

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 2/2011



IURIDICA
2/2011

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM
2012

Vědecký redaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Recenzovali:

prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.

prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.

prof. Alena Winterová, CSc.

prof. JUDr. František Zoulík, CSc.

© Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství Karolinum, 2012

ISSN 0323-0619

ISBN 978-80-246-2050-3

OBSAH

<i>Bohumil Dvořák: Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage</i>	7
<i>Tomáš Mach: Piercing the Corporate Veil, komparativní kontury tohoto institutu a rekodifikace českého práva soukromého</i>	67
<i>Pavel Ondřejek: Zpráva z mezinárodní konference – Jesenná škola práva 2010</i>	99

AUTOŘI

JUDr. Bohumil Dvořák, Ph.D., LL.M.

JUDr. Tomáš Mach, Ph.D., LL.M.

JUDr. Pavel Ondřejek

STREITGEGENSTAND DER
VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE.
EINE PROZESSUALE STUDIE AUFGRUND
DES § 767 ZPO

BOHUMIL DVOŘÁK

OBSAH

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	9
A. EINLEITUNG	11
A.I. Problemstellung	11
A.II. Der Gegenstand der Untersuchung	11
A.III. Zielsetzung und Aufbau der Arbeit	12
B. DER STREIT UM DIE RECHTSNATUR DER VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE	13
B.I. Einleitung	13
B.II. Materiellrechtliche Theorien	14
B.II.1 Kohlers Theorie der Leistungsklage	14
B.II.2 Blomeyers Theorie der Beseitigungs- und Unterlassungsklage	15
B.III. Öffentlichrechtliche Theorien	17
B.III.1 Langheinekens Theorie der publizistischen negativen Feststellungsklage	17
B.III.2 Steins Theorie der prozessualen Gestaltungsklage	19
B.IV. Heutiger Meinungsstand	21
B.IV.1 Einleitung	21
B.IV.2 Vollstreckungsgegenklage als eine „prozessuale Gestaltungsklage“	22
B.IV.3 Vollstreckungsgegenklage als eine „unvollkommene prozessuale Gestaltungsklage“	23
B.V. Folgerungen	24
C. STREITGEGENSTAND UND ZULÄSSIGE EINWENDUNGEN	24
C.I. Grundsätzliches zum Streitgegenstand	24
C.I.1 Der materiellrechtliche Streitsgegenstandsbegriff	25
C.I.2 Der prozessuale Streitgegenstandsbegriff	27
C.I.3 Streitgegenstand einer Gestaltungsklage	30
C.II. Die die Vollstreckungsgegenklage begründenden Einwendungen	31
C.II.1 Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage	31
C.II.2 Materielle Einwendungen im Sinne des § 767 I ZPO	33
C.II.3 Prozessuale Einwendungen	34

C.III. Die Präklusionsnorm des § 767 II ZPO	36
C.III.1 Die grundsätzliche Bedeutung des § 767 II ZPO	36
C.III.2 Geltungsbereich des § 767 II ZPO	37
C.III.3 Der entscheidende Zeitpunkt des § 767 II ZPO	38
C.IV. Die Norm des § 767 III ZPO	40
C.IV.1 § 767 III ZPO als eine außerprozessuale Präklusionsnorm?	40
C.IV.2 Zur Problematik der Konzentrationswirkung des § 767 III ZPO	43
C.IV.3 Nachschieben und Auswechseln von Einwendungen	45
C.V. Zwischenergebnis	48
D. URTEIL UND URTEILSWIRKUNGEN	49
D.I. Grundsätzliches zu Urteilswirkungen	49
D.II. Stattgebendes Urteil	50
D.II.1 Rechtskraftwirkungen des stattgebenden Urteils	51
D.II.2 Verhältnis zur Zwischenfeststellungsklage	52
D.II.3 Vollstreckbarkeit des stattgebenden Urteils	53
D.III. Abweisendes Urteil	55
D.III.1 Zur Rechtsnatur des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils	55
D.III.2 Rechtskraftwirkungen des abweisenden Urteils	55
D.III.3 Anhang – Rechtskraftwirkung bei Aufrechnung und bei Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen	57
E. ZUSAMMENFASSENDES ENDERGEBNIS	59
F. LITERATURVERZEICHNIS	60
G. SHRNUŤÍ	63

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	německý občanský zákoník z 18. 8. 1896
BGH	německý Spolkový soudní dvůr
BGHZ	Sbírka rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora v civilních věcech
BRAGO	německé spolkové nařízení o advokátních poplatcích z 26. 7. 1956
BVerfG	německý Spolkový ústavní soud
CPO	německý civilní řád soudní z 30. 1. 1877 (ve znění platném do 31. 12. 1899)
EMRK	Evropská úmluva na ochranu lidských práv a základních svobod
EO	rakouský exekuční řád z 27. 5. 1896
EuGVO	nařízení Rady (ES) č. 44/2001 z 22. 12. 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
EuGVÜ	Úmluva z 27. 9. 1968 o soudní příslušnosti a o výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
f.	následující
ff.	a další
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
HausrVO	nařízení o úpravě bydlení manželů po rozvodu z 21. 10. 1944
h.M.	převládající názor
InsO	německý insolvenční řád z 5. 10. 1994
i.V.m.	ve spojení s
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
link. Sp.	levý sloupec
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.N.	s důkazem
m.w.N.	s dalšími důkazy
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
OSŘ	zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
Rn.	marginální číslo

RPflgG	německý zákon o vyšších soudních úřednících z 5. 11. 1969
S.	strana
s.	viz
s.o.	viz výše
sog.	takzvaný
s.u.	viz níže
u.	pod
u.a.	a další
v.a.	především
Warneyer	soukromá sbírka rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora v civilních věcech
WEG	německý zákon o vlastnictví bytů (Wohnungseigentumsgesetz) z 15. 3. 1951
WM	Wertpapiermitteilungen für Wirtschafts- und Bankrecht
VS	výkon rozhodnutí (Vollstreckungs-)
ZPO	německý civilní řád soudní z 30. 1. 1877
ZS	civilní senát
ZVG	německý zákon o nucených dražbách z 24. 3. 1897
ZVS	nucený výkon rozhodnutí (Zwangsvollstreckungs-)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. EINLEITUNG

A.I. PROBLEMSTELLUNG

Die Problematik des Streitgegenstandes der Vollstreckungsgegenklage ist trotz einer mehr als hundertjährigen Diskussion¹ nicht abschließend geklärt worden. In der Literatur² sowie in der Rechtsprechung³ herrscht keine Einigkeit darüber, nach welchen Kriterien der Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage zu beurteilen ist. Dies hängt mit zwei Problemfeldern zusammen. Zum einen ist der Begriff des Streitgegenstandes „an sich“ zu einem der größten Probleme der Zivilprozesslehre geworden⁴. Die ausufernde Literatur zu diesem Thema in den letzten fünfzig Jahren bietet einen klaren Beweis dafür⁵. Zum anderen wird der Umfang und das Wesen der „Einwendungen, die den festgestellten Anspruch selbst betreffen“ (§ 767 I ZPO) in Frage gestellt⁶. Dass ohne Beurteilung der Problematik der geltend gemachten Einwendungen die Frage des Streitgegenstandes der Vollstreckungsabwehrklage⁷ nicht zu beantworten ist, liegt auf der Hand.

Die Schwierigkeiten der Streitgegenstandslehre ergeben sich vor allem daraus, dass die Literatur unermüdlich immer wieder versucht hatte, einen geschlossenen, für alle Fälle einheitlichen Begriff des Streitgegenstandes zu bilden⁸. Dies lässt an eine seit langem überholte Periode der Entwicklung der Rechtswissenschaft – und zwar an die Begriffsjurisprudenz – erinnern⁹. Die Tatsache, dass die juristischen Begriffe nicht wie in der Naturwissenschaft analytisch, sondern bloß synthetisch herausgebildet werden, bedeutet jedoch vor allem, dass ihre Definitionen von keiner eindeutigen, unabänderlichen Natur sind¹⁰. In unterschiedlichen Problemsituationen können daher die juristischen Begriffe unterschiedliche Bedeutungen haben. Dies gilt nicht nur für Paradebeispiele wie „gute Sitten“, sondern auch für den Streitgegenstandsbegriff, denn auch ihm liegen unterschiedliche Bewertungen zugrunde. Dies wird in vorliegender Arbeit berücksichtigt.

A.II. DER GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

Ausgangspunkt der Diskussion über den Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage ist ihre Rechtsnatur. Auch in neuerer Zeit gibt es Beispiele dafür, dass diese grundsätzliche Problematik der Klage nicht einheitlich beurteilt wird¹¹.

¹ Vgl. zuerst *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 1 ff., insb. 14 f.; vgl. auch weiter u. B.II.1.

² S. den darstellenden Teil bei *Janke*, *Gegenstand*, S. 1 ff.

³ S. z.B. unterschiedliche Ansichten in BGHZ 45, 231 ff. und BGH IX. ZS, Urteil v. 19. 6. 1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff.

⁴ S. *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 267, S. 155.

⁵ Vgl. z.B. die Literaturübersicht bei *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), aaO., Rn. 263, S. 152.

⁶ Vgl. *Gilles*, ZZZ 83 (1970), S. 61 ff., insb. S. 91 ff.

⁷ Zweite übliche Bezeichnung für die Klage aus § 767 ZPO, die von *Reichel*, AcP 133 (1931), S. 19 f. kam; hier wird dennoch der ältere (s. dazu B.II.1.) Ausdruck „Vollstreckungsgegenklage“ oder der kürzere „Abwehrklage“ verwendet.

⁸ Vgl. *Gottwald*, *Streitsgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*, S. 85.

⁹ Vgl. *Ekelöf*, ZZZ 85 (1972), S. 145 ff.

¹⁰ Vgl. *Weinberger/Weinberger*, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, S. 183 ff.; *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 439 ff.

¹¹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II. 2, S. 612 ff.

Obwohl die h.M. auf der Konzeption der prozessualen Gestaltungsklage beruht¹², sind erneut Versuche unternommen worden, die Rechtsnatur der Klage entweder in einer Unterlassungs- bzw. Beseitigungsklage¹³ oder in einer „unvollkommenen“ Gestaltungsklage¹⁴ zu erblicken. Bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Klage ist vornehmlich auf den Zusammenhang des § 767 ZPO mit §§ 775, 776 ZPO, sowie auf die Abgrenzung des Anwendungsbereichs zwischen den einzelnen Klagearten abzustellen.

Ein weiteres mit dem Streitgegenstandsbegriff der Vollstreckungsgegenklage zusammenhängendes Problem ist die Natur der mit ihr geltend gemachten Einwendungen. Die neuere Rechtsprechung des BGH geht davon aus, dass die Abwehrklage auch gegen nicht vollstreckungsfähige Titel zulässig ist¹⁵. Damit wird der Normgehalt des § 767 I ZPO weit ausgedehnt, was die Frage aufwirft, ob die Rechtsfortbildung in diesem Falle gerechtfertigt ist. Für die richtige Betrachtung des Streitgegenstandes der Abwehrklage ist weiter die innere Systematik des § 767 ZPO von Belang. Das Verhältnis der Absätze 2 und 3 muss grundsätzlich erforscht werden, um daraus die Folgerungen für die Klageänderung, die Rechtshängigkeit sowie die Klagehäufung zu ziehen. Es handelt sich dabei vornehmlich um die Fragen, ob § 767 III ZPO eine innerprozessuale oder außerprozessuale Präklusionsvorschrift darstellt und ob § 767 III ZPO subjektiv oder objektiv ausgestaltet ist.

Die Urteilswirkungen eines auf die Vollstreckungsgegenklage ergehenden Urteils sind gleichfalls zu untersuchen. Der Begriff des Streitgegenstands ist nämlich für die Problematik des Rechtskraftumfangs von Bedeutung. Dabei muss grundsätzlich zwischen dem stattgebenden und dem abweisenden Urteil unterschieden werden. Bei dem der Abwehrklage stattgebenden Urteil ist es fraglich, ob überhaupt Rechtskraftwirkungen entfaltet werden¹⁶. Die Rechtskrafterstreckung bei dem die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteil wirft die Frage auf, ob auch über die geltend gemachten Einwendungen rechtskräftig entschieden wird¹⁷. Schließlich ist noch die mögliche Präjudizwirkung eines solchen Urteils zu prüfen¹⁸.

A.III. ZIELSETZUNG UND AUFBAU DER ARBEIT

Es soll mit dieser Arbeit versucht werden, die Hauptprobleme des Streitgegenstandes der Vollstreckungsgegenklage darzustellen und ihre Lösung im Hinblick auf Ergebnisse der bisherigen Diskussion vorzuschlagen. Der Verfasser ist sich jedoch der Tatsache bewusst, dass in diesem Umfang die vollständige Erörterung aller Fragen nicht möglich ist. Es werden daher Kernpunkte gewählt, die auch im Aufbau der Arbeit ihren Ausdruck finden.

Nach der Einleitung (Teil A.) wird auf die Problematik der Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage eingegangen (Teil B.). Dabei werden auch ältere (materielle sowie prozessrechtliche) Theorien der Abwehrklage dargestellt. Hintergrund ist, schon am

¹² Vgl. B.IV.1. und *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 3, S. 1970, m.w.N.

¹³ S. *Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 481 ff. (dazu u. B.II.2.).

¹⁴ S. u. B.IV.3.

¹⁵ BGHZ 118, 229 ff.; BGHZ 124, 164 ff.

¹⁶ Vgl. *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 406 ff.

¹⁷ Vgl. BGH IX. ZS, Urteil v. 19. 6. 1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff.

¹⁸ Vgl. BGH II. ZS, Urteil v. 30. 5. 1960 – II ZR 207/58 = ZZZP 74 (1961), S. 187 ff.

Anfang der Arbeit zu zeigen, dass es sich im Falle der Vollstreckungsgegenklage um die Fragen handelt, die mit der gesamten Konzeption des Verhältnisses zwischen dem materiellen und dem Prozessrecht zusammenhängen.

Im Teil C. der Arbeit werden zuerst einzelne Streitgegenstandslehren dargestellt (C.I.). Dabei wird auch Grundsätzliches zum Gegenstand einer Gestaltungsklage gesagt (C.I.3.). Die wichtige Frage der Natur der mit der Klage geltend gemachten Einwendungen, die auch das Problem ihres Anwendungsbereichs betrifft, wird anschließend beantwortet (C.II.). Auf die innere Systematik des § 767 ZPO wird unter C.III. bezüglich Abs. 2 und weiter unter C.IV. hinsichtlich Abs. 3 eingegangen. Dabei erworbene Ergebnisse werden dann auf den Fall des Nachschiebens und Auswechselns von Einwendungen angewendet (C.IV.3.).

Das über die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil und seine Wirkungen vor allem in Hinsicht auf die materielle Rechtskraft werden im Teil D. erörtert. Dabei wird zwischen dem stattgebenden (D.II.) und abweisenden Urteil (D.III.) unterschieden. In diesem Zusammenhang wird auch die Problematik der Rechtskraftwirkung bei Aufrechnung sowie die Frage der Präjudizwirkung untersucht (D.III.3.).

Zum Schluss werden die in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse zusammenfassend dargestellt (Teil E.).

B. DER STREIT UM DIE RECHTSNATUR DER VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE

B.I. EINLEITUNG

Die Diskussion¹⁹ über die „Rechtsnatur“ der Vollstreckungsgegenklage begleitet die Entwicklung des modernen Zivilprozesses schon seit langer Zeit. Ältere Theorien, die noch auf *Savignys*, bzw. *Windscheids* Lehre über die *actio* des römischen Rechts beruhten, leiteten die Befugnis zur Einlegung dieser Klage direkt aus dem materiellem Recht ab²⁰. Autoren, die solche Ansichten vertreten haben, erblickten die Natur der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich entweder in einer *condictio*, die noch mit einer Feststellungsklage verbunden sein konnte, oder in einer *negatorischen Klage*, durch die der Vollstreckungsschuldner seine materiellrechtlichen *Beseitigungs-* bzw. *Unterlassungsansprüche* geltend zu machen imstande war. In dieser Arbeit wird auf solche Anschauungen von *Kohler* und *A. Blomeyer* eingegangen.

In der weiteren Etappe der Entwicklung des Zivilprozesses, die mit *Wach's* Lehre über den *Rechtsschutzanspruch*²¹ verbunden zu sein scheint, haben die damaligen Prozessualisten vor allem darauf Nachdruck gelegt, die Vollstreckungsgegenklage als eine gegen die von dem Staat betriebene Zwangsvollstreckung gerichtete Klage, darzustellen. Hier werden wir uns näher mit den *öffentlichrechtlichen Theorien* von *Langheinen* und *Stein* auseinandersetzen.

¹⁹ *K. Schmidt*; Vollstreckungsgegenklage, S. 492, bezeichnet sie m.w.N. als „ausufernd“.

²⁰ Vgl. *Simshäuser*, Entwicklung, S. 46 ff.

²¹ *Wach*, Handbuch, S. 19 ff.

Zum Schluss dieses Teils wird noch der heutige Meinungsstand dargestellt werden, wobei die heute herrschende Lehre über die Vollstreckungsgegenklage als einer *prozessualen Gestaltungsklage* überprüft wird. Dabei wird auf Probleme eingegangen, die für die Rechtsnatur der Klage von entscheidender Bedeutung sind (Stichwörter: Unvollkommenheit der Gestaltungsklage, Verhältnis zu §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO).

B.II. MATERIELLRECHTLICHE THEORIEN

B.II.1 Kohlers Theorie der Leistungsklage

Soweit ersichtlich, war *Kohler* der erste²², der den Begriff „Vollstreckungsgegenklage“ für die Klage aus dem damaligen § 686 CPO gebraucht hat. Nach seiner Ansicht ist „der Ausgangspunkt“ der Vollstreckungsklage ein „civilistischer“; mit der Klage werde geltend gemacht, dass das Vermögen des „Exequendus“ in einer dem materiellen Recht widersprechenden Weise angegriffen worden sei, und deswegen der vollstreckungsrechtliche Angriff nicht gerechtfertigt sein könne²³. Die Vollstreckungsgegenklage unterscheide sich von der normalen Feststellungsklage dadurch, dass „sie einen präsenten Anspruch zur Geltung bringen will, während es sich bei der Feststellungsklage um einen bloß künftigen (also momentan noch nicht bestehenden) Anspruch oder um ein Rechtsverhältnis handelt, aus welchem künftig Ansprüche entstehen können“²⁴. Um welchen „präsenten Anspruch“ es sich handeln soll, sagt aber *Kohler* nicht eindeutig.

Schon in seiner ersten Arbeit über die Vollstreckungsgegenklage²⁵ führt *Kohler* an, dass eigentlich zwei Betrachtungsweisen des Anspruchs der Klage möglich sind. Zum einen als „ein Anspruch“, den der VSSchuldner²⁶ zur Wahrung seiner individuellen Integrität gegen den „executiven Angriff“ geltend mache²⁷, also ein Anspruch, der im allgemeinen „Persönlichkeitsrecht“²⁸ seine Stütze hat. Daneben kann man *Kohler* zufolge die Vollstreckungsgegenklage als eine *condictio* annehmen, mit der die „Causalosigkeit“²⁹ der ZVS³⁰ eingewandt wird. Obwohl zwei materielle Ansprüche den möglichen Gegenstand der Klage bilden können, bleibe – so *Kohler* – das Ergebnis immer gleich. Denn wenn „das Urtheil lediglich dahin lautet, daß die Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden, so involviert nichtsdestoweniger das Urtheil zugleich eine Entscheidung der vollen Frage über die causa des Vollstreckungstitels, und damit eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der civilistischen Verbindlichkeit“³¹. Daraus folgt eine wichtige praktische Konsequenz: wenn zu gleicher Zeit eine Feststellungsklage,

²² Zum ersten mal war es im Aufsatz „Ueber executorische Urkunden“, *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 1 ff., so selbst *Kohler*, ZJP 29 (1901), S. 14, Fn. 23.

²³ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 14 f.

²⁴ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 14.

²⁵ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 1 ff.

²⁶ S. Abkürzungsverzeichnis.

²⁷ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 15.

²⁸ Unter dem Begriff „Persönlichkeitsrecht“ (Verbindlichkeiten „*ad personam*“) ist bei *Kohler* nach römischem Vorbild ungefähr heutiges Schuldrecht zu verstehen.

²⁹ *Kohler*, ZJP 29 (1901), S. 15 und auch *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 17.

³⁰ S. Abkürzungsverzeichnis.

³¹ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 17.

die das Bestehen der Schuld betrifft, und eine Vollstreckungsgegenklage rechtshängig wären, sollte der Zulässigkeit der späteren Klage die negative Prozessvoraussetzung der *Litispendingenz*, ggf. *res judicata* entgegenstehen³².

Diese Vielfältigkeit der Auffassung *Kohlers* führte (und führt) immer wieder zu Problemen bei der Auseinandersetzung mit ihr in der Literatur. Einerseits beschwert sich *Kohler* selbst darüber, dass seine „Karakteristik“ als verfehlt angesehen wurde³³, andererseits begnügen sich andere Autoren mit der Behauptung, dass *Kohlers* Konzeption entweder eine *condictio* oder eine Unterlassungsklage (d.h. Leistungsklage³⁴) oder dagegen eine Feststellungsklage³⁵ beinhaltet. Richtig, meiner Meinung nach, ist die Ansicht, die *Kohlers* Ausführungen im Sinne *einer Leistungsklage* versteht. Dies geht schon daraus hervor, dass nach *Kohler* mit der Vollstreckungsgegenklage immer ein „präsenster Anspruch“ geltend gemacht wird. Eine Feststellungsklage kann sich, nach seiner Meinung, dagegen nur auf einen künftigen Anspruch richten (s. oben m.N.). Dabei wird allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Vollstreckungsklage als eine „Anspruchsklage“ auch eine Feststellung enthält³⁶. Das hat vielleicht *Kainz*³⁷ irreführt.

Interessant – und es entspricht auch damaligen Vorstellungen über den klägerischen Rechtsschutz – ist bei *Kohlers* Konstruktion vor allem, dass sie die Rechtsnatur der Klage nicht aus dem in der Klage enthaltenen Antrag ableitet, sondern gerade aus der einschlägigen materiellen Norm. Obwohl der Klageantrag also immer auf – so *Kohler* – Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen lautet, wird damit entweder *ein Anspruch aus condictio sine causa* oder ein *Unterlassungsanspruch* aus dem „Persönlichkeitsrecht“ geltend gemacht. Solchen Ausführungen ist aber nicht zuzustimmen, denn, lägen der Vollstreckungsgegenklage solche materiellen Ansprüche des VSSchuldners zugrunde, müsste das zum Ausdruck im Urteilstenor kommen. Das ist hier aber nicht der Fall.

B.II.2 *Blomeyers Theorie der Beseitigungs- und Unterlassungsklage*

Arwed Blomeyer, der sich mit dem Thema der Vollstreckungsgegenklage vor 45 Jahren befasst hat, spricht von zwei Ebenen, die man im Zwangsvollstreckungsverfahren unterscheiden müsse. Er weist darauf hin, dass die „staatliche Vollstreckung“ immer dann *rechtmäßig* sei, „wenn ihre ‚formellen‘ Voraussetzungen vorliegen, nämlich Vollstreckungstitel (§§ 704 I, 794 ZPO), Vollstreckungsklausel (§§ 724, 725 ZPO) und Zustellung (§ 750 ZPO)“³⁸. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dann sind die Vollstreckungsorgane gegenüber dem VS Gläubiger zur Vornahme der ZVS verpflichtet³⁹. Daraus folgt, dass der VS Gläubiger gegenüber dem Staat einen Anspruch auf Durchführung der Vollstreckung (sog. Vollstreckungsanspruch⁴⁰) hat.

³² *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 18.

³³ *Kohler*, ZZP 29 (1901), S. 14.

³⁴ So *Janke*, Gegenstand, S. 11.

³⁵ So *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 29 f.

³⁶ *Kohler*, ZZP 29 (1901), S. 14.

³⁷ *Kainz* bezeichnet die *Kohlers* Auffassung als eine der „Kondiktion und Feststellungsklage“, vgl. *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 29.

³⁸ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 483.

³⁹ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 484.

⁴⁰ Diesen Begriff benutzen z.B. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 6 I, S. 69 ff., *Musielak*, Grundkurs, S. 353.

Im Verhältnis der Parteien ist aber der VS Gläubiger, so *Blomeyer*, nur dann zum Betrieben der ZVS berechtigt, wenn er gegen den VSSchuldner einen materiellen Anspruch hat. Ohne diesen Anspruch führt der VS Gläubiger die ZVS *rechtswidrig*, sein Verhalten „(führt) einen Eingriff in das Vermögen des Schuldners herbei“⁴¹. Dieses rechtswidrige Handeln begeht der VS Gläubiger „in mittelbarer Täterschaft durch das Vollstreckungsorgan als ein *rechtmäßig* (und nicht nur schuldlos) *handelndes Werkzeug*“⁴².

Demzufolge hält es *Blomeyer* für konsequent, dass sich die „Abwehrtätigkeit des Schuldners“ nicht gegen den rechtmäßig handelnden Staat (seine Vollstreckungsorgane), sondern gegen den VS Gläubiger selbst wendet. Die Abwehr des VSSchuldners gegen rechtswidrige Eingriffe des VS Gläubigers muss „durch Klagen geschehen, welche für rechtswidrige Eingriffe ohnehin gegeben sind“⁴³. Dementsprechend hat die Vollstreckungsgegenklage „Ziel und Inhalt“, die den negatorischen und quasinegatorischen Beseitigungs- und Unterlassungsklagen entsprechen. Der Unterschied zwischen der Unterlassungsklage und der Beseitigungsklage besteht darin, dass wenn der Eingriff des VS Gläubigers nur „droht“, ist die Unterlassung einschlägig, indem im Falle der Durchführung des Eingriffs, wird dessen Beseitigung verlangt. In beiden Fällen hätten die Klagen einen materiellen Anspruch als Streitgegenstand; welche konkrete materielle Norm(en) aber der VSSchuldner hier geltend macht, sagt *Blomeyer* nicht. Er spricht einerseits von der „Unterlassungs- und Beseitigungspflicht des Gläubigers ... auf Grund privatrechtlicher Schutznormen“⁴⁴, bzw. von Kondiktionsansprüchen⁴⁵. Andererseits erinnert er jedoch daran, dass das Urteil *auch* darüber entscheide, ob der materielle Anspruch des Vorprozesses „untergegangen oder seine Fälligkeit aufgeschoben ist“⁴⁶. Hat dann das Verfahren sogar mehrere Streitgegenstände? Seiner Ansicht nach müssten die Beseitigungs- und Unterlassungsklage, wenn die ZVS schon begonnen hat, jeweils kombiniert werden, denn „der Kläger begehrt nicht nur, dass die getroffenen Maßnahmen beseitigt werden, sondern auch, dass eine Wiederholung unterbleibt“⁴⁷.

Obwohl *Blomeyer* einerseits anführt, dass die herkömmliche Fassung des Klageantrags, bzw. des Urteiltenors bei der Vollstreckungsgegenklage (Erklärung der ZVS aus dem Titel für „unzulässig“) infolge seiner Auffassung „nicht unbedingt zu ändern“⁴⁸ sei, meint er an anderer Stelle, die Verurteilung des VS Gläubigers zur Beseitigung „könnte dahin lauten, daß der Beklagte den Vollstreckungsantrag zurückzunehmen oder daß er die gepfändete Sache freizugeben hat“⁴⁹. Dazu sei noch erwähnt, dass nach *Blomeyers* Meinung ein solches Urteil mit Erlangung der Rechtskraft die Wirkung des § 894 ZPO haben solle. Abgesehen davon, dass die Urteile, die zu einer Handlung bzw. Unterlassung verurteilen, nach §§ 887 ZP zu vollstrecken sind, weist *Gaul*⁵⁰ mit Recht darauf

⁴¹ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 484.

⁴² *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 485.

⁴³ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 486.

⁴⁴ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 488.

⁴⁵ In *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 487, Fn. 32 weist Verfasser auf Arbeiten von *Oetker* und *Kohler*, die Kondiktionsanspruch des Schuldners als Gegenstand der Klage angesehen haben.

⁴⁶ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 498.

⁴⁷ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 487.

⁴⁸ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 491.

⁴⁹ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 488.

⁵⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 2, S. 613 f.

hin, dass die Annahme eines derart „vollstreckungsbedürftigen Leistungsurteils“ mit §§ 775, 776 ZPO unvereinbar sei.

Zum Schluss muss man sagen, dass *Blomeyers* Auffassung nicht mehr dem heutigen Stand der Prozessdoktrin entspricht. Hat *Blomeyer* einerseits die Vollstreckungsgegenklage ganz eindeutig als eine *materielle Leistungsklage* (Beseitigungs- und Unterlassungsklage) bezeichnet, dann müsste er gleichfalls schlüssig anführen, *welcher privatrechtliche Anspruch* dieser Klage zugrunde liegt. Die verwandte Problematik des Streitgegenstandes – die ernsthafte praktische Konsequenzen besitzt – wird dabei noch dadurch verdunkelt, dass nach *Blomeyer* – aus meiner Sicht falsch – neben dem nicht näher spezifizierten Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (vielleicht aus § 1004 BGB?) zugleich „der Fortbestand des Anspruchs des Gläubigers“ als „Streits- und Entscheidungsgegenstand“⁵¹ anzusehen ist. Auch wenn wir den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB als den einzigen Streitgegenstand dieser Klage unterstellen würden, könnten wir dann nicht erklären, was für einen Anspruch im Falle einer unzulässigen *Geldforderungspfändung* der VSSchuldner geltend macht. Um der Vollständigkeit willen muss jedoch erwähnt werden, dass *Blomeyer* in seinem Lehrbuch des Vollstreckungsverfahrens seine Auffassung teilweise geändert und sich *Bettermanns* Standpunkt angeschlossen hat⁵². Da heißt es, dass die Vollstreckungsgegenklage „mit ebensoviel Recht als prozessuale Gestaltungsklage wie als materielle Unterlassungs- und Beseitigungsklage begriffen und bezeichnet werden kann“.

B.III. ÖFFENTLICHRECHTLICHE THEORIEN

B.III.1 Langheinekens Theorie der publizistischen negativen Feststellungsklage

Nach *Langheinekens* Meinung ist die Vollstreckungsgegenklage „eine *negative Feststellungsklage*“, die sich auf „Feststellung der Tatsache, dass ein Vollstreckungsanspruch nicht mehr oder nur noch in einem geringeren Umfange oder nur noch als ein gehemmter bestehe“⁵³ richte. Wie sich schon auf ersten Blick erkennen lässt, spielte in *Langheinekens* Auffassung der „Vollstreckungsanspruch“ eine entscheidende Rolle. Was mit diesem Begriff gemeint ist, ggf. welcher Inhalt ihm zugrunde liegt, wird in folgendem kurz gezeigt.

Langheineken schließt sich nicht der von *Wach* behaupteten Ansicht an, dass der *Vollstreckungsanspruch* unabhängig von der Existenz eines materiellen Anspruchs sei⁵⁴. Er vertritt die Meinung, dass der Vollstreckungsanspruch eine Unterform des *Rechtsschutzanspruches* darstelle. Als Voraussetzungen eines solchen Anspruches, der sich ausschließlich gegen den Staat richte, werden ein objektiv begründetes *Vollstreckungsinteresse* und ein *Vollstreckungsgrund* (zu dem vor allem das Vorhandensein eines *Vollstreckungstitels* gehört) genannt⁵⁵. Die Existenz eines Vollstreckungstitels sei nach

⁵¹ S. *Blomeyer*, ZVS, S. 136 ff.

⁵² *Blomeyer*, ZVS, S. 126.

⁵³ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 179 f.

⁵⁴ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 163.

⁵⁵ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 164.

Langheinekens Meinung aber keine formelle Bedingung an sich. Er ist der Auffassung, dass der Vollstreckungstitel nicht nur vorhanden sein solle, sondern dieser müsse auch „materiell begründet“⁵⁶ sein, d.h. beim Fortfall des im Urteil ausgesprochenen Anspruches (z.B. wegen Erfüllung) gäbe es keinen „begründeter“ Vollstreckungstitel mehr. Daraus ergibt sich jedoch, dass der *Vollstreckungsanspruch* in diesem Sinne keine eindeutige Rechtsnatur besitzt – auch wenn *Langheineken* meint, dass er (sowie der Rechtsschutzanspruch) ein subjektives öffentliches Recht beinhalte⁵⁷.

Wichtiger als schon lange Zeit überholte Meinungsverschiedenheiten um die Rechtsnatur des Rechtsschutzanspruches, scheinen mir die Gedanken *Langheinekens* zu dem prozessualen Wesen der Vollstreckungsgegenklage als solcher zu sein. Er spricht den interessanten Gedanken aus, dass „über den Charakter einer Klage nicht ihr jenseits des Prozesses liegender Zweck, sondern der notwendige, bei beliebiger Variierung des Sachverhaltes konstante Gehalt des im Sinne der Klage ergehenden Entscheides“ etwas aussagt⁵⁸. Diese Annahme kann, meiner Meinung nach, auch heute bei der Beurteilung der Natur der Vollstreckungsgegenklage eine maßgebliche Rolle spielen. Es ist doch klar, dass bei Dreiteilung der Klagen nach dem Kriterium des beantragten Rechtsschutzes in Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen⁵⁹, gerade die im *Klageantrag* beanspruchte Entscheidung von entscheidender Bedeutung ist. Wenn wir andererseits als maßgebliches Kriterium für Unterteilung der Klagen bzw. Urteile z.B. den durch die Klage verfolgten Zweck annehmen würden, kämen wir sicherlich zu anderen Ergebnissen. Dieser Ansichtspunkt wird oft bei der Eingliederung der Vollstreckungsgegenklage in das prozessuale Klagensystem übersehen. Es bleibt ein dauerndes Verdienst von *Langheineken*, dass er auf dieses Problem schon vor mehr als 100 Jahren hingewiesen hat.

Langheineken hat auch richtig festgestellt, dass das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage ein selbständiges Verfahren darstellt, in dem es nicht um Aufhebung des Urteils aus dem Vorprozesses geht, denn „dieses (Urteil) und der im ihn enthaltene Urteilsbefehl bleiben bestehen, es wird nur deren inzwischen erfolgte ... Erledigung konstatiert“⁶⁰. Interessant sind gleichfalls Ausführungen, die die Unterscheidung zwischen der negativen Feststellungsklage nach § 256 ZPO (§ 231 CPO) und der Vollstreckungsgegenklage betreffen. Obwohl auch die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 (§ 686 CPO) auf negative Feststellung gerichtet sei, unterscheide sie sich von der Feststellungsklage des § 231 CPO, so *Langheineken*, hauptsächlich durch ihren Gegenstand⁶¹. Dass zwischen beiden jedoch in der Tat kein praktischer Unterschied besteht, zeigt sich schon daran, dass ein Wechsel der Einwendungen bei der Vollstreckungsgegenklage „eine Klageänderung so wenig involviert, wie etwa bei einer negativen Feststellungsklage nach CPO § 231 das Vorbringen eines anderen Erlöschungsgrundes für das Recht, dessen Nichtbestehen festgestellt werden soll“⁶².

⁵⁶ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 164.

⁵⁷ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 44 f., ähnlich auch *Hellwig*, System, I. Band, S. 293 (zum Rechtsschutzanspruch).

⁵⁸ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 179.

⁵⁹ S. *Lüke*, JuS 1969, S. 301, dagegen interessante Ansicht *Rödigs*, Gerichtliches Erkenntnisverfahren, S. 64 ff., insb. 95 ff.

⁶⁰ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 179.

⁶¹ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 180.

⁶² *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 182.

Insgesamt können wir die Auffassung *Langheinekens* als die weitere Entwicklungsstufe der modernen Zivilprozessrechtslehre ansehen, weil vor allem sein oben erwähnter Akzent auf Unterscheidung der grundlegenden Kriterien für die Unterteilung der Klagen noch heute von Bedeutung ist. Auf der anderen Seite steht es jedoch außer Zweifel, dass der Begriff des Vollstreckungsanspruches, der noch die materiellen Voraussetzungen erhält (sowie der des Rechtsschutzanspruches⁶³), vor allem wegen seiner in Wirklichkeit gemischten Natur – nicht geeignet war, eine überzeugende Beschreibung des Gegenstandes der Vollstreckungsgegenklage zu bringen. Es ist heute doch klar, dass die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels nicht vom Erlöschen seiner materiellen Grundlage abhängt⁶⁴. Es würde sonst heißen, dass jede ZVS, die ohne materielle Grundlage betrieben wird, von vornherein *prozessual unzulässig* wäre. Das ist aber – wie es sich aus den Voraussetzungen der ZVS ergibt – nicht der Fall. Die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels wegen Nichtbestehens des materiellen Anspruchs kann nicht vorprozessual (d.h. vor dem Beginn des Verfahrens über die Vollstreckungsklage) entfernt werden, sondern es ist gerade Aufgabe des Verfahrens der Vollstreckungsgegenklage, sie abzulehnen oder zu bestätigen.

