹⁴⁴ Uvodna izjava 50 pojasni, da bi moralo sodišče pri tem upoštevati interes hitre rešitve spora. Tudi v tem členu je v slovenski različici besedila direktive uporabljena napačna terminologija, saj je namesto prekinitve postopka uporabljen izraz pretrganje postopka. Drugi odstavek 62.l člena v tem oziru (ne pa povsem identično) določa, da sodišče na predlog stranke, ki sodeluje v postopku sporazumnega reševanja spora v zvezi z zahtevkom iz odškodninske tožbe, prekinje postopek za uveljavljanje odškodninskega zahtevka za čas trajanja sporazumnega reševanja spora, vendar skupno za največ dve leti.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Matija Damjan: Učinek mediacije na tek rokov, v: *Pravnik*, 63 (2008) 1/3, str. 40. Glej tudi sodbo Višjega sodišča v Celju, št. Cp 1488/2001 z dne 30. maja 2002, in sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 91/2004 z dne 31. januarja 2006.

¹⁴¹ Ur. l. RS, št. 45/08.

¹⁴² M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 202-203.

¹⁴³ Ur. l. RS, št. 56/08.

¹⁴⁴ Razlaga 18. člena direktive v: I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 299, da se zastaranje zadrži za dve leti, je po mojem mnenju napačna.

¹⁴⁵ Tu bosta morda lahko relevantna tudi 305.b in 209. člen ZPP ter 15. in 19. člen Zakona o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS, Ur. l. RS, št. 97/09, 40/12).

Tretji odstavek 18. člena direktive določa, da lahko organ za varstvo konkurence dejstvo, da je kršitelj na podlagi sporazumne poravnave oškodovancu plačal odškodnino, šteje za olajševalno okoliščino pri določitvi globe. V skladu z Zakonom o prekrških (ZP-1),¹⁴⁶ ki se uporablja subsidiarno z ZPOmK-1, mora prekrškovni organ pri določanju globe upoštevati predvsem naslednje okoliščine primera: stopnjo storilčeve odgovornosti za prekršek, nagibe, iz katerih je prekršek storil, stopnjo ogrožanja ali kršitve zavarovane dobrine, okoliščine, v katerih je bil prekršek storjen, prejšnje življenje storilca, njegove osebne razmere, njegovo obnašanje po storjenem prekršku in zlasti ali je poravnal škodo. Pri tem povrnitev škode na podlagi sklenjene zunajsodne poravnave ni izrecno omenjena. Verjetno zato, ker je to urejeno v že veljavni zakonodaji, predlagatelj vsebine tretjega odstavka 18. člena ni vključil v osnutek predloga zakona.

V prvem odstavku 19. člena direktiva določa, da države članice zagotovijo, da se na podlagi sporazumne poravnave zahtevke oškodovanca, ki sklene poravnavo, zmanjša za delež sokršitelja, s katerim sklene poravnavo, pri škodi, ki jo je kršitev konkurenčnega prava povzročila oškodovancu. Preostali znesek zahtevka oškodovanca, ki sklene poravnavo, se, kot določa prva poved drugega odstavka 19. člena, izterja le od sokršiteljev, ki ne sklenejo poravnave. Druga poved tega odstavka nadalje določa, da kršitelji, ki ne sklenejo poravnave, ne morejo terjati prispevka k preostalemu znesku od sokršitelja, ki sklene poravnavo.¹⁴⁷ V tretjem odstavku 19. člena je določeno, da države članice z odstopanjem od drugega odstavka zagotovijo, da v primeru, ko sokršitelji, ki ne sklenejo poravnave, ne morejo plačati odškodnine, ki ustreza preostalemu znesku zahtevka oškodovanca, ki sklene poravnavo, oškodovanec lahko izterja preostali znesek zahtevka od sokršitelja, ki sklene poravnavo, se pa lahko tako pravilo izrecno izključi v okviru pogojev sporazumne poravnave. V četrtem odstavku 19. člena je določeno, da pri določanju zneska prispevka, ki ga lahko sokršitelj izterja od kateregakoli drugega sokršitelja v skladu z njegovo relativno odgovornostjo za škodo, povzročeno s kršitvijo konkurenčnega prava, nacionalna sodišča ustrezno upoštevajo morebitne odškodnine, plačane na podlagi predhodne sporazumne poravnave, ki jo je sklenil zadevni sokršitelj. Člen 62m osnutka predloga, ki implementira 19. člen direktive, na nekaterih

¹⁴⁶ Ur. l. RS, št. 7/03,86/04, 44/05, 40/06, 51/06, 115/06, 139/06, 17/08, 21/08, 76/08, 108/09, 109/09, 45/10, 9/11, 21/13, 111/13, 74/14, 92/14. Glej drugi odstavek 26. člena.

¹⁴⁷ To določilo se mi zdi nepotrebno, ker je po mojem mnenju samoumevno oziroma si drugačne rešitve ne znam predstavljati. Glej tudi uvodno izjavo 51 preambule. Tudi nemški predlog novele GWB to določilo povzema v drugem odstavku paragrafa 33f. Zdi se, da položaj tako razume tudi S. Peyer, nav. delo, str. 9-10, ki pa na str. 21-22 predstavlja (meni nejasno) razliko med položajem, ko je poravnava sklenjena s kršiteljem, ki je stranka oškodovanca, in položajem, kjer je sklenjena s sokršiteljem, s katerim oškodovanec ni v poslovnem razmerju. Podobno tudi I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 300-301.

delih ni spisan najbolje. To glede na nejasnost same direktive sploh ni prese-
netljivo. Pri določanju takih pravil, kot so v 19. in 11. členu direktive (pa tudi
v več drugih določbah), ne bi bilo odveč, če bi Komisija predhodno (ali pa vsaj
zdaj) pripravila razlage teh pravil s simulacijo različnih mogočih namišljenih
primerov in njihovih rešitev.

3.11. Vezanost sodišč na odločbe nacionalnih organov za varstvo konkurence

Odškodninske tožbe zaradi kršitev antitrusta so lahko t. i. samostojne (angl.
stand-alone), kar pomeni, da so vložene, ko pristojni organ za varstvo konku-
rence še ni izdal pravnomočne odločbe o ugotovitvi kršitve, ali t. i. nadalje-
valne (angl. *follow-on*), ki so vložene po tem, ko je pristojni organ za varstvo
konkurence že izdal pravnomočno odločbo o kršitvi.¹⁴⁸ V slednjem primeru
zaradi vezanosti nacionalnega sodišča na odločitev organa za varstvo konku-
rence tožniku ni treba dokazovati protipravnosti, temveč stranki dokazujeta le
(ne)obstoj preostalih elementov odškodninske odgovornosti.

Slovenski zakonodajalec se je glede tega vprašanja že pri sprejemanju ZPOmK-1
zgledoval po takrat veljavni unijski ureditvi in je vprašanje vezanosti uredil v
drugem odstavku 62. člena, ki določa, da je sodišče v primeru, ko je bila škoda
povzročena s kršitvijo določb 6. ali 9. člena ZPOmK-1 ali 101. ali 102. člena
PDEU, vezano na pravnomočno odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve JAVK in
Evropske komisije, pri čemer ta obveznost ne posega v pravice in obveznosti
na podlagi 267. člena PDEU. Prvi odstavek 16. člena Uredbe 1/2003 določa, da
kadar nacionalna sodišča odločajo o sporazumih, sklepih ali usklajenih ravna-
njih v skladu s členom 101 ali 102 PDEU, ki so že predmet odločbe Komisije,
ne morejo sprejeti odločitev, ki so v nasprotju s sprejeto odločbo Komisije.
Poleg tega se morajo izogibati odločitvam, ki bi nasprotovale odločbi, ki jo
namerava sprejeti Komisija v že začetem postopku, zaradi česar lahko nacio-
nalno sodišče oceni, ali naj svoje postopke ustavi, pri čemer ta obveznost ne
posega v pravice in obveznosti iz 267. člena PDEU.¹⁴⁹ Unijska ureditev sicer
zadeva zgolj postopke, v katerih se uporablja evropski antitrust in je o kršitvi
že ali šele bo odločala Evropska komisija. Slovenski zakonodajalec pa je (sicer
zgolj glede s strani pristojnih organov že izdanih in pravnomočnih odločb, ne
pa tudi glede tistih, ki jih ti organi šele nameravajo izdati) rešitev uveljavil tudi

¹⁴⁸ Z zanimivo statistiko o razmerju med tožbami *stand-alone* in *follow-on* postrežejo I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 3.

¹⁴⁹ Za več o tem glej A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 504–510; Martina Se-
ver: Vezanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in Urada za varstvo kon-
kurence, v: Pravni letopis, 2009, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2009, str. 263–273.

za primere uporabe evropskega in nacionalnega antitrusta pred slovenskim organom za varstvo konkurence. Tisto, kar že tako in tako določa prvi odstavek 16. člena Uredbe 1/2003, pa je samo ponovil, česar zaradi neposredne uporabe uredbe niti ne bi smel storiti (direktiva vezanosti na odločbo Komisije zato ne ureja). Dodati velja, da so bila naša sodišča že pred vključitvijo teh določil v ZPOmK-1 vezana na pravnomočne odločbe UVK,¹⁵⁰ kar je na primer poudarilo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi *Blitz proti Kolosej*.¹⁵¹

Nova direktiva v prvem odstavku 9. člena določa, da države članice zagotovijo, da kršitev antitrusta, ki je bila ugotovljena s pravnomočno odločbo nacionalnega organa ali pritožbenega sodišča, velja za neovrgljivo dokazano v odškodninskih postopkih zaradi kršitev 101. ali 102. člena PDEU ali »nacionalnega antitrusta« v smislu direktive, kar je v drugem odstavku 62. člena ZPOmK-1 določeno že zdaj (dodane pa so kršitve slovenskega antitrusta). Direktiva je torej dopolnila ureditev iz prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003, ki ureja zgolj vezanost na odločbo Komisije. Drugi odstavek 9. člena direktive, ki v trenutno veljavnem ZPOmK-1 še nima ustrezne preslikave (jo pa v drugem odstavku predvideva novi 62.f člen), dodaja, da morajo države članice zagotoviti, da se lahko pravnomočna odločba, izdana v drugi državi članici, v skladu z njihovim zadevnim nacionalnim pravom predloži pred nacionalnimi sodišči vsaj kot dokaz *prima facie*, da je bil kršen antitrust, po potrebi pa se lahko oceeni skupaj z drugimi dokazi, ki jih predložita stranki. Drugi odstavek predlaganega 62.f člena določa, da se v primeru, ko je bil obstoj kršitve konkurenčnega prava ugotovljen s pravnomočno odločbo organa, pristojnega za varstvo konkurence, v drugi državi članici Evropske unije, domneva, da je tožena stranka ravnala protipravno in da je podana njena odgovornost za tako ravnanje,¹⁵² pri čemer je dopusten nasproten dokaz.¹⁵³ Tretji odstavek 9. člena direktive dodaja, da ta člen ne posega v pravice in obveznosti nacionalnih sodišč iz 267. člena PDEU, kar je prav tako že določeno v drugem odstavku 62. člena ZPOmK-1 in ponovljeno v tretjem odstavku predvidenega 62.f člena ZPOmK-1.

¹⁵⁰ Za več o tem glej M. Sever, nav. delo.

¹⁵¹ Postopek pred UVK in sodno varstvo zoper odločbo: odločba UVK, št. 306-6672006-52 z dne 26. julija 2007, sodba Upravnega sodišča RS, št. U 1853/2007, dan izdaje nepoznan, in Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 45/2010 z dne 26. oktobra 2010. Odškodninski postopek: sodba Okrožnega sodišča v Ljubljani, št. VI Pg 2154/2011 z dne 4. aprila 2013, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 870/2012 z dne 29. novembra 2013.

¹⁵² Tega direktiva seveda ne omenja, saj se organ za varstvo konkurence ukvarja le s presojo protipravnosti. Tudi domneva protipravnosti ni preslikava iz direktive.

¹⁵³ Nemški GWB (veljavni in novelirani) na primer takega razlikovanja ne uvaja in določa vezanost ne glede na to, kateri organ je ugotovil kršitev.

3.12. Sodelovanje sodišč z organi za varstvo konkurence

Čeprav direktiva vprašanja sodelovanja nacionalnih sodišč s Komisijo in nacionalnimi organi za varstvo konkurence (z izjemo enajstega odstavka 6. člena in tretjega odstavka 17. člena) ne obravnava, se ga je primerno dotakniti zato, ker je to pomemben element zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta, ter zato, ker je noveliranje ZPOmK-1 lahko tudi priložnost za pretehtanje ustreznosti oziroma izboljšanje v četrtem odstavku 62. člena ZPOmK-1 (ter v 63. členu ZPOmK-1) urejenega sistema sodelovanja med slovenskimi sodišči in JAVK ter Komisijo.

Zdaj veljavni četrty odstavek 62. člena ZPOmK-1 slovenskim sodiščem nalaga, da obvestijo JAVK o vseh odškodninskih tožbah zaradi kršitev evropskega ali slovenskega antitrusta v trenutku, ko so vložene. Takega obveščanja se dotika tudi splošnejši prvi odstavek 63. člena ZPOmK-1, ki sodiščem nalaga, da o vsakem postopku pred sodišči, ki je povezan z uporabo evropskega antitrusta (drugače kot četrty odstavek 62. člena ne tudi slovenskega – zakaj razlika, ni jasno), nemudoma obvestijo JAVK. Člen 63 ZPOmK-1, ki ureja sodelovanje sodišč s Komisijo in JAVK,¹⁵⁴ je bil v slovensko zakonodajo vključen z namenom natančnejšega urejanja in deloma dopolnjevanja sistema *amicus curiae*, reguliranega v Uredbi 1/2003 in v Obvestilu Komisije o sodelovanju med Komisijo in nacionalnimi sodišči pri uporabi evropskega antitrusta.¹⁵⁵

V skladu s šestim odstavkom 63. člena ZPOmK-1 morajo slovenska sodišča pri uporabi evropskega antitrusta hkrati z vročitvijo strankam posredovati JAVK in Evropski komisiji kopijo vsake odločbe o uporabi evropskega antitrusta (ob tem pa ni določeno, da se JAVK posreduje tudi kopijo odločbe z uporabo slovenskega antitrusta). To sodelovanje je – čeprav se je nekaj zadev, v katerih je bil uporabljen tudi evropski antitrust, na sodiščih končalo že pred časom – zaživelo šele pred kratkim, ko se je do nedavno prazna baza slovenskih sodnih

¹⁵⁴ Glej A. Vlahek, nav. delo (2009, *Amicus curiae* ...); A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 516, 525-526; Ana Vlahek: Reforma antitrusta v Evropski uniji, v: Podjetje in delo, 30 (2004) 2, str. 230-272; Ana Vlahek: Dva nova instituta pred slovenskimi sodišči: *amicus curiae* in preliminary rulings, v: Podjetje in delo, 30 (2004) 6/7, str. 1317-1338; Klemen Podobnik, Ana Vlahek: Slovenia, v: Heribert Franz Koeck in Margit Maria Karollus (ur.): Die Modernisierung des EG-Kartellrechts – erste Erfahrungen mit der VO 1/2003 = The modernisation of European competition law – initial experiences with Regulation 1/2003 = La modernisation des règles communautaires antitrust : premières expériences avec le règlement no 1/2003. Nomos, Dunaj 2008, str. 281-288.

¹⁵⁵ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, UL C 101, 27. april 2004, str. 54-64. Avgusta 2015 je bilo obvestilo zaradi uskladitve s sodno prakso in novo direktivo spremenjeno s Sporočilom Komisije, Spremembe Obvestila Komisije o sodelovanju med Komisijo in sodišči držav članic EU pri uporabi členov 81 in 82 ES (2015/C 256/04).

odločb na spletni strani Evropske komisije napolnila z (nekaterimi) relevantnimi odločbami naših sodišč.¹⁵⁶ Aktivnost pristojnih, ki so poskrbeli, da smo v Sloveniji končno začeli spoštovati obveznost iz Uredbe 1/2003, je treba kljub poznemu odzivu vendarle pozdraviti.

Drugi odstavek 63. člena ZPOmK-1 določa, da morajo sodišča obvestiti JAVK in stranke o vsakem (nezavezujočem) mnenju Evropske komisije, ki ga ta poda v skladu s tretjim odstavkom 15. člena Uredbe 1/2003, torej takrat, ko Komisija oceni, da to zahteva skladna uporaba 101. ali 102. člena PDEU. Tretji odstavek 15. člena Uredbe 1/2003 omogoča tudi, da nacionalni organi za varstvo konkurence sodiščem na lastno pobudo podajo mnenje, tj. pripombe o vprašanih glede uporabe evropskega antitrusta (za njihovo pripravo pa lahko organi (smiselno enako tudi Komisija) od sodišča zahtevajo, da jim pošlje ali zagotovi pošiljanje vseh dokumentov, ki so potrebni za oceno primera. To je natančneje urejeno v tretjem odstavku 63. člena ZPOmK-1, ki od sodišč zahteva, da strankam postopka nemudoma pošljejo kopijo pisnega stališča JAVK. Pri tem velja omeniti, da ZPOmK-1 pri sklicevanju na tretji odstavek 15. člena Uredbe 1/2003 v drugem in tretjem odstavku 63. člena ZPOmK-1 ne razlikuje med vsebino mnenja Komisije na eni in JAVK na drugi strani, saj obe mnenji v nasprotju z Uredbo 1/2003 in njeno razlago v zadevi *X BV*¹⁵⁷ opisuje kot pisno stališče do vprašanj uporabe 101. ali 102. člena PDEU. Četrty odstavek 63. člena ZPOmK-1 v zvezi z opisanim sodelovanjem sodišč s Komisijo in JAVK dodaja, da lahko Komisija in JAVK pisno stališče podata kadarkoli do izdaje odločbe, sedmi odstavek istega člena pa določa, da lahko komunikacija med sodišči in Komisijo (na podlagi sodelovanja po prvem ali tretjem odstavku 15. člena Uredbe 1/2003) poteka neposredno ali prek urada. Po razpoložljivih podatkih do kakršnekoli oblike sodelovanja slovenskih sodišč s Komisijo oziroma JAVK po Uredbi 1/2003 še ni prišlo.¹⁵⁸

Peti odstavek 63. člena ZPOmK-1 ponavlja ureditev iz prvega odstavka 15. člena Uredbe 1/2003, po katerem lahko nacionalna sodišča v postopkih za uporabo evropskega antitrusta zaprosijo Komisijo, da jim pošlje informacije, s katerimi razpolaga, ali svoje (nezavezujoče) mnenje o vprašanih glede uporabe

¹⁵⁶ <<http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>> (8. 9. 2016). Objavljenih je 19 odločb Vrhovnega sodišča RS, izdanih v postopku presoje odločb slovenskega organa za varstvo konkurence (osem iz leta 2014, devet iz 2013, ena iz 2011 in ena iz 2009), ni pa objavljene nobene odločbe, izdane v pravnem postopku (morebiti zato, ker ni bila očitana kršitev unijskega antitrusta, temveč le slovenskega). Analiza slednjih je predstavljena v: A. Vlahek, nav. delo (2015, Challenges ...), str. 407–426.

¹⁵⁷ C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst proti X BV*. Za več o tem glej A. Vlahek, nav. delo (2009, *Amicus curie* ...).

¹⁵⁸ Glej na primer <http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html> (8. 9. 2016).

pravil konkurence Skupnosti, in dodaja, da mora sodišče o tem obvestiti stranke, po prejemu mnenja Komisije pa poslati kopijo mnenja JAVK in strankam.

V osnutku predloga ZPOmK-1G je 63. člen ZPOmK-1 napisan na novo. Dosedanji vsebini, ki je v marsičem izboljšana, je povsem na novo dodano še sodelovanje v zvezi z razkritjem dokazov, ki je – prav tako na novo – urejeno v 62.b do 62.e členu osnutka predloga ZPOmK-1G.¹⁵⁹ Glede na to, da se po osnutku predloga VI. del ZPOmK-1 v 62. do 62.m členu ukvarja le z odškodninskimi tožbami, pa verjetno ni primerno, da 63. člen (ki zadeva širši krog sodnih postopkov od tistih na podlagi odškodninskih tožb) ostaja v tem delu. Je pa besedilo 63. člena v tem pogledu napisano ustrezno, saj ne govori le o odškodninskih postopkih.

Temeljna težava pri oblikovanju 63. člena, je, da obravnava vsebine, ki so v osnovi urejene v Uredbi 1/2003 (jih je pa mestoma treba nadgraditi), ki se neposredno uporablja in jih v nacionalni zakonodaji ne velja ponavljati,¹⁶⁰ poleg tega pa ureja še sodelovanje z agencijo glede uporabe 6. in 9. člena ZPOmK-1 (ki zato, ker gre za nacionalni antitrust, ni predmet evropske ureditve). Žal to lahko negativno vpliva na razumljivost ureditve, omogoča pa tudi tveganje, da bodo pravila, urejena zunaj ZPOmK-1, spregledana. Morda je najprimernejša tehnika uporaba sklicev na uredbo, ki jo predlagatelj v primerih, ko natančneje ureja kakšno vprašanje iz uredbe, tudi uporablja. Se pa je predlagatelj odločil, da v primerih, ko nadgradnja določi iz uredbe (in s tem sklici nanjo) ni potrebna, določi iz uredbe ne bo omenjal (tako je zdaj v primerjavi z zdaj veljavnim šestim odstavkom v predlaganem sedmem odstavku urejeno le posredovanje odločb agenciji (ta ureditev je tudi izboljšana tako, da so dodane odločbe glede slovenskega antitrusta), ne pa tudi Komisiji, ker slednje ureja že drugi odstavek 15. člena uredbe; prav tako niso omenjena ustna stališča, saj jih določa tretji odstavek 15. člena uredbe, njihovo podrobnejše urejanje pa po oceni predlagatelja ni potrebno; tudi določilo, da mnenje ni zavezujoče, je bilo zato, ker je to določeno že v uredbi, črtano iz predloga).

Prvi odstavek 63. člena je izboljšán, saj poleg JAVK predvideva tudi obveščanje Komisije o postopkih pred nacionalnimi sodišči (tu dikcija ni najbolj jasna, saj verjetno Komisije o postopkih z uporabo (zgolj) 6. oz. 9. člena ZPOmK-1 sodišča ne bodo obveščala). Predvideno je obvezno obveščanje JAVK, obveščanje Komisije pa le, če sodišče meni, da je to potrebno. Razlog za tako dikcijo naj bi bil v tem, da Uredba 1/2003 takega obveščanja ne določa, ter v tem, da

¹⁵⁹ Določbe v zvezi z razkritjem dokazov se v tem členu zdijo kot nekakšen tujek.

¹⁶⁰ Negativne posledice ponavljanja določil uredbe so lahko v tem, da takšna ponovitev ni vsebinsko ustrezna (kot se je zakonodajalcu dogodilo pri tretjem odstavku sedaj veljavnega 63. člena ZPOmK-1).

Komisija takih obvestil menda ne obravnava. Čeprav je v uredbi predvideno sodelovanje *amicus curiae* na lastno pobudo in se poudarja poenotena uporaba evropskega antitrusta ter mehanizmi za njeno zagotavljanje, je tudi glede na določila uredbe očitno, da Komisije odškodninski postopki do izdaje odločbe ne zanimajo in da se bo kot *amicus* nacionalnih postopkov udeleževala šele na pritožbeni ravni. Morda pa jo bo kateri od primerov vendarle zanimal že prej, zato morda ni odveč določilo, da slovensko sodišče že o začetem postopku obvesti Komisijo, če meni, da je to potrebno (jo bo pa sicer lahko samo zaprosilo za mnenje v skladu s prvim odstavkom 15. člena Uredbe 1/2003).

Predlagatelj je v tretjem odstavku 63. člena izboljšal tudi vsebinski sklic na tretji odstavek 15. člena Uredbe 1/2003, ki v dosedanjem besedilu zakona, kot je obrazloženo zgoraj, ni bil ustrezen. V predlaganem četrtem odstavku je sodelovanje agencije v obliki *amicus curiae* razširil tudi na primere uporabe slovenskega antitrusta.¹⁶¹ Bo pa treba besedilo na nekaterih mestih popraviti, saj omembe Uredbe 1/2003 v povezavi z nacionalnim antitrustom niso primerne. Morda bi bilo primerno po vzoru petega odstavka predlaganega člena (vendar le smiselno in z zavedanjem, da pristojnosti Komisije iz tretjega odstavka 15. člena Uredbe 1/2003 zakon ne sme kakorkoli omejevati) določiti tudi natančnejša pravila za primere, ko mnenje na lastno pobudo poda Komisija, po vzoru šestega odstavka predlaganega člena pa omogočiti tudi sodelovanje sodišča z agencijo na prošnjo sodišča.

4. SKLEP

V zadnjih letih se v Evropski uniji pomen zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta vse bolj poudarja in je zato v središču aktivnosti evropskega in nacionalnih zakonodajalcev, ki želijo vzpostaviti učinkovit sistem za zmanjševanje obsega omejevalnih ravnanj in njihovih škodljivih posledic za družbo. V ta namen je Komisija, po njenem vzoru pa tudi države članice, pripravila več ukrepov in dokumentov, ki so področje zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta že dodobra zasičili. Zadnji v nizu zakonodajnih aktivnosti in eden najpomembnejših aktov (že zaradi zavezujoče pravne narave) na tem področju je gotovo Direktiva 2014/104, ki je začela veljati konec decembra 2014, pod grožnjo sankcij s strani Komisije pa jo je treba implementirati do konca letošnjega leta. Časa za to je torej le še nekaj mesecev. Odgovorni za njen prenos v slovenski pravni red so se v želji, da bi novo direktivo implementirali pravilno in predvsem premišljeno ter posledično vsebinsko ustrezno, dela lotili resno

¹⁶¹ Ob tem bi morda lahko določil, da se s stališči agencije glede uporabe evropskega antitrusta seznanja tudi Komisija, vendar to glede na očitno nezainteresiranost Komisije za razvoj obravnave primerov na nacionalnih sodiščih morda niti ne bi bilo smiselno.

in v ta namen k pripravi optimalnega besedila povabili zainteresirano javnost in se o načrtovanih rešitvah posvetovali s pristojnimi na Evropski komisiji. Proces prenosa direktive, za katerega menim, da bi bil še kakovostnejši, če bi se v tej fazi lahko osredotočili le nanj (ne pa tudi na druge predloge reforme ZPOmK-1), je tudi dobra priložnost za natančnejše urejanje nekaterih za zasebnopravno uveljavljanje antitrusta pomembnih vprašanj, ki jih direktiva ni zajela, pa tudi za popravo oziroma kakovostnejše urejanje nekaterih v ZPOmK-1 že vsebovanih rešitev. Lahko služi tudi kot osnova za premislek o potrebi po reformiranju nekaterih splošnih institutov procesnega in materialnega prava. Tudi še tako kakovostno zakonodajo pa bo moralo udejanjiti kakovostno in učinkovito (civilno) sodstvo.¹⁶² Glede na to, kako zapletena so nekatera pravila nove ureditve (ki jih morda niti sama evropski in nacionalni zakonodajalec, pa tudi drugi, ki jih beremo, mestoma ne razumemo najbolje) in za kako kompleksno področje urejanja gre, to (vsaj na začetku) zagotovo ne bo lahka naloga. Intenzivnejša specializacija sodnikov na tem področju (ki se je implementacijski val pri nas ne dotika) bi bila gotovo dobrodošla.¹⁶³ Ali in koliko bodo cilji direktive, ki je od njenega zasnovanja tarča kritik strokovne javnosti, doseženi, bo v prihodnjih letih ocenjevala Komisija, ki bo morala do 27. decembra 2020 pregledati izvajanje direktive ter o tem Evropskemu parlamentu predložiti poročilo in po potrebi nove zakonodajne predloge,¹⁶⁴ pričakovati pa je, da se bo z njeno razlago kmalu soočilo tudi SEU.

¹⁶² O oceni stanja sodstva na področju zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta pri nas glej A. Vlahek, nav. delo (2015, *Challenges ...*), str. 403–407.

¹⁶³ Razlogi za to so bili predstavljeni v A. Vlahek, nav. delo (2015, *Challenges ...*), str. 403–407.