B.III.2 *Steins Theorie der prozessualen Gestaltungsklage*

Die im Jahre 1913 von *Friedrich Stein* vertretene Ansicht führte über die Position *Langheinekens* hinaus. Die Meinung *Steins* beruhte auf der Annahme, dass auch Vollstreckung aufgrund „eines Titels, hinter dem ein materieller Anspruch nicht oder nicht mehr steht ... rechtmäßig und gesetzmäßig“⁶⁵ ist. Diese Auffassung ging von der strikten Trennung des Begriffes „materieller Anspruch“ von seiner „Erzwingbarkeit“ aus. Zu dieser sind nur staatliche Organe berechtigt/verpflichtet (mit einigen Ausnahmen, z.B. Selbsthilfe §§ 229 BGB) und zwar dann, wenn alle formellen Voraussetzungen dafür erfüllt seien⁶⁶. Die ZVS sei, nach seiner Meinung, zwar eine „bürgerliche Rechtstreitigkeit“, aber „eine selbstständige und eigene Art neben dem Erkenntnisverfahren“⁶⁷.

Auf der anderen Seite war es ihm klar, dass der VSGLäubiger, der ohne materiell-rechtlichen Anspruch vollstrecken lässt, rechtswidrig handelt⁶⁸. *Stein* sieht in dieser Tatsache keinen Widerspruch zu der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahmen, die vom Staat auch im Falle des Fehlens eines Anspruches unternommen werden. Denn die staatliche Tätigkeit in der ZVS sei keine Ausübung des materiellen Privatrechts und der Staat handele nicht als „Ausübungswerkzeuge“ des Gläubigers. Der Umfang des staatlichen Zwanges werde nur durch den Titel begrenzt und nur seine Überschreitung oder schlechthin die Handlung ohne einen solchen könne die Rechtswidrigkeit der staatlichen Maßnahmen bedeuten⁶⁹. Im Vordergrund dieser Gedanken steht – wie bei

⁶³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 3 II 2, S. 15.

⁶⁴ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 2, S. 613.

⁶⁵ *Stein*, Grundfragen, S. 1.

⁶⁶ *Stein*, Grundfragen, S. 3 u. 9; damit wurde die vollstreckungsrechtliche Triade – Titel, Klausel, Zustellung – gemeint.

⁶⁷ *Stein*, Grundfragen, S. 10.

⁶⁸ *Stein*, Grundfragen, S. 19.

⁶⁹ *Stein*, Grundfragen, S. 14, 16.

Langheineken – der Anspruch des Gläubigers auf Vollstreckungstätigkeit, der gegen den Staat gerichtet ist (Vollstreckungsanspruch). Rechtliche Grundlage dieses Anspruchs bildet dann das *Zweiparteienverhältnis* zwischen dem VSGLäubiger und dem Staat⁷⁰. Dem VSSchuldner stehe die Rolle des Subjektes der ZVS insofern zu, als er *prozessuale Handlungen* vorzunehmen habe⁷¹.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich dann auch *Steins* „Konstruktion“ der Vollstreckungsgegenklage. Er lehnt die Konzeption ab, die als Ziel der Klage des § 767 ZPO eine negative Feststellung des Anspruchs ansieht⁷², denn „ein Urteil, das lediglich ausspricht, der Anspruch bestehe nicht, wäre untauglich, das praktische Ziel der Aufhebung der Vollstreckung nach 775 Nr. 1 ZPO zu erreichen“⁷³. Er stellt in diesem Zusammenhang auch die Frage nach den zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft eines solchen Feststellungsurteils, denn die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage, aus der sich das Bestehen des Anspruchs z.B. zum 1. Januar ergäbe, biete keine Garantie dafür, dass „dieser Anspruch am 1. Februar noch bestanden habe“⁷⁴. Aus oben genannten Gründen kann dann auch nicht überraschen, dass *Stein* die Auffassung von *Langheineken* ablehnt, da das Erlöschen des Anspruchs die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung unberührt lasse⁷⁵.

Folgerichtig ist nach *Stein* die Vollstreckungsgegenklage auf Erlass eines „auslösenden richterlichen Urteils, das sonach ein rechtsgestaltendes, ein sogenanntes Bewirkungsurteil, kein Feststellungsurteil ist“⁷⁶, gerichtet. *Stein* führt dabei auch die Parallele zum Ehescheidungsurteil an und sagt, dass die Zahlung der Forderung des VSGLäubigers die „Kraft des Titels“ ebenso wenig berührt, „als der Ehebruch den Bestand der Ehe“⁷⁷. Erst das ergehende Urteil könne dem Vollstreckungstitel seine Wirksamkeit nehmen, erst nach dem Erlass dieses Urteil können sich die Vollstreckungsmaßnahmen des Staates als rechtswidrig erwiesen. Das zu vollstreckende Urteil des Vorprozesses (d.h. der Titel) wird aber durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil nicht „aufgehoben, es wird ihm nur die *Vollstreckbarkeit* genommen“⁷⁸. Das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage ist damit keine Fortführung des Vorprozesses, sondern ein eigener Prozess, der auch einen eigenen Gegenstand hat.

Woraus bzw. worin aber der Gegenstand der Klage besteht, sagt *Stein* nicht. Auf keinen Fall stelle die Klage eine Geltendmachung des Notwehrrechts des VSSchuldners gegen den rechtswidrigen Angriff des Staates dar, weil solange der Titel bestehe, sei „der Angriff des Staates durch die Vollstreckung nicht rechtswidrig“⁷⁹. *Kainz* beschreibt daher den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage im Sinne *Steins* als „das mittels der Rechtsschutzform der Klage erst zu verändernde Vollstreckungsrecht

⁷⁰ *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 48; *Stein* sagt, dass „der Titel ... den Inhalt des Vollstreckungsrechtes für Gläubiger und Staat bestimmt“, s. *Stein*, Grundfragen, S. 13.

⁷¹ *Stein*, Grundfragen, S. 15.

⁷² *Stein* nennt ausdrücklich den Aufsatz von *Oertmann*, AcP 107 (1911), S. 199 ff., an den hier nicht eingegangen sein konnte; dieser *Steins* Einwand kann aber auch gegen die Lehre *Kohlers* (s. B.II.1) angewandt werden.

⁷³ *Stein*, Grundfragen, S. 21.

⁷⁴ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

⁷⁵ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

⁷⁶ *Stein*, Grundfragen, S. 47.

⁷⁷ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

⁷⁸ *Stein*, Grundriß des ZPR und Konkursrechts (3. Auflage), 1928, S. 399 f.

⁷⁹ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

des Gläubigers⁸⁰. Eine solche Bezeichnung scheidet aber meiner Meinung daran, dass der Gegenstand der Klage eher ein *rechtsgestaltendes Recht des VSSchuldners als des VS Gläubigers* sein sollte. Es wäre nicht haltbar, dass der VS Gläubiger mittels der Klage des VSSchuldners ein Gestaltungsrecht auf Veränderung der Vollstreckungsverhältnisse geltend macht. Daran hat er doch *kein Interesse*.

Obwohl also *Stein* die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage in einer prozessualen Gestaltungs Klage sieht, kann man daraus keinen klaren Schluss ziehen, was den Streitgegenstand dieser Klage anbelangt. Diese Konsequenz ergibt sich vor allem aus der Tatsache, dass *Stein* den VSSchuldner nur *bedingt* als ein Subjekt des VS Verfahrens wahrnimmt. Dem entspricht dann auch die lebensfremde Konzeption, aus der der Rechtsgrund für das konstitutive Urteil folgen soll⁸¹. Sollen wir also einerseits *Steins* Verdienste um Erkennung der Vollstreckungsgegenklage als einer prozessualen Gestaltungs Klage anerkennen, ist dazu andererseits hinzufügen, dass der eigene Inhalt des durch die Klage geltend gemachten Rechts bei ihm noch im Dunkeln bleibt.

B.IV. HEUTIGER MEINUNGSSTAND

B.IV.1 Einleitung

Es ist heute fast einhellige Meinung⁸², die nicht nur in der Theorie⁸³, sondern auch in der Rechtsprechung⁸⁴ zum Ausdruck kommt, dass die Vollstreckungsgegenklage eine „prozessuale Gestaltungs Klage“ darstellt. Die von dieser Meinung abweichenden Ansichten sind, was die moderne Prozessdoktrin betrifft, eher selten. Neben der materiellrechtlichen Auffassung *Blomeyers* (s. o. B.II.2), ist vor allem *Janke*s Lehre über eine „prozessuale Feststellungs Klage“⁸⁵ zu erwähnen.

Obwohl also die Ansichten zur rechtsgestaltenden prozessualen Natur der Vollstreckungsgegenklage überwiegen, bedeutet dies nicht, dass auch die Schlussfolgerungen, die aus dieser Tatsache gezogen werden, übereinstimmen. Im Gegenteil: Wie schon *Janke* gezeigt hat⁸⁶, gibt es zumindest drei verschiedene Auffassungen, was nur den Streitgegenstand dieser „rechtsgestaltenden prozessualen“ Klage anbelangt. Diese Konsequenz ergibt sich vor allem daraus, dass die Begriffe „Rechtsnatur einer Klage“, sowie „prozessuale Gestaltungs Klage“⁸⁷, nicht nur *einer legalistischen Definition entbehren*, sondern auch *nicht analytisch* abgeleitet werden können (dazu s. auch A.I.).

⁸⁰ *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 49.

⁸¹ Vgl. *Janke*, Gegenstand, S. 24.

⁸² So *Janke*, Gegenstand, S. 24; *Geißler*, NJW 1985, S. 1866 link. Sp.; *Schlosser*, Gestaltungs Klagen, S. 100, *Zöller/Stöber* (20. Aufl. 1997), § 767 Rn. 1, S. 1815

⁸³ *Gaul*, JuS 1962, S. 1 ff.; *Gilles*, ZJP 83 (1970), S. 67; *Henckel*, AcP 174 (1974), S. 109; *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 87; *Lüke*, JuS 1969, S. 302; *MüchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 3, S. 1970; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 2; S. 612 ff.; *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 492; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 6, S. 484; *Thran*, JuS 1995, S. 1112; *Baumbach/Lauerbach/Hartmann* (59. Aufl. 2001), § 767 Rn. 1, S. 1852; *Thomas/Putzo* (23. Aufl. 2001), § 767 Rn. 1, S. 1245 f.

⁸⁴ BGHZ 22, 54, 56; BGHZ 55, 256, 259; BGH IX. ZS, Urteil v. 19.6.1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff.; BGHZ 118, 229, 236; BGHZ 124, 164, 170

⁸⁵ *Janke*, Gegenstand, S. 129 ff., insb. 132.

⁸⁶ *Janke*, Gegenstand, S. 24 ff.

⁸⁷ S. dazu *Schlosser*, Gestaltungs Klagen, S. 100, der behauptet, dass diese Bezeichnung „auf einer gewissen systematischen Verlegenheit“ beruht.

Im folgenden wird hier auf zwei bestehende Auffassungen⁸⁸ zur Klage aus § 767 ZPO eingegangen, die, meiner Ansicht nach, wohl den Stand der heutigen Lehre widerspiegeln. Beide sind zwar darin einig, dass die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage in der Rechtsgestaltung liegt; hinsichtlich der praktischen Konsequenzen bleiben jedoch deutliche Unterschiede.

B.IV.2 Vollstreckungsgegenklage als eine „prozessuale Gestaltungsklage“

Die überwiegende Mehrheit von denen, die die Meinung von der prozessual rechtsgestaltenden Natur der Vollstreckungsgegenklage vertreten, teilt die Ansicht, dass die prozessualen Gestaltungswirkungen der Klage gerade darin liegen, dass das der Klage stattgebende Urteil dem Vollstreckungstitel seine „Vollstreckbarkeit“ nimmt⁸⁹. Im Augenblick, wenn das stattgebende Urteil die formelle Rechtskraft erlangt, verliert der Vollstreckungstitel *ex nunc* seine Vollstreckungswirkung⁹⁰.

Der Einwendung, dass erst die Vorlage des stattgebenden Urteils zur Einstellung (und Aufhebung) der Vollstreckung(smaßregeln) nach § 775, (776) ZPO führt, wird entgegengehalten, dass die Gestaltungswirkung des Urteils sich „nicht auf einen bestimmten Vollstreckungsakt, sondern nur auf die Vollstreckbarkeit des Titels“⁹¹ bezieht. Dabei wird betont – und zwar im Einklang mit der höchstrichterlichen Praxis⁹², dass mit der Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels keinesfalls eine rechtskräftige Feststellung über das Nichtbestehen des materiellrechtlichen Anspruchs getroffen wird⁹³. Das schließt aber die Möglichkeit nicht aus, mit der *Zwischenfeststellungsklage* nach § 256 II ZPO die Frage des Bestehens/Nichtbestehens des materiellen Anspruchs zum Streitgegenstand des Verfahrens zu erheben⁹⁴.

In den Fällen, in denen z.B. die Einwendung einer *teilweisen Schuldtilgung* oder eines *zeitlich beschränkenden Vollstreckungsvereinbarung* mit Erfolg im Prozess erhoben wird, ist es wohl möglich, dass das Urteil nur *teilweise* oder *zeitlich begrenzt* dem Vollstreckungstitel die Vollstreckbarkeit nimmt. Man kann also nach dieser Ansicht über eine „gänzliche oder teilweise, endgültige oder zeitweilige Vernichtung der Vollstreckbarkeit“ sprechen⁹⁵. Nach Münzberg bildet allein diese *Beseitigung der Vollstreckungswirkung des Titels* den Streitgegenstand der Klage aus § 767 ZPO⁹⁶. K. Schmidt, der auch die Auffassung über direkte Gestaltungswirkung des der Klage stattgebenden Urteils teilt, formuliert dagegen die Frage nach dem Streitgegenstand gewissermaßen breiter und sagt, dass die *Zulässigkeit der ZVS aus dem Titel* den

⁸⁸ Vgl. aber Janke, Gegenstand, S. 24 ff.

⁸⁹ So vor allem Geißler, NJW 1985, S. 1866; Gilles, ZJP 83 (1970), S. 67; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 2, S. 612; MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 3; S. 1970; K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 492; Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 6, S. 484;

⁹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 2, S. 612.

⁹¹ MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 3, S. 1970.

⁹² BGH IX. ZS, Urteil v. 19.6.1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff., insb. S. 879

⁹³ So z.B. Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 3 f., S. 483 f.

⁹⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 2, S. 612 ff.

⁹⁵ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 6, S. 484.

⁹⁶ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 6, S. 484.

Gegenstand des Prozesses darstelle⁹⁷; damit sollen auch die Fälle bezogen werden, in denen die Vollstreckungsgegenklage gegen einen unvollstreckbaren Titel erhoben wird.

B.IV.3 Vollstreckungsgegenklage als eine „unvollkommene prozessuale Gestaltungs- klage“

*Henckel*⁹⁸, *Schlosser*⁹⁹ und in seinem Lehrbuch auch *A. Blomeyer*¹⁰⁰ haben, obwohl auch sie die Klage aus § 767 ZPO als eine prozessuale Gestaltungs-klage verstehen, gegen die h. M. eingewandt, dass dem stattgebenden Urteil nur eine *unvollkommene, bzw. gestreckte Gestaltungswirkung* zustehe. Diese Annahme beruht auf der schon oben (B.IV.2.) erwähnten Tatsache, dass erst die Vorlage des Urteils beim Vollstreckungsorgan die Einstellung der ZVS und die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen gemäß §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO bewirken kann. Neben dem Gegenargument *K. Schmidts*, dass das Urteil sich nicht gegen die Vollstreckungsakte richtet, sondern nur gegen die Vollstreckungswirkung des Titels, ist noch zu ergänzen, dass eine Vollstreckungsgegenklage auch vor dem Beginn der ZVS denkbar ist, d.h. dass die Rechtsfolgen der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO nicht immer eintreten müssen. Daraus folgt u.a. auch, dass – obwohl die Klage aus § 767 ZPO häufig als eine „Vollstreckungs-klage“ bezeichnet wird – *der Beginn der ZVS keine ihre Zulässigkeitsvoraussetzung darstellt*. Der Vollständigkeit halber soll noch angeführt werden, dass im Falle eines laufenden ZVS-Verfahrens die Vollstreckung (von Amts wegen) einzustellen ist, sobald das Vollstreckungsorgan von der Existenz eines Vollstreckungsgegenurteils Kenntnis erlangt¹⁰¹.

Dagegen versteht *Schlosser* in seiner Habilitationsschrift das *Gestaltungsurteil* als „ein Urteil, welches eine Rechtsfolge verfügt, auf die sich ohne Erlaß und meist auch ohne formelle Rechtskraft des Urteils, das die Rechtsfolge beinhaltet, niemand berufen kann“¹⁰². Die Vollstreckungsgegenklage bildet nach ihm „genau das negative Spiegelbild zur Leistungsklage“¹⁰³. Zu diesem Ergebnis kommt er aufgrund der Überlegung, dass im Unterschied zum Leistungsurteil, das immer das Bestehen des Anspruchs feststellt und das Recht zur Vollstreckung schafft, *das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil das Nichtmehrbestehen des Anspruch feststelle* und die Vollstreckbarkeit der Entscheidung des Vorprozesses beseitige¹⁰⁴. Im Einklang damit steht auch Annahme *A. Blomeyers*, dass das Vollstreckungsgegenurteil neben der Frage nach der Zulässigkeit der ZVS zugleich *über den materiellen Anspruch selbst entscheide*¹⁰⁵.

Diese Meinung steht aber im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung der BGH, der ausführt, dass die Feststellung über das Fortbestehen des titulierten Anspruchs

⁹⁷ *MüchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 41, S. 1980 f.

⁹⁸ *Henckel*, AcP 174 (1974), S. 109.

⁹⁹ *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 101.

¹⁰⁰ *Blomeyer*, ZVS, S. 127.

¹⁰¹ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 3, S. 615 f.; BGHZ 25, 60, 64 ff.

¹⁰² *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 37.

¹⁰³ *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 105 f.

¹⁰⁴ *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 106.

¹⁰⁵ *Blomeyer*, ZVS, § 33 VII 1, S. 136 f.

nicht Gegenstand des Verfahrens sei¹⁰⁶. Dementsprechend ist nach überwiegender Auffassung¹⁰⁷ im Wege der Vollstreckungsgegenklage auch über die Vollstreckbarkeit des fehlerhaften Titels (der z.B. unbestimmt ist, oder im Falle einer notariellen Urkunde nach § 794 I Nr. 5 ZPO nichtig ist) zu entscheiden. Feststellungen über Fortbestehen oder Nichtmehrbestehen des Anspruchs werden dabei nicht getroffen. In solchen Fällen sind die materiellen Einwendungen, die den festgestellten Anspruch selbst betreffen, ganz entbehrlich, denn für Entscheidung des Gerichts sind hier nur formelle Fragen des Titels „an sich“ von Bedeutung¹⁰⁸.

B.V. FOLGERUNGEN

Probleme bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage ergeben sich vor allem daraus, dass es keine festen Maßstäbe gibt, nach denen die Frage zu beantworten wäre. Wenn man von der herkömmlichen *Dreiteilung der Klagearten* in Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklage ausgeht, die heute fast einhellig von der Prozesstheorie vertreten wird¹⁰⁹ und die sich auch in der Praxis bewährt hat, dann liegt es nahe, die Vollstreckungsgegenklage als eine *prozessuale Gestaltungsklage* anzusehen. Dies folgt daraus, dass der VSSchuldner in Form dieser Klage vom Staat *den Rechtsschutz* gegen einen aus seiner Sicht nicht vollstreckbaren Titel beantragt, und dieser Schutz kann nicht anders als durch Aufhebung der Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel gewährleistet werden. Im Vollstreckungsverfahren, das rein formal aufgebaut ist, muss *die Rechtssicherheit* herrschen, was die Frage nach dem genauen Zeitpunkt der eventuellen Unzulässigkeit der ZVS anbelangt. Solchen Ansprüchen könnte z.B. eine Feststellungsklage nicht genügen, weil sie nur deklaratorischer Natur ist. Was noch die Frage nach der *Unvollkommenheit* den rechtsgestaltender Wirkungen der Vollstreckungsgegenklage betrifft, sei hier erwähnt, dass die Gestaltungswirkung des der Klage stattgebenden Urteil ohne Rücksicht darauf eintritt, ob schon ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet ist oder nicht. Dann kann man über keine Unvollkommenheit sprechen.

C. STREITGEGENSTAND UND ZULÄSSIGE EINWENDUNGEN

C.I. GRUNDSÄTZLICHES ZUM STREITGEGENSTAND

In jedem gerichtlichen Prozess muss schon von Anfang an klar sein, worüber das Gericht zu entscheiden hat. Im Prozessrechtsverhältnis zwischen beiden Parteien, das durch die Zustellung der Klage an den Beklagten (§ 271 I, II ZPO) begründet wird und an dem auch das Gericht beteiligt ist, muss Klarheit darüber bestehen, welche Tatsachen für das Verfahren von Bedeutung sind, d.h. was zu beweisen ist und welche

¹⁰⁶ BGHZ 22, 54, 56; BGH Urteil v. 24.11.1954 – VIII ZR 123/58 = WM 1960, 52, 53; BGH Urteil v. 16. 12. 1977 – V ZR 236/1973 = WM 1978, 439; BGH, Urteil v. 19. 6. 1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 879.

¹⁰⁷ S. z.B. K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 513 ff.; Foerste, ZJP 107 (1994), 370 ff.

¹⁰⁸ Wie bei BGHZ 124, 164 ff. – Auslegung des Urteils(Titels-)tenors.

¹⁰⁹ Einzige mir bekannte Ausnahme stellt Rödig, Theorie, S. 64 ff. dar.

Partei für welche Tatsachen die Darlegungslast bzw. Beweislast trägt. Für solche und ähnliche Fragen ist der Begriff des Streitgegenstandes unentbehrlich. Nicht zu Unrecht wird er als *Angelpunkt des Zivilprozesses*¹¹⁰ bezeichnet.

Um so mehr überrascht, dass der historische Gesetzgeber der ZPO diesem Begriff keine große Aufmerksamkeit gewidmet hatte. Er ging davon aus, dass als Gegenstand des Rechtsstreits einfach der vom Kläger geltend gemachte Anspruch im materiellechtlichen Sinne (heute § 194 I BGB) zu verstehen sei¹¹¹. Die ZPO definiert den Begriff nicht und verzichtet auch auf eine einheitliche Terminologie. Sie spricht einerseits über „das streitige Rechtsverhältnis“ (§ 62 I ZPO) oder über den „Streitgegenstand“ (§§ 81 und 83 I ZPO), andererseits über den „geltend gemachten Anspruch“ (§§ 306 und 307 I ZPO), den „erhobenen Anspruch“ (§§ 313 II und 322 I ZPO) oder – was im vorliegenden Zusammenhang wichtig ist – über den „durch das Urteil festgestellten Anspruch“ (§ 767 I ZPO).

Es hatte sich jedoch gezeigt, dass die einfache Gleichsetzung des materiellen Anspruchs, wie ihn *Windscheid* in die deutsche Rechtsdogmatik eingeführt¹¹² und der Gesetzgeber später im BGB verankert hatten (§ 194 BGB), mit dem Streitgegenstand nicht haltbar ist. Das ergibt sich schon daraus, dass bei Feststellungsklagen, kein Anspruch im Sinne des § 194 I BGB geltend gemacht wird. Gleiches gilt auch bei Gestaltungsklagen. Besondere Probleme bringt der materielle Anspruchsbegriff weiter in Fällen der Anspruchskonkurrenz mit sich.

Über das Wesen und die Struktur des Streitgegenstandsbegriffs wird deswegen seit Jahrzehnten kräftig diskutiert¹¹³. Der Streit hat vor allem darum an Bedeutung gewonnen, weil mit dem Inhalt des Begriffs wesentliche praktische Konsequenzen verbunden sind. Unabhängig davon bleibt festzustellen, dass trotz der Verschiedenheit der Auffassungen das Bemühen im Vordergrund steht, zu einem in jedem Falle gerechten Ergebnis zu kommen zu versuchen¹¹⁴. Schon dies zeigt, dass bei der Lösung von Problemen, die den Streitgegenstandsbegriff betreffen, nicht von dogmatischen Vorstellungen über die Aufbau von Rechtsbegriffen auszugehen ist¹¹⁵, sondern die Funktionen und Ziele dieses Begriffs in den Vordergrund zu stellen sind¹¹⁶.

C.1.1 Der materielle Streitgegenstandsbegriff

Trotz aller Einwände, die gegen die materielle Auffassung des Streitgegenstandsbegriffs erhoben wurden, versucht ein Teil der Prozesswissenschaft seit den

¹¹⁰ So *Grunsky*, Grundlagen, S. 26.

¹¹¹ So *Musielak*, Grundkurs, S. 86.

¹¹² In seinem Schrift „Actio des Römischen Civilprozeßrechts“ aus dem Jahre 1856 (zitiert nach *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, S. 531 f.).

¹¹³ *Rosenberg* hatte in der ersten Auflage seiner Lehrbuch (1927) den Streitgegenstand durch Antrag und Sachverhalt definiert (vgl. *Schwab*, JuS 1976, S. 71); vor allem in der Nachkriegszeit wurde das Thema heftig erörtert; dabei sind vor allem die Habilitationen von *Schwab*, *Habscheid*, *Henckel* und *Arens* zu nennen.

¹¹⁴ Das zeigen z.B. die Änderungen der Lehre *Schwabs* im sog. Kaufpreis-Wechsel-Fall; *Rosenberg/Schwab* (14. Auflage), § 154 II, S. 982.

¹¹⁵ Berühmt ist der Aufsatz *Ekelöfs*, ZJP 85 (1972), S. 145 ff., der den Begriff des Prozessgegenstands als „Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz“ bezeichnet hat.

¹¹⁶ Danach versucht auch die Rechtsprechung nicht nach schulmäßigen schematischen Mustern zu handeln, sondern immer zu einem vernünftigen Ergebnis zu kommen; z.B. *Warneyer*, 1970, Nr. 21, S. 48.

fünzigster Jahren wieder den Begriff des Anspruchs aus § 194 I BGB für die Lösung der prozessualen Fragen brauchbar zu machen¹¹⁷. Man geht vor allem in Fällen der Anspruchskonkurrenz (z.B. in dem berühmten „*Fahrgastfall*“ s.u.) davon aus, dass trotz verschiedener Anspruchsgrundlagen nur ein materiellrechtlicher Anspruch besteht¹¹⁸. Es wird dabei vorausgesetzt, dass es sich um einen (materiellrechtlichen) Anspruch gerade auch dann handelt, wenn einem Lebenssachverhalt (Tatbestand) mehrere Anspruchsnormen entsprechen, deren Rechtsfolgen immer gleich sind. Im *Fahrgastfall*¹¹⁹ –

Der Fahrgast A wird bei einem Straßenbahnunfall verletzt und klagt gegen die juristische Person, welche die Straßenbahn betreibt, auf Zahlung von €1.000 Schadensersatz.

– wird nach dieser Ansicht nur ein materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht, der aber mehrfach begründet werden kann, zum einen durch § 823 I BGB, zum anderen durch § 280 I S. 1 BGB oder §§ 7, 8 StVG. Manche Autoren versuchen dabei sogar zwischen Gesetzes-, Anspruchsnormen- und Anspruchskonkurrenz zu unterscheiden¹²⁰.

Eine andere Möglichkeit, wie es zum ähnlichen Ergebnis zu gelangen, stellt die Lehre *Henckels* dar, der seinen Streitgegenstandsbegriff an die Funktion des wirtschaftlichen Verfügungsobjektes angeknüpft hat¹²¹. Danach soll es sich im Kaufpreis-Wechsel-Fall¹²² –

A kauft bei B ein Auto. Da A den Kaufpreis nicht sofort zahlen will, stellt er dem B einen Wechsel aus. Die Frage lautet – hat eine auf den Wechsel gestützte Klage denselben Streitgegenstand wie eine auf den Kaufvertrag gestützte, mit der Bezahlung des Kaufpreises verlangt wird?

– um zwei verschiedene Verfügungsobjekte, d.h. um zwei Streitgegenstände handeln, denn sowohl die Kaufpreisforderung als auch den Wechsel können an andere Person zediert werden¹²³. In ähnlicher Weise löst das Problem auch *Georgiades*, der den Streitgegenstandsbegriff darauf abstellt, ob die verschiedenen Ansprüche ein einheitliches Ziel verfolgen¹²⁴.

Auch wenn es aus der Sicht des Prozesszweckes sehr wünschenswert wäre, eine materiellrechtliche Lösung der Fragen des Streitgegenstands zu finden, vermögen doch die dargestellten Lösungen nicht zu überzeugen¹²⁵. Vor allem bei Fragen der Anspruchskonkurrenz ist einzuwenden, dass das materielle Recht die Verjährungsfristen einzelner materiellrechtlichen Ansprüche *unterschiedlich* regelt. Das gleiche gilt auch für die Frage der Beweislast¹²⁶, die bei einzelnen konkurrierenden Ansprüchen ganz verschiedenartig reguliert werden kann. Es sollte auch nicht außer acht gelassen werden, dass die dargelegten Ansichten die Problematik von Feststellungs- und Gestaltungsklagen nicht

¹¹⁷ Als erster *Nikisch*, AcP 154 (1955), 269 ff.

¹¹⁸ So auch *Grunsky*, Grundlagen, S. 29.

¹¹⁹ Nach *Grunsky*, Grundlagen, S. 27.

¹²⁰ So *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz, S. 164 ff.

¹²¹ *Henckel*, Parteilehre, S. 256 ff.

¹²² Nach *Grunsky*, Grundlagen, S. 27.

¹²³ *Henckel*, Parteilehre, S. 270 ff.

¹²⁴ *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz, S. 167 ff., 279 f.; im Kaufpreis-Wechsel-Fall werden danach zwei unterschiedliche Ziele verfolgt.

¹²⁵ So z.B. auch *Musiak*, Grundkurs, S. 87.

¹²⁶ Darauf weist *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 III 4, S. 533 mit Recht hin.

befriedigend lösen können. Es ist ja klar, dass die Konstruktion der Feststellungsklage (*nota bene* einer negativen) nicht auf die Existenz eines materiellen Anspruchs abstellt, sondern dass sie auf Feststellung des Bestehens/Nichtbestehens eines *Rechtsverhältnisses* gerichtet wird. Dass der Begriff des Rechtsverhältnisses nicht identisch mit dem des materiellen Anspruchs ist, bedarf hier keiner näheren Begründung.

C.I.2 Der prozessuale Streitgegenstandsbegriff

a) Weil die materiellrechtliche Betrachtung des Problems nicht geeignet ist, die bestehenden Probleme des Streitgegenstandsbegriffs konsequent zu lösen, hat die Prozesslehre einen „eigenständigen Begriff des prozessualen Anspruchs“ entwickelt¹²⁷. Ihre Grundlage findet diese Lehre in § 253 II Nr. 2 ZPO, nach dem die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten muss. Ganz unstrittig dabei ist, dass eine Änderung des *Klageantrages*, mit dem der Kläger die Rechtsschutzform und ihren Umfang bestimmt, auch den Gegenstand des Verfahrens ändert.

Nach *Schwab* vermag allein das Abstellen auf den Klageantrag die bestehenden Probleme des Streitgegenstands (v.a. Rechtshängigkeit, Klageänderung, Klagenhäufung und objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft) zu überwinden (der sog. *eingliedrige Streitgegenstandsbegriff*). *Schwab* geht davon aus, dass bei der Abgrenzung des Verfahrensgegenstandes die Klagebegründung nur die Rolle einer Auslegungshilfe spielt¹²⁸. *Gottwald* spricht in diesem Zusammenhang von einer „Formulierungsfrage“¹²⁹, denn auch ihm – als Schüler *Schwab*'s – ist klar, dass ohne Heranziehung der die Klage begründenden Behauptungen die eingliedrige Streitgegenstandslehre nicht reibungslos vertretbar ist, wie folgendes Beispiel zeigt:

A erhebt gegen B die Klage auf Zahlung von € 1.000,- aus einer Kaufpreisforderung. Ein paar Monate später (aber noch vor dem rechtskräftigen Ende des Vorverfahrens) entscheidet sich A, noch eine weitere Klage gegen B auf Zahlung desselben Betrages zu erheben, diesmal aus einer Darlehensforderung.

Auch *Schwab* muss also zugeben, dass ohne Begründung des Antrags (Vortragung des Sachverhaltes) manche Fälle nicht zu lösen sind. Die Heranziehung der verschiedenen Lebenssachverhalte lässt sich in solchen Fällen nicht vermeiden. Damit könnte aber dasselbe Problem auftauchen, das ihn am Anfang zur Entwicklung seiner Theorie veranlasste – wie sind die verschiedenen Sachverhalte abzugrenzen¹³⁰.

b) Heute wird demgegenüber vorherrschend von Lehre¹³¹ und Rechtsprechung¹³² der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff vertreten, der durch den *Klageantrag*, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den

¹²⁷ Vgl. *Musielak*, Grundkurs, S. 87.

¹²⁸ *Musielak*, Grundkurs, S. 88.

¹²⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 III 3, S. 532.

¹³⁰ *Schwab*, JuS 1976, S. 71.

¹³¹ Z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 IV, S. 534; *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 292, S. 170.

¹³² Z.B. BGHZ, 34, 337, 339; BGHZ 79, 245, 248; BGH NJW 1983, 388, 389; BGHZ 117, 1, 5.

Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt wird¹³³. Die Schwierigkeiten, die sich bei der Abgrenzung von Sachverhalten ergeben können, scheinen von der Rechtsprechung bisher bewältigt zu werden¹³⁴. Als Anknüpfungspunkt dient hier die Rechtsprechung zur Bestimmung der Tat im Sinne des Strafprozesses. Dabei wird die „Identität des Klagegrundes“ aufgehoben, wenn durch neue Tatsachen der „Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhaltes“ verändert wird¹³⁵.

Dass aber auch dieser „Kern“ kein eindeutiges Kriterium an sich darstellt, das in allen Fällen zu überzeugenden Ergebnissen kommt, haben vor allem die Beispiele gezeigt, die mit mehreren Lebenssachverhalten, die ein einheitliches Klageziel begründen, operieren. Es handelt sich dabei oft um eine Zahlungsklage, die nicht nur durch das Grundgeschäft (Forderung aus kausalen Schuldverhältnis; z.B. Kaufpreisforderung) begründet wird, sondern sich gleichzeitig auf einen abstrakten Zahlungsgrund (Wechsel, Schuldanerkenntnis) stützt. Nach der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie sollte es sich dabei um zwei Streitgegenstände immer dann handeln, wenn der Kläger zwar nur einen Antrag in der Klage stellt, zu seiner Begründung aber zwei verschiedene Lebenssachverhalte (zum einen Kaufvertrag, zum anderen Wechsel oder Schuldanerkenntnis) darlegt. Eine solche Auffassung kann jedoch dazu führen, dass der Schuldner zweimal zu der Zahlung verurteilt werden kann, obwohl dem Gläubiger die Leistung nur einmal zusteht. Wann ein Wechsel bzw. Schuldanerkenntnis noch zu dem normalen „Lebensvorgang“¹³⁶ eines Kaufvertrags zu zahlen ist und wann nicht, kann schwer zu lösende Fragen aufwerfen.

Weitere Bedenken hinsichtlich der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre ergeben sich daraus, dass sie nicht immer bei allen Instituten des Zivilprozesses, bei denen er eine wichtige Rolle spielt (s.o. C.I.1.), zu befriedigenden Ergebnissen führt. Werden z.B. nach der klassischen zweigliedrigen Theorie im Kaufpreis-Wechsel-Fall zwei Streitgegenstände anerkannt, besteht sicher die Frage, ob dann, wenn die Klage erst im Laufe des Rechtsstreits auf den Wechsel gestützt wird, eine Klageänderung vorliegt oder nicht¹³⁷. Hier muss man sich die Frage stellen, wozu das Institut der Klageänderung dient und ob in einem solchen Fall die rein schematische Einhaltung von theoretischen Mustern nicht gegen Sinn und Zweck der Vorschrift verstößt.

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass es sich auch bei einzelnen Klagearten Besonderheiten ergeben können. So vertritt z.B. *Grunsky* die Auffassung, dass der Streitgegenstand einer *Klage auf Feststellung* eines *absoluten Rechts* sich nicht auf bestimmte Erwerbsgründe beschränkt¹³⁸. Daraus folgt, dass alle möglichen Begründungen der Rechtsfolge (hier z.B. des Eigentums) ohne Einfluss auf den Streitgegenstand dieser Klage sind, weil für diese nur der Antrag ausschlaggebend ist. Zum gleichen Ergebnis gelangt dieser Autor auch im Falle der *Gestaltungsklage*¹³⁹.

¹³³ Z.B. BGH NJW 1983, 388, 389.

¹³⁴ So *G. Lüke* mit Nachweisen in *MünchKomm*, Bd. 1, S. 1445 f.

¹³⁵ BGH NJW 1997, 588.

¹³⁶ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 272, S. 158 f.; *Baumgärtel*, JuS 1974, 71.

¹³⁷ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 272, S. 159.

¹³⁸ *Grunsky*, Grundlagen, S. 35.