¹⁶⁴ Člen 20 direktive.

VPLIV ZAKONA ZA URAVNOTEŽENJE JAVNIH FINANC TER NOVELE ZAKONA O ZDRAVSTVENEM VARSTVU IN ZDRAVSTVENEM ZAVAROVANJU (ZZVZZ-M) NA FINANCIRANJE DOPOLNILNEGA ZDRAVSTVENEGA ZAVAROVANJA

Bruno Nikolić,

diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, asistent na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Dopolnilno zdravstveno zavarovanje je že več let predmet kritik in agend zakonodajalca, ki že skoraj desetletje obljublja strukturne reforme na področju financiranja zdravstvenega varstva. Kljub vsem obljubam in nameram pa na tem področju vse od novele Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-H),¹ ki je bila sprejeta leta 2005, ni bilo večjih sprememb. Poudariti velja zgolj Zakon za uravnoteženje javnih financ (ZUJF),² s katerim je zakonodajalec odpravil neskladje z evropsko zakonodajo, in novelo Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M)³ iz leta 2013. Ta je poleg implementacije Direktive 2011/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu⁴ uvedla tudi spremembe na področju financiranja dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja.

Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske disertacije Pravna ureditev sistemov financiranja zdravstvenega varstva, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Bojana Bugariča uspešno zagovarjal 26. junija 2015 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Ur. l. RS, št. 76/05 z dne 12. avgusta 2005.

² Ur. l. RS, št. 40/12 z dne 30. maja 2012.

³ Ur. l. RS, št. 91/13 z dne 5. novembra 2013.

⁴ UL L 88, 4. april 2011.

Zakonodajalec je leta 2012 izrabil časovno prikladnost sprejemanja ZUJF, s katerim je odpravil določbo ZZVZZ, ki je določala predhodno pisno potrditev povišanja premije dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja v času njegovega trajanja. To je posledica sodne odločbe Sodišča Evropske unije (Sodišče EU), ki je ugotovilo kršitev evropske zakonodaje, natančneje tretjega odstavka 8. člena Prve ter 29. in 39. člena Tretje direktive o neživljenjskem zavarovanju.⁵ Evropska komisija je v tej zadevi Sloveniji očitala tudi kršitev prostega pretoka kapitala oziroma 63. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU). Očitki so se nanašali na določbo ZZVZZ, ki izvajalcem dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalaga, da polovico dobička iz dejavnosti dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja namenijo za izvajanje te dejavnosti. Sodišče o tem vprašanju ni odločalo meritorno in je tožbo v tem delu zavrglo kot nedopustno. Kljub taki odločitvi je Slovenija pod pritiskom vložitve vnovične tožbe Evropske komisije določbo z novelo ZZVZZ-M odpravila. Članek v luči pravnega reda Evropske unije (EU) analizira obe zakonodajni spremembi in razkriva pomisleke o primernosti slovenske obrambe pred Sodiščem EU.

2. VRAČILO DOBIČKA IZ NASLOVA DOPOLNILNEGA ZDRAVSTVENEGA ZAVAROVANJA NAZAJ V IZVAJANJE TE DEJAVNOSTI

Evropska komisija je pred Sodiščem EU vložila tožbo zoper Slovenijo, v kateri ji je med drugim očitala, da nacionalna zakonodajna ureditev, ki izvajalcem dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalaga, da polovico dobička iz dejavnosti dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja namenijo v izvajanje te dejavnosti, omejuje prosti pretok kapitala v smislu 63. člena PDEU. Očitki so se nanašali na 4. točko drugega odstavka 62. člena ZZVZZ, v skladu s katero so morale zavarovalnice v primeru pozitivnega poslovnega izida iz dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja polovico tega izida nameniti za izvajanje te dejavnosti. Določba je po mnenju Evropske komisije pomenila kršitev prostega pretoka kapitala, saj je odvrčala morebitne naložbe v zavarovalnice, ki izvajajo

⁵ Sodba SEU v zadevi *Komisija proti Sloveniji*, C-185/11 z dne 26. januarja 2012. Gre za Prvo direktivo Sveta z dne 24. junija 1973 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti neposrednega zavarovanja razen življenjskega zavarovanja (73/239/EGS) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 14), kakor je bila spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2005/68/ES z dne 16. novembra 2005 (UL L 323, str. 1) (v nadaljevanju: Prva direktiva o neživljenjskem zavarovanju), in Direktivo Sveta 92/49/EGS z dne 18. junija 1992 o spremembah direktiv 73/239/EGS in 88/357/EGS in o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o neposrednem zavarovanju razen življenjskega zavarovanja (tretja direktiva o premoženjskem zavarovanju) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 346), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2005/68 (v nadaljevanju: Tretja direktiva o neživljenjskem zavarovanju).

dopolnilno zdravstveno zavarovanje, omejevala pravice zavarovalnic do izbire narave in obsega njihovih naložb ter pomenila potencialno oviro pri nakupu deležev v teh podjetjih in tako odvrčala vlagatelje iz tujih držav.⁶

Zadevna določba pa ni bila sporna le z vidika evropske, temveč tudi slovenske zakonodaje. Leta 2006 sta zdravstveni zavarovalnici Adriatic Slovenica in Vzajemna na Ustavno sodišče Republike Slovenije vložili pobudo za oceno ustavnosti izbranih členov ZZVZZ (4. točke drugega odstavka 62. člena ter 62.d, 62.e, 62.f in 62.h člena) ter izbranih členov Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (petega odstavka 18. člena, 19. člena in tretjega odstavka 22. člena).⁷ Adriatic Slovenica je v pobudi oporekala skladnosti 4. točke drugega odstavka 62. člena s slovenskim ustavnim redom, natančneje z načelom pravne države iz 2. člena Ustave Republike Slovenije. Sodišče je pobudo o presoji ustavnosti te določbe zavrnilo kot očitno neutemeljeno, saj pobudnica s svojimi navedbami ni izkazala, da se z ustaljenimi metodami razlage pravnih norm ne da ugotoviti vsebine te določbe.⁸

Določba, ki izvajalcem zdravstvenega zavarovanja omejuje prosto razpolaganje z dobičkom, ni bila posebnost slovenske ureditve zdravstvenega zavarovanja, saj je podobno določbo poznal tudi slovaški Zakon o zdravstvenem zavarovanju (angl. *Act on Health Insurance*). Slovaška ima tako kot Slovenija Bismarckov sistem zdravstvenega varstva, ki se financira večinoma prek socialnega zdravstvenega zavarovanja.⁹ Zaradi finančne nevzdržnosti sistema socialnega zdravstvenega zavarovanja je Slovaška med letoma 2002 in 2006 izvedla številne reforme, ki so vključevale preoblikovanje javnih zdravstvenih zavarovalnih skladov, ki so izvajali socialno zdravstveno zavarovanje, v delniške družbe v javni in zasebni lasti, ki poslujejo v podjetniškem duhu. Leta 2007 je bila izvedena nova reforma, ki je zavarovalnicam prepovedala prosto razpolaganje z dobičkom iz naslova socialnega zdravstvenega zavarovanja in jim nalagala njegovo vračilo v to dejavnost. To je dvignilo veliko prahu na domačih in mednarodnih tleh. Slovaška se je znašla pred mednarodno arbitražo, ki je na pobudo zasebne zdravstvene zavarovalnice v nizozemski lasti razsodila, da je Slovaška s to določbo kršila mednarodno pravo, natančneje mednarodno pogodbo med Slovaško in Nizozemsko. Na zadevno določbo se

⁶ Stališče Vlade RS do Mnenja Državnega sveta o Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju, 2013.

⁷ Ur. l. RS, št. 76/05.

⁸ Glej odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-275/05 z dne 6. december 2007, Ur. l. RS, št. 118/07 in OdlUS XVI, 85, točka 65.

⁹ Leta 2013 je socialno zdravstveno zavarovanje predstavljalo 67,6 odstotka vseh zdravstvenih izdatkov (OECD, nav. delo).

je odzvala tudi Evropska komisija, ki je leta 2009 Slovaški poslala uradni opomin, v katerem jo je opozorila na kršitve evropske zakonodaje. Določba ni bila sporna zgolj z vidika mednarodnega in evropskega prava, temveč tudi z vidika slovaškega ustavnega reda. Ustavno sodišče je namreč januarja 2011 odločilo, da je določba v nasprotju z 20. členom Ustave Slovaške republike, ki vsakomur zagotavlja pravico do lastnega premoženja oziroma do prostega razpolaganja z lastnim premoženjem (na primer izplačevanje dividend). Slovaška ustava sicer dopušča omejitve pravice do lastnega premoženja, vendar so te omejitve zelo restriktivne. Dopustne so le (1.) v obsegu, ki je neizogiben, (2.) če je to v javnem interesu, (3.) če ima tako dejanje podlago v zakonu in (4.) v zameno za ustrezno nadomestilo (četrti odstavek 20. člena Ustave Slovaške republike). V danem primeru je Ustavno sodišče ugotovilo, da je zakonodajalec zdravstvenim zavarovalnicam brez razumnega nadomestila omejil prosto razpolaganje z lastnim premoženjem, s čimer je kršil četrti odstavek 20. člena Ustave Slovaške republike.¹⁰

Sodišče EU v zadevi zoper Slovenijo ni odločalo meritorno, saj je tožbo, ki je 4. točki drugega odstavka 62. člena ZZVZZ očitala kršitev prostega pretoka kapitala, zavrglo kot nedopustno. Evropska komisija lahko skladno s tako odločitvijo proti Sloveniji vnovič vloži tožbo in ob njeni ustrezni dopolnitvi doseže meritorno obravnavo zadeve. To zdaj več ni pomembno, saj se je Slovenija uklonila neformalnim svarilom Evropske komisije o nadaljevanju sodnih postopkov in zadevno določbo z novelo ZZVZZ-M odpravila. V nadaljevanju bom proučil skladnost odpravljene določbe s pravnim redom EU in nakazal pogoje, pod katerimi bi lahko to skladnost upravičili.

2.1. Skladnost 4. točke drugega odstavka 62. člena ZZVZZ s pravnim redom EU

Prvi odstavek 63. člena PDEU in ustaljena sodna praksa na področju prostega pretoka kapitala načelno prepovedujeta omejitve prostega pretoka kapitala med državami članicami EU. Nacionalni ukrepi držav članic lahko kljub temu deloma omejijo prosti pretok kapitala, če so ti ukrepi upravičeni iz razlogov, ki so podani v 65. členu PDEU, ali pa iz nujnih razlogov v splošnem interesu. Čeprav države članice načeloma same opredelijo javni oziroma splošni interes in posebni regulatorni način, ki ga štiti, lahko to storijo zgolj v okviru, ki ga določa pravni red EU. Ob tem morajo tudi upoštevati načelo sorazmernosti, ki določa, da morajo biti sprejeti ukrepi primerni za uresničitev postavljenega

¹⁰ T. Szalay, nav. delo, str. 66, in odločba slovaškega Ustavnega sodišča PL. ÚS 3/09 z dne 26. januarja 2011.

cilja in da ne smejo prekoračiti okvirov, ki so potrebni za njegovo dosego.¹¹ Pri analizi skladnosti zadevne določbe s predpisi EU ne bom presojal očitkov Evropske komisije in se do njih opredeljeval, temveč bom proučili, ali lahko določbo štejejo kot izjemo, ki upravičuje omejitev prostega pretoka kapitala.

Prvi odstavek 62. člena ZZVZZ določa, da je dopolnilno zdravstveno zavarovanje javni interes Republike Slovenije. Javni interes na področju dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja se je skladno s 4. točko drugega odstavka 62. člena ZZVZZ uresničeval prek ukrepa, ki je zavarovalnicam v primeru pozitivnega izida iz dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalagal, da polovico tega izida namenijo za izvajanje te dejavnosti.¹² Če želimo ukrep šteti kot izjemo, ki upravičuje omejitev prostega pretoka kapitala, moramo dokazati, da je sprejet iz nujnih razlogov v javnem (splošnem) interesu, pri čemer pa zgolj gospodarski razlogi oziroma finančna stabilnost sistema ne pomenijo zadostnega razloga.¹³ Sodišče EU je večkrat priznalo, da lahko nacionalni ukrep predstavlja upravičeno omejitev prostega pretoka kapitala, če to zahtevajo **razlogi gospodarske narave pri uresničevanju ciljev v javnem interesu**.¹⁴

Nesporen namen določbe, ki zavarovalnicam nalaga vračilo dela dobička v izvajanje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, je zagotavljanje oziroma izboljševanje dostopa do dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja.¹⁵ Njegov pomen in vloga v sistemu zdravstvenega varstva in socialne varnosti se najmočnejše izkazujeta v zelo veliki pokritosti prebivalstva z zavarovanjem,¹⁶ obsegu

¹¹ V tem smislu glej sodbi SEU v zadevi *Komisija proti Belgiji*, C-503/99 z dne 4. junija 2002, točka 45; in združeni zadevi *Komisija proti Nizozemski*, C-282/04 in C-283/04 z dne 28. septembra 2006.

¹² Tako je to opredelilo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije v odločbi U-I-275/05 z dne 6. decembra 2007 (Ur. l. RS, št. 118/07, in OdlUS XVI, 85), točka 64.

¹³ Sodišče EU je o nujnih razlogih v javnem interesu odločalo v zadevah *Campus Oil in drugi*, 72/83 z dne 10. julija 1984, točki 34 in 35; *Komisija proti Belgiji*, C503/99 z dne 4. junija 2002, točka 46; *Komisija proti Italiji*, C260/04 z dne 13. septembra 2007, točka 40; *Nizozemska proti Essent NV*, C105/12, C106/12 in C107/12 z dne 22. oktobra 2013, točka 59; idr.

¹⁴ Sodba SEU v zadevah *Komisija proti Nemčiji*, C141/07 z dne 11. septembra 2008, točka 60; *Nizozemska proti Essent NV*, C105/12, C106/12 in C107/12 z dne 22. oktobra 2013, točka 52; idr.

¹⁵ Na primer vlaganje v preventivne zdravstvene ukrepe, ki zmanjšujejo zdravstvene stroške in neposredno zniževanje premijske stopnje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja.

¹⁶ Dopolnilno zdravstveno zavarovanje je imelo leta 2012 v povprečju sklenjenih 1.431.951 zavarovancev, konec istega leta pa je bilo v obvezno zdravstveno zavarovanje vključenih 2.076.273 zavarovanih oseb, od tega 1.536.876 zavarovancev in 539.397 družinskih članov (I. Gracar, nav. delo, str. 14 in ZZS, nav. delo (2013), str. 18).

sredstev financiranja, ki ga predstavlja dopolnilno zdravstveno zavarovanje,¹⁷ ter višini oziroma deležu doplačil zdravstvenih storitev iz košarice obveznega zdravstvenega zavarovanja, ki se krijejo iz naslova dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja.^{18,19} Ukrep, ki zagotavlja oziroma izboljšuje dostop do dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja in s tem preprečuje negativne posledice na področju socialne varnosti, lahko štejeemo kot ukrep, ki uresničuje cilje v javnem interesu.

Vračilo dela dobička v izvajanje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja lahko štejeemo tudi kot ukrep zaradi gospodarskih razlogov, saj se prek vračila dela dobička ohranja finančna stabilnost sistema dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja in posledično tudi sistema socialne varnosti. S tem smo dokazali še drugi pogoj, ki upravičuje omejitev prostega pretoka kapitala – ukrep, ki ga narekujejo razlogi gospodarske narave.

V naslednjem koraku je treba ukrep oziroma določbo presojati v luči načela sorazmernosti, ki določa, da morajo biti sprejeti ukrepi primerni za uresničitev postavljenega cilja in da ne smejo prekoračiti okvirov, ki so potrebni za njegovo doseg. Test sorazmernosti je sestavljen iz treh delov:

1. ali je ukrep primeren za zaščito javnega interesa v zadevnem primeru (zah-teva se vzročna zveza);
2. ali je ukrep nujno potreben za doseg postavljenega cilja (ali je možno do-seči cilj z manj restriktivnim ukrepom);

¹⁷ Zasebna sredstva pri financiranju zdravstvenega varstva so leta 2012 znašala 905,34 milijona evrov, kar je 27,4 odstotkov vseh izdatkov za zdravstveno varstvo. Sredstva iz prostovoljnih zdravstvenih zavarovanj so v istem letu znašala okoli 458,60 milijona evrov, kar je nekaj več kot 50 odstotkov vseh zasebnih sredstev (ZZZZ, nav. delo (2015), str. 142). Naj-večji del teh sredstev so sredstva dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, ki znašajo okoli 400 milijonov evrov, kar je več kot 90 odstotkov vseh sredstev prostovoljnih zdravstvenih zavarovanj (S. Thomas, nav. delo, str. 3).

¹⁸ Višina doplačil niha med 10 in 90 odstotkov vrednosti zdravstvene storitve. Nekatera doplačila so zaradi visoke cene zdravstvenih storitev tako visoka, da jih lahko uvrstimo v kategorijo »katastrofalnih« zdravstvenih izdatkov. Po podatkih Vzajemne so zneski neka-terih doplačil v prvi polovici leta 2013 dosegli naslednje vrednosti: najvišje doplačilo za zdravlilo z vmesne liste (90 odstotkov vrednosti tega zdravila krije dopolnilno zdravstveno zavarovanje) je znašalo 9.579,11 evra; povprečno doplačilo za zdraviliško zdravljenje je znašalo 832 evrov, najdražje pa je znašalo kar 4.560 evrov; najvišje enkratno doplačilo za najzahtevnejše bolniške storitve, ki jih je potrebovalo več kot 8.000 zavarovancev (dopol-nilno zdravstveno zavarovanje krije 10 odstotkov njihove vrednosti), pa je znašalo 21.560 evrov (A. Mikeln, nav. delo).

¹⁹ Dopolnilno zdravstveno zavarovanje je storitev splošnega gospodarskega pomena, za katero velja: gospodarska narava dejavnosti, javni interes, podanost oblastvenega akta, s katerim je gospodarskim subjektom podeljena naloga storitve splošnega pomena z jasno opredeljenimi obveznostmi ter obvezna in univerzalna narava dejavnosti. Za več o javnem interesu dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja glej B. Nikolić, nav. delo (2015b).

3. sorazmernost v ožjem smislu (ukrep ne sme biti nesorazmeren z zasledovanim ciljem).²⁰

Test primernosti (prvi del testa sorazmernosti) se nanaša na odnos med ukrepom in ciljem, ki ga ukrep zasleduje, pri čemer je treba presoјati, ali je izbran ukrep primeren za doseg zasledovanega cilja. Ocena primernosti ukrepa je močno odvisna od okoliščin in dejstev v danem primeru, kar je večkrat poudarilo tudi Sodišče EU. Ali je ukrep primeren za doseg zasledovanega cilja, je stvar dejstev in norm v danem primeru.²¹ V danem primeru je treba presoјati obstoj vzročne zveze med zakonsko ureditvijo, ki izvajalcem dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalaga, da polovico pozitivnega rezultata iz dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja namenijo za izvajanje te dejavnosti, in zasledovanim ciljem tega ukrepa, ki je ohranjanje oziroma izboljšanje dostopa do dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja – z drugimi besedami, ali je opisana zakonska ureditev primerna za ohranjanje oziroma izboljšanje dostopnosti dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja.

ZZVZZ je v 4. točki drugega odstavka 62. člena določal, da:

»morajo zavarovalnice sredstva iz poslovanja dopolnilnega zavarovanja uporabiti le za izvajanje tega zavarovanja. V primeru pozitivnega izida iz dopolnilnega zavarovanja morajo polovico tega izida nameniti za izvajanje dopolnilnega zavarovanja.«

Sklep Agencije za zavarovalni nadzor o podrobnejših navodilih za računovodsko spremljanje in izkazovanje poslovnih dogodkov v zvezi z izvajanjem izravnave pri dopolnilnem zdravstvenem zavarovanju (Sklep AZN) je v 4. členu določal, da zdravstvene zavarovalnice polovico pozitivnega izida izkažejo v bilanci stanja pod postavko »Rezerve iz polovice pozitivnega izida dopolnilnih zavarovanj«, ki se izkazuje znotraj postavke »Rezerve iz dobička«. Rezerve iz polovice pozitivnega izida dopolnilnih zdravstvenih zavarovanj se niso smele izplačevati, temveč so jih morali nameniti izključno za izvajanje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, pri čemer jih niso smele uporabiti za pokrivanje izgube iz naslova teh zavarovanj pred 1. marcem 2006. Sklep AZN je predvideval zgolj oblikovanje rezerv iz dobička, njihovo črpanje oziroma način, na katerega so se sredstva vračala v dejavnost, pa v Sklepu AZN ali drugem predpisu ni bilo predvideno. Zavarovalnice, ki izvajajo dopolnilno zdravstveno zavarovanje, so tako skladno z veljavno zakonodajo polovico pozitivnega izida hranile na svojih računih znotraj ločene postavke. Od 1. marca 2006, ko je ta ukrep začel veljati, do konca leta 2013 sta zdravstveni zavarovalnici Adriatic Slovenica in Vzajemna iz tega naslova akumulirali več

²⁰ Za več o načelu sorazmernosti glej S. Prechal, nav. delo.

²¹ T.-I. Harbo, nav. delo (2015), str. 72, in T.-I. Harbo, nav. delo (2010), str. 165.

kot 30 milijonov evrov.²² Polovica pozitivnega rezultata iz naslova dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, katerega namen je bil zaščita javnega interesa, se je skladno z zakonskimi in podzakonskimi predpisi zgolj nalagala na računih zdravstvenih zavarovalnic. Na posebni postavki zbrana sredstva, tako v abstraktnem kot dejanskem smislu, nikakor niso pripomogla k zagotavljanju in izboljšanju dostopa do dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja. To je posledica pomanjkljive zakonske in podzakonske ureditve, ki ni natančneje opredelila aktivnega vračila dobička, s katerim bi lahko tako na abstrakten kot tudi na dejanski način dosegli zasledovani cilj. Iz opisanega izhaja, da ne moremo potrditi vzročne zveze med zakonodajno ureditvijo in zaščito javnega interesa oziroma primernosti ukrepa, ki izvajalcem dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalaga, da polovico pozitivnega izida namenijo za izvajanje te dejavnosti.

Test presoje sorazmernosti se konča že v prvem koraku. Očitki Evropske komisije, da 4. točka drugega odstavka 62. člena ZZVZZ omejuje prosti pretok kapitala v smislu 63. člena PDEU, so potrjeni. Pri tem je treba opozoriti, da sam namen ukrepa ne pomeni nedopustne omejitve prostega pretoka kapitala, saj ga lahko opredelimo kot ukrep, ki je sprejet iz nujnih razlogov v javnem interesu. V primeru ustreznije zakonske in podzakonske ureditve, ki bi sredstva iz pozitivnega izida dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja aktivno usmerila v cilj zagotavljanja oziroma izboljšanja dostopa do dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, bi ukrep zadostil prvemu delu testa sorazmernosti. V nadaljevanju testa bi nato presojali, ali je ukrep nujno potreben za doseg zadevnega cilja in ali je sorazmeren s ciljem, ki ga zasleduje (drugi in tretji del testa sorazmernosti). Če bi ukrep izpolnjeval tudi druga dela testa, bi veljal za upravičljivo omejitev prostega pretoka kapitala.

3. OMEJITEV PROSTEGA DOLOČANJA PREMIJSKIH STOPENJ IZVAJALCEV DOPOLNILNEGA ZDRAVSTVENEGA ZAVAROVANJA

Čeprav je dopolnilno zdravstveno zavarovanje gospodarska dejavnost (storitev splošnega gospodarskega pomena²³), so države članice zaradi pomembne vloge, ki ga ima zavarovanje v sistemu zdravstvenega varstva in socialne varnosti, upravičene do strožjih regulatornih posegov v to dejavnost. Slovenska ureditev dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja spada v smislu reguliranosti

²² Triglav ni imel oblikovanih rezerv iz dobička, saj je celoten dobiček skladno z 230. členom Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1, Ur. l. RS, št. 42/06 in nasl.) namenil kritju prenesene izgube (deloma zagonskih sredstev), ki je večinoma nastala pred 1. marcem 2006.

²³ Za več glej B. Nikolić, nav. delo (2015a).

prostovoljnih zdravstvenih zavarovanj v sam vrh EU. Zavarovalnice, ki izvajajo dopolnilno zdravstveno zavarovanje, imajo zaradi obsežne regulacije zelo omejene možnosti, da s tržnimi ukrepi povečujejo dobiček, kar je značilno za gospodarske dejavnosti. Z izjemo določanja stopnje oziroma višine zavarovalne premije, ki je v celoti v pristojnosti zdravstvenih zavarovalnic, država regulira večino segmentov te dejavnosti (pravice iz dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, način njegovega izvajanja itd.). Pred uveljavitvijo ZUJF²⁴ je država še močnejše posegala v to dejavnost, saj zavarovalnice niso imele povsem prostih rok pri določanju višine zavarovalne premije. Deregulacija je posledica odprave 6. točke drugega odstavka 62. člena ZZVZZ (11. člen ZUJF), ki je določala predhodno pisno potrditev povišanja premije dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja v času njegovega trajanja. Razlog za odpravo te določbe ni bil uravnoteženje javnih financ, kar bi bilo v skladu z namenom tega zakona, temveč je zakonodajalec izrabil časovno prikladnost sprejemanja zakona in tako odpravil kršitev evropske zakonodaje.

Evropska komisija je v tožbi pred Sodiščem EU Sloveniji očitala, da zaradi nepravilne in nepopolne implementacije Prve in Tretje direktive o neživljenjskem zavarovanju v nacionalni pravni red ni izpolnila obveznosti iz tretjega odstavka 8. člena Prve ter 29. in 39. člena Tretje direktive o neživljenjskem zavarovanju, ki prepovedujejo ohranitev ali uvedbo predhodnega obveščanja ali odobritve predlaganih povečanj premijskih stopenj.²⁵ Sodišče EU je v postopku ugotavljalo, ali 6. točka drugega odstavka 62. člena ZZVZZ, ki je določala obveznost predhodne pisne potrditve povišanja premije dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja v času njegovega trajanja s strani pooblaščenega aktuarja zavarovalnice, pomeni očitano kršitev. Sloveniji se je ponudila priložnost, da zadevno določbo upraviči v okviru izjeme splošnega sistema nadzora cen, vendar tega ni storila, saj je že predhodno v odgovoru na uradni opomin Evropske komisije izrazila namero o odpravi sporne določbe.²⁶ Sodišče EU je zato v tem delu ugodilo tožbenemu zahtevku Evropske komisije.²⁷ V nadaljevanju bom proučil, ali bi Slovenija lahko v okviru izjeme splošnega sistema nadzora cen upravičila skladnost sporne določbe s Prvo in Tretjo direktivo o neživljenjskem zavarovanju.

ZZVZZ je v 6. točki drugega odstavka 62. člena določal, da mora povišanje premije dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja v času njegovega trajanja predhodno pisno potrditi imenovani pooblaščen aktuar zavarovalnice. Zako-

²⁴ Ur. l. RS, št. 40/12 z dne 30. maja 2012.

²⁵ Sodba SEU v zadevi *Komisija proti Sloveniji*, C-185/11 z dne 26. januarja 2012, točka 10.

²⁶ Prav tam, točki 13 in 26.