¹³⁹ *Grunsky*, Grundlagen, S. 37.

c) Diese und ähnliche Besonderheiten warfen die Frage auf, ob es nicht angemessener wäre, auf einen einheitlichen, auf alle Fälle anwendbaren Streitgegenstandsbegriff zu verzichten und statt dessen ihm einen variablen Inhalt geben, der dem Zweck der jeweiligen prozessualen Regelung, bei der der Streitgegenstand von Bedeutung ist, entspricht¹⁴⁰. Man spricht dann über die *Theorie vom relativen Streitgegenstandsbegriff*¹⁴¹. In diesem Zusammenhang wird oft der Name von *Karl Blomeyer* erwähnt, der sich schon im Jahre 1952¹⁴² gegen den einheitlichen Begriff des Verfahrensgegenstandes gewandt hat. Im neueren Schrifttum wird diese Auffassung (selbstverständlich mit gewissen Unterschieden) zunehmend vertreten¹⁴³. Im Grundsatz zeichnet sich diese Lehre dadurch aus, dass die Unterschiede im Begriff des Verfahrensgegenstandes durch die jeweilige Prozesslage oder durch die Klageart bestimmt werden¹⁴⁴.

Es zeigt sich, dass bei Fragen im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit, Klageänderung und Klagenhäufung die *Anknüpfung an den Klageantrag* (i.S. der *eingliedrigen Streitgegenstandstheorie*) grundsätzlich für die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes genügt¹⁴⁵. Das ergibt sich vor allem daraus, dass bei solchen Prozessinstituten eine *breitere Bestimmung* des Streitgegenstandsbegriffes *den prozessökonomischen Zwecken* im Verfahrensrecht besser Rechnung trägt. Sie soll – z.B. im Falle der Rechtshängigkeit – verhindern, dass über einen Antrag (der eigentlich nicht mehr anstrebt, als Herbeiführung einer Rechtsfolge) nicht in mehreren Verfahren entschieden wird. Dabei wird auch auf funktionelle Verknüpfungen zwischen *Rechtshängigkeit und Klageänderung* hingewiesen: Wenn die Geltendmachung eines Antrags im rechtshängigen Streit mit der Begründung abgelehnt wird, es handele sich um eine Klageänderung, der nicht zugestimmt worden und die auch nicht sachdienlich sei, dann muss der Kläger die Möglichkeit haben, diesen Antrag in einem anderen Verfahren zu verfolgen, ohne dass ihn daran die Rechtshängigkeit des Vorverfahrens hindert. Das gilt auch *vice versa*¹⁴⁶.

Anders verhält sich die Sache im Falle der *Rechtskraftwirkung*. Die deutsche Rechtskraftlehre zeichnet sich dadurch aus, dass sie die Grenzen der Rechtskraftwirkung möglichst eng erfasst, weil andererseits für die unterliegende Partei eine große Gefahr der Hinderung an einer weiteren Rechtsverfolgung bestehen könne¹⁴⁷. Danach folgt man hier der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre, nach der sich der Gegenstand der Rechtskraft nur auf den vorgetragenen Tatsachenkomplex beschränkt.

Danach ist im Kaufpreis-Wechsel-Fall eine zweite Klage, die sich auf den Wechsel stützt, so lange ausgeschossen, bis über die erste Klage, mit der die Kaufpreisforderung geltend gemacht wird, rechtskräftig entschieden wurde. Dann steht der Klage aus dem Wechsel nichts entgegen.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Vgl. *Musielak*, Grundkurs, S. 90.

¹⁴¹ Dazu vgl. *Baumgärtel*, JuS 1974, 71.

¹⁴² *K. Blomeyer*, ZfP 65 (1952), S. 58 ff.

¹⁴³ Für alle *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 85, m.w.N.

¹⁴⁴ *Musielak*, Grundkurs, S. 90.

¹⁴⁵ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 291 ff., S. 169 ff.

¹⁴⁶ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 285, S. 168.

¹⁴⁷ Vor allem aus dem Grund der Präklusion der Tatsachenbehauptungen; vgl. auch *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 95 ff., m.w.N.

¹⁴⁸ Übernommen von *Musielak*, Grundkurs, S. 91, Rn. 146.

An diesem Beispiel zeigt sich jedoch zugleich, dass auch die relative Auffassung des Streitgegenstandsbegriffs an ihre Grenzen stößt. Wäre der Fall so umgestaltet, dass der ersten Klage stattgegeben würde, ist diese Lehre nicht imstande, aufgrund des relativen Streitgegenstandsbegriffs zu erklären, warum die zweite Klage (aus der Wechselverbindlichkeit) nicht zulässig ist.

Meiner Meinung nach, ist entscheidend auf den *Umfang der sog. objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft* abzustellen. Die enge Auffassung dieser Grenzen hat zwar ihre feste Grundlage im Gesetz – vor allem ist hier das Verhältnis des § 322 I und 256 II ZPO zu nennen – auf der anderen Seite ist aber zu fragen, ob der rechtspolitische Ansatz, der zu dieser Regelung führte, nicht im Grunde verfehlt war. Sowohl die internationale Rechtsvergleichung¹⁴⁹ als auch die Praxis des EuGH mit seiner *Kernpunkttheorie*¹⁵⁰ zeigen, dass auch eine breitere Auffassung des Umfangs der materiellen Rechtskraft durchaus möglich ist, und dass ihre Folgen – vor allem Verhinderung der mehrfachen Rechtsverfolgung und die Erhöhung der Parteiverantwortung für die Prozessführung – als wünschenswert angesehen werden dürfen. Das sind doch auch Werte, über die der Gesetzgeber ganz ernsthaft nachdenken sollte.

C.I.3 Streitgegenstand einer Gestaltungsklage

Wenn manche Autoren vom Streitgegenstand der Gestaltungsklagen sprechen, benutzen sie oft das Wort „Schwierigkeiten“¹⁵¹. Diese sind vor allem dadurch verursacht, dass – aus materiellrechtlicher Sicht betrachtet – der Klage kein aus dem positiven Recht sich ergebender Anspruch bzw. Rechtsverhältnis zugrunde liegt. Es wird immer wieder versucht, diesen Umstand durch die Bildung eines „Anspruchs auf Rechtsgestaltung“ zu überwinden¹⁵². Dass es sich dabei um nichts anderes als um den Versuch einer Belebung der Lehre über den Rechtsschutzanspruch handelt, muss nicht besonders betont werden. So spricht z.B. auch *Schlosser* über einen „Gestaltungsanspruch als Vollstreckungsanspruch“¹⁵³.

Solchen Ansichten wird in dieser Arbeit nicht gefolgt. Man geht davon aus, dass das Konzept jenes subjektiv-öffentlichen Rechts, das schon *vor dem Beginn des Prozesses* dem Berechtigten das Recht auf eine für ihn günstige Entscheidung gewährleisten sollte, seit langem überholt ist. Das gilt auch für seine noch heute vertretene Form des Vollstreckungsanspruches. Ein solches Recht müsste, wie schon oben u. B.III.1. (*Langheineken*) erwähnt wurde, ganz unsystematisch aus materiellen sowie prozessualen Voraussetzungen bestehen. Dass verstößt aber gegen die Realität des Rechtslebens. Zu den Voraussetzungen der ZVS gehört nicht die Existenz des materiellen Anspruches. Gleichfalls kann der Gläubiger eine für ihn günstige Entscheidung im Erkenntnisver-

¹⁴⁹ Zu nennen sind statt aller *Fischer*, Objektive Grenzen der Rechtskraft, S. 199 ff.; *Schack*, US-amerikanische ZPR, S. 72 ff.; *Zeuner*, Rechtsvergleichende Bemerkungen, S. 610.

¹⁵⁰ Die zwar mit dem Problem der Rechtshängigkeit zusammenhängt, ihre Ergebnisse lassen sich jedoch auch im Bereich der Rechtskraft bewahren; s. Art. 21 EuGVÜ und Art. 27 EuGVO und berühmte Fälle *Gubisch KG, Tatry* und *Drouot assurance* (dazu vgl. *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 85 ff.).

¹⁵¹ So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 III 1, S. 532; *Grunsky*, Grundlagen, S. 38.

¹⁵² Vgl. *Stein/Jonas/Schumann*, vor § 253, Rn. 43 ff., S. 12 ff.

¹⁵³ *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 374 ff.

fahren auch dann erreichen, wenn ihm das behauptete materielle Recht in Wirklichkeit nicht zusteht (Versäumnisurteil; Urteil, das auf einer nicht richtig erforschten Sachlage beruht). Für Zwecke der Sicherung des tatsächlich wirksamen Rechtsschutzes¹⁵⁴, kann man sich mit dem Justizgewährungsanspruch wohl bedienen, dessen Grundlage klar ist und auch seine verfassungsrechtliche Stütze im Art. 103 I GG findet. Aus diesen Gründen ist die Annahme des Vollstreckungsanspruches als Streitgegenstandes der Gestaltungsklagen abzulehnen.

Es scheint mir deswegen angebracht, auch bei den Gestaltungsklagen grundsätzlich – trotz seiner oben erwähnten Unvollkommenheit [C.I.2. c)] – von dem Begriff des relativen Streitgegenstandes auszugehen. Es ist doch offensichtlich, dass die Struktur des Verfahrens über eine Gestaltungsklage von Verfahren über andere Klagearten nicht abweicht. Der Kläger behauptet und beweist auch hier die Tatsachen, die sich als Merkmale des Tatbestandes einer Norm (gleichgültig ob einer materiellen oder – wie im Falle der prozessualen Gestaltungsklagen – einer prozessualen) erweisen, und das Gericht trifft auf dieser Grundlage Feststellungen über diese Tatsachen¹⁵⁵. Der eigentliche Unterschied hinsichtlich der Klagearten besteht darin, dass jede von ihnen eine andere Schutzform des Urteils bezweckt. Die Leistungsklage richtet sich darauf, Existenz eines fälligen Anspruchs zu bestätigen, durch die Feststellungsklage wird die (Nicht-)Festlegung eines Rechtsverhältnisses angestrebt und schließlich zielt die Gestaltungsklage auf die Veränderung der bestehenden Rechtslage.

Dieser Unterschied ist aber für die Struktur des Verfahrens (z.B. Ablauf des Verfahrens, Verfahrensgrundsätze, Beweisregeln) ohne Bedeutung. Es sollte also auch für Gestaltungsklagen dasselbe gelten, was auch für andere Klagearten gilt. Während des Prozesses wird darauf abgestellt, *welchen Urteilsausspruch* der Kläger durch die Klage verfolgt. Im Laufe eines Ehescheidungsprozesses ist also nur ein Streitgegenstand gegeben, gleichgültig ob sich das Scheidungsbegehren zugleich auf Ehebruch, ehewidriges Verhalten und objektive Ehezerüttung stützt¹⁵⁶. Daraus folgt, dass für die Bestimmung der Rechtshängigkeit, Klageänderung und Klagehäufung grundsätzlich das Klagebegehren¹⁵⁷ i.S. der eingliedrigen Streitgegenstandslehre von entscheidender Bedeutung sein wird¹⁵⁸. Dagegen zwingt uns nach dem Ende des Verfahrens das Gesetz (§§ 322 i.V.m. 256 II ZPO) hinsichtlich des Umfangs der materiellen Rechtskraft dazu, den Urteilsausspruch im Sinne der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre auf den vorgetragenen Tatsachenkomplex zu beschränken. Dabei soll aber nicht übersehen werden, dass bei manchen Gestaltungsprozessen die Präklusion der nicht vorgetragenen Tatsachen infolge der gesetzlichen Regelung (z.B. § 616 ZPO a.F.) noch weiter reicht, als bei Feststellungs- oder Leistungsklagen. *Grunsky* spricht angesichts der Gestaltungsklagen sogar von einer Regel¹⁵⁹, die er darin sieht, dass der Kläger im Falle einer

¹⁵⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 3 I, S. 14.

¹⁵⁵ Grundsätzlich gleich auch *Rödig*, Theorie, S. 64 ff., v.a. 95 ff. hinsichtlich Gestaltungsklagen.

¹⁵⁶ So auch *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 358.

¹⁵⁷ Fraglich kann aber die Änderung des Klageantrags sein; wird es z.B. auf die Bestimmung der Urlaubszeit durch den Arbeitgeber geklagt (§ 315 III BGB, BAG NJW 1962, S. 269) und verändert der Kläger während des Verfahrens den Termin des Urlaubs in seinem Klagebegehren, handelt es sich nicht um eine Klageänderung.

¹⁵⁸ Vgl. *Stein/Jonas/Schumann*, vor § 253, Rn. 59, S. 17.

¹⁵⁹ *Grunsky*, Grundlagen, S. 40.

rechtsgestaltenden Klage mit allen Tatsachen präkludiert werde, die seine Klage zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung des Vorverfahren begründen konnten.

C.II. DIE DIE VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE BEGRÜNDENDEN EINWENDUNGEN

C.II.1 Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage

Mit der Klage aus § 767 ZPO macht der VSSchuldner die *Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem konkreten VSTitel* geltend¹⁶⁰. Die Vollstreckungsgegenklage greift also *nicht nur gegen Urteile* im Sinne des § 704 ZPO, sondern betrifft auch *weitere Vollstreckungstitel*, wie sie in § 794 ZPO oder in anderen Gesetzen bezeichnet sind. Sie richtet sich auch gegen Titel, die zwar nicht aufgrund der ZPO ergangen sind, aber auf die die ZVS nach der ZPO ihre Anwendung findet¹⁶¹. Zu nennen sind vor allem manche *Beschlüsse der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (z.B. §§ 98, 158 II, III FGG), sowie *Eintragung in die Tabelle* während des Insolvenzverfahrens (§ 178 III InsO). Vollstreckungsgegenklage kann auch gegen Titel erhoben werden, die nicht der Rechtskraftfähig sind¹⁶² (v.a. Prozessvergleich, notarielle Urkunde). Nach der Rechtsprechung kann zudem die *Unzulässigkeit der ZVS* aus einem materiell nicht vollstreckungsfähigen Titel, sei es ein rechtskraftunfähiges Urteil¹⁶³, sei es eine nichtige notarielle Urkunde¹⁶⁴, mit einer Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Weiter ist nach der h.M. „eine Vollstreckungsgegenklage gegen eine Gegenklage“ grundsätzlich statthaft¹⁶⁵. Sie dient dazu, die Vollstreckbarkeit des ersten gemäß § 767 ZPO gegen den Gläubiger erlassenen Urteils aufzuheben¹⁶⁶.

Hinsichtlich des umfangreichen Anwendungsbereichs dieser Klage drängt sich natürlich die Frage auf, ob man in allen hier dargelegten Fällen von einem einheitlichen Begriff der „Einwendung“ ausgehen kann.

Grundsätzlich ist darauf abzustellen, dass die „Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen“ materiellrechtlicher Natur sind¹⁶⁷. Das entspricht auch der Absicht des historischen Gesetzgebers¹⁶⁸. Es kann aber nicht geleugnet werden, dass die Terminologie – vor allem in Bezug darauf, dass ZPO den Begriff „Einwendungen“ in einem vom Gebrauch im BGB abweichenden Sinn verwendet¹⁶⁹ – eine gewisse Verwirrung verursacht. Dazu kommt weiter, dass auch die Terminolo-

¹⁶⁰ S. oben, B.III.2.

¹⁶¹ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 III 2, S. 617; neben den weiter erwähnten, sind noch z.B. § 16 III HausrVO; § 45 III WEG, §§ 115 III, 156 II Nr. 4 ZVG zu nennen.

¹⁶² Daraus folgt, dass zwischen der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit in Wirklichkeit ein „lockeres“ Verhältnis besteht. Wenn das Gesetz über die „vorläufige Vollstreckbarkeit“ der Urteile (§§ 708 f. ZPO) spricht, geht es davon aus, dass diese in der Zukunft grundsätzlich die Rechtskraft gewinnen können. Bei Prozessvergleichen (§ 794 I Nr. 1 ZPO) und notariellen Urkunden (§ 794 I Nr. 5 ZPO) sowie bei anderen rechtskraftunfähigen Vollstreckungstitel ist dies allerdings nicht der Fall.

¹⁶³ BGHZ 124, 164 ff. = ZZP 107 (1994), S. 365 m. Anm. *Foerster*.

¹⁶⁴ BGHZ 118, 229 ff.

¹⁶⁵ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 III 1, S. 616.

¹⁶⁶ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 14, S. 489.

¹⁶⁷ So *MünchKomm/Schmidt*, § 767 Rn. 58, S. 1986.

¹⁶⁸ *Hahn*, *Materialien*, S. 437.

¹⁶⁹ Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 104 I, S. 588.

gie der ZPO – und sogar innerhalb des 8. Buches – nicht einheitlich ist. So bedeutet der Begriff „Einwendung“ im § 766 I ZPO offensichtlich etwas anderes als derselbe Terminus im § 767 I ZPO. Dies hat *Gilles* dazu geführt, eine einheitliche Definition von „vollstreckungsrechtlichen Einwendungen“ herauszubilden¹⁷⁰. Die h.M. folgt ihm aber nicht¹⁷¹. Mit Recht?

Es lässt sich kaum bestreiten, dass der *rechtspolitische Zweck* der Vollstreckungsgegenklage darin liegt, *die Titel, aus denen die Vollstreckung nicht oder nicht mehr betrieben werden soll, vom Rechtsverkehr zu entfernen*. Das berechtigt vielleicht dazu, über ein *negatorisches Ziel*¹⁷² der Klage zu sprechen. Zwar hatte der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Norm an die Fälle gedacht, bei denen sich die *materielle Rechtslage nach dem Erlass des Titels so geändert hat*, dass die Vollstreckung aus ihm nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Im Hinblick auf das Ziel der Klage kann man jedoch nicht vergessen, dass ihr Anwendungsbereich im Rahmen der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung noch weiter – und auch ohne Rücksicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers – ausgedehnt worden ist. Dies zeigen gerade die Fälle, bei denen die Klage auch gegen unwirksame Titel – für die normalerweise der Weg über die Klauselerinnerung des § 732 ZPO gedacht ist – zugelassen worden ist¹⁷³. Neben den zweckgerichteten Überlegungen des BGH¹⁷⁴, spielen hier wohl auch Gedanken eine entscheidende Rolle, die sich an dem hohen rechtspolitischen Wert der Sachverhandlung vor dem Gericht orientieren (entgegen dem Verfahren nach § 732 ZPO). Hier überschreitet die Klage ihren „materiellen Schatten“ und geht über in eine Titelklage¹⁷⁵.

Daraus folgt, dass der von *Gilles* unternommene Versuch, die Einwendungen des § 767 I ZPO prozessual zu definieren – mindestens im Ansatz – nicht als völlig falsch angesehen werden darf. Angesichts der heutigen gerichtlichen Praxis muss eingeräumt werden, dass auch Vollstreckungsgegenklagen, die auf rein prozessuale Einwendungen gestützt werden, durchaus möglich sind. Danach kann man die zulässigen Einwendungen des § 767 I ZPO – wie folgt – in zwei unterschiedliche Gruppen teilen.

C.II.2 Materielle Einwendungen im Sinne des § 767 I ZPO

Darunter sind solche Einwendungen zu verstehen, die dem im Urteil festgestellten materiellen Anspruch entgegenstehen. Es handelt sich dabei vor allem um sog. *rechtsvernichtende* und *rechtshemmende* Einwendungen im bürgerlichrechtlichen Sinne. Eine Einwendung ist dann *rechtsvernichtend*, wenn sie nach dem materiellen Recht fähig ist, den im Urteil festgestellten Anspruch zu beseitigen¹⁷⁶. Zu nennen sind:

Erfüllung oder Teilerfüllung (§ 362 I BGB), Leistung an Erfüllung Statt (§ 364 I BGB), Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB), schuldbefreiende Hinterlegung (§ 378 BGB), schuldbefreiende

¹⁷⁰ *Gilles*, ZZP 83 (1970), S. 91 ff., insb. S. 102 f.; er definiert diese als „*prozessuale Beanstandung*“, *als ein Vorgehen, ein abwehrender Angriff oder, wie es § 771 umschreibt, als ein ‚Widerspruch‘ ... gegen die Zwangsvollstreckung*“.

¹⁷¹ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IV 1, S. 618.

¹⁷² Vgl. *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 513, der von dem „*negatorischen Zweck*“ der Klage spricht.

¹⁷³ BGHZ 118, 229 ff.; BGHZ 124, 164 ff.

¹⁷⁴ BGHZ 118, 229, 233, 243.

¹⁷⁵ *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 513, insb. 515 ff.

¹⁷⁶ Vgl. *Larenz*, AT (7. Aufl.), § 14 II, S. 252 und *Brox*, AT, Rn. 658, S. 300.

Leistung durch einen Dritten (§ 267 BGB), befreiende Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB), Erlass (§§ 397, 423 BGB), Vergleich (§ 779 BGB), auflösende Bedingung (§ 158 II BGB), Minderung (§ 441), Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), u.a.

Als *rechtshemmend* werden solche Einwendungen bezeichnet, durch die der Kläger ein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht¹⁷⁷; d.h. trotz der Existenz des Anspruchs hat er das Recht, die Leistung an den Gläubiger nicht zu erbringen. Es handelt sich vor allem um diese Einwendungen:

Verjährung (§§ 194 ff. BGB), Mängleinrede, Bereicherungseinrede (§ 821 BGB), Stundung (§ 468), Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Zurückbehaltungsrecht, u.a.

Bei Vollstreckungsgegenklagen, die die Zulässigkeit der Vollstreckung aus Urteilen und anderen *rechtskräftigen Entscheidungen*¹⁷⁸ beseitigen wollen, kommen wegen der Schranke des § 767 II ZPO nur rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen in Betracht. Bei *Endurteilen* gilt, dass der Kläger nur solche rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen geltend machen kann, deren Gründe – angesichts des festgestellten Anspruchs – nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung (§ 296a ZPO) vor dem erstinstanzlichen oder dem Berufungsgericht entstanden sind. Bei *Versäumnisurteilen* ist diese Zeitschranke an den Ablauf der Frist zur Einlegung eines Einspruchs gebunden¹⁷⁹. Das gilt entsprechend auch für Vollstreckungsbescheide (§ 796 II ZPO).

Bei anderen – d. h. *rechtskraftunfähigen* – Titeln (Prozessvergleich, vollstreckbare Urkunde; Kostenfestsetzungsbeschlüsse) kommen neben den beiden oben erwähnten noch sog. *rechtshindernde Einwendungen* in Betracht. Dabei geht es um Behauptung von Tatsachen, die, falls sie vorliegen, zur Folge haben, dass das angebliche Recht des Gläubigers nicht entstanden ist¹⁸⁰. Zu erwähnen sind u.a.:

Mangelnde Geschäftsfähigkeit (§ 104), Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach §§ 134, 138 BGB oder als Scheingeschäft (§ 117 BGB).

C.II.3 Prozessuale Einwendungen

Neben den materiellen Einwendungen gehören (mindestens mittels einer Analogie) zu dem Normgehalt des § 767 I ZPO noch solche Einwendungen, die nicht (oder mindestens nicht ausschließlich) als materiellrechtlich bezeichnet werden können. Mit ihnen wird geltend gemacht, dass der Titel, auf dessen Grundlage die Vollstreckung vollgezogen (werden) wird, doch *nicht über die Vollstreckbarkeit* verfügt. Dies kann z.B. dadurch verursacht werden, dass das Urteil den festgestellten Anspruch nicht befriedigend individualisiert hat (Rechtskraftunfähigkeit des Urteils), oder dass die notarielle Urkunde wegen eines materiellen Mangels (z.B. Formangel) nicht über

¹⁷⁷ Brox, AT, Rn. 659, S. 301.

¹⁷⁸ z.B. Vollstreckungsbescheide (§ 796 II ZPO), ausländische Urteile.

¹⁷⁹ Die Frage ist aber nicht so einfach, vgl. auch Otto, Die Präklusion, S. 69 ff.; es wird darauf noch näher unter C.II.2. eingegangen.

¹⁸⁰ Larenz, AT (7.Aufl.), § 14 II, S. 252.

Vollstreckbarkeit disponiert (man spricht in solchem Fall über „Doppelmangel“¹⁸¹). Solche Einwendungen machen zwischen dem rechtskraftfähigen und -unfähigen Vollstreckungstitel kein Unterschied. Sie sind also sowohl gegen ein prozessual mangelhaftes Versäumnisurteil¹⁸², als auch gegen eine unwirksame notarielle Urkunde¹⁸³ oder gegen sonstige Vollstreckungstitel gerichtet.

Ein weiterer Fall, in dem sich von einer prozessualen Einwendung sprechen lässt, stellt eine *vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung* dar. Darunter versteht man ein beiderseitiges Übereinkommen der Parteien, das „sich auf die Vollstreckbarkeit des Titels oder sonst auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung bezieht“¹⁸⁴. Mit einer solchen Einwendung macht der Kläger geltend, dass sich der Gläubiger (hier also der Beklagte) verpflichtet hat, von dem Titel gar keinen Gebrauch zu machen, oder erst zu einem späterem Zeitpunkt, usw. Möglich sind auch Vereinbarungen, durch die bestimmte Vollstreckungsarten oder einzelne Gegenstände aus der Vollstreckung ausgenommen werden sollen¹⁸⁵.

Gegen die Zulässigkeit prozessualer Einwendungen, die im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, werden aus systematischer Sicht mehrere Bedenken erhoben¹⁸⁶. Werden solche Einwendungen überhaupt zugelassen, spricht man entweder von einer *analogen Anwendung*¹⁸⁷ des § 767 I ZPO oder von seiner „*teleologischen Extension*“¹⁸⁸ auf die erwähnten Fälle. Aus meiner Sicht spricht hier vieles für eine zielgerichtete, teleologische Betrachtung. Dies entspricht durchaus auch der herrschenden Praxis. Wie die Fortentwicklung der Rechtsprechung auf diesem Feld zeigt¹⁸⁹, werden sich nämlich die hier anerkannten Rechtsfortbildungsmöglichkeiten der Vollstreckungsgegenklage eher ausdehnen. Maßgebend für eine solche Erweiterung der Vollstreckungsgegenklage zu einer Titelklage¹⁹⁰ dürfte v.a. das Bestreben sein, auch über derartige Einwendungen im Rahmen eines normalen gerichtlichen Prozesses mit seinen Verfahrensgarantien für die Parteien des Rechtsstreits zu entscheiden.

Im deutschen Recht – im Gegensatz z.B. zum österreichischen (§ 36 EO) oder zum tschechischen (§ 268 I Lit. h OSŘ), wo sog. *Impugnationsklagen*¹⁹¹ ihren Platz haben – gibt es keinen „direkten“ klägerischen Rechtsbehelf, mit dem die gegen die Zulässigkeit der ZVS aus dem Titel in Frage kommenden *formellen Einwendungen* (vertragliche VSBeschränkungen; Fehlen einer Unterwerfungsklausel; Rechtskraftunfähigkeit des Titels) in einem streitigen gerichtlichem Verfahren geltend gemacht werden könnten. Das deutsche Recht geht hier den Weg der speziellen Rechtsbehelfe (vor allem §§ 732

¹⁸¹ K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 515.

¹⁸² BGHZ 124, 164 ff.

¹⁸³ BGHZ 118, 229 ff.

¹⁸⁴ *MünchKomm/Schmidt*, § 766 Rn. 34, S. 1957; es muss dabei aber ausdrücklich betont werden, dass es sich in Wirklichkeit nicht um Wegnahme der Vollstreckbarkeit des Titels handelt – die ist als eine der Urteilswirkungen der parteilichen Verfügung entzogen.

¹⁸⁵ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 33 IV 2 b), S. 518 f.

¹⁸⁶ Vgl. *Foerste*, ZJP 107 (1994), S. 370 ff.

¹⁸⁷ Vgl. K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 517, m.w.N.

¹⁸⁸ *Foerste*, ZJP 107 (1994), S. 372 f.

¹⁸⁹ BGHZ 118, 229 ff.; BGHZ 124, 164 ff.

¹⁹⁰ In diesem Sinne auch K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 519

¹⁹¹ Vgl. z.B. *Holzhammer*, Österreichisches ZVR, S. 156 ff.; *Winterová/Mikeš*, CPP, S. 514.

ZPO – Klauselerinnerung für das Klauselerteilungsverfahren und § 766 Vollstreckungs-
erinnerung für das ZVS-Verfahren), die sich zwar – aus der Sicht der Verfahrensdauer –
als effizienter erweisen können, die aber auf der anderen Seite den Rechtsschutz des
VSSchuldners – vor allem wegen ihres engeren Prüfungs- und Feststellungsumfangs,
anderen Zuständigkeitsregeln, usw. – benachteiligen können. Darin zeigt es sich ein
Raum für weitere Rechtsfortbildung. Dabei kann sich erweisen, dass im Falle der trif-
tigen formellen (oder prozessualen) Einwendungen die breitere Gewährleistung des
Rechtsschutzes mittels einer „klassischen“ Klage unentbehrlich ist¹⁹².

C.III. DIE PRÄKLUSIONSNORM DES § 767 II ZPO

C.III.1 Die grundsätzliche Bedeutung des § 767 II ZPO

Mit der Rechtskraftwirkung ist nicht vereinbar, dass nach dem Ende des
Verfahrens Tatsachen, die zum Komplex der im Rechtsstreit zu lösenden Fragen gehör-
ten, erneut in einem neuen Verfahren über denselben Streitgegenstand von den gleichen
Parteien geltend gemacht würden. Man spricht darum von einer Präklusion des Tat-
sachenvorbringens¹⁹³. Diese Präklusion bezieht sich auch auf Tatsachen, die zwar im
Vorverfahren nicht vorgetragen wurden, aber „bei einer natürlichen, vom Standpunkt
der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers
zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört hätten“¹⁹⁴. Nur auf diese Art und
Weise kann das eigentliche Ziel des Prozesses, nämlich die Gewährleistung von Rechts-
frieden und Rechtssicherheit, tatsächlich erreicht werden. Es kommt allerdings nicht
darauf an, ob die Partei subjektiv die Möglichkeit hatte, die einschlägigen Tatsachen
überhaupt vorzubringen; man spricht über eine vom Wissen der Partei unabhängige –
d.h. objektive – Präklusion. Diese ist grundsätzlich im § 322 I ZPO verankert¹⁹⁵. Um
ihre Konsequenzen für die Prozessparteien jedoch einzuschränken, fasst das deutsche
Zivilprozessrecht die Grenzen der materiellen Rechtskraft – im Hinblick auf andere
Rechtsordnungen – relativ eng (s.o. B.I.2.).

Obwohl der Zweck der Norm des § 767 II ZPO auf ähnlichen Gedanken wie der des
§ 322 I ZPO beruht, kann man beide nicht gleichsetzen. Die Präklusion des § 767 II
ZPO reicht, meines Erachtens, in mindestens einer Richtung weiter, als die allgemeine
Rechtskraftpräklusion nach § 322 I ZPO. An erster Stelle ist zu erwähnen, dass der
Zeitpunkt, ab dem die Präklusionswirkungen des § 767 II ZPO eintreten, sich von dem
Zeitpunkt der Rechtskraft unterscheidet. Die Präklusionswirkung nach dem § 767 II
ZPO besteht unabhängig davon, ob der Titel, auf dessen Grundlage vollstreckt wird, die

¹⁹² Auf der anderen Seite ist zuzugeben, dass einer Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt,
wenn der VSSchuldner auf einem einfacheren, kostengünstigeren und den Rechtsschutz genügend gesi-
cherten Weg erreichen kann, dass aus dem Vollstreckungstitel nicht mehr vollstreckt wird (z.B. bei bloß
mangelhafter Erteilung der Klausel durch den falschen Funktionsträger des Gerichts – hier muss der Weg
über den § 732 ZPO schon deshalb genügen, weil es hier keine umfangreiche Tatsachenfeststellungen
bedarf); in diesem Sinne auch *Brox/Walker* (3. Auflage), ZVS, Rn. 1333, S. 714.

¹⁹³ *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 136, S. 2127.

¹⁹⁴ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 230, S. 249.

¹⁹⁵ Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, § 322, Rn. 132 ff., insb. Rn. 139, S. 2126 ff., ähnlich auch *Stein/Jonas/Lei-
pold*, § 322 Rn. 229, S. 248, der den § 767 II ZPO auch nur auf die Vollstreckungsgegenklage anwendet.

Rechtskraft (formelle sowie materielle) schon erlangt hat. Dies ergibt sich schon aus der Systematik des 8. Buches der ZPO, das davon ausgeht, dass die Entscheidungen ohne Rücksicht auf ihre formelle, bzw. materielle Rechtskraft vollstreckbar sind (§§ 704 I, 708, 709 ZPO). Diese Tatsache hat manche Autoren dazu geführt, die Präklusion des § 767 II ZPO als „rechtskraftfremde“ zu bezeichnen¹⁹⁶. Dem ist insofern zuzustimmen, als diese Präklusion ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Rechtskrafterlangung der Entscheidung eintritt. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Präklusionswirkung des § 767 II ZPO mit der Rechtskraft nichts zu tun hätte. Im Gegenteil.

Weiter ist die Präklusion des § 767 II ZPO als „außerprozessual“¹⁹⁷ zu bezeichnen, was der Tatsache Rechnung trägt, dass im Gegensatz zu der „innerprozessualen“ Präklusion¹⁹⁸ (z.B. § 296 ZPO) diese nur im nachfolgenden Prozess ihre Wirkungen entfaltet. Damit steht sie im Einklang mit der allgemeinen Rechtskraftpräklusion, die ihre Wirkungen ebenfalls von Prozess zum Prozess, d.h. „außerprozessual“ regelt. Darin zeigt sich, dass der eigentliche Zweck der Präklusion aus dem § 767 II ZPO kein anderer sein kann als der der allgemeinen Präklusion gemäß § 322 I ZPO. Es ist auch ersichtlich, dass die Präklusion des § 767 II ZPO nur dann greift, wenn sie solche Einwendungen betrifft, die sich auf einen in dem *rechtskraftfähigen Titel* festgestellten Anspruch beziehen (s.u. III.3.2.). Die eigentliche Funktion des § 767 II ZPO besteht also darin, die Rechtsgewissheit im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts zu sichern und zwar in einem breiteren Umfang als es die allgemeine Rechtskraftregelungen machen können.

C.III.2 Geltungsbereich des § 767 II ZPO

Aus dem Zweck der Bestimmung des § 767 II ZPO, Feststellungen, die in einem rechtskraftfähigen Titel getroffen worden sind, zu schützen, lassen sich ohne weiteres auch Folgerungen hinsichtlich ihres Geltungsbereichs ziehen. Die Präklusionschranke des § 767 II ZPO findet nur da Anwendung, wo die Vollstreckungsgegenklage die Beseitigung der Vollstreckbarkeit eines rechtskraftfähigen Titel (nicht immer rechtskräftigen, § 704 ZPO) anstrebt. Diese Regel, die im § 767 II ZPO nicht explizit zum Ausdruck kommt, wird positivrechtlich vor allem durch §§ 797 IV, 768 ZPO bestätigt.

Nach § 797 IV ZPO, der die notarielle Urkunden betrifft, ist die beschränkende Vorschrift des 767 II ZPO auf die Geltendmachung von Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, nicht anzuwenden. Bei einer – immer rechtskraftunfähigen – notariellen Urkunde hätte § 767 II ZPO nichts zu schützen. Entsprechendes muss es für Prozessvergleiche und andere „rechtskraftlosen Titel“ gelten¹⁹⁹. Nach dem § 768 ZPO, der die Klage gegen eine Vollstreckungsklausel regelt, sind im einschlägigen Verfahren *nur* Vorschriften des § 767 I und III ZPO „entsprechend“ anzuwenden. Durch die Nichtanwendung des Abs. 2 des § 767 ZPO trägt hier der Gesetzgeber konsequent der Tatsache Rechnung, dass nämliche Vorschrift zum Schutze der Rechtskraft gedacht ist. Weil über die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des

¹⁹⁶ Statt aller *Otto*, Die Präklusion, S. 66.

¹⁹⁷ *Otto*, Die Präklusion, S. 65 f.

¹⁹⁸ *Otto*, Die Präklusion, S. 33 versteht unter innerprozessualen Präklusion „die Einschränkung prozessualer Befugnisse innerhalb eines Prozesses infolge von Verfahrenseinschnitten ...“

¹⁹⁹ Vgl. *MünchKomm/Wolfsteiner*, § 797 Rn. 40, S. 2267.

Gerichts (§ 724 II ZPO), bzw. der Rechtspfleger (§ 20 Nr. 12 i.V.m. § 26 RPflgG) entscheidet, kann eine solche Entscheidung nicht in materielle Rechtskraft erwachsen²⁰⁰.