²⁷ Prav tam, točka 27.

nodajalec dolžnosti pooblaščenega aktuarja v zvezi s pisnim potrjevanjem povišanja premij dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja ni opredelil v ZZVZZ, temveč je to storil v Zakonu o zavarovalništvu (ZZavar).²⁸ Ta v prvem odstavku 76. člena določa obveznost pooblaščenega aktuarja, ki mora preveriti, ali se premije izračunavajo v skladu s predpisi in ali so izračunane oziroma oblikovane tako, da zagotavljajo trajno izpolnjevanje vseh obveznosti zavarovalnice iz zavarovalnih pogodb.²⁹ Vloga pooblaščenega aktuarja zdravstvenih zavarovalnic, ki izvajajo dopolnilno zdravstveno zavarovanje, je bila varovalo, ki skrbi za ravnotežje med zavarovalci oziroma zavarovanci in izvajalci dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja (posledica asimetrije informacij). Pri potrjevanju pravilnega izračunavanja zavarovalnih premij je moral upoštevati interes vseh deležnikov – zavarovalcev po dostopni oziroma nizki stopnji zavarovalne premije, javni interes, ki narekuje čim višjo pokritost z dopolnilnim zdravstvenim zavarovanjem, in interes izvajalcev zavarovanja, da izvajajo dejavnost v okolju, ki jim zagotavlja trajno izpolnjevanje vseh obveznosti iz zavarovalnih pogodb. Še posebej pomembno vlogo so imele pri potrjevanju premij spremenjene okoliščine pri izvajanju dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, ki so upravičevale dvig zavarovalne premije. Te okoliščine je moral analizirati in ocenjevati njihov vpliv na delovanje zavarovateljev in zavarovancev oziroma zavarovalcev. Med take okoliščine štejemo spremembo odstotne vrednosti doplačil, spremembe vsebine, obsega, strukture ali standarda pravic obveznega zdravstvenega zavarovanja, spremembe cen zdravstvenih ali z njimi povezanih storitev, spremembe cen zdravil in medicinsko-tehničnih pripomočkov ter spremembe ekonomskih okoliščin, ki bistveno vplivajo na izpolnjevanje obveznosti in poslovanje zavarovateljev. Ekonomske okoliščine, ki bistveno vplivajo na izpolnjevanje obveznosti in poslovanje zavarovateljev, ne smejo izvirati iz poslovanja zavarovalnice (na primer povišanje operativnih stroškov), temveč so upravičljive zgolj tiste, na katere zavarovalnice nimajo vpliva.³⁰ Če pooblaščen aktuar ugotovi, da se premije ne izračunavajo skladno s predpisi oziroma da so izračunane tako, da je ogroženo trajno izpolnjevanje vseh obveznosti zavarovatelja iz zavarovalnih pogodb, mora o tem nemudoma obvestiti upravo zavarovalnice. Če uprava poročila pooblaščenega aktuarja ne upošteva ustrezno, mora pooblaščen aktuar o tem obvestiti Agencijo za zavarovalni nadzor, ki lahko zavarovalnici odredi nadaljnje sankcije.

²⁸ Ur. l. RS, št. 99/10 z dne 17. februarja 2000.

²⁹ Pooblaščen aktuar mora pri preverjanju upoštevati tudi določbe Sklepa o podrobnejših pravilih in minimalnih standardih za izračun zavarovalno-tehničnih rezervacij (Ur. l. RS, št. 3/01).

³⁰ Glej sodbi Vrhovnega sodišča RS v zadevah G 6/2007 z dne 11. novembra 2008, točki 9 in 19; ter G 8/2007 z dne 10. marca 2009, točki 17 in 18.

Tretji odstavek 8. člena Prve ter 29. in 39. člen Tretje direktive o neživiljenjskem zavarovanju prepovedujejo ohranitev ali uvedbo odobritve predlaganih povečanj premijskih stopenj, kar načelno nasprotuje slovenski zakonodaji. Vendar pa te določbe vsebujejo tudi izjemo, ki dovoljuje predhodno odobritev predlaganih povečanj premijskih stopenj, če je tak ukrep del splošnega sistema nadzora cen. Sodišče EU je že odločalo o vprašanju predhodne odobritve premijskih stopenj, in sicer glede belgijskega dodatnega zdravstvenega zavarovanja za bolnišnično oskrbo v enoposteljni sobi.³¹ Sodišče je v tej zadevi poudarilo, da se kljub namenu pravnega reda EU, da zagotovi načelo prostega določanja premijskih stopenj v zavarovalnem sektorju (izjema je sektor življenjskega zavarovanja), popolna uskladitev premijskih stopenj, s katero se izključi vsak nacionalni ukrep, ki potencialno vpliva na premijske stopnje, ne more domnevati.³² Nacionalna ureditev, ki uvaja tehnični okvir, znotraj katerega zavarovalnice izračunavajo premijske stopnje, ni v nasprotju z načelom prostega določanja premijskih stopenj zgolj zato, ker vpliva na njihovo spreminjanje.³³ Temu je Sodišče EU sledilo tudi v končni odločitvi, ko je odločilo, da je belgijski sistem predhodne odobritve premijskih stopenj, ki omogočajo prilagajanje zavarovalne premije na podlagi dveh vrst indeksov, tehnični okvir, ki je del splošnega sistema nadzora cen, in kot tak ne krši evropske zakonodaje.³⁴

Belgijski tehnični okvir omogoča prilagajanje premijskih stopenj:

- na podlagi indeksa cen življenjskih potrebščin;
- na podlagi zdravstvenega indeksa glede na stroške storitev, ki jih krijejo zasebne pogodbe zdravstvenega zavarovanja, če spremembe navedenega ali navedenih indeksov presegajo indeks cen življenjskih potrebščin;
- z dovoljenjem upravnega organa, pristojnega za nadzor nad zavarovalnicami, ki odloča na zahtevo zadevne zavarovalnice, če navedeni organ ugotovi, da ne glede na prilagoditve, izračunane na podlagi indeksov iz prejšnjih odstavkov, uporaba premijske stopnje te zavarovalnice povzroča ali bi lahko

³¹ Sodba SEU v zadevi *DKV Belgium SA proti Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*, C-577/11 z dne 7. marca 2013.

³² Prav tam, točki 21 in 22.

³³ V tem smislu glej sodbe SEU v zadevah *DKV Belgium SA proti Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*, C-577/11 z dne 7. marca 2013, točka 23; *Komisija proti Luksemburgu*, C-346/02 z dne 7. septembra 2004, točka 25; *Komisija proti Franciji*, C-347/02 z dne 7. septembra 2004, točka 26; in *Komisija proti Italiji* C-518/06 z dne 28. aprila 2009, točka 105.

³⁴ Sodba SEU v zadevi *DKV Belgium SA proti Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*, C-577/11 z dne 7. marca 2013, točke 24 in 18–29.

povzročila izgubo, s čimer ji omogoči, da sprejme ukrepe, s katerimi uravnoteži premijske stopnje in lahko prilagodi pogoje kritja.³⁵

Sodišče je svoje stališče utrdilo z argumentom, da imajo zavarovalnice kljub tehničnemu okviru dovoljenje za povečevanje premijskih stopenj na podlagi dveh vrst indeksov: indeksa cen življenjskih potrebščin in zdravstvenega indeksa.³⁶ Tak sistem deluje kot tehnični okvir, omejen na določitev spreminjanja cen, znotraj katerega zavarovalnice same izračunavajo premije.³⁷ Sodišče je zaključilo, da tak sistem zvišanja premijskih stopenj ni v nasprotju s tretjim odstavkom 8. člena Prve ter 29. in 39. členom Tretje direktive o neživljenjskem zavarovanju.

Zakonodajna ureditev slovenskega dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja je pred odpravo 6. točke drugega odstavka 62. člena ZZVZZ določala, da imenovani pooblaščen aktuar zdravstvene zavarovalnice zgolj potrdi pravi len izračun premij, ki ga opravijo zavarovalnice na podlagi ZZavar, Sklepa o podrobnejših pravilih in minimalnih standardih za izračun zavarovalno-tehničnih rezervacij ter lastnih Splošnih pogojev dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja. Upravičljivi razlogi za dvig premijske stopnje so lahko le spremenjene okoliščine pri izvajanju dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, na katere zavarovalnica nima vpliva. Zakon izrecno ne navaja, katere spremenjene okoliščine upravičujejo dvig premije, vendar iz zakonskih določb, navodil regulatorja in sodne prakse izhaja, da je treba pri opredeljevanju spremenjenih okoliščin oziroma ocenjevanju ekonomskih sprememb, ki upravičujejo dvig zavarovalnih premij, izhajati iz:

1. dejanskih stroškov zavarovalnic, povezanih s poravnavanjem obveznosti iz naslova dolgoročnih zavarovalnih pogodb v preteklem letu;
2. vpliva inflacije na prihodnje stroške ter
3. porasta cen in dobička.³⁸

Na porast cen in stroškov imajo najbolj vplivajo spremembe odstotka doplačil zdravstvenih storitev, spremembe vsebine, obsega, strukture ali standarda pravic iz obveznega zdravstvenega zavarovanja, spremembe cene zdravstvenih ali z njimi povezanih storitev, spremembe cene zdravil in medicinsko-tehničnih pripomočkov ter (bistveno) zmanjšanje števila zavarovancev.

³⁵ Prav tam, točka 17.

³⁶ Prav tam, točka 24.

³⁷ Prav tam, točka 26.

³⁸ Glej 4. točko tretjega odstavka 10. člena v zvezi z drugim odstavkom 16. člena Sklepa o podrobnejših pravilih in minimalnih standardih za izračun zavarovalno-tehničnih rezervacij ter sodbo Vrhovnega sodišča RS v zadevi G 8/2007 z dne 10. marca 2009, točka 47.

Izhajajoč iz sodne prakse Sodišča EU, lahko tudi slovensko pravno ureditev omejitve prostega določanja premijskih stopenj izvajalcev dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja obravnavamo kot tehnični okvir, ki je del splošnega sistema nadzora cen, saj je omejena zgolj na nadzor nad spreminjanjem premijskih stopenj in opredeljevanje upravičljivih razlogov za njihovo spreminjanje. Zavarovatelji pri izračunavanju premijskih stopenj še zmeraj ohranjajo veliko mero avtonomije, saj imajo znotraj tega okvira oziroma znotraj upravičljivih razlogov povsem proste roke. Pooblaščen aktuar zgolj preverja in potrjuje, ali so premijske stopnje izračunane po predpisih oziroma ali so znotraj predpisane tehnicihne okvira. Čeprav lahko slovensko pravno ureditev predhodnega potrjevanja spreminjanja premijskih stopenj načeloma štejeemo za tehnični okvir, ki je del splošnega sistema nadzora cen, se slovenska pravna ureditev v eni točki močno razlikuje od belgijske. Tehnični okvir v slovenski pravni ureditvi vsebuje (drugače kot v belgijski ureditvi) pomensko zelo odprta merila, ki upravičujejo zviševanje premijskih stopenj. Slovenska ureditev izrecno ne opredeljuje podlage, ki upravičuje spreminjanje premijske stopnje, in tudi ne višine, do katere lahko zavarovatelji zvišujejo premijske stopnje, tako kot to opredeljuje belgijska ureditev. Z okvirnimi in pomensko odprtimi določbami (na primer zagotavljanje trajnega izpolnjevanja vseh obveznosti zavarovalnice iz zavarovalnih pogodb, ekonomske spremembe, na katere zavarovalnica nima vpliva, itd.) določa zelo nejasen tehnični okvir, znotraj katerega so zavarovalnice upravičene do izračunavanja premijskih stopenj. Take določbe dvoumno in nedoločno opredeljujejo pravni položaj subjektov, na katere se nanašajo, ter so tako z vidika načela določnosti (načelo pravne države iz 2. člena Ustave) zelo sporne.³⁹ Omejevanje zavarovalnic pri prostem določanju zavarovalnih premij, ki je posledica pomensko odprtih določb, zagotovo presega namen tehničnega okvira, znotraj katerega zavarovalnice izračunavajo premijske stopnje, zato je njegova skladnost s Prvo in Tretjo direktivo o neživljenjskem zavarovanju zelo vprašljiva oziroma je z njima celo neskladen.⁴⁰ Taka ugotovitev še zdaleč ne zavrača skladnosti nacionalnih ukrepov, s katerimi država v imenu javnega interesa ter v smislu splošnega nadzora cen s pomensko jasnimi in natančno opredeljenimi merili omejuje prosto določanje premijskih stopenj na način

³⁹ Glej odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-312/97 z dne 10. januarja 2002 (Ur. l. RS, št. 13/02, in OdlUS XI/1).

⁴⁰ To nakazujejo tudi podražitve zavarovalnih premij leta 2012, ki so bile posledica sprejema ZUJF. V obdobju od januarja do septembra 2013 so zdravstvene zavarovalnice zabeležile za skoraj 30 milijonov evrov več prihodkov iz premij, čeprav so škode v enakem obdobju porastle zgolj za 17 milijonov evrov (Š. Ivanjko, nav. delo). To je odličen kazalnik, da porast zavarovalnih premij ni zgolj posledica spremenjenih okoliščin pri izvajanju dopolnilnega zavarovanja, kar priča o neučinkovitosti in neprimernosti tehničnega okvira, ki je del splošnega sistema nadzora cen.

predhodnega potrjevanja in odobritve dviga premijskih stopenj. Tudi Slovenija bi lahko ob jasnejših in določnejših merilih upravičila predhodno pisno potrditev pooblaščenega aktuarja zavarovalnice, in sicer kot tehnični okvir v smislu splošnega nadzora cen.

4. SKLEP

Financiranje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja se vse od novele ZZVZZ-H ni bistveno spremenilo. Opozoriti je treba zgolj na dve spremembi, ki sta bili posledici dokazanih in očitanih kršitev pravnega reda EU. Analiza odprave predhodne pisne potrditve povišanja premije dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja v času njegovega trajanja je pokazala, da je skladnost te določbe s pravnim redom EU zelo vprašljiva oziroma je z njim celo neskladna. Tak zaključek *per se* ne zavrača skladnosti nacionalnih ukrepov, s katerimi država omejuje prosto določanje premijskih stopenj na način predhodnega potrjevanja in odobritve dviga premijskih stopenj. Slovenija bi lahko ob jasnejših in določnejših merilih, ki upravičujejo zviševanje premijskih stopenj, predhodno pisno potrditev pooblaščenega aktuarja zavarovalnice upravičila, in sicer kot tehnični okvir v smislu splošnega nadzora cen. Tudi določba, ki je zdravstvenim zavarovalnicam v primeru pozitivnega poslovnega izida iz dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalagala, da polovico tega izida namenijo za izvajanje te dejavnosti, se je izkazala kot kršitev pravnega reda EU (omejitev prostega pretoka kapitala), saj ni prestala niti prvega dela testa sorazmernosti. Kljub načelni prepovedi omejitve prostega pretoka kapitala lahko države članice z nacionalnimi ukrepi deloma omejijo prosti pretok kapitala, če so ti ukrepi upravičeni iz nujnih razlogov v splošnem interesu. V primeru ustrežnejše pravne ureditve, ki bi sredstva iz pozitivnega izida dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja aktivno usmerila v cilj zagotavljanja oziroma izboljšanja dostopa do dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, bi ukrep prestal prvi del testa sorazmernosti. Če bi ukrep izpolnjeval tudi druga dela testa, bi veljal za upravičljivo omejitev prostega pretoka kapitala.

Slovenija ni uporabila opisanih možnosti – niti pri opravičevanju očitanih kršitev pred Sodiščem EU niti pri odpravi teh kršitev. Ubrala je lažji pristop in na račun povečanja gospodarske učinkovitosti⁴¹ odpravila obe določbi, ki sta pomenili socialni korektiv pri financiranju dejavnosti dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja.

⁴¹ Cilj pravil, ki urejajo delovanje notranjega trga, in konkurenčne zakonodaje EU je povečevanje gospodarske učinkovitosti EU. Za več o tem glej B. Nikolić, nav. delo (2015(b)).

Literatura

Aleš Mikeln: Pomen zasebnih sredstev za dolgoročno stabilnost zdravstvenega sistema, v: Gradivo posveta Zdravstvena polemika: Kakšna bo cena vašega zdravlja v prihodnje, Ljubljana 2014.

Bruno Nikolić: Opredelitev slovenskega dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja kot storitev splošnega gospodarskega pomena, v: International Public Administration Review, 13 (2015) 1, str. 29–47. Citirano kot 2015a.

Bruno Nikolić: Slovenian Complementary Health Insurance Reform – Dichotomy between the Internal Market and the Social Dimension, v: Danube, 4 (2015), str. 205–216. Citirano kot 2015b.

Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD Health Data, 2015 <<http://www.oecd.org/health/health-systems/health-data.htm>> (10. 3. 2015).

Ivan Gracar: Spremembe financiranja sistema zdravstvenega varstva v RS, predlog z dne 24. februarja 2014.

Sacha Prechal: Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered, v: Kluwer Law International, Legal Issues of Economic Integration, 35 (2008), 3, str. 201–216.

Steve Thomas in drugi: Preučitev smiselnosti dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, Analiza zdravstvenega sistema v Sloveniji. WHO, Ljubljana 2015.

Šime Ivanjko: Zavarovalnice v krizi dobro poslujejo, ker strah zaradi negotovosti povečuje potrebo po zavarovanju, v: Večer, 30. decembra 2013.

Tor-Inge Harbo: The Function of the Proportionality Principle in EU Law, v: European Law Journal, 16 (2010) 2, str. 158–185.

Tor-Inge Harbo: The Function of Proportionality Analysis in European Law. Brill Nijhoff, Leiden 2015.

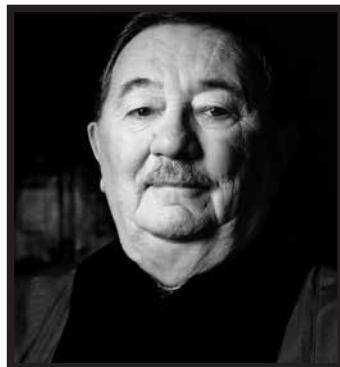
Tomaš Szalay, in drugi: Slovakia: Health system review, v: Health Systems in Transition, 13 (2011) 2, str. 1–200.

Vlada RS: Stališče Vlade RS do Mnenja Državnega sveta o Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju, Ljubljana 2013.

Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije: Poslovno poročilo za leto 2012. Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije, Ljubljana 2013.

Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije: Poslovno poročilo za leto 2014. Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije, Ljubljana 2015.

JANEZ ŠINKOVEC (1928–2016)



doktor pravnih znanosti, redni profesor Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, nekdanji sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije

*Ni smrt tisto, kar nas loči,
in življenje ni, kar druží nas.
So vezi močnejše. Brez pomena
zanje so razdalje, kraj in čas.*

*Vekovečna dragih je bližina.
Smrt je le združitve navečer.
Zemlja skupno je pribežališče
in poslednji cilj vseh nas je mir.*

Mila Kačič (1912–2000)

Spoštovana družina Šinkovec, sorodniki, prijatelji, kolegice in kolegi, dragi Janez,*

sporočilo, da nas je 8. septembra 2016 zapustil prof. dr. Janez Šinkovec, je prišlo nepričakovano, še vedno prezgodaj in nas je vse globoko prizadelo. Zaključilo se je vsestransko vsebinsko polno in bogato življenje, prenehalo je biti veliko srce.

Prof. dr. Janez Šinkovec – mož, oče in dedek, veliko ime slovenske pravne znanosti in prakse, cenjeni kolega in dragi prijatelj. Danes se od njega poslavljamo

* Poslovilne besede na pogrebu dne 14. septembra 2016.

zadnjič. Pravzaprav – ne zadnjič. Če povzamem besede Mile Kačič v eni od njenih pesmi: »*Ni smrt tisto, kar nas loči, in življenje ni, kar druží nas. So vezi močnejše. Brez pomena zanje so razdalje, kraj in čas.*«

Čeprav se mi vsi, vsak od nas, od vsega začetka zaveda minljivosti tega posvetnega življenja ter njegove kratkotrajnosti, pa nas vendarle v življenju osrečujejo tako lepi trenutki življenja kot tudi tisti žalostni, manj srečni, trenutki. Vendar se kljub temu zavedamo dragocenosti in enkratnosti življenja. Življenju želimo posvetiti naša dejanja, naše talente, naša dobra dejanja in dela, in mu dati s tem smisel. Smisel življenja išče in najde v tem kratkem, prekratnem življenju vsak od nas sam zase.

Prof. dr. Janez Šinkovec, dragi Janez, je smisel svojega življenja našel v stalnem in plodovitem pravniskem delu ter v neutrudnem druženju s knjigami in z vedrimi ljudmi, ob upoštevanju in prizadevanju za svoje življenjske ideale in vrednote, ki so bili vedno ideali rimskopravnega pojmovanja, da je pravo umetnost dobrega in pravičnega (*ius est ars boni et aequi*).

Kakšna je bila življenjska pot prof. dr. Janeza Šinkovca? Rodil se je 12. avgusta 1928 v Ljubljani. Osnovno šolo je obiskoval v Krškem,¹ gimnazijo v Ljubljani.² Na Pravni fakulteti v Ljubljani³ je diplomiral leta 1956, leta 1976 je magistriral ter leta 1980 doktoriral. Leta 1978 je bil sprva izvoljen za docenta,⁴ leta 1985 pa za rednega profesorja Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.⁵

Prof. dr. Šinkovec je od diplome dalje delal v pravosodju, sprva kot pripravnik na Okrožnem sodišču v Ljubljani,⁶ nato je deloval kot okrajni sodnik v Radovljici (1957–1960),⁷ sodnik na Okrožnem sodišču v Ljubljani (1960–1962),⁸ med leti 1962 do 1967 je bil predsednik Okrožnega sodišča v Novi Gorici,⁹ med leti 1967 do 1970 je opravljal delo pomočnika direktorja podjetja ČGP Delo,¹⁰ nato je bil svetovalec Ustavnega sodišča Republike Slovenije (1970–1973),¹¹

¹ Od leta 1934 do 1938.

² IV. moška gimnazija, 1939–1947.

³ Obiskoval jo je od leta 1950 do 1956.

⁴ Z dnem 23. oktobra 1978.

⁵ Z dnem 26. februarja 1985.

⁶ Od 1. avgusta 1956 do 31. decembra 1956.

⁷ Od 1. januarja 1957 do 28. julija 1960.

⁸ Od 29. julija 1960 do 31. julija 1962.

⁹ Od 1. avgusta 1962 do 28. februarja 1967.

¹⁰ Od 1. marca 1967 do 31. marca 1970.

¹¹ Od 1. aprila 1970 do 28. februarja 1973.

sodnik Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (1973–1986)¹² ter predsednik komisije za sistemska vprašanja Skupščine SRS (1986–1989).¹³ Od leta 1990 do 1998 je bil sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije.¹⁴

V Radovljici in Novi Gorici je bil predsednik pravniškega društva. Sicer pa je bil več let predsednik Zveze društev pravnikov Slovenije¹⁵ in tudi predsednik Zveze društev pravnikov Jugoslavije.¹⁶ S slednje funkcije je javno odstopil ob konfliktih s SFRJ, ko je tudi izpeljal izstop slovenskih pravnikov iz jugoslovanske zveze. V času, ko je bil sodnik Vrhovnega sodišča Slovenije, je bil tudi urednik Pravosodnega biltena in urednik objav sodne prakse, kar je bila osnova za računalniško obdelavo sodne prakse. Bil je član komisije za pravosodne izpite, član zveznih komisij in pravnega sveta Jugoslavije.

Od leta 1943 dalje je sodeloval v narodnoosvobodilnem boju, za kar je bil odlikovan z Redom hrabrosti¹⁷ in Redom zaslug za narod s srebrno zvezdo,¹⁸ Redom dela z zlatim vencem¹⁹ ter Redom republike s srebrnim vencem.²⁰

Ameriški pisatelj Thornton Wilder (1897–1975) je nekoč dejal: »*To je dežela živčih in onkraj je dežela mrtvih, most med obema je naša ljubezen.*« – To je dežela živčih. To deželo smo s pokojnim Janezom živeli skupaj. Mnogi smo z njim preživeli le nekatere trenutke, nekateri njegovo celotno življenje. Na ta čas imamo mnogi številne spomine, zlasti v zadnjih dneh so oživele številne njegove anekdote, ki jih je prof. dr. Šinkovec rad pripovedoval, na primer ta, da je za pripravo na lovski izpit potreboval več časa kot za pripravo na pravosodni izpit. Pa še jih je bilo.

Osebnost Janeza spoznal nekje v letu 1992, ko je bil na vrhuncu svojih moči, ko je bil sodnik Ustavnega sodišča. Bil je ljubezniv, pa vendarle neposreden, hudomušen, iskrič. Vendar kljub temu življenjsko blizu vsakomur, ki je imel srečo, da ga je poznal in z njim sodeloval. Vedno je bil vedrega duha, poln življenjske energije, nasmejan in kot tak nam je bil številnim vzor. To smo mu kdaj tudi zavidali. Imel je odliko dobrega človeka, saj si je vedno vzel čas, ne samo za družino in kolege, temveč tudi za nas, ki smo bili tedaj še študenti.

¹² Od 1. marca 1973 do 31. decembra 1986.

¹³ Od 1. junija 1986 do 31. decembra 1989.

¹⁴ Od 1. januarja 1990 do 8. januarja 1998.

¹⁵ Od leta 1987 do 1993.

¹⁶ Od leta 1988 do 1990.

¹⁷ Leta 1962.

¹⁸ Leta 1963.

¹⁹ Leta 1969.

²⁰ Leta 1982.

Zanimal se je za naše uspehe, nam pri tem pomagal, zalagal z literaturo ter spodbujal in se z nami veselil vsakega našega uspeha.

Za prof. dr. Šinkovca je bilo delo, tj. neutrudno pravno pisanje in raziskovanje potrdilo, da je živ in da ne živi zaman in tjavendan, temveč da ustvarja zase in za celotno pravniško javnost. Veliko je objavljaj, pogosto je tlakoval pot novim pravnim spoznanjem. Njegova bibliografija šteje kar 331 enot,²¹ od tega kar 22 izvirnih znanstvenih člankov, sedem preglednih znanstvenih člankov in številnih drugih strokovnih člankov ter strokovnih in znanstvenih monografij, izdanih v knjižni obliki.

Objavljaj je predvsem v revijah *Pravnik*, *Podjetje* in *delo*, *Pravna praksa* ter *Pravosodni bilten*. V člankih in razpravah je obravnaval zlasti ustavnopravna in gospodarska vprašanja.

Proučeval je številna pravna področja, in sicer od delovnega prava,²² civilnega prava, varstva okolja, gospodarskega prava oziroma prava družb²³ in evropskega prava do ustavnega prava²⁴ in človekovih pravic.²⁵ Vedno so ga vodila visoka merila pravne stroke. Pisal je tudi za laično javnost.²⁶

Objavil je več del s področja podjetništva, gospodarskega prava (Pravo družb,²⁷ Temelji podjetništva,²⁸ Integracije in koncentracije v gospodarstvu,²⁹ Temeljni

²¹ <<http://izumbib.izum.si/bibliografije/Y20160913092316-A2691683.html>> (11. 9. 2016).

²² Bil je namreč član Inštituta za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

²³ Na primer *Pravo družb*, (zbirka *Gospodarska založba*). *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1989; *Delniška družba in povezane družbe*. Bonex, Ljubljana 1994; *Družba z omejeno odgovornostjo*. Bonex, Ljubljana 1995; *Koncernsko pravo – povezana podjetja*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2001; *Komentar Zakona o gospodarskih družbah – s sodno prakso, vzorci tožb in vzorci aktov gospodarskih družb ter prilogami* (v soavtorstvu z Boštjanom Tratarjem). Legat, Lesce 2004; *Družba z omejeno odgovornostjo* (zbirka *Gospodarska založba*). *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1990.

²⁴ *Pravna, demokratična in socialna država. Enotnost*, Ljubljana 1996; *Odgovornost države za škodo*. *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1998.

²⁵ Na primer *Pravice in svoboščine* (zbirka *Učbeniki*). Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1997.

²⁶ Na primer *Občanov pravni svetovalec*. Delavska univerza Boris Kidrič in Zveza sindikatov Slovenije, Ljubljana 1970; *Zasebnikov in kmetovalčev pravni svetovalec*. Delavska univerza Boris Kidrič, Ljubljana 1971.

²⁷ *Pravo družb* (zbirka *Gospodarska založba*). *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1989.

²⁸ *Temelji podjetništva* (zbirka *Gospodarska založba*). *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1992.

²⁹ *Integracije in koncentracije v gospodarstvu* (zbirka *Gospodarska založba*). *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1990.

akti in pogodbe gospodarskih družb³⁰),³¹ lastnine, varstva okolja, prava Evropske unije³² itd.