Danach betrifft die Präklusionsnorm des § 767 II ZPO nur solche Entscheidungen, die nach einem Verfahren, das zur rechtskraftfähigen Erledigung der Sache bestimmt war, ergangen sind (regelmäßig also ein Endurteil, bzw. Versäumnisurteil)²⁰¹. Entsprechend gilt diese Norm auch für andere gerichtliche oder ähnliche Entscheidungen, die solchen Anforderungen entsprechen (§ 795 ZPO), soweit sich aus Spezialvorschriften, wie der des § 796 II ZPO hinsichtlich Vollstreckungsbescheide, keine Besonderheiten ergeben. Gemäß § 796 II ZPO, der die Vollstreckungsbescheide betrifft, sind Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Auf dem ersten Blick fällt hier eine Parallele zu der Präklusionsschranke für Versäumnisurteile nach § 767 II ZPO auf, die sich aber als gewissermaßen scheinbar erweisen kann (s.u. C.III.3.). Aufgrund des § 795 ZPO fallen weiter unter die Schranke des § 767 II ZPO vor allem: Gebührenfestsetzungsbeschlüsse nach § 19 BRAGO²⁰², für vollstreckbar erklärte Schiedssprüche²⁰³, ausländische Urteile²⁰⁴, Entscheidungen in Wohneigentumssachen (§ 45 III WEG) oder in Hausratsverteilung (§ 16 III HausrVO)²⁰⁵.

C.III.3 Der entscheidende Zeitpunkt des § 767 II ZPO

Die Einwendungen, die „den festgestellten Anspruch selbst betreffen“ sind nach dem Abs. 2 des § 767 ZPO „nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.“ Dahinter verbirgt es sich der allgemeine Gedanke des Rechtskraftprinzips, der untersagt, in einem neuen Verfahren die Einwendungen geltend zu machen, die schon im Vorverfahren ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Partei vorgebracht werden sollten²⁰⁶. Man kann hier also über eine objektive außerprozessuale Präklusion des § 767 II ZPO sprechen, die, wie schon gezeigt (s.o. C.III.2.), weiter greift, als die allgemeine Rechtskraftpräklusion. Dies gilt nicht nur für Urteile, sondern auch für alle rechtskraftfähigen Vollstreckungstitel, die nach einem Verfahren ergangen sind, das u.a. ermöglichte, Einwendungen gegen die beanspruchte Feststellung des Anspruchs zu erheben und zu erörtern.

²⁰⁰ In Rechtskraft können grundsätzlich nur solche Entscheidungen erwachsen, die nach einem Verfahren, in dem das rechtliche Gehör im Sinne Art. 103 I GG gewährleistet wurde, ergehen; das ist hier nicht der Fall, wie auch BVerfG NJW 2000, 1709 angesichts des Rechtspflegers ausgesprochen hat; in diesem Zusammenhang ist jedoch die Problematik des Vollstreckungsbescheids zu erwähnen, der eine wichtige Ausnahme von der Regel darstellt (s. auch § 20 Nr. 1 RPflgG).

²⁰¹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 VI, S. 633 f.

²⁰² So *Stein/Jonas/Münzberg*, § 795 Rn. 14, S. 710.

²⁰³ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 74, S. 1992.

²⁰⁴ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 VI, S. 634.

²⁰⁵ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 74, S. 1993 i.V.m. Rn. 35, S. 1979.

²⁰⁶ Vgl. *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 76, S. 1993.

Für Endurteile ist danach entscheidend, ob „die Gründe“, auf welche die Einwendungen gestützt werden, nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung (§ 296a ZPO) in der Tatsacheninstanz, entstanden sind. Als „die Tatsacheninstanz“ kann sowohl die Erstinstanz, als auch die Berufungsinstanz angenommen werden²⁰⁷, grundsätzlich nicht aber die Revisionsinstanz (§ 559 I ZPO). Ergibt die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§§ 128 II, 310 II ZPO), dann hat das Gericht den für die Erhebung der Einwendungen maßgeblichen Zeitpunkt selbst zu bestimmen (§ 128 II ZPO). Bei der Entscheidung nach Lage der Akten gilt als maßgeblich der Termin, dessen Versäumung die Entscheidung veranlasst hat (§ 251a ZPO).

Im Zusammenhang mit kontradiktorischen Urteilen ist auch die Frage nach der Konkurrenz der Vollstreckungsgegenklage mit einer Berufung von Bedeutung. Diese Konkurrenzfrage stellt sich dann, wenn dem Schuldner die Vollstreckung droht (auch der Vollstreckungsgegenklage liegt ein Rechtsschutzinteresse zugrunde) und die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist. Dies macht keine Probleme dann, wenn der Grund einer Einwendung bereits zur Zeit der ersten Instanz vorlag – dann ist wegen der Schranke des § 767 II ZPO nur Berufung zulässig. Gibt es aber nur Einwendungen, deren Gründe nach dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind, ist bei der Lösung des Konkurrenzproblems darauf abzustellen, dass die Berufung „über das Ziel der (Vollstreckungsgegen-)Klage“ hinausgeht und sie „nicht nur die Vollstreckbarkeit, sondern das Urteil selbst nebst Kostenausspruch bekämpft“²⁰⁸. Hinsichtlich des breiteren Umfangs des Berufungsgegenstandes ist darum nach der Einlegung der (ordnungsmäßigen) Berufung die Vollstreckungsgegenklage (wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses) unzulässig. Wird dagegen eine Vollstreckungsgegenklage eingelegt, wird eine spätere Berufung dadurch nicht unzulässig²⁰⁹. Aus diesen Gründen ist dem Schuldner eher zu empfehlen, in einem solchen Falle Berufung einzulegen.

Was das Versäumnisurteil anbelangt, können die Einwendungen, die den im ihm festgestellten Anspruch betreffen, durch eine Vollstreckungsgegenklage nur insofern vorgebracht werden, als sie „durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“ (767 II ZPO a.E.). Wie schon oben unter C.III.2. erwähnt, ähnelt diese Formulierung der des § 796 II ZPO über den Vollstreckungsbescheid, ist aber mit ihm nicht identisch, weil dort das Gesetz davon spricht, dass die Gründe der Einwendungen „nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“. § 767 II ZPO sagt dagegen über „die Zustellung“ nichts. Macht dies einen Unterschied oder sind beide Fälle in gleicher Weise zu behandeln? Die Frage ist dahin zu beantworten, dass der Unterschied im Wortlaut nur dadurch verursacht wird, dass vor dem Erlass des Vollstreckungsbescheids keine mündliche Verhandlung im Sinne § 279 ZPO vorgeht, sonst aber keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen. Dieses Ergebnis entspricht dem § 700 I ZPO. Die Konkurrenzfälle „Vollstreckungsgegenklage – Einspruch“ sind also bei beiden Vollstreckungstiteln gleich zu behandeln.

²⁰⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 V 3a), S. 632.

²⁰⁸ So Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 41, S. 503.

²⁰⁹ MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 14, S. 1974.

Die Frage nach der Konkurrenz zwischen einer Vollstreckungsgegenklage und einem Einspruch ist jedoch bestritten. Die h.M. zielt darauf ab, nur die Einwendungen zuzulassen, die nach dem Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind²¹⁰. Dagegen steht nach *Münzberg* der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, dass der Schuldner vor ihrer Einlegung „die Einwendung noch durch Einspruch hätte geltend machen können“²¹¹. Dieses Ergebnis²¹² leitet er einerseits von Wortlaut („hätte geltend machen können“ anstatt „geltend machen konnte“, wie das die h.M. interpretiert) und Systematik (§§ 529 II a.F., 582 ZPO die sich mit der Vergangenheitsform bedienen) des Gesetzes ab. Andererseits stützt der nämliche Autor seine Auffassung auf Zweckmäßigkeitserwägungen (h.M. zwingt nach ihm im Ergebnis zu der Schaffung eines weiteren Verfahrens)²¹³. Meiner Meinung nach entspricht es dem Zwecke des § 767 II ZPO, eine klar ersichtliche zeitliche Schranke zu schaffen, die darüber entscheidet, wann die Einwendung zulässig und wann unzulässig wird. Demzufolge kann nicht angenommen werden, dass durch die Vollstreckungsgegenklage auch die Einwendungen geltend machen können, die schon den Gegenstand des Einspruchs bilden konnten. Dann würde nämlich der § 767 II ZPO seinen Sinn verlieren, denn entscheidend bliebe danach nur der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Das verstieße aber gleichfalls gegen den Wortlaut des § 796 II ZPO, dessen Gleichbehandlung mit dem 767 II ZPO wir als Ausgangspunkt festgelegt haben.

Und noch ein Problem bleibt an dieser Stelle zu behandeln – die Präklusionsschranke des § 767 II ZPO bei sog. *prozessualen Einwendungen*, die die normalerweise (oder objektiv) rechtskraftfähigen Vollstreckungsurteile betrifft. Der BGH hat im Falle eines *Versäumnisurteils* (also eines normalerweise rechtskraftfähigen VSTitels), das sich als mangelhaft und infolgedessen ausnahmsweise als rechtskraftunfähig erwiesen hat²¹⁴, angenommen, dass der § 767 II ZPO (sowie 767 III ZPO) auf die analog § 767 ZPO zu erhebende Vollstreckungsgegenklage nicht anzuwenden sei²¹⁵. Dem ist, meiner Meinung nach, jedoch nicht zu folgen. Die prozessuale Einwendung gegen einen objektiv rechtskraftfähigen Vollstreckungstitel sollte nur insoweit zulässig sein, wenn die Gründe, auf deren sie beruht, erst nach dem gemäß § 767 II (§ 795) ZPO maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind. Das gilt nicht nur für die vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen²¹⁶, sondern auch für weitere prozessuale Einwendungen, soweit sie die Zulässigkeit der ZVS aus einem (objektiv) rechtskraftfähigen Titel betreffen. Im vom BGH entschiedenen Falle sollte die Klage also kein Erfolg haben, weil die Mangelhaftigkeit des Versäumnisurteils schon vor dem Ablauf der Einspruchsfrist entstanden ist. Hätte ein solcher Mangel aber den „klassischen“ Endurteil betreffen, könnte ihn der Kläger durch eine Vollstreckungsgegenklage zulässig einwenden, weil er erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden ist (bei dem Urteilsverkündung, bzw. dem Urteilserlass, vgl. § 318 ZPO).

²¹⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 V 3b), S. 633, m.w.N.

²¹¹ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 40, S. 502.

²¹² S. auch *Otto*, Die Präklusion, S. 69 ff.

²¹³ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 40, S. 502 f.

²¹⁴ BGHZ 124, 164 ff.

²¹⁵ BGHZ 124, 164, 172 f.

²¹⁶ Vgl. *MünchKomm/K. Schmidt*, § 766 Rn. 35, S. 1958.

C.IV.1 § 767 III ZPO als eine außerprozessuale Präklusionsnorm?

Im vorigen Kapitel wurde festgestellt, dass der § 767 II ZPO eine Regelung zum Schutze der materiellen Rechtskraft des Vollstreckungstitels darstellt. Dazu dient die in dieser Bestimmung beinhaltete Präklusionsnorm, die aus zeitlicher Sicht eine Erweiterung des § 322 ZPO bedeutet. Dies wirft jedoch unvermeidlich die Frage auf, wie die Norm des § 767 III ZPO in diesem Zusammenhang auszulegen ist. Entfaltet der Abs. 3 nur eine Konzentrationswirkung (innere Präklusion)²¹⁷ innerhalb eines Prozesses über die Vollstreckungsgegenklage oder verbirgt er neben dem Abs. 2 eine weitere außerprozessuale Präklusionsnorm²¹⁸, die auf eine zweite (und weitere) Vollstreckungsgegenklage gegen denselben Vollstreckungstitel gerichtet ist? Zunächst soll versucht werden, die Frage durch den Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu erklären.

Im § 767 III ZPO heißt es, dass der Schuldner in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen muss, die „er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war“. Mit dieser „Kumulierung aller zeitig vorhandenen Einwendungen *in einer Klage*“ wollte der Gesetzgeber „die Energie der Vollstreckung“ sichern²¹⁹. Er ist dabei davon ausgegangen, dass jede materielle Einwendung einen selbständigen Streitgegenstand der Klage darstellt²²⁰. Daraus folgt, dass jede Änderung des Klagegrundes (hier der Einwendung) eine Klageänderung darstellte, die jedoch nach der CPO (§§ 240, 241) nur mit der Einwilligung des Beklagten (hier des Gläubigers) zulässig war. Um die weiteren Prozesse über die Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel zu vermeiden (und damit „die Energie der Vollstreckung“ zu sichern), musste folgerichtig der Schuldner mit der Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klageschrift geltend zu machen imstande war.

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber: 1. sich der Tatsache bewusst war, dass der Schuldner in dieser Phase der Vollstreckung mehrere Einwendungen geltend zu machen versuchen wird; 2. wusste, dass normalerweise der Gläubiger keine Interesse daran hat, einer Änderung der Einwendung zuzustimmen; 3. dem Schuldner, damit dieser die letzte Gelegenheit zur Verteidigung gegen einen sonst unvermeidlichen Vermögensverlust nicht verliere, eine Möglichkeit geben wollte, die Einwendungen, die er „zur Zeit der Erhebung der Klage“ geltend zu machen nicht imstande war, mit einer neuen Klage zu beanspruchen. Damit bezieht sich der Geltungsbereich des Abs. 3 auf eine weitere Vollstreckungsgegenklage gegen denselben Titel, bei der der Schuldner nur mit den Einwendungen präkludiert ist, die er bei Erhebung der vorigen Klage zwar geltend machen konnte, aber nicht geltend gemacht hat. Bei dieser Präklusion ist auf

²¹⁷ So vor allem *K. Schmidt*, JR 1992, S. 90 ff., dann auch im *MünchKomm*, § 767 Rn. 86, S. 2000, sowie *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 508 ff.; weiter auch *Münch*, Vollstreckbare Urkunde, S. 343.

²¹⁸ So die h.M.: *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IX, S. 639; *Otto*, FS Henckel, S. 617 ff., *Burgard*, ZZP 106 (1993), S. 25 ff.

²¹⁹ *Hahn*, Materialien, S. 437.

²²⁰ „... durch Behandlung der zu erhebenden Einwendungen als unabänderlichen (§ 227 Nr. 3 des Entwurfs). Grundes der Klage den Streitgegenstand von vorn herein zu fixieren“, wie man bei *Hahn*, Materialien, S. 437 liest.

die Kenntnis oder das Kennenmüssen²²¹ der konkreten Einwendung abzustellen, wie es aus der Redewendung „imstande war“ sowie aus der Entstehungsgeschichte²²² folgt. Aufgrund dieser Überlegungen lässt sich den § 767 III ZPO – übereinstimmend mit den Vorstellungen des Gesetzgebers – als *eine subjektive „außerprozessuale“ Präklusionsnorm* verstehen.

Nach den Reformen der CPO (ZPO) aus Jahren 1898 und 1924 ist allerdings eine Klageänderung nicht nur bei Einwilligung des Beklagten, sondern auch im Falle der vom Gericht angenommenen „Sachdienlichkeit“²²³ möglich. Im Hinblick darauf hatte das RG²²⁴ auch Einwendungen, die nicht in der Klageschrift enthalten waren, weil die Schranke der Gläubigereinwilligung weggefallen ist, nachträglich zugelassen. *Münch* zieht daraus die Schlussfolgerung, dass mit dem Wegfall des Zwanges zur Geltendmachung aller Einwendungen in der Klageschrift auch die Notwendigkeit der subjektiven Betrachtung des Abs. 3 nicht mehr besteht²²⁵. Danach ist für die Anwendung der objektiv ausgestalteten Präklusionsnorm des § 767 II ZPO auch im Falle einer weiteren Vollstreckungsgegenklage „der Weg frei“²²⁶. Der Abs. 3 beinhaltet nach dieser Auffassung keine außerprozessuale Präklusionsnorm mehr. Diesem Ergebnis haben sich auch *Karsten Schmidt*²²⁷, sowie der II.²²⁸ und der III.²²⁹ Zivilsenat des BGH angeschlossen. Nach *Karsten Schmidt* bliebe dann von der Vorschrift des § 767 III ZPO nur eine innerprozessuale Präklusionsnorm, die neben den allgemeinen Konzentrationsvorschriften (z.B. §§ 282, 296 ZPO) ergänzend aufträte²³⁰.

Das ist jedoch zweifelhaft. Wie unter C.III.2. gezeigt, findet § 767 II ZPO grundsätzlich nur da Anwendung, wo die Vollstreckungsgegenklage die *Beseitigung der Vollstreckbarkeit eines rechtskraftfähigen Titel* anstrebt. Daraus ergibt es sich auch ihr Zweck – *rechtskraftfähige Ergebnisse des Verfahrens, das zum Erlass eines Vollstreckungstitels geführt hat, zu sichern*. Demzufolge dient die objektive Präklusionsschranke des § 767 II ZPO dem Schutze des rechtskraftfähigen Vollstreckungstitels ohne Rücksicht darauf, im wievielten Verfahren über die Zulässigkeit der Vollstreckungstitels verhandelt wird. Der II.²³¹ Zivilsenat des BGH sowie *Karsten Schmidt*²³² vertreten aber die Meinung, dass diese Schranke auch bezüglich des abweisenden Urteils aus dem Vorverfahren über eine Vollstreckungsgegenklage ihre Anwendung findet. Es darf dabei jedoch nicht außer acht gelassen werden, dass das eine Vollstreckungsgegenklage abweisende Urteil über *keine Vollstreckbarkeitswirkungen* verfügt. Anders gesagt: ein

²²¹ S. überzeugende Argumentation von *Otto*, FS Henckel, S. 623 f.; vgl. auch *Münzberg*, ZJP 87 (1974), S. 457 f.

²²² *Otto*, FS Henckel, S. 623 hat darauf aufmerksam gemacht, dass der § 686 III CPO auf dem „Entwurf einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes“ beruht, wo die subjektive Wahrnehmung der Schranke als unbedenklich galt.

²²³ Nach der Novelle der CPO aus dem Jahre 1898 wurde die Klageänderung bereits dann gestattet, wenn die Verteidigung des Beklagten „nicht wesentlich“ erschwerte.

²²⁴ RGZ 55, 101, 104.

²²⁵ *Münch*, Vollstreckbare Urkunde, S. 343.

²²⁶ So *Burgard*, ZJP 106 (1993), S. 29; der aber im Ergebnis die subjektive außerprozessuale Präklusionsnorm des § 767 III ZPO bejaht.

²²⁷ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 73 ff., S. 1992 f.

²²⁸ BGH, Urteil vom 21. Mai 1973 – II.ZS = BGHZ 61, 25 ff.

²²⁹ BGH, Urteil vom 17. April 1986 – III ZR 246/84 = NJW-RR 1987, 59.

²³⁰ *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 512.

²³¹ BGHZ 61, 26 ff.

²³² *K. Schmidt*, JR 1992, S. 93.

solches Urteil stellt keinen Vollstreckungstitel im Sinne des § 704 I ZPO dar. Wenn dann die Vorschrift des § 767 II ZPO auf den Fall des eine Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils angewandt würden, wäre dies nur im *Rahmen einer Analogie* möglich²³³. Besteht aber für eine solche Analogie ein Bedarf?

Man muss sich fragen, ob es mit dem Sinne des § 767 II ZPO vereinbar ist, diese Vorschrift auch auf rechtskraftfähige Entscheidungen anzuwenden, die nicht über die Vollstreckbarkeit verfügen. Wir haben schon oben unter C.III.1. festgestellt, dass die Regelung des § 767 II ZPO in einer Hinsicht weiter reicht, als die „klassische“ Präklusionsschranke des § 322 I ZPO. Die Präklusionwirkungen eines vollstreckbaren Urteils treten nach § 767 II ZPO nicht erst durch Erlangung der Rechtskraft ein, sondern schon durch seine Vollstreckbarkeit²³⁴. Ein die Vollstreckungsgegenklage abweisendes Urteil ist (mindestens im engeren Sinne) nicht „vollstreckbar“ – die wichtige Abweichung des § 767 II ZPO vom § 322 I ZPO ist hier also nutzlos, weil bei diesem Urteil die Präklusion erst mit der Rechtskrafterlangung eintreten kann. Als erste Schlussfolgerung kann man daraus also ziehen, dass es im Falle einer abgewiesenen Vollstreckungsgegenklage keinen Unterschied macht, ob wir zur Schließung einer angeblichen Gesetzeslücke den § 767 II ZPO oder § 322 I ZPO heranziehen. Der Gesetzessystematik würde hier sogar die Heranziehung des § 322 I ZPO besser entsprechen, weil er als eine allgemeine Präklusionsvorschrift (entgegen dem § 767 II ZPO) auch Feststellungsurteile betrifft²³⁵.

Es zeigt sich jedoch, dass man dem Gesetze besser Rechnung trägt, wenn man den Gedanken einer Regelungslücke aufgibt. Nach den gesetzgeberischen Überlegungen liegt es nämlich nahe, in § 767 III ZPO eine weitere „außerprozessuale“ Präklusionsvorschrift neben den §§ 322 I, 767 II ZPO zu sehen. § 767 III ZPO regelt danach die Präklusionwirkungen des ersten und etwaiger weiterer die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteile. Diese Annahme lässt sich nicht nur durch den Gesetzwortlaut, sondern auch durch Zweckmäßigkeitüberlegungen wohl begründen. Es wurde richtig darauf hingewiesen²³⁶, dass im Verfahren über eine Vollstreckungsgegenklage der Schuldner – angesichts des möglichen endgültigen Verlustes seines Vermögens – einen besonderen Schutz verdient. Dann sollte er aber die Möglichkeit haben, die Einwendungen, die er im ersten Vollstreckungsabwehrprozess unverschuldet nicht kannte (und die bei Anwendung des § 767 II ZPO sowie des § 322 I ZPO präkludiert wären), mit einer zweiten oder weiteren Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Das hat der Gesetzgeber gerade im § 767 III ZPO berücksichtigt.

Im Ergebnis ist, meiner Meinung nach, daran festzuhalten, was schon der Gesetzgeber für zweckmäßig hielt. Danach tritt der § 767 III ZPO als eine spezielle Präklusionsvorschrift (wie § 767 II ZPO) neben der allgemeinen Präklusionsnorm des § 322 I ZPO auf. Entgegen der „strengerer“ Vorschrift des § 767 II ZPO stellt § 767 III ZPO eine Abmilderung des im § 322 I ZPO verankerten Prinzips der objektiven außerprozessualen Präklusion dar. Diese Abmilderung, die *subjektive Maßstäbe* einbezieht, dient dem

²³³ Dies bejaht selbst *K. Schmidt*, JR 1992, S. 93.

²³⁴ *Otto*, Die Präklusion, S. 69.

²³⁵ Im Ergebnis auch *Burgard*, ZZZ 106 (1993), S. 48; nach der h.M. stellt das die Vollstreckungsgegenklage abweisende Urteil ein Feststellungsurteil dar.

²³⁶ Vgl. *Münzberg*, ZZZ 87 (1974), S. 458 und *Burgard*, ZZZ 106 (1993), S. 44 f.

Interesse des Schuldnerschutzes²³⁷. Der § 767 III ZPO stellt demzufolge eine subjektive außerprozessuale Präklusionsvorschrift dar.

C.IV.2 Zur Problematik der Konzentrationswirkung des § 767 III ZPO

Im Zusammenhang mit dem § 767 III ZPO wird oft vom „Konzentrationszweck“²³⁸ dieser Vorschrift gesprochen. Diese Annahme ziehen manche Autoren vornehmlich aus dem Gedanken des Gesetzgebers, der – wie schon oben u. C.IV.1. angeführt – durch „Kumulierung aller zeitig vorhandenen Einwendungen *in einer Klage* die Energie der Vollstreckung sichern“²³⁹ wollte. Wie aber bereits gezeigt, wurde die ursprüngliche Gesetzlage durch Novellen aus den Jahren 1898 und 1924 betreffend Klageänderung weitgehend geändert. Dem trug das RG in seiner Entscheidung vom 15. 6. 1903²⁴⁰ Rechnung, als es dem Kläger gestattet hatte, weitere Einwendungen noch im Laufe des Verfahrens geltend zu machen²⁴¹. Die Schärfe des Gebotes zur Geltendmachung aller bereits vorhandenen Einwendungen in der Klageschrift wurde durch diese Entscheidung zumindest teilweise aufgegeben. Hat es heute also überhaupt einen Sinn, über den in § 767 III ZPO beinhaltenen Konzentrationszweck zu sprechen?

Zunächst versuchen wir den Sinn der Redewendung zu klären, in dem der Gesetzgeber im Jahre 1877 über die „Energie der Vollstreckung“ gesprochen hatte. Zum einen ist darauf abzustellen, dass der Gesetzgeber in § 686 III CPO (heute § 767 III ZPO) eine Zeitschranke geschaffen hatte („zur Zeit der Erhebung der Klage“), die über die Zulässigkeit der Einwendungen entscheidet. Zum anderen ist die Ansicht des Gesetzgebers, jede Einwendung stelle einen selbständigen Verfahrensgegenstand dar²⁴², nicht außer acht zu lassen. Den Sinn der Zeitschranke des § 767 III ZPO kann man also darin sehen, den Kläger durch Häufung sämtlichen ihm bekannten Einwendungen in der Klageschrift daran zu hindern, den *Ablauf der ZVS* durch die Einlegung von *mehreren Vollstreckungsgegenklagen* (jeweils mit einer anderen Einwendung) zu verschleppen. Dies hat schon *Bötticher* erkannt, als er das ursprüngliche Ziel der nämlichen Vorschrift (neben ihrer „außerprozessualen“ Präklusionsbedeutung; s.o. C.IV.1.) in der *Vorbeugung der Häufung von Vollstreckungsgegenklagen*²⁴³ gesehen hat.

Dieses Ziel versuchte man – im Hinblick auf die Konzeption der ZPO ausnahmsweise²⁴⁴ – durch die teilweise Wiederherstellung der *Eventualmaxime*²⁴⁵, die gerade in § 767 III ZPO ihren Ausdruck gefunden hatte, zu erreichen. Dies bedeutete, dass *ursprünglich* jede Einwendung, die dem Kläger bereits bei der Klageerhebung bekannt war und von ihm in der Klage nicht angeführt wurde, für das rechtshängige (d.h. „innerprozessual“) sowie für jedes andere Verfahren (d.h. „außerprozessual“) ausgeschlossen

²³⁷ Vgl. *Burgard*, ZJP 106 (1993), S. 41.

²³⁸ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IX, S. 639; vgl. auch *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 512.

²³⁹ *Hahn*, Materialien, S. 437.

²⁴⁰ RGZ 55, 101 ff.

²⁴¹ RGZ 55, 101, 104; es handelte sich im erwähnten Falle um die Einwendungen, die schon *zur Zeit der Klageerhebung vorhanden waren*, aber vom Kläger nicht in der Klageschrift geltend gemacht wurden.

²⁴² S. o. C.IV.1. und *Hahn*, Materialien, S. 437.

²⁴³ *Bötticher*, MDR 1963, S. 933.

²⁴⁴ Zu der Ablehnung der *Eventualmaxime* vgl. *Leipold*, ZJP 93 (1980), S. 258.

²⁴⁵ *Bötticher*, MDR 1963, S. 933.

(präkludiert) wurde. Die Frage nach der möglichen Verschleppung des weiteren Ablaufs des Vollstreckungsgegenklageverfahrens wurde jedoch durch § 767 III ZPO nicht gelöst²⁴⁶. Dies wurde schon damals den Vorschriften über den Ablauf des Erkenntnisverfahrens überlassen. Die Wahrung der „Energie der Vollstreckung“ bedeutete also bloß *Energie der Vollstreckung als eines Ganzen* dadurch zu sichern, dass die Anzahl von Abwehrklagen möglichst gering gehalten wird. Prozessverschleppungen in einem konkreten Verfahren über die Vollstreckungsgegenklage konnten allerdings mittels des § 767 III ZPO nicht vermieden werden²⁴⁷.

Dies zeigt, dass man ursprünglich von einem *gemeinen* „Konzentrationszweck mittels Eventualmaxime“ (Häufung aller bekannten Einwendungen bis zum bestimmten Zeitpunkt) des Abs. 3 sprechen konnte. Seitdem es die höchstrichterliche Rechtsprechung²⁴⁸ aber im Einvernehmen mit der Prozesstheorie²⁴⁹ zulässt, in einer Klage auch noch *während des Prozesses entstehenden Einwendungen* bis zum Verhandlungsschluss geltend zu machen, kann man von einem Eventualprinzip kaum sprechen. Die Geltendmachung von neuen Einwendungen noch im Laufe des Verfahrens ist doch auch in jedem normalen Erkenntnisprozess möglich. Das Anliegen des Gesetzgebers, sämtliche Einwendungen schon im anfänglichen Abschnitt des Verfahrens über die Klage zu sammeln (Ausdruck des Eventualprinzips), wurde durch spätere Gesetzes- sowie Rechtssprechungsentwicklung aufgegeben. Darüber, wann im Verfahren die Anträge, Einwendungen, Angriffs- und Verteidigungsmittel abzugeben, sowie einschlägige Fristen zu setzen sind, sagt der § 767 III ZPO nichts aus. Das Einzige, was in § 767 III ZPO als ein *Zeichen der Verfahrenskonzentration* bezeichnet werden kann, ist das Gebot, das sowohl aus den Gesetzmaterialien²⁵⁰ als auch aus der Rechtsprechung²⁵¹ folgt, sämtliche Einwendungen *in einer Klage* geltend zu machen. Um eine „klassische“ Konzentrationsvorschrift wie die des § 296 ZPO handelt es sich dabei jedoch nicht.

C.IV.3 Nachschieben und Auswechseln von Einwendungen

Wie bereits oben u. C.I.2 festgestellt, wird üblicherweise der Streitgegenstand einer Klage für Zwecke der prozessualen Institutionen der *Rechtshängigkeit, Klagenhäufung und Klageänderung* selbst durch den Klageantrag bestimmt. Dies gilt, wie oben u. C.I.3. gezeigt, grundsätzlich auch für Gestaltungsklagen. Nachdem wir die Arten von Einwendungen und die innere Systematik des § 767 ZPO betrachtet haben, wird weiter versucht, die bisher gewonnenen Ergebnisse auf die Problematik der Rechtshängigkeit, Klagenhäufung und Klageänderung einer Vollstreckungsgegenklage

²⁴⁶ Richtig weist *Leipold*, aaO., S. 258 darauf hin, dass durch die konzeptionelle Ablehnung der Eventualmaxime gerade die Gefahr bestand, dass der Prozessstoff „*in unnötiger Weise*“ aufgebläht wird, was sich im Verfahren „*verzögernd*“ auswirken könne.

²⁴⁷ *Bötticher*, MDR 1963, S. 933.

²⁴⁸ Einen weiteren Schritt (entgegen dem RGZ 55, 101 ff.) stellte das Urteil des RG v. 23. 4. 1937 (ZZP 61 1939, 142 ff.) dar, nach dem der Kläger dazu berechtigt ist, auch erst *während des Prozesses entstandene Einwendungen* in das Verfahren einzubeziehen.

²⁴⁹ S. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IX, S. 639.

²⁵⁰ *Hahn*, Materialien, S. 437.

²⁵¹ RGZ 55, 101, 104; OLG Celle MDR 1963, S. 932 f.

anzuwenden. Dabei soll den Problemen des Auswechselns und Nachschiebens von Einwendungen besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Bilden wir zur Erläuterung des Problems folgendes Beispiel²⁵²:

Gläubiger B klagt gegen den Schuldner K und erhält am 15.4. ein vollstreckbares Leistungsurteil. Am 20.4. treffen B und K eine Vereinbarung, durch die B dem K verspricht, die Auszahlung der Forderung nicht im Wege der ZVS zu beanspruchen. Am 15.5. jedoch erklärt B an K, er sei in so schlechter wirtschaftlicher Lage, dass er die Erfüllung der Forderung von K zwangsweise fordern muss. Darauf erhebt K am 20.5. seine Vollstreckungsgegenklage, die er auf die Vollstreckungsabrede stützt. Am 15.6. bezahlt ein Geschäftspartner des K an B die geschuldete Summe und berichtet K unverzüglich darüber. K will jetzt seine Vollstreckungsgegenklage statt der Vollstreckungsabrede, die sich als schwer nachweisbar darstellt, auf die Einwendung der Erfüllung durch einen Dritten (§§ 362 I, 267 I BGB) stützen.

Der Kläger legt die Vollstreckungsgegenklage mit dem Ziel ein, die Zulässigkeit der ZVS aus dem Titel zu beseitigen²⁵³. Wie schon oben u. III.2.3. angeführt, kann die Zulässigkeit der ZVS aufgrund materieller sowie prozessualer Einwendungen (§ 767 I ZPO) des Klägers beseitigt werden. Weiter ist erforderlich, dass die Einwendungen erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Vorverfahrens (§ 767 II ZPO) entstanden sind. Das ist hier auch der Fall. In unserem Beispiel wären also beide Einwendungen als Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage statthaft und wenn sie bewiesen würden, würden sie zur Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Urteils führen. Wie ist es aber mit der Geltendmachung der neuen Einwendung (Erfüllung), von der K erst im Laufe des Vollstreckungsabwehrverfahrens Kenntnis erlangt hat?

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers stellte eine Einwendung des Klägers einen selbständigen Streitgegenstand (s.o. C.III.2.). Wenden wir diese Meinung auf das dargelegte Beispiel an, würde dies bedeuten, dass die Einwendung der Erfüllung einen neuen Streitgegenstand der Klage darstellt. Wäre ein solcher Fall im Jahre 1879 geschehen, hätte K keine andere Möglichkeit gehabt, als die neu entstandene Einwendung mit einer weiteren Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Seitdem die Rechtsprechung die Geltendmachung von Einwendungen, die erst nach der Erhebung der Klageschrift entstanden sind, in demselben Verfahren ermöglicht²⁵⁴, trat ein neues Problem hervor. Hat die Heranziehung einer weiteren Einwendung die Veränderung, bzw. Häufung von Streitgegenständen zur Folge?

Vertreten wir die ursprüngliche (gesetzgeberische) Auffassung, dann müssen wir die gestellte Frage so beantworten, dass eine Änderung der Einwendung immer eine Änderung des Streitgegenstandes zur Folge hat. Dem haben das OLG Celle²⁵⁵ sowie der II. Senat des BGH im Urteil vom 2. 5. 1966²⁵⁶ Rechnung getragen, als sie dem Kläger die spätere Einwendung der Aufrechnung wegen mangelnder Sachdienlichkeit im Sinne des § 263 ZPO nicht zugelassen haben. Angenommen, dass jede Einwendung im Sinne des § 767 I ZPO einen selbständigen Streitgegenstand darstellt, drängt sich jedoch ein wei-

²⁵² Herausgearbeitet aufgrund des Beispiels von *Burgard*, ZJP 106 (1993), S. 27.

²⁵³ S. o. B.III.2. und C.II.1.; dazu noch *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 40, S. 1980 m.w.N.

²⁵⁴ Urteil des RG vom 23. April 1937 (ZJP 61 (1939), 142 ff.).

²⁵⁵ Urteil vom 18. Januar 1963, MDR 1963, S. 932 f.

²⁵⁶ ZJP 79 (1966), S. 460 ff.

teres Problem auf. Ist nach der Nichtzulassung einer Einwendung aufgrund der § 263 ZPO möglich, diese „abgelehnte“ Einwendung in einem neuen Prozess geltend zu machen oder ist dies wegen der Schranke des § 767 III ZPO für das neue Verfahren ausgeschlossen?

Oben unter C.I.2. wurde als Grundsatz angenommen, dass der Kläger, wenn er an der Geltendmachung seiner Ansprüche im Wege einer Klageänderung aus Gründen der Sachdienlichkeit gehindert wurde, die Möglichkeit haben muss, seinen Anspruch (hier die neue Einwendung) mit einer neuen Klage zu verfechten. Um so mehr überrascht es, dass das OLG Celle in seinem Urteil bei der Anwendung der §§ 263, 264 ZPO gleichzeitig § 767 III ZPO appliziert hat. Dies hatte zu dem auffälligen Ergebnis²⁵⁷ geführt, dass, obwohl der Kläger im ersten Prozess vom Gericht aufgrund des § 263 ZPO gehindert wurde, die erhobene Einwendung zu verfolgen, die zweite Vollstreckungsgegenklage wegen der Überschreitung der Präklusionsschranke des § 767 III ZPO (dem Kläger wurde die „neue“ Einwendung schon im ersten Prozess doch bekannt) abgewiesen wurde. Es wäre aber sicherlich gerechter, wenn bei der Ablehnung der Klageänderung aus Gründen der mangelnden Sachdienlichkeit, der Kläger die neu entstandene Einwendung mit einer neuen Klage ohne Rücksicht auf § 767 III ZPO geltend machen könnte.

Auf der anderen Seite ist noch eine Auffassung denkbar, die nicht nur die Gerechtigkeit des Verfahrens im Auge behält, sondern gleichzeitig der Gesetzlage entspricht. Betrachten wir *alle vorhandenen und dem Kläger bekannten Einwendungen*, die zur Unzulässigkeit der ZVS aus dem konkreten Titel führen können, *nur als Elemente der Klagebegründung*, so wird durch die Nachschiebung der Einwendung der Streitgegenstand der Klage nicht geändert. Darauf hat neben *Bötticher*²⁵⁸ auch *Schwab*²⁵⁹ hingewiesen. Diese Auffassung kann man als *globaler Streitgegenstand* der Vollstreckungsgegenklage bezeichnen²⁶⁰. In unserem Beispiel könnte also der Kläger K die neue Einwendung schon im rechtshängigen Verfahren geltend machen, ohne dass er vom Gericht daran aus Gründen der §§ 263, 264 ZPO gehindert würde. Demzufolge ist die Anwendung des § 767 III ZPO (anders als im Fall der Bejahung der Klageänderung) nicht auszuschließen. Dies entspricht auch dem Gedanken des Gesetzgebers, der dafür plädiert hatte, alle Einwendungen *in einer Klage* geltend zu machen.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass eine schrankenlose Zulassung von Einwendungen die „Energie der Vollstreckung“ gefährden könnte²⁶¹. Angenommen, die Effektivität der ZVS wäre durch das Nachschieben der neuen Einwendungen bedroht, wäre dies vielleicht ein triftiger Grund dafür, von der „globalen“²⁶² Auffassung des Streitgegenstandes der Abwehrklage Abstand zu nehmen. Es zeigt sich jedoch, dass auch ohne Anwendung der §§ 263, 264 ZPO für Fälle der nachträglichen Änderung von Einwendungen das Gericht über Mittel verfügt, die den VSSchuldner (d.h. hier *paradox den Kläger*) an der Verschleppung des Verfahrens hindern können. Trägt der Kläger ständig neue und neue Begründungen seiner Klage vor, kann das Gericht sein Vorbringen – wenn es wirklich zur Verschleppung des Prozesses führt – aufgrund §§ 282, 296

²⁵⁷ Vgl. *Bötticher*, MDR 1963, S. 934.

²⁵⁸ *Bötticher*, MDR 1963, S. 934.

²⁵⁹ *Schwab*, ZZZ 79 (1966), S. 463.

²⁶⁰ S. dazu *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 54, S. 511 und *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IX 1, S. 640.

²⁶¹ *Schwab*, ZZZ 79 (1966), S. 463.

²⁶² Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 54, S. 511.

ZPO zurückweisen. Die Zurückweisung solcher Einwendungen hätte selbstverständlich zur Folge, dass der Kläger sie nicht in einem neuen Verfahren über Vollstreckungsgegenklage geltend machen darf (§ 767 III ZPO). Die Effektivität der Vollstreckung könnte also bei einer besonnenen Handhabung von allgemeinen Konzentrationsvorschriften seitens des Gerichts wohl gewahrt werden.

Dem möglichen Einwand, die Nichtanwendung der §§ 263, 264 ZPO benachteilige ernsthaft die Stellung des Beklagten, ist gleichfalls nicht zu folgen. Das oben Angeführte bedeutet keinesfalls, dass die Anwendung der Klageänderungsvorschriften im Verfahren ausgeschlossen würde. In den Fällen der Änderung des Klageantrags, wenn weiter anstatt der Unzulässigkeitserklärung der ZVS z.B. die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels²⁶³ beantragt wird, handelt es sich selbstverständlich um eine Klageänderung. Eine bloße Änderung der Einwendung wie in unserem Fall, kann dagegen – mit Rücksicht auf „*equality of arms*“ (vgl. Rechtsprechung zu Art. 6 I EMRK) der beiden Parteien – in der Tat die Stellung des Beklagten kaum verschlechtern. Er muss darüber – wie z.B. in einem Streit um die Feststellung des Eigentums an einer Sache – im klaren sein, dass der Kläger alle möglichen Begründungen für die Nachweisung von ihm bestrebter Rechtsfolge vortragen wird²⁶⁴. Vom Kläger könnte man nicht fordern, dass er im Falle der Feststellung seines Eigentums, sowie bei der Unzulässigkeitserklärung des Vollstreckungstitels, jeden Erwerbsgrund, bzw. jede zulässige Einwendung mit einer gesonderten Klage verfolgt²⁶⁵. Im letzten Falle brächte es hinsichtlich des § 767 III ZPO schwer lösbare Probleme mit sich.

Es ist also angesichts der Klageänderung angebrachter, *von einem globalen Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage auszugehen*. Der Streitgegenstand der Klage lässt sich danach nur aufgrund des Klageantrages zu bestimmen. Dies betrifft auch die Problematik der *Rechtshängigkeit*²⁶⁶. Stützt der Kläger seine Klage auf mehrere, die Unzulässigkeit der ZVS aus dem Titel begründenden Einwendungen, handelt es sich dabei folgerichtig nicht um eine *Klagenhäufung* im Sinne des § 260 ZPO. Mit *Münzberg* kann man sagen, dass die einzigen Einwendungen „lediglich Elemente der Klagebegründung“ sind, nicht jedoch selbstständige Klagegründe²⁶⁷.

C.V. ZWISCHENERGEBNIS

Was den Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage während des Verfahrens betrifft, wurde gezeigt, dass die Uneinigkeit der allgemeinen Streitgegenstandslehren auch Auswirkungen auf diese Klage entfaltet. Es wurde deshalb versucht, durch eine Analyse aller im Laufe des Verfahrens auf den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage bezogenen Faktoren, eine *eindeutige Antwort* auf die Frage zu geben.

Aus der Tatsache, dass mit der Vollstreckungsabwehrklage der VSSchuldner die Unzulässigkeitserklärung der ZVS anstrebt, wurde gefolgt, dass nicht nur Einwendungen

²⁶³ Vgl. BGHZ 127, 146 ff.

²⁶⁴ Vgl. *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 235, S. 251; *Grunsky*, Grundlagen, S. 35 ff.; dagegen jedoch *Schilken*, ZPR, § 6 VI, Rn. 233, S. 129.

²⁶⁵ Vgl. auch *Blomeyer*, ZPR, § 89 VII, S. 498.

²⁶⁶ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 54, S. 511.

²⁶⁷ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 54, S. 511.

im materiellrechtlichen Sinne, sondern auch sog. prozessuale Einwendungen mit der Klage geltend gemacht werden können. Dies schließt folgerichtig eine bloß materielle Betrachtung des Streitgegenstandes aus. Danach musste auch entschieden werden, welcher Zeitpunkt für die Geltendmachung derartigen Einwendungen maßgeblich ist und welchen Einfluss die Eigenschaften des VSTitels auf den Streitgegenstand der Abwehrklage haben. Dabei hat es sich ergeben, dass der Umfang der in Frage kommenden Einwendungen für die rechtskraftfähigen VSTitel durch § 767 II ZPO beschränkt wird. § 767 II ZPO stellt danach eine „objektive außerprozessuale Präklusionsvorschrift“ dar, die der Kläger bei der Auswahl der möglichen Einwendungen nicht übersehen darf.

Bei der Analyse der Vorschrift des § 767 ZPO hat es sich aber unbestritten erwiesen, dass für die Gestaltung des Streitgegenstandes der Vollstreckungsgegenklage im Laufe des Verfahrens die Norm des § 767 III ZPO unentbehrlich ist. Durch § 767 III ZPO verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die „Energie der Vollstreckung“ zu schützen. Um die große Zahl von Vollstreckungsabwehrklagen innerhalb eines VSVerfahrens zu vermeiden, hatte er angeordnet, alle Einwendungen *in einer Klage* geltend zu machen. Damit stünde es jedoch nicht im Einklang, die vom Kläger während des Verfahrens neu geltend gemachte Einwendungen den Vorschriften der §§ 260, 261, 263, 264 ZPO zu unterwerfen. Es könnte nämlich zum endgültigen Verlust der Verteidigungsmöglichkeiten des VSSchuldners führen. Um dies zu verhindern, ist eine „globale“ Betrachtung des Streitgegenstandes erforderlich.

Diese „globale Betrachtungsweise“ des Streitgegenstandes einer Vollstreckungsabwehrklage haben wir jedoch bisher nur unter dem Blickwinkel des Verfahrensverlaufs untersucht. Es bleibt noch zu fragen, ob diese globale Auffassung des Streitgegenstandes auch für die Fragen des Urteils und seiner Auswirkungen geboten ist. Diese Fragestellung drängt sich um so mehr auf, als wir oben u. C.I.2. c) festgestellt haben, dass das deutsche Prozessrecht grundsätzlich die Rechtskraftwirkungen eines Urteils sehr eng hält.

Vornehmlich auf diese Problematik wird der nächste Teil der Arbeit gezielt eingehen.

D. URTEIL UND URTEILSWIRKUNGEN

D.I. GRUNDSÄTZLICHES ZU URTEILSWIRKUNGEN

Werden alle Sachurteilvoraussetzungen erfüllt, darf auf eine Vollstreckungsabwehrklage – normalerweise nach einer mündlichen Verhandlung – ein Urteil ergehen. Die ZPO geht grundsätzlich von zwei unterschiedlichen Urteilsarten – dem Endurteil (§ 300 ZPO) und dem Zwischenurteil (§ 303 ZPO) – aus. Das für die Unterscheidung maßgebliche Kriterium besteht darin, ob das Urteil den Rechtsstreit ggf. seinen Teil für die entscheidende Instanz abschließt (Endurteil) oder nicht (dann Zwischenurteil). Sowohl für ein Endurteil, als auch für ein Zwischenurteil gilt, dass unter denen noch weiter untergliedert werden können²⁶⁸. In weiterem werden wir uns nur mit Urteilswirkungen eines Vollendurteils²⁶⁹ (§ 300 I ZPO) befassen. Das Vollendur-

²⁶⁸ So kann man z.B. Endurteile in Vollendurteile und Teilerurteile (§ 301 ZPO) teilen.

²⁶⁹ Im folgenden wird mit „Urteil“, soweit nichts anderes angeführt, stets ein „Vollendurteil“ gemeint.

teil zeichnet sich dadurch aus, dass es die Sache im vollen Umfang für die Instanz beendet²⁷⁰.

Es ist heute allgemein anerkannt, dass die Wirkungen, die ein Vollendurteil entfaltet, nicht gleich sind. So greifen manche von ihnen nicht immer, daher besteht unter ihnen grundsätzlich keine zwingende Abhängigkeit²⁷¹. Dabei gilt, dass nicht für alle Arten von Urteilswirkungen der Begriff des Verfahrensgegenstandes von Bedeutung ist; d.h. der Umfang und Inhalt mancher Urteilswirkungen richtet sich nicht nach dem Streitgegenstandsbegriff. Dies muss man auch bezüglich der Vollstreckungsgegenklage im Auge halten. Hinsichtlich dieser Klage werden wir folgende Wirkungen eines aus ihr ergehenden Urteils unterscheiden – *Materielle Rechtskraft, Gestaltungswirkung und Vollstreckbarkeit*.

Die materielle Rechtskraft sichert dem Urteil die Maßgeblichkeit seines Inhalts im Verhältnis zwischen den Parteien²⁷². Die im Urteil ausgesprochene Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der von einer Partei beanspruchten Rechtsfolge darf in einem anderen Verfahren nicht in Frage gestellt werden²⁷³. Dadurch soll verhindert werden, dass über die gerade festgestellte Rechtsfolge erneut ein Rechtsstreit geführt wird und die Sache ggf. abweichend entschieden wird. Die materielle Rechtskraft setzt immer Unanfechtbarkeit der Entscheidung, d.h. die formelle Rechtskraft voraus.

Während die materielle Rechtskraft normalerweise eine unabhängig vom Prozess entstandene Rechtslage bindend feststellt, führen Gestaltungsurteile eine Änderung der Rechtslage herbei²⁷⁴. Eine solche *Rechtsänderung* wäre ohne den Erlass des Urteils nicht denkbar. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine materielle (z.B. die Scheidung von Eheleuten – § 1564 S. 2 BGB), oder eine prozessuale Rechtsänderung (Unzulässigkeit der ZVS – 767 ZPO) herbeigeführt wird. Der Eintritt der Gestaltungswirkung ist grundsätzlich, wie die materielle Rechtskraft, an die Erlangung der formellen Rechtskraft des Urteils geknüpft²⁷⁵.

Der Begriff der Vollstreckbarkeit ist nicht einheitlich. *Vollstreckbarkeit im engeren Sinne* bedeutet, dass der aus der Entscheidung Berechtigte den Inhalt der Entscheidung (typischerweise eine Verurteilung) mit Hilfe der Zwangsmittel des 8. Buches der ZPO gegen den Willen des Verpflichteten durchsetzen kann²⁷⁶. Die ZPO verwendet jedoch den Begriff der Vollstreckbarkeit manchmal auch in einem weiteren Sinn, wie z.B. aus §§ 708 Nr. 1–3, 7, 10; 775 Nr. 1; 868; 895 S. 2 ZPO folgt. *Vollstreckungswirkungen im weiteren Sinn* bestehen überwiegend darin, dass die Entscheidung eine *Grundlage für die Handlung der staatlichen Organe* darstellt, die an sich keinen Zwang gegen die unterlegene Prozesspartei enthält²⁷⁷ (gewisse Eintragungen in öffentliche Bücher, Einstellung oder Beschränkung der ZVS).

²⁷⁰ S. Grunsky, Grundlagen, S. 461.

²⁷¹ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 8, S. 198.

²⁷² Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149 II, S. 908.

²⁷³ S. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149 II, S. 908.

²⁷⁴ Vgl. MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 19, S. 2099.

²⁷⁵ S. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 14, S. 199.

²⁷⁶ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 15, S. 199, MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 21, S. 2100; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149 III, S. 909.

²⁷⁷ Manche Autoren sprechen hier von *Anordnungswirkungen* (s. Nachweise bei Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rn. 47, S. 26); dies beruht auf der zu ablehnenden Lehre Kuttner's, s. auch Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, S. 14.

D.II. STATTGEBENDES URTEIL

Mit einer Vollstreckungsabwehrklage macht der VSSchuldner die *Unzulässigkeit der Vollstreckung* aus dem VSTitel geltend (§ 775 Nr. 1 ZPO; s. o. C.II.1.). Es lässt sich also von einem stattgebenden Urteil dann sprechen, wenn der Tenor des aus der Klage ergehenden Urteils entsprechend dem Klageantrag lautet; d.h. wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel „ganz, teil- oder zeitweise für unzulässig erklärt“ wird²⁷⁸. Der Vollstreckungsgegenklage kann selbstverständlich nur teilweise, unter Abweisung im übrigen, stattgegeben werden²⁷⁹. Im Falle eines Zurückbehaltungsrechts oder der Einrede des nichterfüllten Vertrages, spricht das stattgebende Urteil aus, dass die ZVS nur Zug um Zug gegen Gegenleistung für unzulässig zu erklären ist²⁸⁰. Auch damit wird der Klage stattgegeben.

D.II.1 Rechtskraftwirkungen des stattgebenden Urteils

Im Falle eines der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils handelt es sich um ein prozessuales Gestaltungsurteil (s.o. B.V.). Die früher herrschende Lehre hat einem Urteil, das eine Rechtsänderung ausspricht, die Wirkung der materiellen Rechtskraft abgesagt²⁸¹. Man argumentierte damit, dass bei der Änderung der Rechtslage durch ein Gestaltungsurteil eine materielle Rechtskraftwirkung entbehrlich sei²⁸², denn eine rechtskraftfähige Feststellung, z.B. dass der Kläger die Scheidung der Ehe verlangen kann, erscheine bedeutungslos, wenn das Urteil die Ehe gerade auslöst²⁸³. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Die Gestaltungswirkung besteht allein in der Rechtsänderung; sie kann jedoch nicht garantieren, dass die herbeigeführte Rechtsfolge (z.B. die Unzulässigkeit der ZVS) zwischen den Parteien als bindend feststeht. Käme dem Gestaltungsurteil keine Rechtskraftwirkung zu, so könnte z.B. die unterlegene Partei gegen den Gestaltungskläger Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche mit der Begründung erheben, die Gestaltung sei zu Unrecht (d.h. rechtswidrig bzw. ohne rechtlichen Grund) erfolgt²⁸⁴. Dies würde aber zur großen Rechtsunsicherheit führen, weil das Verfahrensergebnis für weitere im Zusammenhang mit dem ersten Verfahren stehende Prozesse nicht maßgeblich wäre. Das Urteil muss also auch die Wirkung entfalten, die sichert, dass zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung ein Recht des Klägers auf Herbeiführung der von ihm beanspruchten Rechtsfolge bestand²⁸⁵. Darum ist die materielle Rechtskraft des Gestaltungsurteils anzuerkennen, die die Maßgeblichkeit des Urteilsinhalts für weitere Beziehungen zwischen den Parteien sichert.

Dies wirft jedoch zwingend die Frage auf, woraus sich eigentlich der Gegenstand der materiellen Rechtskraft eines der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils

²⁷⁸ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 1, S. 644.

²⁷⁹ S. *MünchKomm/K.Schmidt*, § 767 Rn. 91, S. 2002.

²⁸⁰ So BGHZ 118, 229, 242; so wohl im Ergebnis auch *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 91, S. 2002.

²⁸¹ So *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 66, S. 209 m.w.N.

²⁸² Vgl. *Lent*, ZZP 61 (1939), S. 279 ff., insb. S. 306.

²⁸³ So *Blomeyer*, ZPR, § 94 IV, S. 529.

²⁸⁴ Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 94 III. 2, S. 529; und *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 66, S. 209.

²⁸⁵ So *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 175, S. 2137.

zusammensetzt. Ist nur auf den Klageantrag abzustellen, oder spielen hier auch die für seine Begründung angeführten Tatsachen eine Rolle? Oben unter C.IV.3. wurde gezeigt, dass für die Bestimmung der Rechtshängigkeit, Klagenhäufung und Klageänderung bei der Vollstreckungsgegenklage lediglich der Klageantrag maßgeblich ist. Bringt der Kläger gegen den im VSTitel festgestellten Anspruch eine neue Einwendung vor, liegt darin keine Klageänderung. Demzufolge lässt sich – mindestens während des Verfahrens – von der „globalen Betrachtung“ des Streitgegenstandes der Abwehrklage sprechen (s.o. C.V.).

Jedoch geht auch die von der herrschenden Lehre abweichende Theorie vom relativen Streitgegenstand davon aus, dass für Zwecke der materiellen Rechtskraft der Verfahrensgegenstand nicht nur nach dem Antrag, sondern auch nach dem vorgetragenen Tatsachenkomplex bestimmt wird (s.o. C.I.2. c)). Ob dies auch für die Vollstreckungsgegenklage gilt, soll im Folgenden geklärt werden.

Der Antrag im Falle der Abwehrklage ist auf Unzulässigkeitserklärung der ZVS aus dem Titel gerichtet. Wird der VSTitel für unzulässig erklärt, darf auf dessen Grundlage kein Vollstreckungsverfahren (abgesehen von Fällen der teil- oder zeitweisen Unzulässigkeitserklärung) mehr betrieben werden. Nach § 767 III ZPO stellen die einzelnen Einwendungen lediglich Elemente der Klagebegründung dar, nicht jedoch die selbständigen Klagegründe²⁸⁶. Wird daher der Vollstreckungsgegenklage stattgegeben, spielt es keine Rolle, aus welchem Klagegrund dies geschieht. Das durch die materielle Rechtskraft festgestellte Ergebnis, dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung rechtmäßig war, braucht keiner weiteren Begründung. Eine solche wäre nämlich ganz überflüssig. Dies spricht für die Auffassung vom Gegenstand des stattgebenden Urteils, die auch *hinsichtlich der materiellen Rechtskraft* lediglich auf den Klageantrag (bzw. den Urteilstenor) abstellt.

Dies bedeutet jedenfalls nicht, dass wir ohne weiteres dieses Ergebnis auch für das die Vollstreckungsabwehrklage *abweisende Urteil* annehmen könnten. Eine Gestaltungswirkung kommt nur einem stattgebenden Gestaltungsurteil zu. Wird jedoch eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, wird nicht nur keine Rechtsänderung herbeigeführt, sondern es bleibt sogar fraglich, worin die Rechtskraftwirkung eines solchen Urteils liegt (eine Feststellung, dass das Klagebegehren zum maßgeblichen Zeitpunkt begründet war, kann es folgerichtig nicht sein). Auf diese Frage muss man konsequenterweise im Kapitel betreffend das die Klage abweisenden Urteil eingehen.

D.II.2 Verhältnis zur Zwischenfeststellungsklage

Die materielle Rechtskraft wirkt – im Gegensatz zu der Gestaltungswirkung – nur unter den Prozessparteien²⁸⁷. Sie stellt bei einem der Abwehrklage stattgeben Urteil, wie bereits gezeigt, fest, dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begründet war (d.h. dass die ZVS unzulässig ist). Es bleibt aber umstritten, ob damit auch Feststellungen über den vollstreckbaren Anspruch getroffen werden. Ein Teil der Literatur vertritt die Meinung, dass die materielle

²⁸⁶ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 54, S. 511.

²⁸⁷ Statt vieler Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 94 III. 2, S. 529.

Rechtskraft des der Abwehrklage stattgebenden Urteils sich auch auf die Feststellung des Anspruchs des Gläubigers bzw. auf die gegen ihn vorgetragene Einwendungen erstreckt²⁸⁸. Dagegen beharrt die Rechtsprechung auf der Auffassung, durch das Urteil sei nur über die Zulässigkeit der ZVS entschieden, nicht aber über den Anspruch selbst oder die einzelnen Einwendungen²⁸⁹. Für eine Lösung dieser Streitfrage, scheint es mir unentbehrlich, kurz auf das Verhältnis zwischen der Vollstreckungsgegenklage und der Zwischenfeststellungsklage einzugehen.

Die Zwischenfeststellungsklage²⁹⁰ ist eine unselbstständige Feststellungsklage, die neben anderen Klageanträgen (z.B. neben dem Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der ZVS) steht. Wird die Zwischenfeststellungsklage erhoben, handelt es sich immer um eine Klagenhäufung (vgl. III.4.3. – ein neuer Klageantrag). Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll die Zwischenfeststellungsklage den Ausgleich für sonst enge Rechtskrafterstreckung bilden²⁹¹. Dies ist auch ihr eigener Zweck²⁹². Gerade die Möglichkeit der Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage verhindert, einem Urteil breite Rechtskraftwirkungen zuzusprechen. § 256 II ZPO steht nämlich mit § 322 I ZPO in einem festen Sinnzusammenhang. Wird § 322 I ZPO über die Grenzen des „Subsumtionsschlusses“²⁹³ hinaus ausgelegt, verliert § 256 II ZPO jeglicher Sinn. Daher müsste auch jeder Versuch einer teleologischen Reduktion des § 322 I ZPO (breitere Rechtskrafterstreckung) an der Schranke des § 256 II ZPO scheitern²⁹⁴.

Angewandt auf das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage und Zwischenfeststellungsklage bedeutet dies folgendes: Wird der Abwehrklage stattgegeben, erwächst der Subsumtionsschluss (d.h. der Urteilstenor) in Rechtskraft, nicht aber seine einzelnen Glieder (Tatsachen wie Existenz des Anspruchs bzw. Nichtexistenz den gegen ihn vorgetragene Einwendungen). Es wird damit für die Parteien maßgeblich festgestellt, dass die ZVS aus dem konkreten VStitel unzulässig ist oder – wozu man durch Auslegung des richterlichen Ausspruchs kommen kann – dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begründet war (vgl. auch D.IV.1.). Ohne Erhebung der Zwischenfeststellungsklage wird aber nichts darüber festgestellt, ob der vollstreckende Anspruch besteht oder nicht, obwohl wir aus dem Subsumtionsschluss (rein logisch gesehen) darauf zurückschließen könnten. Einem solchen Rückschluss steht jedoch § 256 II ZPO im Wege.

Im Ergebnis ist also daran festzuhalten, was die Rechtsprechung für maßgebliches hält. Die Ausdehnung der Rechtskrafterstreckung auch auf Tatsachen, auf denen der richterliche Subsumtionsschluss beruht (auch wenn es wünschenswert wäre, s. dazu C.I.2. c)), wäre gegen die klare Konzeption des geltenden Rechts verstoßen und ist daher abzulehnen. Auf die einzige davon abweichende Ausnahme

²⁸⁸ Z.B. *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 96, S. 2003.

²⁸⁹ So BGH IX. ZS, Urteil v. 19.6.1984 = FamRZ 1984, S. 878 ff.

²⁹⁰ Entgegen dem Wortlaut des § 256 II ZPO kann der Kläger die Zwischenfeststellung schon in der Klage selbst beantragen; s. *Stein/Jonas/Schumann*, § 256 Rn. 6, S. 107.

²⁹¹ *Hahn*, Materialien, S. 227.

²⁹² Vgl. *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 97 f.

²⁹³ Der Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist durch den logischen Schluss (sog. Subsumtionsschluss) – der auf einem Obersatz (Anwendung des Rechts) und einem Untersatz (Feststellung von Tatsachen) beruht – gebildet; s. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 153 II, S. 922.

²⁹⁴ So *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 97.

(322 II ZPO – Aufrechnung) wird im Zusammenhang mit dem abweisendem Urteil eingegangen.

D.II.3 Vollstreckbarkeit des stattgebenden Urteils

Es wurde schon oben (D.I.) angeführt, dass die ZPO den Begriff „Vollstreckbarkeit“ in einem breiteren Sinne versteht, nach dem auch die Gestaltungsurteile nämlich Wirkung entfalten können²⁹⁵. So sagt § 775 Nr. 1 ZPO, dass die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken ist, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass ... die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ... ist. Diese Formulierung ist nicht ohne Belang für den Streitgegenstand der Klage. Wie schon dargestellt (v.a. B.IV.3), wurde aufgrund erwähnter Vorschrift die Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als eine vollkommene Gestaltungsklage in Zweifel gestellt²⁹⁶. Auch wenn solcher Ansicht (aus oben u. B.IV.3. angeführten Gründen) nicht zu folgen ist, wirft § 775 Nr. 1 ZPO in Bezug auf die Vollstreckungsgegenklage eine weitere wichtige Frage auf: ab wann und in welchem Umfang entfaltet das der Klage stattgebende Urteil seine Vollstreckungswirkungen?

Aus der Natur der Vollstreckungsabwehrklage als einer prozessualen Gestaltungsklage ergibt sich, dass die Zwangsvollstreckung unabhängig von der Vorlage der Entscheidung beim Vollstreckungsorgan (§ 775 Nr. 1 ZPO) unzulässig wird²⁹⁷. Der Eintritt der Gestaltungswirkung des Urteils kann nämlich nicht an seine Vollstreckbarkeit, sondern an den Zeitpunkt seiner Unanfechtbarkeit (also der formellen Rechtskraft) geknüpft werden²⁹⁸. Die Gestaltungswirkung besteht danach in bloßer Änderung der Rechtslage, dass aus einer *zulässigen Zwangsvollstreckung eine unzulässige* wird. Solche Wirkung kann aber nichts daran ändern, ab wann und in welchem Umfang die Vollstreckungsorgane „ihre Arbeit“ einstellen bzw. wann die Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden. Dafür muss die Vollstreckbarkeit des stattgebenden Urteils sorgen.

Nach §§ 708 ff. ZPO sind auch Urteile, die nicht auf Leistung oder Duldung der ZVS gerichtet sind, für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Demzufolge wird auch ein der Vollstreckungsabwehrklage stattgebendes Gestaltungsurteil für „vorläufig vollstreckbar“ erklärt. Dadurch wird dem Kläger ermöglicht, die Einstellung der ZVS schon vor Eintritt der Gestaltungswirkung (bzw. der Rechtskraft) nach § 775 Nr. 1 ZPO zu erwirken²⁹⁹. Wie aber richtigerweise Münzberg erkannt hat, solange das Urteil dem Vollstreckungsorgan „nicht vorgelegt oder sonst zuverlässig zur Kenntnis gebracht wird“³⁰⁰, verhält es sich trotz Weiterbetriebs der sonst unzulässigen ZVS rechtmäßig. Die Vollstreckbarkeitserklärung bedeutet nämlich keinesfalls, dass das Urteil schon Wirkung entfaltet. Die tatsächliche *Vollstreckungswirkung* ist also gemäß dem Tatbestandsmerkmal des § 775 Nr. 1 ZPO erst *an die Vorlage des Urteils an das Vollstreckungsorgan* geknüpft.

²⁹⁵ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 708 Rn. 10, S. 96 f. und MünchKomm/K. Schmidt, § 775 Rn. 11, S. 2063.

²⁹⁶ Neben den Ansichten von Henckel, AcP 174 (1974), S. 109 und Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 101, ist auf Auffassung Blomeyers, ZVS, S. 127 aufmerksam zu machen.

²⁹⁷ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 775 Rn. 22, S. 575.

²⁹⁸ Vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 XI. 2, S. 644.

²⁹⁹ S. Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 XI. 2, S. 644.

³⁰⁰ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 51a, S. 509.

Im Zusammenhang mit der Kenntnisnahme vom Urteil hat das Vollstreckungsorgan die bereits getroffenen *Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben* (§ 776 S.1 ZPO).

Dazu ist noch zu erwähnen, dass manche Autoren in der Vorlage des für vollstreckbar erklärten Urteils das Wahlrecht des Klägers sehen, „die Pflichten der Vollstreckungsorgane zur *Vollstreckung* in Pflichten auf *Einstellung* und *Aufhebung* zu ändern“³⁰¹. Dagegen spricht aber, dass die Vollstreckung auch ohne Vorlage des Urteils von Amts wegen einzustellen ist, sobald das Vollstreckungsorgan amtlich von ihm Kenntnis erlangt³⁰². Wenn dazu das über die Vollstreckungsgegenklage entscheidende Gericht selbst Vollstreckungsorgan ist, stellt es die *ZVS von Amts wegen* ein³⁰³. Sowohl aus diesen Gründen, als auch unter Berücksichtigung der Schuldnerinteressen (was anderes als die Beseitigung (der Drohung) von Vollstreckungsregeln wollte er erzielen?) scheint mir angebrachter zu sein, den Gedanken eines VSSchuldnerwahlrechts aufzugeben.

D.III. ABWEISENDES URTEIL

D.III.1 Zur Rechtsnatur des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils

Wird eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, wird die betroffene Rechtslage nicht geändert. Das die Abwehrklage abweisende Urteil entfaltet also keine Gestaltungswirkung. Es ist daher zu fragen, welcher Rechtsnatur das abweisende „Gestaltungsurteil“ ist. Gehen wir von der klassischen Einteilung der denkbaren Urteilschutzformen aus, könnte es sich im Falle des die Gestaltungsgegenklage abweisenden Urteils entweder um ein Leistungsurteil oder um ein Feststellungsurteil handeln.

Die Leistungsurteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Betroffenen zu einem Tun oder Unterlassen verurteilen³⁰⁴. Das ist bei Abweisung der Vollstreckungsgegenklage nicht der Fall, weil dem Kläger im Urteilstenor (abgesehen von der Kostenentscheidung) keine solche Pflicht festgesetzt wird. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich im Falle des die Vollstreckungsabwehrklage abweisenden Urteils um ein *Feststellungsurteil* handelt³⁰⁵. Dies zeigt anschaulich, dass Schutzform der Klage und Schutzform des Urteils sich nur bei stattgebenden Urteilen decken. Daraus folgt weiterhin, dass aus der Art der erhobenen Klage sich nicht auf den Inhalt des ergehenden Urteils schließen lässt³⁰⁶.

D.III.2 Rechtskraftwirkungen des abweisenden Urteils

Wie bereits gezeigt, handelt es sich beim abweisenden Urteil im Vergleich zu dem stattgebenden um eine andere Urteilsform (Feststellungsurteil; D.III.1.). Es ist

³⁰¹ So *Blomeyer*, ZVS, S. 136.

³⁰² So BGHZ 25, 60, 64 f.; nach *Münzberg* (s. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 775 Rn. 22, S. 575) steht der Weg zur Vorlage des Urteils nicht nur dem Schuldner, sondern *jedem* von der Vollstreckung betroffenen Dritten, *offen*.

³⁰³ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 775 Rn. 23a, S. 576.

³⁰⁴ S. *Schilken*, § 6 III 1, S. 94.

³⁰⁵ S. *Gilles*, ZZP 83 (1970), S. 113; weiter *Lüke*, JuS 1969, S. 301.

³⁰⁶ S. *Lüke*, JuS 1969, S. 301.

daher zu prüfen, ob dieser Unterschied auch für die Frage der Rechtskraftwirkung maßgeblich ist. Die Rechtskraftwirkung des stattgebenden Urteils stellt die Tatsache fest, dass die ZVS aus dem konkreten VSTitel unzulässig ist bzw. dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begründet war (D.II.1.). Für die Bestimmung des objektiven Umfangs der materiellen Rechtskraft ist in diesem Fall daher hinreichend, nur auf den Urteilstenor (Klageantrag) abzustellen. Gilt dies auch für das abweisende Urteil?

Das Feststellungsurteil kann entweder ein positives oder ein negatives sein. Das positive Feststellungsurteil stellt das Bestehen des behaupteten Rechtsverhältnisses fest, das negative dann das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses³⁰⁷. Ein Rechtsverhältnis wird als das rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut³⁰⁸ verstanden. Während des ZVSVerfahrens sind der VSGläubiger, der Staat (durch seine Vollstreckungsorgane), und der VSSchuldner an einem rechtlichen Verhältnis – Vollstreckungsrechtsverhältnis³⁰⁹ – beteiligt. Wird danach eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, wird damit festgestellt, dass zwischen den Parteien sowie dem Gericht ein Vollstreckungsrechtsverhältnis besteht³¹⁰. Danach handelt es sich im Falle des die Vollstreckungsabwehrklage abweisenden Urteils um *ein positives Feststellungsurteil*, das die Existenz des erwähnten Rechtsverhältnisses bejaht.

Entgegen der Ansicht *K. Schmidts*³¹¹, wird über die Einwendungen, auf denen die Abwehrklage beruht, nicht entschieden. Dies folgt daraus, dass nur der „Subsumtionschluss“, nicht aber dessen Begründung die Rechtskraft erlangt, wie es sich aus dem oben (D.II.2) erörterten Sinnzusammenhang zwischen §§ 322 I und 256 II ZPO ergibt. Die Vollstreckungsgegenklageabweisung sagt demzufolge nichts rechtlich Maßgebliches darüber, ob die vom Kläger vorgebrachte Einwendung besteht oder nicht. Dasselbe gilt selbstverständlich für den vollstreckbaren Anspruch des Gläubigers³¹². Auf die Besonderheit der Rechtskrafterstreckung betreffend der Aufrechnungseinwendung wird noch später (D.III.3.) eingegangen.

Durch bloße Feststellung, dass das Vollstreckungsrechtsverhältnis besteht, wird jedoch nicht die Frage beantwortet, wie die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft der die Abwehrklage abweisenden Entscheidung zu bestimmen sind. Nach *Münzberg* ist diese Frage so zu lösen, dass als Annäherung an den zweigliedrigen Streitgegenstand grundsätzlich vom vorgetragenen Tatsachenkomplex auszugehen sei³¹³. Dies heißt, dass der objektiven Umfang der materiellen Rechtskraft nicht nur durch den Klageantrag, sondern auch durch dessen Begründung bestimmt ist. Einer Vollstreckungsgegenklage, die sich aufgrund der schon im Vorverfahren vorgetragenen Tatsachen gegen die ZVS wehrt, steht demnach die sog. negative Prozessvoraussetzung des „res iudicata“ im Weg, eine solche Klage ist unzulässig.

³⁰⁷ *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 172 f., S. 2136.

³⁰⁸ So z.B. *Stein/Jonas/Schumann*, § 256 Rn. 110.

³⁰⁹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 8 I, S. 85 ff., insb. S. 86.

³¹⁰ Vgl. abweichende Formulierungen bei *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 176, S. 2137 und *Gilles*, ZJP 83 (1970), S. 113.

³¹¹ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 98, S. 2003.

³¹² Dafür auch BGH IX. ZS, Urteil v. 19. 6. 1984 = FamRZ 1984, S. 878 ff., insb. S. 879.

³¹³ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 55, S. 511.

Hiergegen lässt sich aber argumentieren, dass im Falle der Abweisung der Abwehrklage ein positives Feststellungsurteil vorliegt, das das Bestehen eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses bestimmt. Um den Rechtsgrund, auf dem dieses Vollstreckungsrechtsverhältnis beruht, geht es hier doch nicht. Dies ähnelt der Behauptung *Grunsky's*, der im Falle eines Feststellungsurteils über ein absolutes Recht den Streitgegenstand nur an den Klageantrag mit der Begründung knüpft, es handele sich um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht dagegen eines einzelnen es begründenden Rechts³¹⁴. Für die Entscheidung dieser Frage ist die Norm des § 767 III ZPO von Bedeutung.

Wie oben u. C.IV.1. gezeigt, stellt § 767 III ZPO eine *subjektive* außerprozessuale Präklusionsvorschrift dar. Danach ist der VSSchuldner im Falle der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage mit solchen Einwendungen ausgeschlossen, die er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vorklage kannte oder kennen musste (vgl. „geltend machen imstande war“, dazu auch C.IV.3.). Dies zeigt, dass für die Beantwortung der Frage, ob nach der Abweisung der ersten Abwehrklage eine zweite zulässig ist oder nicht, unentbehrlich ist, auf die dem ersten Urteil zugrunde liegenden Tatsachen abzustellen. Dies schließt jede Versuche aus, die Rechtskrafterstreckung des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils ohne Rücksicht auf die ihm zugrunde liegende Gründe zu bestimmen.