Dr. Šinkovec je veliko pozornosti namenjal vprašanjem ustavnosti (pravna in socialna država, demokratična država, ustavno zagotavljanje lastnine, socialna funkcija lastnine, varstvo osebnosti in zasebnosti, pridobljene pravice ter varstvo okolja), kar je proučeval tudi v mednarodnem centru Združenih narodov v Bonnu v Nemčiji.³³

V tujini je v Hamburgu v Nemčiji predaval na Institutu Maxa Plancka pravo v tranziciji.³⁴ V reviji *Osteuroparecht* je objavil članek Ustavno sodišče Republike Slovenije.³⁵ Od leta 1997 je bil nacionalni koordinator evropske raziskave o pravicah človeka pod vodstvom univerze v Osnabrüčku (*Ius commune europaeum*).

Tisti, ki so poznali Janeza, vedo, da je znal biti tudi zelo čustven človek, prijeten in zabaven v zasebnem življenju – kot mož, oče, dedek, kot kolega in prijatelj. Rad je pripovedoval o svoji hčeri Laki in sinu Dediju. V zadnjem času pa je v vlogi dedka svojo čustveno toplino izkazoval predvsem svojima vnukoma Maxu in Marku. Žal mu je kruta usoda to veselje v teh dneh odvzela.

Prof. dr. Šinkovec se je vse do zadnjih dni zanimal za aktualna pravna vprašanja. Čeprav mu telo ni vedno služilo, je v svojih očeh ohranil neko mladostno iskrivost ter večno radovednost za družbene in pravne novosti.

Dragi prijatelji, danes se sicer poslavljamo od telesa pokojnega Janeza, pa vendar bo spomin na njega še dolgo živ med nami, v naših mislih, spominih in v naših srcih.

Dragi Janez, najlepše kar lahko damo Tebi in Tvoji družini ta trenutek, je zagotovilo, da boš za večno ostal v našem spominu, v spominu vseh tistih, ko so te poznali, spoštovali in imeli radi.

Za konec naj se še enkrat vrnem k pesnici Mili Kačič: »Ni smrt tisto, kar nas loči, in življenje ni, kar druží nas. So vezi močnejše. Brez pomena zanje so razdalje, kraj in čas.«

dr. Boštjan Tratar

³⁰ Temeljni akti podjetij in družb (zbirka Gospodarska založba). Gospodarski vestnik, Ljubljana 1989; Temeljni akti podjetij in družb (zbirka Gospodarska založba, v soavtorstvu z Ivanom Žužkom). Gospodarski vestnik, Ljubljana 1990.

³¹ Podjetje v Evropski skupnosti in temelji pravnih poslov v Evropi. Primath, Ljubljana 1998.

³² Evropsko pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.

³³ Pravo okolja – načela in mednarodnopravni prikaz (zbirka Učbeniki). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1994.

³⁴ 1992.

³⁵ 1993.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.795:347.796

347.79:347.447.5

VLAČIČ, Patrick, OBLAK, Karla: Zakaj uživa pomorski prevoznik ugodnejši režim odgovornosti v primerjavi s prevozniki iz drugih panog**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 7-8**

Namen članka je odgovoriti na vprašanje, zakaj pomorski prevoznik za škode na tovoru ali za škodo, ki jo utrpijo potniki še danes odgovarja drugače, kot to velja za druge prevozne panoge. Pomorski prevoznik pri prevozu potnikov in prtljage z izjemo držav članic Evropske unije in malega števila drugih držav uživa režim subjektivne odgovornosti z nekaterimi posebnostmi. Drugače je odgovornost urejena v letalskem, železniškem in cestnem prevozu, v katerem je odgovornost prevoznika objektivna. Pri prevozu tovora niti v teoriji še ni resnih razprav, da bi odgovornost pomorskega prevoznika po temelju izenačili z drugimi prevoznimi panogami. Ko poskušamo najti vzroke za to razliko v ureditvi, ki jo najdemo tako v mednarodnih pogodbah kot tudi v nacionalnih zakonodajah, nimamo lahke naloge. Avtorji knjig in znanstvenih člankov po svetu tako stanje zapišejo kot dejstvo, z razlogi zanj pa se ne ukvarjajo. Ali obstaja resen in opravičljiv razlog za tako posebno ureditev odgovornosti v pomorskem prevozu ali je to zgolj posledica trenutnega ravnotežja moči udeležencev v pomorskem prevozu ali celo zgodovinski relikv? Ta članek je nastal zato, da bi odgovoril na to intrigantno vprašanje.

*Original Scientific Article*UDC: 347.795:347.796
347.79:347.447.5**VLAČIČ, Patrick, OBLAK, Karla: Why does a Carrier in Maritime Carriage of Passengers and Goods Enjoy a Different Liability Regime in Comparison to Carriers in other Transport Modes***Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 7-8*

The purpose of this paper is to answer the question: Why is there a different liability of the carrier in maritime carriage of passengers and goods in comparison to other transport modes? Except in the EU Member States and a few other countries, a maritime carrier's liability for damages that were suffered by passengers is fault. There is a different, stricter, liability of the carrier in air, rail and road transport. No serious discussions regarding the maritime carrier's liability in terms of bringing about unity with the other means of transport have been held, nor any theories in that regard put forth. Determining the cause of this exception for the maritime sector's liability is a difficult task. Scholars worldwide record the situation without any apparent investigation into its origin. Is there a serious and justifiable reason for such a special liability regime for maritime transport or is this merely a consequence of the current balance of power of players in maritime transport, or perhaps even an historical relict? This article was prepared in order to provide an answer to this intriguing question.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.11:342.7-053.2(560)

KOHLER, Jürgen: Stvarna predkupna pravica v štirih pravnih sistemih – Pravnozgodovinska in pravnodogmatična študija primera o aktualnosti starega lokalnega prava

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 7-8

Prispevek išče povezavo med novejšo nemško pravno zgodovino in veljavnim pravom s pomočjo primera, katerega predmet je stara stvarna predkupna pravica, ki je nastala še pred uveljavitvijo civilnega zakonika (BGB) leta 1896 v nekdanji pruski provinci na Predpomorjanskem (Vorpommern), in je postala sporna v sedanjosti. Prispevek, ki se začneja z ugotavljanjem in predstavitvijo pravnega stanja, obravnava razvoj tovrstne predkupne pravice z ozirom na to, ali in s kakšno vsebino je ta, še na regionalnem pravu temelječa predkupna pravica, obstajala in se spreminjala po uveljavitvi nemškega Civilnega zakonika leta 1900, po prehodu na civilno pravo NDR in njen Civilni zakonik iz leta 1976 in končno po ponovni vzpostavitvi enotne Nemčije z vnovičnim prehodom na pravo Nemškega civilnega zakonika (BGB) v letu 1990 oziroma 1994. Razprava posveča posebno pozornost predkupni pravici v specifični situaciji, ki je nastala zaradi pretresov v novejši nemški zgodovini. V konkretnem primeru izstopajo trije zapleti: oseba, ki je vpisana v zemljiško knjigo kot imetnik predkupne pravice, morda ni resnični imetnik te pravice. Stanje zemljiške knjige ni jasno, kar je morda - vendar ne nujno - posledica pomanjkljivih vknjižb pravnega nasledstva predkupne pravice v zemljiško knjigo in izgube zbirke listin. Vrh tega ni jasno in je zato med udeleženci sporno, ali je bila predkupna pravica v času, ko je bila ustanovljena, mišljena za en sam primer prodaje, za več prodaj ali celo za vse prihodnje prodaje. Pravno nejasni položaj glede števila prodaj, na katere se predkupna pravica nanaša, je še dodatno zapleten s tem, da je po ponovni združitvi Nemčije že prišlo do prodaje, pri kateri bi bilo mogoče uveljavljati predkupno pravico, pa tisti, ki je bil v zemljiški knjigi vpisan kot upravičenec do te predkupne pravice (čeprav morda ni bil oziroma ni resnični predkupni upravičenec) predkupne pravice takrat izrecno ni uveljavljal, jo je pa želel uveljavljati pri naslednji prodaji.

Razprava daje nov vpogled v ustrezna določila veljavnega nemškega stvarnega prava (§ 893 BGB) in nakazuje pravno možnost, da se veljavno nemško stvarno pravo širše kot doslej uporabi v korist dobrovernih lastnikov nepremičnine, ki je obremenjena s predkupno pravico.

Original Scientific Article

UDC: 347.239(430)(091)

KOHLER, Jürgen: Real Estate Pre-Emption Right in Four Legal Systems – A Case Study on Legal History and Legal Doctrine with a View on Present-Day Relevance of Old Local Law*Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 5-6*

The article links recent German legal history and legal doctrine concerning German real estate law by considering the exemplary case of a pre-emption right in real estate established in a former Prussian province in the former GDR before the introduction of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) in the year 1900. Taking legal history as its starting point for exploring the legal status quo, the article discusses the development, sustainability and present-day content of such a pre-emption right by tracing its modes of legal transition, first under the aegis of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), then into the legal system of the GDR and its Civil Code (*Zivilgesetzbuch* – ZGB), and finally into the German legal system of the post-reunification era. Special attention is given to legal issues arising in the case of a pre-emption right to real estate in which three legal complications coincide: (1) The person entered in the land register as the holder of the pre-emption right may in fact not be the true holder of that right; (2) in addition, uncertainty as to the number of sales affected by the pre-emption right; (3) and finally, a first sale had taken place shortly after German reunification, with the person registered as the holder of the pre-emption right declaring his abstention from exercising the right to pre-empt on that occasion while wanting to exercise that right at the time of a second sale more than a decade later. While these factors must be evaluated from the perspective of objective law as it develops in the course of history and changes in legal doctrine first, they must eventually be complemented by (4) considering the necessity and legal means to protect the bona fide real estate owner whose property appears to be subject to a pre-emption right while he is in good faith as regards the termination of that right. In this respect, the article provides new insight into the relevant rules of current German real estate law (§ 893 BGB), thus widening the significance of the exemplary case presented in the article by indicating the legal opportunity to apply the current German real estate law to the benefit of bona fide owners of real estate who are subject to pre-emption rights more broadly than has been realized to date.

Wissenschaftlicher Originalbeitrag

UDK: 347.239(430)(091)

KOHLER, Jürgen: Dingliches Vorkaufsrecht in vier Rechtsordnungen – Rechtshistorische und rechtsdogmatische Fallstudie zur Gegenwärtigkeit alten Lokatrechts

Pravnik, Ljubljana 2016, Bd. 71 (133), Nr. 5-6

Der Beitrag illustriert die jüngste deutsche Rechtsgeschichte anhand eines in der Gegenwart streitig gewordenen Falles, der ein altes dingliches Vorkaufsrecht in einer in Vorpommern gelegenen Stadt zum Gegenstand hat, welches bereits vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs – im Jahr 1896 – begründet wurde. Rechtshistorisch mit der Ermittlung und Darstellung der objektiven Rechtslage ansetzend, erörtert der Beitrag exemplarisch die Entwicklung eines solchen Vorkaufsrechts im Hinblick darauf, ob und mit welchem Inhalt dieses noch unter lokalem Privatrecht begründete Vorkaufsrecht nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahr 1900, nach Umstellung durch das Zivilgesetzbuch der DDR im Jahr 1976 und schließlich nach Wiederherstellung der deutschen Einheit mit Rückumstellung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahr 1990 bzw. 1994 fortbestand bzw. fortbesteht. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die Rechtslage bei einem Vorkaufsrecht in einer besonderen Situation gelegt, die ihrerseits infolge der Wirrungen der jüngeren deutschen Geschichte entstanden ist: Mangels diesbezüglich expliziter Grundbuchlage, die möglicherweise – aber nicht zwingend – die Folge fehlerhafter Grundbuchumschreibungen und in Verlust geratener Grundakten ist, ist es objektiv und subjektiv unklar und infolge dessen auch zwischen den Beteiligten streitig, ob das Vorkaufsrecht zur Zeit seiner Vereinbarung für nur einen Verkaufsfall, für mehrere oder sogar für alle künftige Verkaufsfälle bestellt worden war. Die hinsichtlich der Zahl der betroffenen Verkaufsfälle unklare Rechtslage wird des Weiteren dadurch kompliziert, dass nach der Herstellung der deutschen Einheit bereits ein zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigender Verkauf stattfand und der zu dieser Zeit im Grundbuch als Verkaufsberechtigter Ausgewiesene, der jedoch möglicherweise objektiv nicht der wirkliche Verkaufsberechtigte war bzw. ist, das Vorkaufsrecht zwar seinerzeit erklärtermaßen nicht ausübte, er aber dieses Recht später anlässlich eines weiteren Verkaufs ausüben möchte. Damit öffnet sich abschließend der Blick auf die – hier nur zu skizzierende – Lösung des Falles im Kontext des geltenden deutschen Rechts, indem auch die Notwendigkeit und Möglichkeit eines Gutglaubensschutzes des Eigentümers in einer neue dogmatische Einsichten vermittelnden Weise in die Betrachtung einbezogen wird.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 316.647.82:341.645:061.1EU

KOGOVŠEK ŠALAMON, Neža: Disparitetni učinek posredne diskriminacije v pravu Evropske unije in Sveta Evrope ter v slovenski sodni praksi

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 7-8

Posredna diskriminacija je specifična in kompleksna oblika nezakonite diskriminacije, prepovedana na ravni prava EU in nacionalnega prava. Koncept posredne diskriminacije v evropskem, mednarodnem in ameriškem pravu je dokaj razvit, v slovenskem pravnem prostoru pa ni tako. Na to kažeta predvsem pomanjkljiva in nedodelana sodna praksa s tega področja ter neobstoječa literatura. V predpisih pa je koncept posredne diskriminacije opredeljen na več mestih. V slovenskem pravnem okolju teoretskih prispevkov s področja posredne diskriminacije ni, obstaja le nekaj strokovnih analiz konkretnih primerov posredne diskriminacije. V posameznih sodnih primerih prihaja tudi do napak pri razlagi koncepta posredne diskriminacije. K temu nedvomno pripomore pomanjkanje znanstvenih in strokovnih razprav s tega področja, odsotnost te teme v okviru sodniških in odvetniških izobraževanj, navsezadnje pa tudi splošen odnos do protidiskriminacijskih politik na vseh ravneh oblastnih struktur, ki vprašanja diskriminacije in njenega preprečevanja prek priprave ukrepov in predpisov skorajda ne naslavljaajo. Namen prispevka je zapolniti praznino, ki vlada na področju protidiskriminacijskega prava, umestiti koncept posredne diskriminacije v slovenski pravni kontekst in pojasniti specifične tega koncepta v primerjavi z neposredno diskriminacijo in drugimi oblikami protipravnega razlikovanja.