Nach richtiger Ansicht ist daher der Gegenstand der materiellen Rechtskraft des derart abweisenden Urteils nach zweigliedriger Streitsgegenstandslehre zu bestimmen³¹⁵. Dem möglichen Vorwurf der Inkonsequenz – im Falle des stattgebenden Urteils wird der Rechtskraftumfang nur durch den Klageantrag bestimmt – ist dadurch entgegenzuhalten, dass es sich um zwei unterschiedliche Urteilsarten handelt. Unterschiedliche Rechtsschutzform mag unterschiedliche Rechtskraftbestimmung rechtfertigen.

Es ist dabei jedoch im Verhältnis zur Rechtskrafterstreckung nicht zu vergessen, dass § 767 III ZPO weiter greifen kann, als die klassische Rechtskraftpräklusion gemäß § 322 I ZPO³¹⁶. Hätte der Kläger in unserem Beispiel (C.IV.3.) die ihm bekannte Einwendung der Erfüllung durch einen Dritten im ersten Verfahren nicht geltend gemacht, würde sie für das nächste Verfahren durch die Präklusionswirkung der Rechtskraft (§ 322 I ZPO) nicht ausgeschlossen, denn diese Einwendung gehört nicht „zu dem durch den *Vortrag* des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex“³¹⁷ (dies war die vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung) gehört. Die Nichtzulässigkeit dieser Einwendung wird erst durch die Anwendung des § 767 III ZPO begründet³¹⁸.

D.III.3 Anhang – Rechtskraftwirkung bei Aufrechnung und bei Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen

a) Als Grundsatz ist bereits festgestellt worden (D.III.2.), dass die Rechtskraft des abweisenden Urteils sich nicht auf die Frage des Nichtbestehens der geltend

³¹⁴ Vgl. *Grunsky*, Grundlagen, S. 35.

³¹⁵ So neben *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 55, S. 511 auch *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 176, S. 2137.

³¹⁶ *Gottwald* spricht deswegen von der „streitgegenstandsübergreifenden“ Präklusion, s. *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 158, S. 2133.

³¹⁷ So *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 230, S. 249.

³¹⁸ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 55, S. 512.

gemachten Einwendung erstreckt. Diese Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahme. Der BGH hat bei einer Vollstreckungsgegenklage, die auf einen Aufrechnungseinwand gestützt war, die analoge Anwendung des § 322 II ZPO zur Begründung der breiteren Rechtskrafterstreckung des abweisenden Urteils gebilligt³¹⁹. Dies hatte zur Folge, dass – im Gegensatz zu anderen geltend gemachten Einwendungen – über eine gegen den titulierten Anspruch gerichtete Aufrechnungseinwendung des VSSchuldners rechtskräftig entschieden wird. Ist jedoch eine derart analoge Heranziehung des § 322 II ZPO, die eine unterschiedliche Rechtskraftwirkung des Urteils in Bezug auf die einzelnen Einwendungen zur Folge hat, überhaupt zu rechtfertigen?

An der ersten Stelle soll erwähnt werden, dass § 322 II ZPO *eine Ausnahme* von dem Grundsatz darstellt, nach dem nur die Urteilsformel und nicht die Begründung der Entscheidung in die materielle Rechtskraft erwächst³²⁰. Weiter darf nicht übersehen werden, dass nach dem Wortlaut des § 322 II ZPO *nicht der Kläger* (wie es bei der Vollstreckungsabwehrklage der Fall ist), *sondern der Beklagte* die Aufrechnungseinwendung geltend machen soll. Danach handelt es sich im Falle der Anwendung des § 322 II ZPO auf das über eine Abwehrklage erkennende Urteil um eine *analoge Anwendung der Ausnahmevorschrift*³²¹. Normalerweise geht man jedoch davon aus, dass die Ausnahmevorschriften nicht extensiv (hier heißt es analog) angewandt werden dürfen³²².

Der BGH hat seine von dieser Ansicht abweichende Entscheidung vornehmlich auf zwei Argumente gestützt. Zum einen hält er für „maßgebendes Kriterium“ des § 322 II ZPO nicht die bloße prozessuale Parteistellung (d.h. ob die Aufrechnung Beklagter oder Kläger geltend macht), sondern die „besondere materiellrechtliche Eigenart der Aufrechnung“³²³. Zum anderen ist nach dem BGH auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abzustellen. Der liegt bei § 322 II ZPO darin, dass zwei Forderungen, die von einer Aufrechnung gemeinsam gestaltet werden können (nämlich wenn die Aufrechnung begründet ist), auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft gleich zu behandeln sind³²⁴. Dem BGH ist aus folgenden Gründen zu folgen.

Gerade dem Einwand der Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) muss im Unterschied zu den anderen mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemachten Einwendungen (vgl. C.II.2. und 3.) eine Rechtskrafterstreckung zukommen. Wird nämlich eine Aufrechnungsforderung wirksam geltend gemacht, sind die „*Schuldnerforderung*“ sowie die *Forderung der Gegenpartei* neu gestaltet (gemindert oder erloschen, s. § 389 BGB), was seinen Ausdruck in der Urteilsformel findet und damit auch von materieller Rechtskraft gedeckt ist. Mit anderen Einwendungen im Sinne des § 767 I ZPO wird dagegen *kein Gegenanspruch* verfolgt, der in Rechtskraft erwachsen könnte. Für den Fall der unbegründeten Aufrechnung ist es aber erforderlich, die Rechtskrafterstreckung auf § 322 II ZPO stützen. Nur auf diese Weise können alle Fälle der

³¹⁹ So BGHZ 48, 356 ff.

³²⁰ Vgl. BGHZ 48, 356, 358.

³²¹ Vgl. neben BGHZ, 48, 356, 358 auch *Otto*, JA 1981, S. 608, der aber die Ausnahmenatur des § 322 II ZPO nicht betont.

³²² Vgl. z.B. BGHZ 2, 244 ff. oder 4, 222 ff.

³²³ BGHZ 48, 356, 359

³²⁴ Vgl. BGHZ 48, 356, 359 f.

Aufrechnungsgeltendmachung gleich behandelt werden. Dies kann man nicht daran scheitern lassen, dass § 322 II ZPO nur über den Aufrechnungseinwand seitens des Beklagten spricht³²⁵.

b) Wird eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, steht damit rechtskräftig fest, dass – wie oben u. D.III.2. gezeigt – ein wirksames rechtmäßiges Vollstreckungsverhältnis besteht. Erhebt der unterlegene VSSchuldner danach noch eine neue Klage, mit der er seine Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche aus – nach ihm – unzulässig vom Gläubiger betriebener ZVS geltend macht, würde man auf den ersten Blick sagen, einer solchen Klage steht die Rechtskraft des Vorurteils nicht im Wege. Es handelt sich jedoch im Falle Abweisung einer Vollstreckungsabwehrklage um einen anderen Streitgegenstand als bei einer Schadensersatz- oder Bereicherungsklage, denn schon die Klageanträge unterscheiden sich voneinander. Dennoch geht die Rechtsprechung³²⁶ und Literatur³²⁷ im gegenseitigen Einvernehmen davon aus, dass die Rechtskraft eines die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils der Erhebung des Schadensersatz- bzw. Bereicherungsanspruchs entgegensteht. Wie ist dies zu begründen?

Nach *Zeuner* geht es hier um eine Rechtskrafterstreckung kraft Sinnzusammenhang³²⁸. Die Abweisung der Vollstreckungsklage enthalte nämlich *ihrem Sinngehalt nach* zugleich eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung durch den VS Gläubiger³²⁹. Der VSSchuldner wird damit daran gehindert, eine auf dieselben Einwendungen gestützte Schadensersatz- oder Bereicherungsklage gegen den VS Gläubiger einzureichen, weil über die Tatbestandsmerkmale der Bereicherung („ohne rechtlichen Grund“, § 812 BGB) und Unerlaubter Handlung („widerrechtlich“, § 823 BGB) bereits entschieden ist³³⁰. *Leipold*³³¹ und *Otto*³³² gehen grundsätzlich von der *Präjudizwirkung* des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils für weitere Schadensersatz – und Bereicherungsverfahren aus. Dies bedeutet, dass die durch Klageabweisung rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge – nach *Leipold* „Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung“ – in dem späteren Schadensersatz- oder Bereicherungsprozess als Vorfrage von Bedeutung ist³³³.

Rein dogmatisch gesehen, handelt es sich jedoch im vorliegenden Falle um *keine echte Präjudizwirkung*, weil für die Schadensersatz- sowie Bereicherungsansprüche entscheidende Vorfrage – ob der titulierte Anspruch des Gläubigers tatsächlich besteht, durch das die Abwehrklage abweisende Urteil nicht rechtskräftig beantwortet wurde. Dies hat auch *Otto* erkannt, als er über die „erweiterte Präjudizwirkung“ gesprochen hat³³⁴. Die *Zeuners Lehre über die Sinnzusammenhänge* findet auch keine feste Grundlage im Gesetz³³⁵. Aus dem „Zusammenspiel“ von §§ 322 I, II und 256 II ZPO ergibt

³²⁵ Vgl. auch *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 191, S. 2140.

³²⁶ BGH, Urteil v. 30. 5. 1964 – II.ZS = ZP 74 (1961), S. 187 ff.

³²⁷ Z.B. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 3, S. 645; *Otto*, JA 1981, S. 608; *Zeuner*, ZP 74 (1961), S. 190 ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 207, S. 242.

³²⁸ *Zeuner*, ZP 74 (1961), S. 192.

³²⁹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 3, S. 645.

³³⁰ S. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 3, S. 645.

³³¹ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 207, S. 242.

³³² *Otto*, JA 1981, S. 608.

³³³ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 204, S. 241.

³³⁴ *Otto*, JA 1981, S. 608.

³³⁵ Vgl. z.B. *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 48, S. 2106.

sich sogar, dass eine solche Lehre im Widerspruch zur Gesetzeslage steht³³⁶. Trotzdem ist sie im Ergebnis zu bejahen. Der erkennende Richter ist kein „Subsumtionsautomat“, der ohne Rücksicht auf eine vernünftige Lösung des Falles entscheidet. Wird in einem Vorverfahren rechtskräftig festgestellt, dass die ZVS rechtmäßig erfolgte, hätte es keinen Sinn, die Begründetheit der daraus sich nach Ansicht des Klägers ergebenden Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche zu überprüfen.

E. ZUSAMMENFASSENDES ENDERGEBNIS

Wie die obigen Untersuchungen gezeigt haben, handelt es sich im Falle der Vollstreckungsgegenklage um eine *prozessuale Gestaltungsklage*. Das der Klage stattgebende Urteil führt eine Rechtslageänderung herbei, die darin liegt, dass die Vollstreckung aus dem konkreten Titel unzulässig wird. Diese Gestaltungswirkung tritt mit Erlangung der formellen Rechtskraft ein. Den Ansichten von *Henckel*, *Schlosser* und *A. Blomeyer*, nach denen die Gestaltungswirkung der Abwehrklage wegen §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO unvollkommen sei³³⁷, ist nicht zu folgen, weil die Rechtsgestaltung vom Beginn des Vollstreckungsverfahrens unabhängig ist.

Die mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemachten *Einwendungen* (§ 767 I ZPO) können nicht nur materiellrechtlicher, sondern auch prozessualer Natur sein. Die prozessualen Einwendungen sind auch in dem Falle zulässig, wenn sie *die Vollstreckungsunfähigkeit des VSTitels geltend machen*. Daraus folgt, dass nicht die Vollstreckbarkeit des Titels, sondern *Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem VSTitel* den Gegenstand der Klage bildet. Aus dem Verhältnis zwischen § 767 II ZPO und § 767 III ZPO ergibt es sich, dass die beiden Vorschriften außerprozessuale Präklusionsnormen darstellen. § 767 II ZPO regelt die Präklusion des Tatsachenvorbringens nur *bei rechtskräftigen VSTiteln*. Die Präklusion des § 767 III ZPO bezieht sich dagegen nur auf die die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteile, die ihrer Natur nach *keine VSTitel* sind. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, durch § 767 III ZPO „die Energie der Vollstreckung³³⁸“ zu schützen, hat zur Folge, dass während des Verfahrens neu geltend gemachte Einwendungen nicht den Vorschriften der §§ 260, 261, 263, 264 ZPO unterliegen. Im Laufe des Verfahrens ist danach eine „*globale Betrachtung des Streitgegenstandes*“³³⁹ erforderlich, die nur auf den Klageantrag abstellt.

Das der Abwehrklage stattgebende Urteil ist der Rechtskraft fähig. Es stellt die herbeigeführte Rechtsfolge (Unzulässigkeit der ZVS aus dem konkreten VSTitel) zwischen den Parteien als bindend fest. Im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen §§ 322 I und 256 II ZPO ist der Schluss zu ziehen, dass die materielle Rechtskraft des stattgebenden Urteils sich nicht auf die Frage des Bestehens des titulierten Anspruchs³⁴⁰ bezieht. Danach genügt es, den *Umfang der materiellen Rechtskraft* eines solchen Urteils nur *nach dem Urteilstenor* zu bestimmen. Das die Vollstre-

³³⁶ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 217, S. 245.

³³⁷ S. oben, B.IV.3.

³³⁸ *Hahn*, *Materialien*, S. 437.

³³⁹ S. oben, C.IV.3.

³⁴⁰ S. oben, D.II.1. und 2.

ckungsgegenklage abweisende Urteil stellt dagegen *ein positives Feststellungsurteil* dar. Es stellt rechtskräftig fest, dass *ein rechtmäßiges Vollstreckungsrechtsverhältnis* besteht. Für die Bestimmung des Umfangs der materiellen Rechtskraft ist danach *auch auf die vorgetragene Tatsachenbehauptungen* abzustellen. Kraft Sinnzusammenhang ist diesem Urteil die Präjudizwirkung für die möglichen Schadensersatz- bzw. Bereicherungsklagen zuzuschreiben³⁴¹.

F. LITERATURVERZEICHNIS

- Baumbach, A.; Lauterbach, W.; Albers, J.; Hartmann, P.*: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 59. Auflage, München 2001. (cit.: *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, 59. Auflage).
- Baumgärtel, G.*: Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, S. 69–75 (cit.: *Baumgärtel*, JuS 1974).
- Blomeyer, A.*: Rechtskraft und Gestaltungswirkung der Urteile im Prozeß auf Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage, AcP 165 (1965), S. 481–498 (cit.: *A. Blomeyer*, AcP 165, 1965).
- Blomeyer, A.*: Zivilprozessrecht – Vollstreckungsverfahren, Berlin u.a. 1975 (cit.: *Blomeyer*, ZVS).
- Blomeyer, A.*: Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985 (cit.: *Blomeyer*, ZPR).
- Blomeyer, K.*: Arrest und einstweilige Verfügung, ZJP 65 (1952), S. 52 ff. (cit.: *K. Blomeyer*, ZJP 65, 1952).
- Bötticher, E.*: Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 18. 1. 1963 – 8 U 147/62, MDR 1963, S. 933–935 (cit.: *Bötticher*, MDR 1963).
- Brox, H.*: Allgemeiner Teil des BGB, 26. Auflage, Köln u.a. 2002 (cit.: *Brox*, AT).
- Brox, H.; Walker, W.-D.*: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage, Köln u.a. 1990 (cit.: *Brox/Walker* (3. Auflage), ZVS).
- Burgard, J.*: Die Präklusion der zweiten Vollstreckungsgegenklage, ZJP 106 (1993), S. 23–51 (cit.: *Burgard*, ZJP 106, 1993).
- Ekelöf, P. O.*: Der Prozessgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz, ZJP 85 (1972), S. 145–159 (cit.: *Ekelöf*, ZJP 85, 1972).
- Fischer, G.*: Objektive Grenzen der Rechtskraft im internationalen Zivilprozessrecht, in: Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 199–213 (cit.: *Fischer*, Objektive Grenzen der Rechtskraft).
- Foerste, U.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18. 11. 1993 – IX ZR 244/92, ZJP 107 (1994), S. 370–375 (cit.: *Foerste*, ZJP 107, 1994).
- Gaul, H. F.*: Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, S. 1–12 (cit.: *Gaul*, JuS 1962).
- Geißler, M.*: Die Vollstreckungsklagen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung, NJW 1985, S. 1865–1872 (cit.: *Geißler*, NJW 1985).
- Georgiades, A.*: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im Zivilprozessrecht, München 1968 (cit.: *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz).
- Gilles, P.*: Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielficht prozessualer und zivilistischer Prozessbetrachtung, ZJP 83 (1970), S. 61–114 (cit.: *Gilles*, ZJP 83, 1970).

³⁴¹ S. oben, D.III.3.

- Gottwald, P.*: Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, Bielefeld 2000, S. 85–100 (cit.: *Gottwald*, Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge).
- Grunsky, W.*: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974 (cit.: *Grunsky*, Grundlagen).
- Hahn, C.*: Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Band 2, Abteilung I., Berlin 1881, neu ausgegeben Aalen 1983 (cit.: *Hahn*, Materialien).
- Hellwig, K.*: System des Deutschen Zivilprozessrechts, I. Teil, Leipzig 1912 (cit.: *Hellwig*, System).
- Henckel, W.*: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961 (cit.: *Henckel*, Parteilehre).
- Henckel, W.*: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 97–144 (cit.: *Henckel*, AcP 174, 1974).
- Holzhammer, R.*: Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Auflage, Wien u.a. 1993 (cit.: *Holzhammer*, Österreichisches ZVR).
- Janke, J. S.*: Über den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO), Frankfurt a. M. u.a. 1978. (cit.: *Janke*, Gegenstand).
- Kainz, M.*: Funktion und dogmatische Einordnung der Vollstreckungsgegenklage in das System der Zivilprozeßordnung, Berlin 1983 (cit.: Funktion und Einordnung).
- Kohler, J.*: Ueber executorische Urkunden, AcP 72 (1888), S. 1–41 (cit.: *Kohler*, AcP 72, 1888).
- Kohler, J.*: Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkung, ZZP 29 (1901), S. 1–49 (cit.: *Kohler*, ZZP 29, 1901).
- Kuttner, G.*: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914. (cit.: *Kuttner*, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914).
- Langheineken, P.*: Der Urteilsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht, Leipzig 1899 (Zitiert als: *Langheineken*, Urteilsanspruch).
- Larenz, K.*: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989 (cit.: *Larenz*, AT 7. (Auflage)).
- Larenz, K.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991 (cit.: *Larenz*, Methodenlehre).
- Leipold, D.*: Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), S. 237–265 (cit.: *Leipold*, ZZP 93, 1980).
- Lent, F.*: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZZP 61 (1939), S. 274 ff. (cit.: *Lent*, ZZP 61, 1939).
- Lüke, G.*: Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, S. 301–307 (cit.: *Lüke*, JuS 1969).
- Münch, J.*: Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, Köln u.a. 1989 (cit.: *Münch*, Vollstreckbare Urkunde).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, München 2000 (cit.: *MünchKomm/zpracovatel*).
- Münzberg, W.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21. Mai 1973 – II ZR 22/72, ZZP 87 (1974), S. 449–459 (cit.: *Münzberg*, ZZP 87, 1974).
- Musielak, H.-J.*: Grundkurs ZPO, 6. Auflage, München 2002 (cit.: *Musielak*, Grundkurs).
- Nikisch, A.*: Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß (zugleich eine Besprechung von Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München/Berlin 1954), AcP 154 (1955), S. 269–299 (cit.: *Nikisch*, AcP 154, 1955).
- Oertmann, P.*: Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage, AcP 107 (1911), S. 199–245 (cit.: *Oertmann*, AcP 107, 1911).

- Otto, H.*: Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozessrecht, Berlin 1970 (cit.: *Otto*, Die Präklusion).
- Otto, H.*: Die inner- und außerprozessuale Präklusion im Fall der Vollstreckungsgegenklage, in: Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 615–631 (cit.: *Otto*, FS Henckel).
- Otto, H.*: Grundprobleme der Vollstreckungsgegenklage, 1. Teil, JA 1981, S. 606–609 (cit.: *Otto*, JA 1981).
- Reichel, H.*: Widerklage gegen Vollstreckungsgegenklage, AcP 133 (1931), S. 19–36 (cit.: *Reichel*, AcP 133, 1931).
- Rödig, J.*: Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin u.a. 1973 (cit.: Gerichtliches Erkenntnisverfahren).
- Rosenberg, L.; Schwab, K. H.*: Zivilprozessrecht, 14. Auflage, München 1986 (cit.: *Rosenberg/Schwab*, 14. Auflage).
- Rosenberg, L.; Schwab, K. H.; Gottwald, P.*: Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993 (cit.: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*).
- Rosenberg, L.; Gaul, H. F.; Schilken, E.*: Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997 (cit.: *Rosenberg/Gaul/Schilken*).
- Schack, H.*: Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2003 (cit.: *Schack*, US-amerikanisches ZPR).
- Schilken, E.*: Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln u.a. 2002 (cit.: *Schilken*, ZPR).
- Schlosser, P.*: Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (cit.: *Schlosser*, Gestaltungsklagen).
- Schmidt, K.*: Präklusion und Rechtskraft bei wiederholten Vollstreckungsgegenklagen – zur Abgrenzung von §§ 767 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO, JR 1992, S. 89–95 (cit.: *K. Schmidt*, JR 1992).
- Schmidt, K.*: Vollstreckungsgegenklage – Prozessrecht und materielles Recht in Bewährung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, München 2000 (cit.: *K. Schmidt*/Vollstreckungsgegenklage).
- Schwab, K. H.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2. Mai 1966 – II ZR 178/65, ZZP 79 (1966), S. 463/464 (cit.: *Schwab*, ZZP 79, 1966).
- Schwab, K. H.*: Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft, JuS 1976, S. 69–74 (cit.: *Schwab*, JuS 1976).
- Simshäuser, W.*: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem und Prozessrecht seit Savigny, Bielefeld 1965 (cit.: *Simshäuser*, Entwicklung).
- Stein, F.*: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913 (cit.: *Stein*, Grundfragen).
- Stein, F.*: Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928. (cit.: Grundriß des ZPR und Konkursrechts, 3. Auflage 1928).
- Stein, F.; Jonas, M.*: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1993 ff., pouze „Einleitung“ je citováno podle 20. vydání z let 1977–1991 (1984) (cit.: *Stein/Jonas/zpracovatel*).
- Thomas, H.; Putzo, H.; Reichhold, K.; Hüßtege, R.*: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, 23. Auflage, München 2001 (cit.: *Thomas/Putzo*, 23. Auflage).
- Thran, M.*: Die Vollstreckungsgegenklage nach 767 ZPO, JuS 1995, S. 1111–1115 (cit.: *Thran*, JuS 1995).
- Wach, A.*: Handbuch des Deutschen Civilprozesses, I. Band, Leipzig 1885 (cit.: *Wach*, Handbuch).
- Weinberger, C.; Weinberger, O.*: Logik, Semantik, Hermeneutik, München 1979 (cit.: *Weinberger/Weinberger*, Logik, Semantik, Hermeneutik).
- Winterová, A.*; u. a.: Civilní právo procesní, 2. Auflage, Praha 2002 (cit.: *Winterová/zpracovatel*, CPP).

- Zeuner, A.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30. Mai 1960 – II ZR 207/58, ZZP 74 (1961), S. 190–193 (cit: Zeuner, ZZP 74, 1961).
- Zeuner, A.: Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß – Aspekte anglo-amerikanischen, der französischen und der deutschen Lösungskonzeption, in: Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981 (cit.: Zeuner, Rechtsvergleichende Bemerkungen).
- Zöllner, R.: Zivilprozessordnung, 20. Auflage, Köln 1997 (cit.: Zöllner/Bearbeiter, 20. Auflage).

G. SHRNU TÍ

Autor stati se věnuje problematice *předmětu řízení o opoziční žalobě*. Vzhledem k tomu, že úprava opoziční žaloby byla z našeho civilněprocesního práva vypuštěna již v roce 1950, zaměřuje se práce primárně na *úpravu platnou ve Spolkové republice Německo* (§ 767 ZPO), jež se opírá o bohaté literární prameny i konstantní judikaturu. Autor chce předkládanou práci mimo jiné ukázat, že opoziční žaloba *není mrtvým institutem*, nýbrž že v právním řádu plní jasný účel a měla by proto být do naší procesní úpravy opětovně zavedena. Současná koncepce námitek podle § 268 odst. 1 písm. g) o. s. ř., která představuje *regresi* dokonce i proti úpravě obsažené v § 441 o. s. ř. 1950, není nadále prakticky ani teoreticky udržitelná. Jeví se proto jako vhodné prozkoumat na příkladu cizího právního řádu tradiční procesní institut, který by v budoucnu měl opět nalézt místo i u nás.

V této souvislosti chce práce v obecné rovině upozornit rovněž na skutečnost, že zřejmě nejzávažnějším zásahem zákonodárce do struktury civilního procesu v období totalitního státu byla koncepce tzv. *jednotného řízení*, jejíž podstata spočívala v *popření vnitřní diferenciaci civilního procesu* na jednotlivé procesní druhy. Je třeba si uvědomit, že uvedená koncepce nestírala pouze rozdíly existující uvnitř řízení nalézacího, tradičně vycházejícího z dělení na řízení sporné a nesporné, nýbrž ve své podstatě *usilovala i o popření diferenciaci mezi řízením nalézacím a vykonávacím* (exekucním). Mezi závažná pochybení ve vztahu mezi oběma procesními druhy patří, podle názoru autora, *vyhrazení projednávání některých exekucních sporů řízením vykonávacím*. Jedná se zejména o spory o existenci, resp. vymahatelnost subjektivního práva přiznaného exekucním titulem, tedy o *spory opoziční*, resp. impugnační. Právě prvně zmíněným se práce na podkladu německé úpravy (§ 767 ZPO) věnuje.

Jak ukázala provedená zkoumání, jedná se v případě opoziční žaloby o *procesní žalobu konstitutivní*. Rozsudek, kterým se vyhovuje opoziční žalobě, s sebou nese změnu v právních vztazích, jež spočívá v tom, že výkon rozhodnutí (exekuce) z konkrétního exekucního titulu se stává nepřipustným. Tento účinek, jež nazvat *pravotvorným*, nastupuje spolu s *právní mocí* takového rozsudku. Stanoviska *Henckela, Schlossera* a *A. Blomeyera*, podle kterých je pravotvorný účinek vyhovujícího rozsudku v tomto případě v důsledku § 775 bod 1, 776 ZPO jen *neúplný*, je třeba odmítnout. Pravotvornost rozhodnutí totiž podle názoru autora stati nelze vázat na zahájení řízení o výkonu rozhodnutí (exekucního řízení). Od toho je třeba odlišovat otázku, zda na takové žalobě může mít žalobce *právní zájem*.

Námítky, které jsou uplatňovány opoziční žalobou, nemusí mít *podle německé úpravy* (§ 767 odst. 1 ZPO) pouze hmotněprávní povahu, nýbrž lze jimi uplatnit též námítky procesní (na rozdíl od rakouské úpravy, která tento druh námitek vyhraduje zásadně vyhraduje žalobě impugnační podle § 36 EO). Námítky procesní povahy jsou přípustné i v tom případě, jestliže spočívají v *nevykonatelnosti exekučního titulu*. Z toho podle autora vyplývá, že předmětem opoziční žaloby není vykonatelnost exekučního titulu, nýbrž obecně *přípustnost výkonu rozhodnutí (exekuce) z exekučního titulu*. Ze vztahu mezi § 767 odst. 2 a § 767 odst. 3 ZPO se podává, že v obou případech jde o tzv. *mimoprocesní prekluzivní normy* (tj. uplatňující se vedle probíhajícího i v následných řízeních).

Ust. § 767 odst. 2 ZPO upravuje prekluzi skutkových tvrzení v případě těch exekučních titulů, které *nabývají právní moci*. Ust. § 767 odst. 3 ZPO se naproti vztahuje především na ta rozhodnutí, kterými je opoziční žaloba zamítána a která tedy nejsou exekučními tituly. Spíše než jako výraz koncentrační zásady je uvedené ustanovení třeba pojímat jako *výjimku* z pravidel o formování předmětu řízení. Zákonodárcem sledovaný účel – chránit prostřednictvím § 767 odst. 3 ZPO „energií exekuce“ – má za následek, že v průběhu řízení o opoziční žalobě nově uplatněné námítky nepodléhají předpisům § 260, 261, 263 a 264 ZPO. Je tedy podle názoru autora zapotřebí pojímat *předmět řízení o opoziční žalobě „globálně“*, vycházejíce pouze z uplatněného žalobního návrhu (petitu) a nikoliv z jeho skutkového odůvodnění (tzv. *jednočlenný předmět řízení*).

Práce dále ukázala, že *rozsudek, kterým se vyhovuje opoziční žalobě*, nabývá i účinků právní moci. Závazně pak mezi účastníky řízení a jejich právními nástupci stanoví žalobcem požadovaný právní následek, tj. *nepřípustnost výkonu rozhodnutí (exekuce)* z konkrétního exekučního titulu. S ohledem na souvislost mezi § 322 odst. 1 ZPO a 256 odst. 2 ZPO je třeba učinit závěr, že *právní moc* vyhovujícího rozsudku *se nevztahuje na otázku existence nároku vyplývajícího z exekučního titulu*. Při určování *objektivních mezí právní moci* je podle názoru autora třeba vyjít z výroku takového vyhovujícího rozsudku.

Naproti tomu rozsudek, kterým se opoziční žaloba zamítá, představuje ve skutečnosti *kladný určovací rozsudek*. Je jím pravomocně určeno, že zde v souladu s právem existuje právní vztah vyvolaný výkonem rozhodnutí (exekucí). Ohledně určení *objektivních mezí právní moci* je třeba vycházet rovněž *ze skutkových přednesů* uplatněných opoziční žalobou. Zamítajícímu rozsudku autor přiznává v návaznosti na *Zeunera* rovněž účinky závaznosti (prejudiciality) pro možné nároky týkající se náhrady škody či bezdůvodného obohacení vzniklého v důsledku provádění výkonu rozhodnutí (exekuce).



PIERCING THE CORPORATE VEIL, KOMPARATIVNÍ KONTURY TOHOTO INSTITUTU A REKODIFIKACE ČESKÉHO PRÁVA SOUKROMÉHO¹

TOMÁŠ MACH

Institut corporate veil, tedy zásada samostatnosti a odlišení obchodní společnosti od jejích akcionářů či společníků, je jednou ze základních doktrin anglo-amerického práva obchodních společností. Jedná se o institut, který byl tiše přijat i v kontinentálním právu obchodním, kdy přes to, že není teoreticky artikulován, je implicitně přijímán například i v českém právním řádu a to jakožto samozřejmá součást samotné smysluplnosti existence kapitálových korporací, ať již v rovině právně-teoretické, tak zejména – teleologicky vzato – v rovině hospodářské. Tento institut pak našel cestu i do mezinárodního práva veřejného, je aplikován například MSD v jeho judikatuře.²

Reakcí na existenci principu corporate veil je pak piercing the corporate veil jakožto institut, který by za konkrétních, pozitivním právem definovaných podmínek, měl umožnit obejít samostatnost konkrétní korporace za účelem prostoupení vlastnickou strukturou k jejím společníkům tak, aby případný věřitel dosáhl na majetek takových společníků.

Institut piercing the corporate veil se v různých právních řádech vyvíjel, vyvíjí a je přijímán různě a má různé kontury. Jak je předmětem tohoto článku, od piercingu korporátního závoje mezi osobami ovládajícími a ovládanými, vyvíjí se tato problematika v širším slova smyslu, zejména v kontinentálních právních řádech, i v relacích ručitel-ských vztahů mezi statutárními orgány obchodních společností a takovými společnostmi. Protože diskutovaná oblast práva začíná být pomalu aktuální i v českém právním řádu, považuje autor za vhodné přispět do odborné diskuze drobným komparativním exkursem, k čemuž má sloužit tento příspěvek.

¹ Tento příspěvek vznikl na bázi části autorovy disertační práce zpracovávané na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze pod vedením pana prof. Květoslava Růžičky. Autor by vedle svého školitele chtěl poděkovat také panu prof. Lubošovi Tichému za přínosné komentáře k dřívějším verzím tohoto textu. Jakékoliv chyby či nepřesnosti, které by v textu mohly existovat přes poskytnuté připomínky, zůstávají toliko odpovědností autorovou.

² Srov. např.: *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain)*, second phase. Rozsudek ze dne 5. února 1970, 1970 ICJ Rep a online. na <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (11. 6. 2009 15:30:50)

I. CORPORATE VEIL JAKOŽTO SOUČÁST DEFINICE OBCHODNÍ SPOLEČNOSTI

Pro soudobé korporace, zejména obchodní společnosti, které jsou středem pozornosti analýzy tohoto příspěvku, je charakteristický obsah definice jejich právní subjektivity, který v sobě pojímá právě i odlišení od jiných subjektů práva, včetně jejich společníků. Součástí právní subjektivity konkrétní korporace ve většině národních právních řádů je tedy (zejména u kapitálových korporací) tzv. institut *corporate veil*. Tento institut je výsledkem vývoje práva postmoderní doby a je původně výstupem interpretace právních předpisů moci soudní tak, aby se samostatná existence právnické osoby, jakožto subjektu práva (tedy ve své podstatě fikce), ujala v aplikační praxi a byla smysluplná, co do svého zavedení do dotčených právních řádů.³

Platí, že ne všechny právní řády mají přesnou definici tohoto institutu. Přesto však, nebo spíše právě proto, jak ve státech s *common law*, tak ve státech s kontinentální právní kulturou založenou na recepci římského práva, převládá v zásadě jednota v teoretické akceptaci anglické doktríny *corporate veil*⁴ založené rozhodnutím Sněmovny Lordů v případě *Salomon v Salomon & Co.*⁵ V tomto milníku soudobého práva společností bylo nalezeno následující:

Společnost je právně naprosto odlišnou osobou od společníků [...], a i když se může stát, že jsou po inkorporaci takové společnosti její obchodní aktivity stejné, jako byly před tím, a stejné osoby jsou manažery, jakož i stejná ruka přijímá zisky, společnost není právně zmocněncem společníků ani jejich trustovým držitelem v jejich prospěch. A ani společníci, jakožto členové takové společnosti, nejsou žádným způsobem odpovědní za závazky takové společnosti, krom závazků v rozsahu a podobě stanovené zákonem.⁶

Jinými slovy sumarizováno: obchodní společnost je samostatnou osobou mající rozdílnou identitu od svých společníků i statutárních orgánů. Jako taková je tato společnost samostatně schopna činit právní úkony, plnit závazky a plnění závazků vyžadovat, mít vlastní majetek a je oprávněna požadovat od třetích osob respektování této své nezávislosti. Přestože je uměle (zákonem) vytvořenou fikcí, jedná se o subjekt, který je nezávislý a od svých společníků (vlastníků) oddělený pomyslným korporátním závojem (*corporate veil*) chránícím její individuální subjektivitu jakož i subjektivitu a odlišnost společníků takové entity.⁷

³ Zajímavé je, že některé právní řády implicitně s touto doktrínou pracují, aniž by jí zásadním způsobem pozitivně artikulovaly (viz český obchodní zákoník č. 513/1991 Sb., v platném znění). Stejně tak některé právní řády nemají rozumně artikulovanou teorii právní samostatnosti všech právnických osob, přesto však implicitně pracují s jakousi analogií institutu *corporate veil* i ve vztahu k subjektům, které přesto, že jsou korporacemi, nejsou obchodními společnostmi. Příkladem je Česká republika a zákon o sdružování občanů č. 83/1990 Sb.

⁴ Např. česká právní věda nemá vlastní termín.

⁵ *Salomon v Salomon & Co.* (1896), [1897] A.C. 22 (H. L.)

⁶ Překlad autora. Originál z dedikované stránky encyklopedie Wikipedia: „The company is at law a different person altogether from the [shareholders] [...] and, though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands received the profits, the company is not in law the agent of the [shareholders] or trustee for them. Nor are the [shareholders], as members, liable in any shape or form, except to the extent and in the manner provided for by the Act.“

⁷ V USA například hovoří teorie o tzv. teorii entit (*Entity Law Doctrine*), tedy o termínu popisujícím takovou situaci jak volně definována nad čarou. Z judikatury je v tomto kontextu nejvýznamnějším judikátem případ Nejvyššího soudu USA ve věci *Cannon (Cannon Manufacturing Co. v Cudahy Packing Co., 267*

Výše uvedené není jistě ničím novým, tedy informací, kterou by čtenář tohoto příspěvku viděl poprvé. Explicitní artikulace výše uvedeného však má systematický smysl pro diskuzi, která je předmětem tohoto článku, což je důvodem pro výše uvedenou sumarizaci před tím, než v diskuzi přejdeme k navazujícím protichůdným trendům.

II. PIERCING THE CORPORATE VEIL – OD SAMOSTATNOSTI ZPĚT

Výše je konstatováno, že obecně soudobé právní řády zavedly a uznávají standard respektování právní nezávislosti obchodních společností jakožto subjektů práva, které mají vlastní práva, povinnosti a závazky odlišné od svých společníků.

Praxe v některých jurisdikcích nicméně shledala nutnou tuto maximu limitovat do té míry, že judikatura (a v poslední době i zákonodárství) právních řádů většiny významných ekonomik vyvinula podmínky (většinou spojené s *mala fides*), za kterých nerespektuje právní samostatnost takové korporace a zejména závazky takové entity přičítá k tíži těch, kteří takovou společnost ovládají či za ní jednájí.⁸ V tomto kontextu hovoříme o tzv. *piercing the corporate veil*, neboli o protržení korporátního závoje kolem dané společnosti. Vhodnou definici tohoto institutu nabídl *Hancock J.* v případě *Morris v New York State Department of Taxation and Finance et al.*:⁹

Doktrína *piercing the corporate veil* je typicky používána třetí stranou [...], která se snaží prostoupit skrze zábrany existence samostatné korporace a která se snaží obejít omezené ručení jejich vlastníků za účelem dovolání se plnění závazků takové korporace.¹⁰

(resp. v terminologicky smysluplnějším anglickém originále):

The doctrine of *piercing the corporate veil* is typically employed by a third party [...] seeking to go behind the corporate existence in order to circumvent the limited liability of the owners and to hold them liable for some underlying corporate obligation.¹¹

Různé právní řády však reagovaly a reagují na myšlenku *piercingu* různým způsobem a nástroji právních kultur jim vlastními. Právní řády s *common law* používají odlišné technické nástroje než právní řády kontinentální a ne všechny právní řády se k této myšlence staví vstřícně. Následující komparativní exkurz má za účel právě zpřehlednit jednotlivé klíčové přístupy k předmětné problematice v ekonomicky významných právních rádech západního světa.

US 333 1925). Srov: Solomon, E. D. et al. *Corporations, Law and Policy. Materials and Problems*. 3rd ed. St Paul: West Publishing Co. 1994, s. 328; Lasák, J. *Soumrak formální samostatnosti osob tvořících podnikatelská seskupení v otázce jurisdikce*. In: *Právní rozhledy*. 18/2008, s. 604; či Ballantine, H. W. *Ballantine on Corporations*. Chicago: Callaghan and Company. 1946, s. 287.

⁸ Zde je třeba obchodněprávní poznámky spočívající v tom, že český právní řád je svého druhu výjimečný v tom smyslu, že jednání statutárního orgánu společnosti je *ipso facto* jednáním společnosti. Stejně tak, jak tomu bylo za I. ČSL republiky na našem území, v zahraničí (SNR, Anglie a Wales jako příklady) je běžné, že statutární orgán jedná za společnost (zastoupení).

⁹ *Joseph Morris v New York State Department of Taxation and Finance et al.*, 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993).

¹⁰ Překlad autora.

¹¹ *Ibid.*; online at http://www.law.cornell.edu/nyctap/193_0201.htm (6. 2. 2009 21:59:40).

III. PIERCING THE CORPORATE VEIL V NEJVÝZNAMNĚJŠÍCH PRÁVNÍCH ŘÁDECH

III.1 USA (PRŮŘEZ V RÁMCI DESÍTEK PRÁVNÍCH ŘÁDŮ A FEDERACE)

Institut *corporate veil* se vyvinul, jak výše diskutováno, v rámci angloamerické právní kultury, jmenovitě v Anglii. I institut *piercing the corporate veil* se vyvinul v angloamerické právní kultuře, v tomto případě v USA.

Hovoříme-li v tomto příspěvku o USA, potom tak však činíme logicky s velkým zjednodušením vyplývajícím ze skutečnosti, že Spojené státy jsou federací tolika právních řádů, kolik je členských států a federálního (federálně-ústavního) rámce nad těmito právními řády. Proto budiž toto zjednodušení bráno na zřetel. Na druhou stranu však provázanost právní kultury v rámci USA je do té míry silná, že často dochází k vzájemnému křížovému ovlivňování jednotlivých právních řádů (tzv. *cross-fertilization*) mezi jednotlivými právními řády členských států, tedy že doktríny vyvinuté v jednom státě jsou často adoptovány, či parafrázovány soudy jiných členských států.¹²

Z výše uvedeného vyplývá, že nemůžeme hovořit o žádném jednotném právu v oblasti *piercing the corporate veil* v USA. *Vandeckerckhove*¹³ například konstatuje, že:

Neexistuje jednotné právo v oblasti *piercing of the corporate veil*. Mezi jednotlivými státy jsou velké rozdíly v předmětném právu a tyto rozdíly mohou vést k protichůdným standardům, i když společně nazývaným doktrína *alter ego*. [...] Judikatura je roztržštěná a je téměř nemožné dekodovat jednotný trend.¹⁴

Blumberg pak hovoří o tom, že tato oblast práva společností je:

[...] jednou z nejneuspokojivějších oblastí práva se stovkami neslučitelných rozhodnutí a zaměňovaných smyslů.^{15, 16}

Za nejdůležitější lze asi považovat preliminární závěr, že neexistuje jednotná doktrína *piercing the corporate veil*, což bude ilustrováno rozbořem níže, existuje nicméně převládající představa o tom, kdy má k *piercing the corporate veil* dojít, přičemž této jakési obrazné maximy se soudy členských států (a případně soudy federální) více či méně drží. V rámci této teleologické maximy se postupně zároveň začínají krystalizovat více či méně spolehlivé dílčí doktríny (či důvody pro) *piercing the corporate veil* a jejich pravidla.

¹² Např. doktrína *alter ego* se vyvinula v Kalifornii, ale jak říká *Vandeckerckhove* (*infra*, s. 83) je dnes aplikována ve všech členských státech USA.

¹³ *Vandeckerckhove*, K. *Piercing the Corporate Veil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, s. 78.

¹⁴ *Ibid.* překlad autora z originálu: „There is no uniform law on piercing of the corporate veil. Among the different states the law differs substantially and may sometimes provide contradictory standards under the general rubric of the *alter ego* doctrine. [...] case law is disparate and it is almost impossible to decipher a general trend.“ (*ibid.*)

¹⁵ *Blumberg*, P. I. *Accountability of multinational corporations: the barriers presented by concepts of the corporate juridical entity*. In: 24 *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, s. 307.

¹⁶ Překlad autora. Originál: „[...] one of the most unsatisfactory areas of the law, with hundreds of irreconcilable decisions and shifting rationales.“

III.1.1 Piercing the veil v USA – fraud or injustice jakožto podmínka aplikace

Přes vše výše uvedené, lze nicméně vysledovat zásadní podmínky aplikace *piercing the corporate veil* jakož i základní rámec doktrín, které jsou soudy členských států USA aplikovány.

Jako primární podmínka vyplývající ze skutečnosti, že *piercing the corporate veil* je ze své podstaty nástrojem *equity*,¹⁷ platí, že musí být přítomný prvek *nespravedlnosti* či *podvodu*, aby se soud ke kroku protržení korporátního závoje odhodlal. *New York Court of Appeals* toto sumarizoval následovně:

Obecně řečeno, soud bude ignorovat korporátní formu té společnosti, resp. za použití uznané terminologie „protrhne korporátní závoj“ tam, kde je to nutné k „předcházení podvodů či dosažení spravedlnosti“.¹⁸

Jinými slovy, jednání mateřského, či ovládajícího subjektu (jakož i kroky daného subjektu dceřiného), musí být v širších intencích *mala fides*.¹⁹

Jistý aplikační problém této podmínky je, že judikatura se zatím ne úplně ustáleně vypořádala s tím, zda toto je jen jedna z kvalifikačních podmínek pro jednotlivé doktríny *piercingu* samého, nebo je jednou z těchto doktrín samou, či obě (tedy, že fraud or injustice samo osobě stačí pro *piercing*).

Zatímco tedy například při aplikaci primárních interpretačních pravidel na *ratio decidendi* v případě *Joseph Morris v New York State Department of Taxation and Finance et al.*²⁰ dojdeme spíše k závěru, že podvod (podvodnost jednání – *fraud*) je jednou z kategorií (dílčích) doktrín pro *piercing*,²¹ v tamním právním řádu následná judikatura v té samé jurisdikci²² jednoznačně indikuje *fraud* jako základní kvalifikační podmínku předcházející faktickým důvodům *piercingu* jako takového.²³ I samotná

¹⁷ K diskuzi nad rolí *piercing the corporate veil* v rámci *equity* a (tehdy) *court of law* srov. Wormser, I. M. *Piercing the Veil of Corporate Entity*. In: 12 Columbia Law Review 1912, s. 496

¹⁸ *Walkovsky v Carlton* (18 NY 414); *International Aircraft Trading Co. v Manufacturers Trust Co.*, 297 NY 285, 292; *Joseph Morris v New York State Department of Taxation and Finance et al.*, 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993). Překlad autora z originálu: „Broadly speaking, the courts will disregard the corporate form, or, to use accepted terminology, ‘pierce the corporate veil’, whenever necessary to ‘prevent fraud or to achieve equity’.“

¹⁹ Adkins například odkazuje na sumář toho, jak tuto podmínku vnímá právo státu Oklahoma, cituje přitom judikát *King v Modern Music Co.*, 33 P.3d 947, 953 (Okla. Civ App. 2001): „Oklahoma permits the court to disregard the corporate entity if used: (1) to defeat public convenience; (2) justify wrong; (3) to perpetrate fraud whether actual or implied; or (4) to defend crime. If the legal entity is used to accomplish these purposes, the law may treat the corporation as an association of persons. The goal in piercing the corporate veil is to impute liability for the acts of the corporation to the responsible persons.“ (srov. Adkins, C.C. *Unraveling the Veil: The Concepts of Limited Liability and Disregard of Corporate Entity*. Oklahoma City: Oklahoma City University. 2006, s. 33 fn. 27). Online at: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4541&context=expresso> (3. 6. 2009 15:49:50).

²⁰ 82 N.Y.2d 135, 623 N.E.2d 1157, 603 N.Y.S.2d 807 (1993) (New York Court of Appeals).

²¹ Raná judikatura se například také spíše klonila k *fraud* jakožto samostatnému důvodu. Srov. např. *Hibernia Insurance Company v St. Luis & New Orleans Trans. Co.* (1882) 13 Fed. 516.

²² Konkrétně stát New York.

²³ Srov.: *Supreme Court of the State of New York* ve věci *Hedley C. Williams and International Growth Resources Limited v American Softworks Corporation, American Softworks International Corporation, William S. Kosovitch and Steven Grossman /Williams v Grossman*. Online: <http://www.nycourts.gov/comdiv/Law%20Report%20Files/July%201999/williams2.htm> (2. 6. 2009 22:45:59); „[...] It is also well settled that corporations are legal entities distinct from their managers and shareholders and have an independent legal existence. Ordinarily, their separate personalities cannot

skutečnost, že se původem jedná o nástroj *equity*, logicky určuje, že by se mělo jednat toliko o kvalifikační podmínku. Exituje tedy teoretické dilema co do konkrétního stavu práva a jeho konkrétního obsahu v místě a čase, zde v případě a na případu práva státu New York.

Odpověď na toto teoretické dilema nicméně leží někde na půl cesty mezi výše citovanou judikaturou. Tato odpověď spočívá v tom, že sice lze souhlasit se závěrem, že se jedná pouze o kvalifikační podmínku pro aplikaci dalších kritérií pro tzv. *piercing*, nicméně podmínku k blíže neurčitému počtu důvodů (doktrín) pro *piercing*. Těmito důvody pak mohou být od záležitostí práva smluvního²⁴, deliktní odpovědnosti, až po oblast práva daňového, zejména vyhýbání se daním či jejich krácení. Jinak pojato, *fraud* jako možná samostatná kategorie může být přijata v tom smyslu, že můžeme hovořit o zbytkové sběrné kategorii *fraud* tam, kde skutkové okolnosti různých případů neumožňují zařazení těchto různých případů pod zažité a lépe ustálené kategorie.

Níže diskutované zvláštní kategorie *piercingu* pak ve svých jednotlivých definicích vždy obsahují (není-li níže řečeno jinak) právě i podmínku *fraud or injustice*, když tato podmínka není v tomto textu u těchto zvláštních kategorií vždy dále zdůrazňována.

III.1.2 Kategorie – zvláštní důvody – pro *piercing the corporate veil*

Pro kategorizaci doktrín *piercing the corporate veil* v USA je v současné době problémem, že nelze jednoznačně charakterizovat všechny důvody užívané soudy pro aplikaci *piercingu*. Je tomu tak proto, že soudy různých členských států nazývají stejné doktríny různě, nebo různé doktríny stejně (tj. že v takovém případě pod analogické názvy podřazují jiné okolnosti). Výstižně to komentuje *Gee J.* v případě *Lubrizol Corp. v Cardinal Construction Co et.:*

The law relating to disregard of the corporate entity, or piercing the corporate veil, is not uniform throughout the United States. There are many different terms ascribed to a cause of action seeking to hold one corporation liable for the actions of another corporation. Common theories use terms and phrases such as “alter ego”, “agency”, “mere instrumentality”, “sham corporation”, and “identity”.²⁵

Přesto stojí za to, s jistou dávkou flexibility a generalizace v terminologii, diskutovat základní doktríny, kterých se soudy dovolávají.

be disregarded. However, in a broad sense, the courts do have the authority to look beyond the corporate form where necessary to ‘prevent fraud or to achieve equity’“. Viz *Port Chester Electrical Construction Corp. v Atlas*, 40 N.Y.2d 652, 656 (1976) (citace vynechána).

„More specifically, where a shareholder uses a corporation for the transaction of the shareholder’s personal business, as distinct from the corporate business, the courts have held the shareholder liable for acts of the corporation in accordance with the general principles of agency. The determinative factor is whether “the corporation is a ‘dummy’ for its individual shareholders, who are in reality carrying on the business in their personal capacities for purely personal rather than corporate ends [...]“

²⁴ Srov. např.: *Jerome J. v případě: Berger v COLUMBIA BROADCASTING SYSTEMS, INC. (1972)* 453 F.2d 991.

²⁵ *Lubrizol Corp. v Cardinal Construction Co et. Al.* 868 F.2d 767 (1989).

Online: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/868/868.F2d.767.88-2204.html> (4. 6. 2009 11:12:57).

III.1.2.1 Doktrína nástroje (*the instrumentality doctrine*)

Tato doktrína postihuje situace, kde dceřiná společnost je, jak název napovídá, pouhým nástrojem jednání mateřské společnosti v *mala fides*, tj. nástrojem, používaným k tomu, aby mateřská společnost byla případně nepostižitelná.²⁶

První podmínkou aplikace této doktríny je výše diskutovaná *mala fides*,²⁷ a to subjektu, který chce zneužít korporátního závoje subjektu, o jehož protržení se v daném případě usiluje. Tato podmínka byla diskutována v předchozí části.

Druhým podmiňujícím kritériem (podmínkou) je pak excesivní kontrola subjektu, jehož *corporate veil* je předmětem zkoumání stran subjektu, vůči němuž má toto protržení směřovat.²⁸ Kontrolující subjekt, který tedy má být protržením korporátního závoje konkrétní společnosti jako adresát za tímto korporátním závojem dotčen, musí být způsobilý ovládat vůli a její projevy dané korporace do té míry, že tato vůle není autonomní a svobodnou vůlí dané korporace. Někdy je k této podmínce přiřazována ještě kvalifikace spočívající v tom, že taková společnost-nástroj nemá jiného důvodu pro svoji existenci, než aby vykonával právě obchody osoby ovládající.²⁹

Vandekerckhove poukazuje na to, že někteří autoři pak k těmto dvěma podmínkám přiřazují ještě podmínku kauzálního nexu mezi jednáním subjektu, k jehož „pohnání k zodpovědnosti“ to či ono protržení korporátního závoje směřuje a újmou, která jeho jednáním vznikla právě žalobci v daném případě. Toto je velmi validní poznámka, i když ne úplně přesná. Nelze totiž vždy přímo *stricto sensu* hovořit o škodě například tam, kde je předmětem řízení otázka daňová, neboť v takovém případě nelze hovořit o soukromoprávní škodě (i když lze argumentovat, že nevybraná daň je škodou na objemu majetku státu a v tomto smyslu je předmětnému závěru analogická). V každém případě, téměř vždy jde o otázku plnění či zdržení se, jakožto předmětu řízení, pročež s touto upřesňovací reformulací je možno přijmout poznámku ve smyslu, že musí být přítomný konkrétní negativní následek jednání subjektu, který má být *piercingem* zasažen.³⁰

Od relativně rozvinuté doktríny nástroje budiž dále diferencována zatím nepříliš rozvinutá newyorská doktrína „*sham or shell corporation*“. Podstatou odlišení je, že podle druhé zmiňované doktríny se soud někdy uchyluje k protržení korporátního závoje v případě, kdy je nedovoleným způsobem ovládána dceřiná společnost ovládajícím subjektem, aniž by však nutně existovala podmínka *fraud* či jiného jinak nemorálního jednání.³¹

²⁶ Srov. např. judikát: *Joseph R. Foard Co. v Maryland ex rel. Goralski*, 219 Fed. 827. V literatuře pak zejména: (nepodepsáno). *Liability of a Corporation for Acts of a Subsidiary or Affiliate*. In: Harvard Law Review 71 (1958), s. 1125.

²⁷ Jednání *mala fides* mateřské společnosti se pak dle judikatury některých států nemusí vztahovat jen na konkrétní kroky v kontextu jednání dceřiného subjektu v čase a místě, ale i na skutečnosti tomuto předcházející, kdy například taková dceřiná společnost je skrze tato jednání založena. Kupříkladu ve věci *Parker v Bell Asbestos Mines Ltd.* (607 F. Supp. 1397) bylo i založení dceřiné společnosti zabývající se těžbou asbestu za účelem poskytnutí ochrany její matce před případnými nároky dotčených poškozených zaměstnanců z této těžby shledáno jako splňující tento test.

²⁸ Srov. *Vandekerckhove*, supra., s. 81.

²⁹ Srov. judikát *Zaist v Olson*, 227 A.2d. 552, 573 (Conn. 1967).

³⁰ Takový trojstupňový test potvrdil i *US Court of Appeal*, 5d v případě: *Lubrizol Corp. v Cardinal Construction Co et. Al.* 868 F.2d 767 (1989) s odvoláním na *Johnson v Warnaco, Inc.*, 426 F.Supp. 44, 48 (S.D.Miss.1976). Též online na: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/868/868.F2d.767.88-2204.html> (4. 6. 2009 11:12:57).

³¹ Srov. Blumberg, P. I. *Law of Corporate Groups: Substantive Law*. New York: Wolters Kluwer. 2000, s. 36.

III.1.2.2 Doktrína alter ego

Doktrína *alter ego* je výše uvedené doktríně nástroje velmi podobná. Důraz při její kvalifikaci je kladen na to, že dceřiná společnost fakticky provádí ekonomické aktivity společnosti mateřské a je ovládána stejnými statutárními orgány. Podstata definice tedy je, že se jedná jen o jinou faktickou podobu „matky“. Někteří autoři proto pochybují o proveditelnosti diferenciaci mezi doktrínou nástroje a *alter ego*, hovoříce o tom, že se jedná jen o jiné definiční rozsahy téhož, pocházejícími z různých amerických jurisdikcí. Tento názor zejména zastává *Adkins*.³²

S těmito závěry lze v principu souhlasit. Nicméně protože tato doktrína je pro svůj název nejznámější, stojí za to zrekapitulovat její klasické podmínky tak, jak je stanovil nejvyšší soud státu Kalifornie (původce) v případě *Minifie v Rowley*.³³

[...] Než mohou být úkony a závazky korporace právně uznány jako úkony a závazky konkrétní osoby a naopak, musí existovat následující kombinace okolností: Zaprvé nejenže je ta společnost ovlivňována a řízena takovou osobou, ale existuje zde taková jednota zájmů a vlastnictví, že individualita, či samostatnost, takové osoby a takové společnosti přestala existovat [...]³⁴ (podtržení přidáno autorem)

Podtržená část textu je pro daný judikát zásadní, neboť určuje přiměřenost testu *alter ego*. Soud považuje logicky za normální, že osoba ovládající skutečně ovládá a zasahuje do jednání osoby ovládané, přičemž doktrína *alter ego* vstupuje do hry jen tam, kde, vzhledem k okolnostem, faktická nezávislost osoby ovládané je okolnostmi naprosto popřena.

Samozřejmě platí, že druhou podmínkou, která nad rámec výše diskutovaného je, že musí v daném kontextu existovat *fraud or injustice*, resp., že respektování dané korporátní entity (tedy neprotržení korporátního závoje) by potvrdilo podvod či pomáhalo nespravedlnosti.³⁵

III.1.2.3 Doktrína identity – *Zaist v Olson* a právo státu Connecticut

Někteří autoři, jmenovitě *Vandekerckhove*³⁶, mají tendenci dále od výše uvedených doktrín diferencovat doktrínu *identity*. Tam, kde někteří například citují případ *Zaist v Olson*³⁷ jako základ doktríny nástroje, staví tak jiní na tomto judikátu základ doktríny *identity*. Podíváme-li se na obsah tohoto judikátu, zjistíme, že za samostatnou

³² *Adkins, supra. s. 46, fn. 193.*

³³ *Minifie v Rowley*, 187 Cal. 481(1921).

³⁴ A text pak pokračuje, vyvolávajíc *fraud* jako kvalifikační podmínku: „second, that the facts are such that an adherence to the fiction of the separate existence of the corporation would, under thje particular circumstances, sanction a fraud or promote injustice.“ (druhá podmínka); analogicky *Automotriz del Golfo de Cal. S.A. v Resnick*, 47 Cal. 2d 792, 796, 306 P. 2d I, 3 (1957): „[...] if acts are treated as those of the corporation alone, an inequitable result will follow.“

³⁵ Srov. judikáty státu Kalifornie: *Communist Party of the United States v 522 Valencia, Inc.*, 35 Cal. App.4th 980 993, 41 Cal. Rptr.2d 618, 625 (1995); *Mesler v Bragg Management Co.*, 39 Cal.3d 290, 702 P.2d 601, 216 Cal. Rptr. 443 (1985); *Minifie v Rowley*, 187 Cal. 481, 202 P. 673 (1921); citace a odkaz na judikaturu převzaty z: http://www.nvinc.com/the_advantage_of_incorporating.htm (13. 8. 2011 11:29:51).

³⁶ *Vandekerckhove, supra, s. 83.*

³⁷ *Zaist v Olson*, 227 A.2d. 552, 573 (Conn. 1967), *supra. Srov. Adkins, supra, s. 46 fn 195.*

doktrínu jej lze považovat jen stěží a nejbližší tedy má ke kombinaci doktrín *alter ego* a nástroje:

If plaintiff can show that there was such a unity of interest and ownership that the independence of the corporation had in effect ceased or had never begun, an adherence to the fiction of separate identity would serve only to defeat justice and equity by permitting the economic entity to escape liability arising out of an operation of one corporation for the benefit of the whole enterprise.³⁸

U tohoto judikátu je k poznamenání to, že podvodnost jako aplikační podmínka není integrovaná v předmětném testu pro piercing. Jedná se tedy o výjimku z generálního rámce diskutovaného v této části tohoto příspěvku.

Vrátíme-li se k diskuzi kam tento judikát zařadit – tedy zda do samostatné kategorie či nikoliv, pak lze dovodit, že pokud by tento judikát byl skutečně začátkem samostatné kategorie – doktríny identity, pak by jistě bylo možno hovořit o tom, že v daném případě není podvodnost jakožto aplikační podmínka u této jedné konkrétní doktríny integrálně definována a není tak empiricky nutná. Zdá se však, že v tomto smyslu tomu tak není a tento judikát je v daném kontextu svého druhu výjimečný a byl pouze tolikou fází (v roce 1967) vývoje judikatury státu Connecticut, odkud pochází a nebyl ve své konkrétní podstatě následován.³⁹ I co se týče širšího rámce existence této doktríny jako samostatné kategorie napříč právními řádami členských států USA (v rámci tzv. cross-fertilization), spíše je třeba dojít k závěru, že se jedná o ojedinělý judikát a je zařaditelný mezi variace na téma doktríny nástroje, kde obecně je *fraud or injustice* kvalifikační podmínkou.⁴⁰

III.1.2.4 Doktrína podfinancování

V poslední době pomalu krystalizuje nová doktrína tzv. podfinancování, *inadequate capitalization*. Presser sumarizuje základní myšlenku této teorie následovně:

[...] v případě, že společník, či společníci, založí společnost úmyslně se základním kapitálem, o kterém ví, že je nedostatečný, aby pokryl očekávané závazky z obchodních aktivit, které se chystají provozovat, pak se dopouští zneužití korporátní formy a měli by být osobně odpovědní, pokud situace odpovědnosti nastane.^{41, 42}

Otázkou, která je zatím stále diskutována, je, zda by tato doktrína měla jako svoji kvalifikační podmínku mít *fraud*, nebo zda se jedná o samostatnou kategorii,

³⁸ *Zaist v Olson*, *supra*. Citace převzata z: Vandekerckhove, *supra*, s. 83.

³⁹ K detailní diskuzi srov. Farrington, James F. Jr. *Piercing the Connecticut Corporate Veil*. 5 U. Bridgeport L. Review. 1983, s. 109.

⁴⁰ K nejasnosti mezi pohledem na jednotlivé doktríny v místě a čase je zajímavé poukázat na to, že někteří judikaturu z této oblasti subsumují pod doktrínu *alter ego* (*a to napříč jurisdikcemi v rámci USA*). Srov. k vývoji judikatury v návaznosti na diskutovaný judikát dále: Lockrone, D. *Anatomy of Strategic Affiliations – A Corporation's Liabilities for the Acts of its Affiliates*. 4 S.C. Computer and Technology Law Journal 1988, s. 15 (online: <http://www.chtlj.org/sites/default/files/media/articles/v004/v004.i1.pdf>) (13. 8. 2011 15:44).

⁴¹ Presser, S. B. *Piercing the Corporate Veil*. Eagan: Thomson West. 2004, s. 1–51 (binder).

⁴² Překlad autora. Originál: „[...] if the shareholder or shareholders deliberately incorporate with initial capital they know to be inadequate to meet the expected liabilities of the business they intend to be doing, they are engaging in an abuse of the corporate form, and ought to be individually liable when those liabilities occur.“

keré se lze dovolávat vždy, když je v obraze založení společnosti s nedostatkem kapitálu.^{43, 44}

*Adkins*⁴⁵ správně konstatuje, že převládající judikatura⁴⁶ považuje kvalifikační podmínku podvodnosti přítomnou v době založení za nutnou, přičemž zatím jen (co do meritu věci abnormální) případ *Minton v Cavaney*⁴⁷ naznačoval opak. *Adkins* pak zejména poukazuje na to, že absence podmínky *fraud* by šla proti tendencím moderního (zatím alespoň)⁴⁸ amerického práva, které spočívá v tom, že novější legislativa, na rozdíl od postarších předpisů, nepožaduje po právnických osobách, zejména *LLC*,⁴⁹ aby netvořily žádný minimální základní kapitál. Připouští nicméně, že tam, kde žádný základní kapitál není tvořen, mají soudy spíše tendenci protrhnout *corporate veil*.⁵⁰

Z pohledu korporátních struktur je v tomto směru zejména zajímavý judikát *Fletcher v Atex, Inc.*⁵¹ V daném případě, kdy byla žalována společnost Kodak a její dceřiná společnost Atex potvrdil *US Court of Appeal*,⁵² že situace, kdy dceřiná společnost v zásadě hospodaří s nulovým ziskem a minimálními rezervami hotovosti (tj. účastní se tzv. *parent's cash management system*) nezakládá důvod pro protržení korporátního závoje. V tomto smyslu selhala žaloba co do důvodu jak dovolávání se *doktríny alter ego* tak *agency*, přičemž soud se explicitně vyjádřil i k otázce kapitalizace. Je nicméně třeba poznamenat, že soud zde nezvažoval doktrínu podfinancování *stricto sensu*, neboť stranou sporu nebyla invokována.⁵³ Toto rozhodnutí je nicméně důležité v tom smyslu,

⁴³ Pokud by druhá z alternativ vyvstala jako platná, tj. že se lze dovolávat vždy, mělo by toto nadto platit i na situace, kdy společnost byla založena s dostatkem kapitálu v době a čase, ale následně byl její kapitál pro nové aktivity nedostačující? Tato myšlenková dráha se zdá být cestou *ad absurdum*, protože by to ve své podstatě negovalo základní hospodářské důvody pro existenci principu *corporate veil*, tj. oddělení kapitálových rizik jednotlivých subjektů za předpokladu, že podnikání je spojeno s investičním rizikem a možnostmi neúspěchu.

⁴⁴ K prvnímu náznaku diskuze na téma co se stane, pokud za běhu společnosti dojde k situaci, že je třeba kapitálové injekce a jak se toto může změnit ve smyslu změny předmětu podnikání a kapitálové přiměřenosti vůči době vzniku společnosti srov. judikát: *Arnold v Phillips. 117 F.2d 497 (5th Cir.)* certiorari zamítnuto U.S. 583 (1941).

⁴⁵ *Adkins, supra*, s. 10.

⁴⁶ Příklady uváděné *Ibid.*: *Walovsky v Carlton* 18 NY 2.d 414 (1966):

V konkrétním případě byl žalobce zraněn při nárazu do taxivozu společností Seon Cab Corporation (Seon). Tato společnost byla vlastněna žalovaným, který stejným způsobem vlastnil deset dalších taxi společností, každá, z nichž (včetně Seon) vždy vlastnila jen dva vozy. Každé vozidlo pak bylo vždy pojištěno jen na minimální zákonem stanovenou výši. Žalobce stavěl svoji pozici na tom, že všechny společnosti fungovaly fakticky jako jeden „podnik“ (*entity*) ve smyslu financování, dodávek, oprav, zaměstnanců, atp. ... soud toto uznal, nicméně konstatoval, že právě podstatou *limited liability* je ochránit vlastníka před riziky podnikání a žalobu zamítl. Atkins dále zmiňuje výše diskutovaný judikát *Fletcher v Atex, Inc.*

⁴⁷ *Minton v Cavaney*, 364 P.2d 473, 475 (Cal. 1961); v daném případě šlo o žalobu rodičů holčičky, která utonula v bazénu vlastněné společností Seminole Hot Springs Corporation (Seminole). V řízení proti Seminole rodiče uspěli, nicméně rozsudek ukládající žalované satisfakci nebyl pro nedostatek majetku žalované vymožitelný. Žalobci se proto pokoušeli soudně protrhnout *corporate veil* kolem této společnosti směrem k panu Cavaney, řediteli a zároveň vlastníku většiny akcií Seminole. U kalifornského nejvyššího soudu uspěli, přičemž soud jako jeden z důvodů pro protržení *corporate veil* označil situaci, když „*vlastníci společnosti*“ – „*provide inequitable capitalization and actively participace in the conduct of corporate affairs.*“

⁴⁸ Pozn. aut.

⁴⁹ Srov. zákony státu Florida, jmenovitě Limited Liability Companies Act (FL Sec. 608.401 a násl. 2003)

⁵⁰ *Adkins, supra*, s. 14 a s. 40, fn 108 cituje případ *Kinney Shoe Corp. v Poland* 939 F.2d 209, 313 (4th Cir. 1991): “When nothing is invested in the corporation, the corporation provides no limited liability protection to its owner. Nothing in, nothing out, no protection.”

⁵¹ *Fletcher v Atex, Inc.*, 68 F.3d 1451 (2d Cir. 1995).

⁵² Pro text. Judikátu viz.: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=2nd&navby=case&no=9490801> či <http://laws.findlaw.com/2nd/9490801.html> (3. 6. 2009 23:37:52).

⁵³ A nebyla by asi ani na místě, neboť předmětem diskuze zde nebyl obecný dostatek či nedostatek peněz, ale režim toků peněz.

že z něj lze dovozovat, že ekonomická závislost dceřiné společnosti, fungující jako tzv. *agent-only subsidiary company*,⁵⁴ účastníci se na tzv. *parent's cash management system* nezakládá pro danou skupinu *a priori* riziko *piercingu* korporátního závoje.

III.1.2.5 Doktrína *agency* (zastoupení)

Doktrína *agency* je postavená na premise, která ve své podstatě *stricto sensu* není *piercingem*. Touto premisou je, že jednání dceřiné společnosti bylo jednáním v zastoupení ovládajícího subjektu. Jinými slovy, nejedná se teoreticky o *piercing*, protože se operuje přímo s projevem vůle zastoupeného subjektu. Proto nelze o této doktríně hovořit právě jako o *piercingu* přes to, že se tak běžně (například v diskutované) literatuře děje.

Nejznámějším případem, který je v kontextu této doktríny citován je *Berkley v Third Avenue Railway Co.*⁵⁵:

Dominion may be so complete, interference so obtruse, that by the general rules of agency the parent will be a principal and the subsidiary an agent. Where control is less than this, we are remitted to the test of honesty and justice. The logical consistency of a judicial conception will indeed be sacrificed at times when the sacrifice is essentials to the end that some accepted public policy may be defended or upheld. This is so, for illustration, though agency in any proper sense is missing, where attempted separation between parent and subsidiary will work a fraud upon the law.⁵⁶

Z výše uvedeného judikátu je zřejmé, že v daném případě byla snaha soudu prolomit *corporate veil* skutečně až křečovitá a přílišné právní logiky, zdá se, tato doktrína neobsahuje. Také proto je často pod terminologickým výrazem *agency* vlastně soudem aplikována doktrína *alter ego*. Klasickým případem je další newyorský judikát, *International Customs Assocs. v Ford Motor Co.*⁵⁷

III.1.2.6 *Fraud* jako separátní zbytková kategorie ad hoc

Jak již bylo naznačeno v úvodu této části příspěvku, *fraud* je v rámci většiny doktrín *piercingu* v USA v zásadě kvalifikační podmínkou pro to, aby v rámci aplikace principů pocházejících historicky z *equity* soud přistoupil k protržení korporátního závoje společnosti. Také již bylo naznačeno, že tam, kde nelze subsumovat jednotlivé okolnosti pod žádnou z výše diskutovaných doktrín, může mít soud tendenci korporátní závoj protrhnout, a to tak, že se bude dovolávat toliko existence „*injustice or fraud*“, bez existence dalších teoreticky definovaných a kategorizovatelných podmínek pro takový přístup soudu. Zejména starší judikatura měla tendenci dovolávat se toliko spravedlnosti.⁵⁸

⁵⁴ K teoretické diskuzi nad objevujícím se ekonomickým institutem *agent-only subsidiary company* srov.: Osunbor, S. A. *The Agent-Only Subsidiary Company and the Control of Multinational Groups*. In: 38 ICQL 1989, s. 377.

⁵⁵ *Berkley v Third Avenue Railway Co.*, 244 NY 84 (1925).

⁵⁶ *Ibid.* Citace převzata z Vandekerckhove, *supra*, s. 84.

⁵⁷ *International Customs Assocs. v Ford Motor Co.*, 893 F.Supp. 1251 (SDNY 1995).

⁵⁸ Srov. již výše zmiňovaný judikát *Hibernia Insurance Company v St. Luis & New Orleans Trans. Co.* (1982) 13 Fed. 516; dále např. *Montgomery Web Company v Dienelt.*, (1890) 133 Pa. St. 585; *First National Bank of Chicago v Trebein Company*, (1898) 59 Oh. St. 316.

Jak bylo ilustrováno v předchozích oddílech této části, modernější judikatura má spíše tendenci podřadit konkrétní skutkovou situaci pod některou z již artikulovaných doktrín a jako podmínku pak stanovit mimo jiné nutnost přítomnosti *fraud* či *injustice*.⁵⁹ Je nicméně třeba mít na zřeteli, že i dovolávání se situace nespravedlnosti, či podvodu, jako samostatného důvodu pro piercing se teoreticky stále může v rozhodovací praxi soudů USA objevit, neboť mantinely *piercing the corporate veil* jsou stále daleké ustáleného a přehledného práva.

III.2 ANGLIE A WALES

Hovoříme-li o *piercing the corporate veil* v rámci kolébky klasického *common law*, tj. v Anglii a Walesu, pak je v zásadě třeba rozlišovat mezi *piercingem* v rámci judikatury a mezi *statutárními prostředky* pro *piercing the corporate veil*.

Lze předeslat, že v Anglii a Walesu není v rámci judikatury princip *piercing the corporate veil* nijak zvláště silný, přestože judikatura jej teoreticky zná. Anglické soudy mají prozatím tendenci držet se relativně pevně doktríny *corporate veil*⁶⁰ a neprovádět její *piercing* tam, kde jim to nepřikazuje suverenita parlamentu v rámci explicitních ustanovení *statutes* (tj. *leges scripta*). Zejména pevný je v tomto smyslu *House of Lords* (dále též Sněmovna Lordů).⁶¹

III.2.1 Piercing the corporate veil v judikatuře (*common law a equity*)

Zřejmě pod vlivem právní teorie z Nového světa v roce 1990 *Court of Appeal* v případě *Adams v Cape Industries*⁶² teoreticky připustil možnost piercingu i v rámci anglického *common law*. Důvody, které v tomto kontextu vyčetl, pak byly podvod (*fraud*), zastoupení (*agency*) a teorie jedné ekonomické jednotky (*single economic unit*). Sněmovna Lordů některé z důvodů, které *Court of Appeal* uvádí jako možné důvody, však explicitně popírá (viz níže).