Original Scientific Article

UDC: 316.647.82:341.645:061.1EU

KOGOVŠEK ŠALAMON, Neža: Disparate Impact of Indirect Discrimination in the Law of the European Union and the Council of Europe and in Slovenian Case Law**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 7-8**

Indirect discrimination is a specific and complex form of unlawful discrimination, prohibited by EU law and national law. While this concept is fairly developed in European, international and American law, this is not the case in Slovenia. This is evident from insufficient and underdeveloped case law in this field as well as the lack of legal literature. In Slovenian law indirect discrimination is mentioned in several legal acts. Theoretical discussions on indirect discrimination are non-existent, and there are only a few case studies of concrete instances of indirect discrimination available. In certain cases, courts have even wrongfully interpreted indirect discrimination. To some extent this is a consequence of the insufficient theoretical debate, the absence of this topic from judicial or legal training as well as the general attitude towards anti-discrimination policy-making that, at all levels of state structures, hardly addresses issues of discrimination and its prevention. The purpose of this article is to fill this gap, affirm the concept of indirect discrimination in the Slovenian legal context and clarify the specificities of this concept in comparison with direct discrimination and other forms of unlawful differential treatment.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.51:347.7:343.533.6

VLAHEK, Ana: Novosti na področju odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 7-8**

Avtorica v članku predstavlja trenutno unijsko in slovensko ureditev zasebno-pravnega uveljavljanja antitrusta ter analizira določila nove Direktive 2014/104 o nekaterih pravilih glede odškodninskih zahtevkov in postopka zaradi kršitev evropskega in nacionalnega antitrusta, ki jo morajo države članice implementirati do 27. decembra letos. Opozarja na ključne vsebine nove ureditve in na potrebo po pravilnem in premišljenem ter posledično vsebinsko ustreznem prenosu direktive v slovensko zakonodajo ter analizira trenutni osnutek predloga novele Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-IG), ki bo v naš pravni red prenesla obravnavano direktivo.

Original Scientific Article

UDC: 347.51:347.7:343.533.6

VLAHEK, Ana: Novel Issues of Private Enforcement of EU Antitrust**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 7-8**

The author presents the current regimes of private enforcement of antitrust of the EU and the Republic of Slovenia. She analyses the provisions of the new Directive 2014/104 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union that must be implemented by 27 December 2016. The author focuses on the focal issues of the new regime and petitions for a correct, coherent and thus substantively adequate transfer of the directive into Slovenian law. She also analyses the current draft amendment to the Prevention of Restriction of Competition Act that includes provisions aimed at transposing the directive into the Slovenian legal system.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 364.32

NIKOLIČ, Bruno: Vpliv Zakona za uravnoteženje javnih financ ter novele Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M) na financiranje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 5-6

Dopolnilno zdravstveno zavarovanje je že več let predmet kritik in agend zakonodajalca, ki že skoraj desetletje obljublja strukturne reforme na področju financiranja zdravstvenega varstva. Kljub vsem obljubam in nameram pa na tem področju vse od novele Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-H) ni bilo večjih sprememb. Opozoriti je treba zgolj na dve: Zakon o uravnoteženju javnih financ (ZUJF) in novelo Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M). ZUJF je leta 2012 odpravil določbo ZZVZZ, ki je določala predhodno pisno potrditev povišanja premije dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja v času njegovega trajanja, novela ZZVZZ-M pa leto pozneje določbo ZZVZZ, ki izvajalcem dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja nalaga, da polovico dobička iz dejavnosti dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja namenijo za izvajanje te dejavnosti. Članek v luči pravnega reda Evropske unije (EU) analizira obe zakonodajni spremembi, ki sta posledici tožbe pred Sodiščem EU, ter razkriva pomisleke o primernosti slovenske obrambe pred Sodiščem EU in obeh zakonodajnih sprememb, s katerima je Slovenija določbi odpravila.

Review Article

UDC: 364.32

NIKOLIĆ, Bruno: Impact of Fiscal Balance Act and Act Amending the Health Care and Health Insurance Act on Financing of Complementary Health Insurance**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 5-6**

Complementary health insurance in the Republic of Slovenia has been subject of critiques for many years. In the same period it has also been on the agenda of the legislator which has been promising structural reforms in the field of financing of health care for almost a decade. Despite all the promises and intentions, since the Act Amending the Health Care and Health Insurance Act (HCHIA-H) there has not been any significant change in the field. Only two acts are worth mentioning: Fiscal Balance Act and Act Amending the Health Care and Health Insurance Act (HCHIA-M). In 2012, Fiscal Balance Act removed the provision of HCHIA laying down a prior written approval for raising the complementary health insurance premium in the period of its duration. One year later, the Act Amending the HCHIA-M removed the provision of HCHIA, which obliged the providers of complementary health insurance with a recovery of one half of the profit from complementary health insurance activity back to the management of this activity. In light of EU law, the article analyses both legislative amendments which are a consequence of a lawsuit before EU Court of Justice and raises concerns over the appropriateness of Slovenian defence and both legislative amendments by which Slovenia abolished the provisions.

In memoriam

UDK 929:347.96

TRATAR, Boštjan: Janez Šinkovec (1928–2016), doktor pravnih znanosti, redni profesor pravne fakultete Univerze v Ljubljani, nekdanji sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 7-8

Avtor predstavlja življenje in delo preminulega prof. dr. Janeza Šinkovca (1928–2016), ki je bil eden od najuglednejših in najplodovitejših pravnikov v novejši slovenski pravni zgodovini. Dr. Šinkovec je vse od diplome delal v pravosodju kot sodnik na okrajnem in okrožnem sodišču v Radovljici, Ljubljani, Novi Gorici, na Vrhovnem sodišču Slovenije ter nazadnje na Ustavnem sodišču. Bil je večletni predsednik Zveze društev pravnikov Slovenije ter tudi Zveze društev pravnikov Jugoslavije, vse do osamosvojitve Republike Slovenije. Njegova bibliografija šteje 331 enot, objavljala je predvsem s področja delovnega, civilnega, gospodarskega, ustavnega prava, prava varstva okolja, prava človekovih pravic, prava Evropske unije itd. Aktiven je bil tako doma kot tudi v tujini.

In memoriam

UDK 929:347.96

TRATAR, Boštjan: Janez Šinkovec (1928–2016), Professor at the Faculty of Law of University of Ljubljana, Former Judge of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 7-8

The author presents the life and the work of the deceased Professor Janez Šinkovec (1928–2016), PhD, who was one of the most eminent and prolific jurists in Slovenian legal history. Since his graduation Mr. Šinkovec had been an active judge at the district and county courts in Radovljica, Ljubljana and Nova Gorica, and at the Supreme Court of Slovenia and at the end of his career at the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. Many years, he was also president of the Association of Jurists of Slovenia and Association of Jurists of Yugoslavia, until Slovenia gained independence. His bibliography contains 331 units. He published especially in the field of labour law, civil law, commercial law, constitutional law, environmental law and law on constitutional rights and the EU law. He was active in Slovenia as well as abroad.

NAVODILA ZA AVTORJE

— 1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v Pravniku, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v Pravniku objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji Pravniki. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2016 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

— 2.

Prispevki naj bodo poslani po e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravilo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

— 3.

O objavi odloči uredniški odbor na podlagi pozitivne recenzije, ki je pridobljena v postopku t. i. dvojne anonimizirane recenzije (angl. *double blind review*), ko ne

avtor in ne recenzent (slednji seveda le do morebitne objave članka) ne vesta za ime drugega. Za ta namen mora avtor uredništvu že ob oddaji članka sporočiti, kdo so »kontaminirani« strokovnjaki, ki dejstvo, da je avtor pripravil ta prispevek, že poznajo, saj ti v postopku recenziranja ne smejo sodelovati. Avtorju se odločitev o (ne)objavi oziroma potrebi po dopolnitvi/popravi prispevka sporoči skupaj z (anonimizirano) obrazložitvijo recenzenta.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic, v enem odstavku. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, kar je zaželeno, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

Pravnik objavlja prispevke tudi v tujih jezikih (angleščina, francoščina, nemščina, italijanščina, hrvaščina, srbsščina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj podrobnejšega pregleda besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzетkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovo revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom, v primeru vsebinskih razlogov pa se avtor odpove morebitnemu honorarju, ki ga uredništvo nameni za dodatne stroške obdelave daljšega besedila.

— 5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotnih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotnih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

— 6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Darja Kovač, Luka Kocmut in Mitja Golob: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma uredniki več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Darja Kovač in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravnik, 125 (2008) 5-8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2016).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista** (z okrajšanim zapisom letnice), v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:
odločba US RS št. U-I-23/08 z dne 5. 6. 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravnik

(npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisanega čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Za uredniški odbor odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher it has been sent for publication. The author has to emphasize the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data and new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be noted in footnote 1 of the manuscript.

2.

Manuscripts should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: bostjan.koritnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript may be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana, and Matej Accetto, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

Example: **John Smith**, LL.B., doctor of laws, professor at the Faculty of Law,
University of Ljubljana

3.

The author may suggest the classification for his/her manuscript. The final decision on publication is made by the editorial board upon a positive double-blind peer review. To facilitate this review process, the author should remove any identifiable information in the body of the manuscript from the version submitted for review, and should inform the editorial board of the names of any experts who would for any reason, such as collaboration or previous familiarity with the manuscript, be unable to conduct a blind review. The author shall be informed of the decision on the publication as well as a possible request for revision, along with the (anonymized) explanation of the reviewer.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the potential author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines (or span more than one paragraph), and should include the last name (in capital letters) and first name of the author as well as the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts in Slovenian but also in selected other languages (English, German, Italian, Croatian and in Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in the suggested language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. In addition to the short (15-line) abstract with five key words in Slovenian and English, the manuscript must also be accompanied with a longer abstract (of 1.000 words) in Slovenian.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings “Articles” and “Discussions”

the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the bibliography count towards this limit. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

Bibliography should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of the last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “*op. cit.*”, and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used, with the page number(s) added if distinct from the previous one.

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

Example: <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

--- 7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

At the same time in the footnote the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

Example: ¹⁰ Official Gazette RS, No. 106/99.

8.

Judicial decisions should be cited as marked by the issuing court of law.

Example: Case C-228/07 Petersen [2008] ECR I-6989, para. 42.

9.

Upon agreement to have their article published, authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publication of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript may be rejected.

For the Editorial Board
Editor in Chief
dr. Dragica Wedam Lukić

UPUTE ZA AUTORE*

1.

Pravnik u pravilu objavljuje samo radove koji još **nisu bili niti objavljeni niti poslani na objavu** drugom časopisu. Ako pisac već objavljenog djela smatra da postoje posebni razlozi i za objavu u Pravniku, mora javiti gdje je djelo bilo objavljeno odnosno kome je bilo poslano na objavu. Ako pisac u svome djelu navodi otkrića koja je argumentirao i/ili već izrazio u nekom svojem drugom djelu, korektno je od izdavatelja odnosno izdavača tog teksta, da u bilješci navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnik. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Ljubljani.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znanstvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić. Izmijene su rad Boštjana Koritnika.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

3.

O objavljivanju odlučuje uređivački odbor na temelju pozitivne dvojne anonimne recenzije (eng. double blind review), kod koje recenzentima nije poznato ime autora do objave članka. Radi toga autor treba uredništvu kod predaje članka javiti imena »kontaminiranih« stručnjaka, kojima je poznato, da je autor pripremio taj članak. Ti stručnjaci u postupku recenzije ne smiju sudjelovati. Autoru se informacija o (ne)objavi odno-sno potrebi da se članak dopuni/ispravi javlja zajedno sa objašnjenjem anonimnog recenzenta.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može – uredništvo to priželjkuje – pripremiti i duži sažetak na engleskom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5).

U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu prezimena, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno

knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2016).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se **u bilješci navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

— 10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji *Pravnik* (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

DIP

DNEVI
INSOLVENČNEGA
PRAVA 2017

25. in 26. januar 2017, Pravna fakulteta v Ljubljani

Sreda, 25. januar

REFINANCIRANJE Z ODKUPOM TERJATEV KOT NAČIN PRESTRUKTURIRANJA

Ocenjevanje vrednosti terjatev

Nevenka Kržan

Poslovni model banke pri refinanciranju z odkupom terjatev

Marko Ninčević

Odkup hipotekarnih terjatev kot način »plačila« kupnine za nepremičnino

Dr. Nina Plavšak

Izvedba refinanciranja z odkupom terjatev, primer dobre prakse

Odvetnik Marko Zaman

Izvedba refinanciranja z odkupom terjatev, primer dobre prakse

Odvetnik Uroš Ilić

Okrogla miza: Pravna vprašanja v zvezi s prenosom terjatev, zavarovanih z zastavno pravico

Moderator: dr. Nina Plavšak

Udeleženci: sodnica Jana Petrič (sodna praksa zemljiškoknjižnih sodišč v zvezi s prenosom terjatev), odvetnik Marko Zaman, odvetnik Uroš Ilić.

Četrtek, 26. januar

STEČAJNI POSTOPKI

Odpust obveznosti v postopku osebnega stečaja

Sodnica Mateja Levstek

Razmerje med postopkom osebnega stečaja in izvršbo

Sodnik Damjan Orož

Sodna praksa v postopkih osebnega stečaja

Maja Lajevac

Uveljavljanje izločitvene pravice v stečajnem postopku,

Dr. Nina Plavšak

Okrogla miza: Procesni položaj stranke in materialnopravni udeleženci v stečajnem postopku

Moderator: dr. Nina Plavšak

Udeleženci: sodnik Damjan Orož (pravica predkupnega upravičenca do pritožbe proti sklepu o soglasju k prodajni pogodbi), Aljaž Perme (odločba Ustavnega sodišča o vročitvi družbeniku), sodnica Mateja Levstek, sodnik Vladimir Balazic.

www.planetgv.si/dip2017

Bralci revije imate posebno ugodnost; ob prijavi navedite kodo DIP17PRAVNIK in uveljavite 5 % popust. Ob prijavi do 31.10.2016 boste prihranili 74,50 €.

BREZPLAČNA ŠTEVILKA

• 080 33 44



PLANET
Gv