III.2.1.1 Podvod (*Fraud*)

Co se týče důvodu pro *piercing* založeném na *fraud* (podvod), odlišuje se od výše diskutované judikatury americké ta anglická v tom smyslu, že podvodný úmysl není považován za jednu z klasifikačních podmínek, která musí být splněna proto, aby se mohlo uvažovat o některém z možných důvodů pro *piercing the corporate veil*, ale je někdy teorií považován za samostatný důvod pro *piercing*. Jinými slovy, některá

⁵⁹ Výše citovaný případ *Berkley v Third Avenue Railway Co.*, *supra*, je dobrým příkladem toho, kdy taková subsumce prostě logicky není proveditelná.

⁶⁰ Jak bude vidno, judikatura diskutuje vážněji možnost piercingu až od konce 60. let (s výjimkou několika případů z let 30. a 40., z nichž jeden je níže diskutován; tyto však je nutno od piercingu *stricto sensu* diferencovat). Ještě v roce 1968 proto bezvýhradně platilo *Pickeringovo*: „*The Term, lifting the veil, which is sometimes employed to describe exceptions to the concept, is derived from usage in the United States and has been adopted by a number of writers in this country, but not, as yet, by the courts.*“ (Pickering, M. A. *The Company as a Separate Legal Entity*. In: 31 *The Modern Law Review* 1968, s. 482.

⁶¹ Od října 2009 nahrazený Nejvyšším soudem Spojeného království (na základě tzv. *Constitutional Reform Act 2005*).

⁶² *Adams v Cape Industries plc* [1990] 2 WLR 748.

anglická komercionalistická teorie dovozuje, že podvodný úmysl při zakládání korporace, který směřuje k tomu vytvořit entitu, jejíž *corporate veil* je možno využít k ochraně mateřského subjektu před případnými neblahými následky *fraudent* jednání je důvodem pro aplikaci doktríny *piercing the corporate veil*. Griffin⁶³ tak například dovozuje, že byl-li by býval měl pan Salomon podvodný (nekalý) motiv, když zakládal svoji *Ltd.*, byl by býval výsledek případu *Salomon v Salomon*⁶⁴ odlišný. I další literatura diskutuje *fraud* samostatně.^{65, 66} V praxi je nicméně judikatury, která by tento důvod samostatně potvrdila, minimum a neváže se nutně na participaci holdingového mateřského subjektu (či ovládajícího subjektu) na právech a povinnostech dceřiné společnosti.

Judikatura prozatím dovodila toliko ignorování existence *corporate veil* v případě, kdy založení takové společnosti je již samo o sobě nástrojem snahy o podvod (*Griffino-vi*, výše, lze tedy dát částečně za pravdu).

Za zmínku stojí judikát *Gilford Motor Co. Horne*.⁶⁷ V tomto případě se zavázal pan Horne ve své pracovní smlouvě na pozici obchodního ředitele, že nebude vstupovat do vlastních obchodů s klienty zaměstnavatele. Následně založil se svojí ženou společnost, která do takových obchodů s klienty zaměstnavatele žalovaného vstupovala. V daném sporu soud došel k závěru, že *corporate veil* obrana postavená na tom, že do závazkových vztahů vstupovala právě vytvořená společnost, nikoliv žalovaný, je pouhý klam („*a mere 'sham' or 'cloak'*“).⁶⁸ Soud proto pro účely sporu mezi žalobcem a panem Horne jako žalovaným ignoroval korporátní existenci založené společnosti.

Jak je nicméně již výše naznačeno, z podstaty věci je třeba gró tohoto judikátu odlišovat od diskutované problematiky v tom smyslu, že zde nejde o klasický *piercing* mezi členy holdingu, a dále že hlavním kvalifikačním předpokladem pro aplikaci tohoto pravidla je, že účel založení společnosti je již ze své podstaty nemorální, resp. možnost existence společnosti jakožto samostatné osoby je z podstaty zneužita (tzv. „*abuse of company principle*“)^{69, 70}.

Pro *piercing the corporate veil* v rámci holdingu však není prozatím judikatury, která by z důvodu samostatného podvodu *fraud* zásadně potvrdila. Jak již výše zmíněno, *Court of Appeal* toto v teoretické rovině poprvé explicitně diskutoval v roce 1990. *Pro futuro* však, domnívám se, bude-li někde další prostor pro rozvoj či vývoj tohoto institutu, bude to právě pro tento důvod.

III.2.1.2 Zastoupení (agency)

Další z analyzovaných důvodů je *agency*, tedy jednání v plné moci (zastoupení). Z podstaty věci dochází k analýze této problematiky u zastoupení nepřímého,

⁶³ Griffin, S. *Company Law. Fundamental Principles*. Essex: Pearson Education Limited. 2001, s. 11.

⁶⁴ Cit. supra.

⁶⁵ Srov. např.: Rixon, F. G. *Lifting the veil between holding and subsidiary companies*. 102 LQR 1986, s. 423

⁶⁶ Cit. z: Vandekerckhove, *supra*, s. 71.

⁶⁷ *Gilford Motor Co. v Horne* [1933] Ch. 935.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Srov. (Kolektiv nejmenovaných autorů z The City Law School). *Company Law in Practice*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press. 2008, s. 25.

⁷⁰ K historii též Powles, D. *The "See-Through" Corporate Veil*. In: 40 MLR 1970, s. 339.

resp. faktického a skrytého,⁷¹ tj. vlastním jménem na účet zastoupeného a to zejména v situacích, kdy judikatura dovozuje faktické zastoupení, hraničící v rámci civilního práva až téměř s jednatelstvím bez příkazu.

Vandekerckhove poukazuje na to, že přesto, že soudy se staví k možnosti shledat, že tam či jinde vztah *agency* existuje velmi zdrženlivě až vyhýbavě, v judikatuře se již úspěšné případy přeci jen objevily a tento důvod pro *piercing the corporate veil* tedy v tomto právním řádu existuje. Odkazuje zejména na případ *Smith, Stone and Knight Ltd. v Birmingham Corp*⁷² z roku 1939.

III.2.2 Teorie jedné ekonomické jednotky (*single economic unit*)

Poslední teoreticky diskutovanou doktrínou pro možný *piercing the corporate veil* je doktrína tzv. *single economic unit*, tj. jediné ekonomické jednotky. Jak již zmíněno v případě *Adams v Cape Industries*,⁷³ byla tato možnost naznačena.

V případě *DHN Food Distributors v Towler Hamlets London Borough Council*⁷⁴ pak byl tento důvod přímo úspěšným základem pro *piercing*. Literatura na něj proto s oblibou odkazuje.⁷⁵ Oblíbený je zejména citát *Lorda Denning MR*:

Tato skupina je v podstatě to samé jako veřejná obchodní společnost, v níž jsou všechny tři společnosti společníky. Nemělo by se na ně pohlížet samostatně jen, aby věc selhala na technickálii. Neměly by být zbaveny kompenzace, která jim spravedlivě náleží. Tyto tři společnosti by za tímto účelem měly být chápány jako jedna a matka D. H. N. by měla být vnímána stejně tak [...]^{76, 77}

K danému případu je nicméně třeba poznamenat, že co do meritů věci šlo nikoliv o situaci, kdy by se druhá strana snažila prolomit skrze *corporate veil* dceřiné společnosti směrem ke společnosti mateřské, ale kde se mateřská společnost dohromady se svými společnostmi dceřinými domáhala kompenzace od orgánu veřejné správy. Nelze proto očekávat, že by soudy snad měly tendenci ke stejnému přístupu i v případě opačného prolomování *corporate veil*, neboť přesto, že právní věta výše vyčtená měla platit (nebylo-li by níže uvedené *judikatury* Sněmovny Lordů), konotace tohoto případu je přeci jen speciální. Ostatně bezprostředně další věta judikátu za následujícím citátem zní: „*So D.H.N. are entitled to claim compensation accordingly.*“⁷⁸. Závěry některých

⁷¹ Srov. např. *Ottolenghi, S. From peeping behind the corporate veil to ignoring it completely* 53 MLR 1990, s. 338 na 345.

⁷² *Smith, Stone and Knight Ltd. v Birmingham Corp.* [1939] 4 All ER 116.

⁷³ Cit. supra.

⁷⁴ *DHN Food Distributors v Towler Hamlets London Borough Council* [1976] 1 WLR 852; 3 All ER 462.

⁷⁵ Př.: *Dobson, J. M. "Lifting the Veil" in Four Countries: The Law of Argentine, England, France and the United States.* 35 ICLQ 1986, s. 839 na s. 860; dále např. *Vandekerckhove, supra*, s. 71.

⁷⁶ Jak cituje *Dobson*, *ibid.*

⁷⁷ Překlad autora: originál: *This group is virtually the same as a partnership in which all the three companies are partners. They should not be treated separately so as to be defeated on a technical point. They should not be deprived of the compensation which should justly be payable for disturbance. The three companies should, for present purposes, be treated as one, and the parent company D.H.N. should be treated as that one [...]*

⁷⁸ Pro celý text judikátu ref: <http://www.uniset.ca/other/pollypeck/19761WLR852.html> (2. 6. 2009 10:57:20).

komentátorů hovořících o tom, že tento judikát prokazuje cestu předmětné doktríny do anglické judikatury, se proto zdají být předčasné^{79, 80}.

Nadto, jak výše naznačeno, Sněmovna Lordů následně explicitně tento doktrinální důvod pro *piercing the corporate veil* odmítla v případě *Woolfson v Strathclyde Regional Council*.⁸¹ *Lord Keith of Kinkel* byl v tomto případě jediný z lordů, který přišel s elaborovaným názorem, zbytek Jejich Lordstev se vždy připojil.⁸² Ve stěžejní pasáži *Lord Keith* jednak kritizuje odůvodnění *Court of Appeal* a jednak z opatrnosti diferencuje mezi současným případem a případem *DHN Food Distributors v Towler Hamlets London Borough Council*. Je tedy zřejmé, že si Jejich Lordstva nechala otevřený prostor pro případné manévrování formou distinkce v další judikatuře. Pro přesnost citujeme tento judikát v originálu:

It was held by the Court of Appeal (Lord Denning M. R., Goff and Shaw L. L. J.) that the group was entitled to compensation for disturbance as owners of the business. The grounds for the decision were (1) that since D. H. N. was in a position to control its subsidiaries in every respect, it was proper to pierce the corporate veil and treat the group as a single economic entity for the purpose of awarding compensation for disturbance (2) that if companies were to be treated as separate entities, there was by necessary implication from the circumstances an agreement between D. H. N. and Bronze under which the former had an irrevocable licence to occupy the premises for as long as it wished, and that this gave D. H. N. a sufficient interest in the land to found a claim to compensation for disturbance; and (3) (per Goff and Shaw L. L. J.) that in the circumstances Bronze held the legal title to the premises in trust for D. H. N., which also sufficed to entitle D. H. N. to compensation for disturbance. It is the first of those grounds which alone is relevant for present purposes, I have some doubts whether in this respect the Court of Appeal properly applied the principle that it is appropriate to pierce the corporate veil only where special circumstances exist indicating that it is a mere façade concealing the true facts/Further, the decisions of this House in *Caddies v Harold Holdsworth & Co. (Wakefield) Ltd.* and *Meyer v Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd.*, which were founded on by Goff L. J. in support of this ground of judgment and, as to the first of them, to some extent also by Lord Denning M.R., do not, with respect, appear to me to be concerned with that principle. But however that may be I consider the D. H. N. Food case to be clearly distinguishable on its facts from the present case. There the company that owned the land was the wholly-owned subsidiary of the company that carried on the business. The latter was in complete control of the situation as respects anything which might affect its business, and there was no one but itself having any kind of interest or right as respects the assets of the subsidiary.

Nicméně judikatura Sněmovny Lordů, která by se v tomto smyslu odlišovala, a tedy tuto doktrínu podpořila, neexistuje. Také *Court of Appeal* pak o cca deset let později

⁷⁹ Zejména *Dobson*, supra.

⁸⁰ *Lord Denning MR* se nicméně zdá být zastáncem extenzivního ignorování principu *the corporate veil*. V jiném, daňovém případě o několik let dříve totiž ignoroval korporátní závoj dceřiné společnosti vlastníci nemovitost, která své mateřské společnosti tuto pronajala a mateřská společnost nájem vykazovala jako nákladovou položku, jejíž neuznání soud potvrdil (*Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v McGregor* [1969] *All ER 855*). V daném případě však spíše než o *piercing the corporate veil* šlo o materiální posouzení právního úkonu. Viz také: *Littlewoods Mail Order Securities Ltd. v I.R.C.* [1963] *A.C.* 135; srov: Nicol, A. *Outflanking Protective Legislation. Shams and beyond*. In: 44 *MLR* 1981, s. 26; či Powles, D. *The "See-Through" Corporate Veil*. In: 40 *MLR* 1977, s. 340.

⁸¹ *Woolfson v Strathclyde Regional Council* [1978] *SLT* 159.

⁸² Pro celý text. Judikátu ref. <http://www.uniset.ca/other/cs5/1978SLT159.html> (2. 6. 2009 11:15:23).

sám též tuto doktrínu zpochybnil v případě *Bank of Tokyo Ltd. Karoon*.⁸³ Nelze ji proto považovat za součást platného práva.

III.2.1.3 Shrnutí soudcovského práva

Z výše uvedeného přehledu stavu judikatury dovozují v zásadě následující závěr platný pro Anglii a Wales: Přestože teorie anglického *common law* připouští *piercing* zejména pro *fraud* a *agency*, praxe je zdrženlivější a prozatím se v zásadě drží principu *corporate veil*.

V případě doktríny *agency* pak je dále zejména sporné, zda teoreticky lze hovořit o *stricto sensu* *piercingu* v kontextu, kdy je odpovědnost subjektu dovozena z právního úkonu uskutečněného na účet tohoto subjektu. V souhrnu proto docházím k závěru, že anglické právní prostředí sice v rámci *common law* institut *piercing the corporate veil* zná, judikatura jej sporadicky použila (a je zřejmé, že transatlantická teoretická *cross-fertilizace* zde měla jistý i praktický dopad), nicméně tento je minimální a judikatura se v zásadě zatím pevně drží principu *corporate veil*, tedy tzv. *piercing* se neujal jako součást platného *common law*.

III.2.2 Statutární *piercing* korporátního závoje

Výše uvedený dílčí závěr nicméně neznamená, že by snad anglická právní věda, jakož i pozitivní právo, neznaly zvláštní případy, kdy může třetí osobě vyvstat sankční povinnost něčeho hradit z důvodu stavu hospodaření společnosti, na němž se taková osoba podílela.

Insolvency Act 1986⁸⁴ skutečně ve znění svých doplnění řeší situaci, kdy buďto z důvodu *podvodného obchodování* (*fraudulent trading*) či *špatného obchodování* (*wrongful trading*) je možno, aby insolvenční soud na návrh *insolventního správce* (v angl. *liquidator*) uložil osobě, která je za takový průběh obchodování (zjednodušeně řečeno) „odpovědná“, splatit dle úvahy soudu stanovenou částku do podstaty.⁸⁵

⁸³ *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1986] 3 WLR 414.

⁸⁴ *Viz Her Majesty's Stationery Office na:* http://search.opsi.govuk/search?q=insolvency+act+1986&btnG=Search&output=xml_no_dtd&client=opsisearch_semaphore&proxystylesheet=opsisearch_semaphore&site=opsi_collection (1. 6. 2009 20:07).

⁸⁵ Insolvency Act 1986, čl. 213 a násl.:

„213. Fraudulent trading (1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect. (2) The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

214. Wrongful trading (1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper. (2) This subsection applies in relation to a person if – (a) the company has gone into insolvent liquidation, (b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and (c) that person was a director of the company at that time; but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986. [...]“

Citace pod čarou nicméně ilustruje, že *wrongful trading*⁸⁶ je možno postihnout jen současně, či bývalé, statutární orgány, resp. členy případných kolektivních statutárních orgánů (*directors*).⁸⁷ Proto ve smyslu holdingového *piercing vis-à-vis* mateřská společnost je toto ustanovení nepoužitelné. Někteří autoři hovoří nicméně o potenciálu postihování mateřské společnosti při dennodenním či zásadním zasahování do obchodního vedení dceřiné společnosti z pozice takzvaného *stínového statutára* (*shadow director*).⁸⁸ Tento výklad se zatím zdá přílišně odvážný a neodpovídá nutně výkladu předmětného ustanovení Insolvency Act 1986, zejména za použití výkladu teleologického.

Naopak u *fraudulent trading* je potenciálně možné uvažovat o tom, že soud by mohl postihnout jakékoliv další osoby zúčastněné na obchodních aktivitách dané společnosti. Hypoteticky by tak mohl při přílišně sepatém vztahu mateřského subjektu a subjektu dceřiného být postižen subjekt mateřský (tj. *pierced the corporate veil*), pokud by efektivně určovala obchodní jednání takové insolvenční následně postižené „dcery“. Avšak judikatura v dané věci zatím chybí a vzhledem k opatrnosti, se kterou se soudy staví k *piercingu*, lze spíše očekávat úzký výklad daného ustanovení.

Lze proto závěrem konstatovat, že ani statutární *piercing* není v Anglii a Walesu ve vztahu k holdingu, tj. *corporate veil* dceřiné společnosti vis-à-vis společnost mateřská zásadně etablován a jedná se spíše o oblast teoretických diskuzí bez opory v platném právu. *Piercing the corporate veil* tedy není v praxi rozšířen.

III.3 NĚMECKO

Německý právní řád má nejrozvinutější psanou doktrínu koncer-
nu, včetně oblasti odpovědnosti za škodu vis-à-vis minoritní akcionáři, jak
u koncernu smluvního, faktického (zejména §§ 311–328 AktG),⁸⁹ tak u začleně-

⁸⁶ Dtto.

⁸⁷ Anglické právo zná statutární orgán – *directo*, jak v případě Ltd. Tak Plc. a terminologicky zde nerozlišuje.

⁸⁸ Srov. zejména Vandekerckhove, *supra*, s. 68.

⁸⁹ Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags:

zejména § 311 odst. 1 AktG zní: „Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden.“

§ 317 AktG: „(1) Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Es ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

(2) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.

(3) Neben dem herrschenden Unternehmen haften als Gesamtschuldner die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, die die Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlaßt haben.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 gilt sinngemäß.“

§ 318 AktG: „(1) Die Mitglieder des Vorstands [sic] der Gesellschaft haften neben den nach § 317 Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, wenn sie es unter Verletzung ihrer Pflichten unterlassen haben, das nachteilige Rechtsgeschäft oder die nachteilige Maßnahme in dem Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufzuführen oder anzugeben, daß die Gesellschaft durch das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme benachteiligt wurde und der Nachteil nicht ausgeglichen worden war. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

ní.⁹⁰ Tato ustanovení nejsou *stricto sensu piercingem*, neboť upravují vztah v rámci koncernu a nikoliv navenek. Statutárně tedy není institut analogický *piercingu* vyvinut.

Teorie a judikatura nicméně vyvinula v rámci tzv. *Konzernaußenrecht* rozsáhlé způsoby jak tzv. *Trennungsprinzip* (corporate veil) překonat v rámci tzv. *Durchgriffshaftung* (analgie *piercing the corporate veil*). Přestože německý právní řád, jakožto civilistický řád kontinentální, nezná *stricto sensu* oblast *equity* jakožto jednoho z pramenů práva, byla judikatura schopna aplikací základních civilistických maxim obsažených v BGB⁹¹ tento princip efektivně nahradit. Vedle práva psaného judikatura též aktivně používá *analogii legis*⁹².

III.3.1 *De facto* podvod (*fraud*) v německém právu: *bona fides* a dobré mravy – *nach Treu und Glauben*

Spolkový soudní dvůr⁹³ proto několikrát judikoval v rámci maximy *nach Treu und Glauben* (dobré mravy)⁹⁴ situace, kdy ignoroval korporátní závoj (resp. samostatnou existenci) právnické osoby (a tedy v terminologii anglosaské v tomto příspěvku používané *pierced the corporate veil*). Jako vhodná ukázka této doktríny je vzorový příklad sestavený autory *Cohn a Simitis*⁹⁵. Tito konstatují:

The rule of good faith applies to interpretation of contracts. This rule may lead to a piercing of the veil. Where a contract in restraint of trade is permissible, its effect cannot be circumvented by the formation of a separate judicial entity. If A has promised not to compete with B, a company of which he is sole or controlling shareholder is bound by his promise. The shareholders of a company which has concluded a non-competition agreement cannot escape the obligation that have been created by dissolving the company and forming a new company which competes with the party with which the agreement was concluded.⁹⁶

(2) Die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft haften neben den nach § 317 Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, wenn sie hinsichtlich des nachteiligen Rechtsgeschäfts oder der nachteiligen Maßnahme ihre Pflicht, den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu prüfen und über das Ergebnis der Prüfung an die Hauptversammlung zu berichten (§ 314), verletzt haben; Absatz 1 Satz 2 gilt sinngemäß.

(3) Der Gesellschaft und auch den Aktionären gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 gilt sinngemäß.“

⁹⁰ Diskuze na toto téma je však mimo rámec tohoto příspěvku.

⁹¹ Termín *Konzernaußenrecht*, jakož i vývoj *Durchgriffshaftung* na bázi obecných zásad civilního práva v rámci BGB zavedl ve své disertační práci v 1969 E. Rehlinger. Srov Hachenburg, M. – Ulmer, P. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Grosskommentar*. Berlin: Walter de Gruyter. 1997, s. 121 fn 313. Či Vandekerckhove, *supra*, s. 62.

⁹² Naopak diskuze německých doktrín *Durchgriffshaftung* v této části příspěvku bude postavena na analogii s anglosaským právem tak, aby bylo možné komparativní srovnání a hledání společné množiny institutů v rámci *piercing the corporate veil*, maje na paměti snahu zjistit, zda lze o institut *piercing the corporate veil* hovořit na úrovni obecného mezinárodního práva jako obecné zásadě právní uznávané civilizovanými národy.

⁹³ (jakož i císařský Říšský soud před ním).

⁹⁴ BGB, RGBl. S. 195; § 157 a § 242.

⁹⁵ Cohn, E. J., Simitis, C. “Lifting the Veil” in the Company laws of the European Continent. In: 12 ICQL 1963, s. 196.

⁹⁶ Tento příklad byl sestaven na základě rozhodnutí Říšského soudu ze dne 10. června 1926, sb. rozh. 114, s. 68 a dále rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 13. února 1952 sb. rozh. 5, s. 126 na s. 128 a s. 133 na s. 136. Viz *Cohn a Simitis*, *supra*, s. 196 fn 16 a fn 17.

Do stejné kategorie, tj. jakési analogie *fraud*, lze pak zařadit případy, kdy je zneužita nezávislost ovládaného subjektu ke krácení věřitele. Příkladem je případ *Divadlo Tivoli*.⁹⁷

Zde jistá obchodní společnost provozovala divadlo, budovu, kterou měla pronajato od svého jediného společníka – fyzické osoby. Věřitelé získali vykonatelné rozhodnutí proti dané společnosti na plnění dluhů. Jediný společník na vzniklou situaci reagoval tak, že vypověděl své společnosti nájemní smlouvu na divadlo a provoz převzal sám, čímž danou společnost zbavil jejího hlavního zdroje příjmů, ze kterých by se případní věřitelé mohli uspokojovat. V dané situaci soud povolil výkon rozhodnutí, odsuzující danou společnost, tak, aby byl veden proti danému společníkovi (resp. jeho majetku).

III.3.2 Doktrína *Vermögensmischung* (analogie angloamerické doktríny identity?)

Tato judikaturou vyvinutá doktrína vstupuje na scénu v situaci, kdy jediný, či majoritní společník, kapitálové společnosti přistupuje k jejímu majetku tak, že ignoruje její samostatnost a směšuje majetek svůj a majetek společnosti. Přestože, co do mentálního rozpoložení, není na rozdíl od US teorie *identity* či *alter ego*⁹⁸ nutná *a priori mala fides*, lze tyto doktríny svojí podstatou srovnávat.⁹⁹

Tato doktrína byla plně vyvinuta judikaturou a nemá oporu v psaném pozitivním právu. Původcem této doktríny¹⁰⁰ je německý Spolkový soudní dvůr v judikátu *II ZR 178/03* r. 2005.^{101, 102, 103}

V tomto konkrétním případě soud dovodil, že pro nedodržování formální samostatnosti společnosti resp. jejího majetku, je společník GmbH, jakožto kapitálové společnosti, odpovědný (tj. ručí)¹⁰⁴ stejně, jako by ručil společník veřejné obchodní společnosti (OHG) dle § 128 HGB.¹⁰⁵ Soud tak vyřadil z aplikace ustanovení § 13 GmbHG, které explicitně stanovuje, že závazky společnosti lze uspokojovat toliko z majetku společnosti.¹⁰⁶

Je zřejmé, že Spolkový soudní dvůr zde vytváří velmi extenzivní judikaturu, která je daleko za hranicí psaného práva a lze se domnívat (zatím v rovině spekulací), že v tomto smyslu částečně podléhá vlivu *piercing the corporate veil* tak, jak je znám z anglosaského práva. Nicméně toto rozhodnutí se v zásadě nesetkalo s kritikou.¹⁰⁷

⁹⁷ Reichsgericht, rozsudek ze dne 5. května 1932 (1933) Höchstrichterliche Rechtsprechung, č. 299. Cit. z *Cohn et Simitis*, supra, s. 194 fn 11a.

⁹⁸ Již starší judikatura německého Spolkového soudního dvora naznačovala akceptaci svého druhu doktríny *alter ego*, dnes nahrazenou doktrínou *Vermögensmischung*. Srov. diskuzi v *Cohn et Simitis*, supra, s. 198.

⁹⁹ Viz výše.

¹⁰⁰ Resp. jejího potvrzení vis-a-vis nižší soudní instance.

¹⁰¹ Rozhodnutí sp.zn. *II ZR 178/03* ze dne 14. 11. 2005, K nalezení: 59 NJW 2006, s. 1344.

¹⁰² Pro komentář případu srov.: Keil, T. BGH, *Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters wegen Vermögensvermischung*. In: DZWIR 2006, s. 370.

¹⁰³ Celý text rozhodnutí nalezitelný na: <http://lexetius.com/2005,3441> (5. 6. 2009 15:27:14).

¹⁰⁴ V této doktríně tedy nejde o přímý vstup do závazku, ale o akcesorický jev.

¹⁰⁵ *Fundstelle supra*. Toto ustanovení zní: „Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.“

¹⁰⁶ Toto ustanovení zní: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.“

¹⁰⁷ A i Spolkový soudní dvůr je ve svém jazyce velmi střídavý tak, aby doktrína kulturně „zapadala“ do německého právního řádu, tradice, a nepodléhala módním anglofonním vlivům.

Budiž poznamenáno, že již o 12 let dříve Spolkový soudní dvůr rozhodl v případě *II ZR 16/93*¹⁰⁸ ve stejném duchu vis-à-vis statutární orgán, v daném případě jednatel GmbH.

Přestože pro účely tohoto příspěvku je tedy relevantní doktrína *Vermögensmischung* ve vztahu k ovládající osobě, platí dle soudobé německé literatury jak vůči osobě ovládající, tak vůči statutárnímu orgánu. Dle textu judikátu *II ZR 178/03* lze navíc usuzovat to, že co do ovládající osoby, nejen že tato doktrína platí na jediného společníka, jakož i většinového společníka GmbH, ale není důvodu, proč by soud měl mít problém případně toto rozšířit i na situace společnosti akciové nad rámec ve smyslu úpravy koncernového práva i mimo situace zákonem povoleného začlenění ve smyslu § 322 AktG.

V kontextu doktríny *Vermögensmischung* je nicméně třeba poukázat i na Spolkovým soudem akceptované výjimky. Přestože *mala fides* se zatím nezdá být kvalifikačním předpokladem pro aplikaci této doktríny, explicitní přítomnost *bona fide* je naopak okolností, která vylučuje její aplikaci. Příkladem je usnesení *II ZR 104/07*.¹⁰⁹

V tomto případě soud odmítl odpovědnost společníka, který sice inkasoval pohledávky společnosti vůči třetím osobám na svůj osobní účet, nicméně z těchto peněz pak hradil pohledávky za společností a z vlastních peněz nadto umožňoval pohledávky společností. Právní věta tohoto judikátu zní:

An einem die Haftung nach § 826 BGB begründenden existenzvernichtenden Eingriff fehlt es, wenn der Gesellschafter zwar Forderungen der GmbH gegen Dritte auf ein eigenes Konto einzieht, mit diesen Mitteln jedoch Verbindlichkeiten der Gesellschaft begleicht und zusätzlich in beträchtlichem Umfang aus eigenem Vermögen weitere Gesellschaftsschulden tilgt.^{110, 111}

Obecně je pak třeba poukázat na rozdíl spočívající v tom, že *Durchgriffshaftung* má v rámci této doktríny, ať již na základě judikatury odkazující *per analogiam* na § 128 HGB, či na základě § 322 AktG charakter teoreticky akcesorický, neboť se jedná o ručení svého druhu, což je zásadní koncepční rozdíl od anglosaského *piercing the corporate veil*. Praktický význam tohoto rozdílu však bude v konkrétní situaci podobných případů minimální, význam toto však má při úsudku na existenci obecné zásady právní uznávané civilizovanými národy.

¹⁰⁸ Rozhodnutí sp. zn. *II ZR 16/93* z 13. 4. 1994 nalezitelné: BGHZ 125, 366; NJW 1994, 1801; BB 1994, 1095.

¹⁰⁹ Ze dne 2. června 2007.

¹¹⁰ Zdroj: http://www.seefeldner.de/rechtsprechung/gmbh_recht/gmbh_recht_durchgriffshaftung.php (6. 6. 2009 17:36:15).

¹¹¹ Přesto, že judikát zde operuje s *existenzvernichtenden Eingriff* (kterýžto institut je diskutován dále), je třeba tuto referenci vnímat nikoliv v rámci doktríny *existenzvernichtenden Eingriff*, ale jako diferenciaci od ní žalobce mohl postavit svůj případ jak na bázi skutečnosti, že žalovaný vyvádí majetek ze sféry společnosti – a tudíž *existenzvernichtenden Eingriff*, ale i na bázi míšení majetku *Vermögensmischung*. Přesto, že v daném případě byla explicitně diskutována možnost *existenzvernichtenden Eingriff*, meritorně je postoj soudu spíše subsumovatelný pod výjimku z doktríny *Vermögensmischung*.

III.3.3 Doktrína podfinancování

Německá judikatura znala v polovině 20. století též svoji variantu doktríny podfinancování. *Cohn et Simitis*¹¹² v tomto kontextu odkazují na judikát Spolkového soudního dvora z r. 1959.¹¹³

V tomto případě majoritní společník společnosti, kterou založil s pomocí dalších dvou fyzických osob, jako společnost s minimálním možným základním kapitálem, této společnosti poskytl půjčku, čímž financoval její obchodní aktivity. Avšak obchodní aktivity dané společnosti svým objemem zásadně převyšovaly její vlastní kapitál. Když se společnost dostala do nesnází, vyplatila svému majoritnímu společníkovi poskytnutou půjčku, což způsobilo nedostatek kapitálu ke krytí závazků vůči ostatním věřitelům. Věřitelé se domáhali u soudu vůči tomuto majoritnímu společníkovi, aby byl povinován vrátit (již vyplacené, tj. jemu vrácené) prostředky do společnosti, přičemž daná půjčka měla být dle tohoto přístupu fakticky vnímána jako dissimulovaný vklad na základní kapitál. Tato žaloba byla úspěšná.

V současné době je tato doktrína zřejmě překonána, neboť v posledních devíti letech Spolkový soudní dvůr aktivně vyvíjí doktrínu *Existenzvernichtender Eingriff*, diskutovanou níže. Tato pak umožňuje žalovat napřímo na plnění, bez nutnosti domáhat se, aby vyvedené peníze byly vráceny do společnosti, pročež výše uvedená doktrína ztrácí na účelnosti.¹¹⁴

III.3.4 Doktrína osobní odpovědnosti společníka GmbH za přivedení společnosti do úpadku

III.3.4.1 Historický úvod

Německý právní řád explicitně řeší koncernové právo toliko u společností akciových.¹¹⁵ Protože zákonodárce se zatím nerozhodl tuto úpravu přenést i na další korporace, přičemž v praxi bylo často nutné řešit otázky GmbH, vyvinula se postupně judikatura Spolkového soudního dvora v tom smyslu, že úprava AktG¹¹⁶ byla na GmbH aplikována *per analogiam*. Tak tomu alespoň bylo začátkem 90. let 20. století. Nejvýznamnějšími jsou v tomto smyslu judikáty *Autokran*,¹¹⁷ *Tiefbau*,¹¹⁸ *Video*¹¹⁹ a *TTB*.¹²⁰

¹¹² *Cohn et Simitis, supra*, s. 192.

¹¹³ Rozsudek ze dne 14. prosince 1959 publikovaný v NJW 1960, s. 286; s odkazem na starší judikaturu Říšského soudu z let 1938 a 1939. Srov. *Cohn et Simitis, supra*, s. 192, fn 5.

¹¹⁴ Tam však, kde se žaluje přeci jen na vrácení do společnosti (a smysl to má například tam, kde bude žalovat insolvenční správce, rozhodla judikatura o tom, že společník, který si neoprávněně vyvedl peníze je musí vrátit i s úrokem z prodlení). Srov. rozsudek BGH ze dne 13. prosince 2007, sp. zn. IX ZR 116/06; DB 2008, 520.

¹¹⁵ Srov. Citace AktG, *supra*.

¹¹⁶ Výše citované § 311–318 AktG: Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags.

¹¹⁷ Rozsudek ze dne 16. září 1989, 95 BGHZ, 330.

¹¹⁸ Rozsudek ze dne 20. února 1989, 107 BGHZ, 7.

¹¹⁹ Rozsudek ze dne 23. září 1991, 115 BGHZ, 187.

¹²⁰ Rozsudek ze dne 29. března 1992, 122 BGHZ, 123.

Spolkový soudní dvůr následně tuto linii judikátů zpochybnil v případě *Bremer Vulkan* (II ZR 178/99).^{121, 122} V tomto judikátu druhý civilní senát Spolkového soudního dvora odmítl předchozí výše citovanou judikaturu, když konstatoval:

Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts (§§ 291 ff., 311 ff. AktG), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandschutzes beschränkt, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.¹²³

Tento judikát vyvolal vlnu akademického zájmu.¹²⁴ Neřešil ale explicitně na základě čeho a jak (co do práva psaného či judikaturou nalezené doktríny) stavět odpovědnost ovládajícího subjektu.

III.3.4.2 Post-Bremer Vulkan – doktrína *Existenzvernichtender Eingriff*

Spolkový soudní dvůr následně vynesl závěr, že AktG není *per analogiam* aplikovatelný na společnost s ručením omezeným. Soud dále pokračoval v započatém trendu a postupně vytvářel doktrínu tzv. „*Existenzvernichtender Eingriff*“. Dalším krokem v tomto směru byl judikát *KBV* (II ZR 300/00).¹²⁵

V tomto případě společníci vyvedli kapitál z GmbH v podobě nájmu, kdy na základě nájemní smlouvy mezi jedním ze společníků a danou GmbH byla společnost nájemníkem. Společnost proto nebyla schopna dostát svým závazkům vůči věřitelům a snahy exekuvovat její majetek byly neúspěšné pro jeho nedostatek.¹²⁶ Soud v daném případě našel dva důvody pro odpovědnost společníků.

Prvním důvodem je aplikace ustanovení § 826 BGB, podle něž ten, kdo jednáním v rozporu s dobrými mravy druhému přivodí škodu, je povinnen ji nahradit.^{127, 128}

Druhým důvodem je, dle názoru soudu, nerespektování existence kapitálu společnosti jakožto majetku, který případně může být použit k uspokojení věřitelů, což je zneužití právní formy GmbH, které s sebou přináší ztrátu možnosti se dovolávat omeze-

¹²¹ Rozsudek ze dne 17. září 2001, sp.zn. II ZR 178/99; (2001) NJW, 3622.

¹²² Text rozsudku dostupný online: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=23416&pos=0&anz=1> (6. 6. 2009 22:17:33).

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Srov. např.: Schneider, J. *Erfolgsfaktoren der Unternehmensüberwachung: Corporate Governance aktienrechtlicher Aufsichtsorgane im internationalen Vergleich*. Berlin: Erich Smidt Verlag, 2000, s. 9; Wazlawik, T. *Die Konzernhaftung der deutschen Muttergesellschaft für die Schulden ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft: eine Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 265; Zumbansen, P. *Liability Within Corporate Groups (Bremer Vulkan) – Federal Court of Justice Attempts the Overhaul*. In: 3 German Law Journal 2002, Online: <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=124> (6. 6. 2009 17:13:28)

¹²⁵ Rozsudek ze dne 24. června 2000, sp. zn. II ZR 300/00. NJW (2000), 3024; též online: <http://lexetius.com/2002/1279> (6. 6. 2009 18:21:05).

¹²⁶ K popisu příkladu srov. též: Hänisch, D. *The Liability of shareholders for obligations of the company in Germany and the People's Republic of China*. LLM Dissertation No. LW 6537E. City University of Hong Kong. Hong Kong: 2007, s. 23; Online: <http://lbms03.cityu.edu.hk/oaps/slW2007-6537-hd976.pdf> (6. 6. 2009 17:25:56).

¹²⁷ § 826 BGB zní: „*Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*“

¹²⁸ Zde je patrný vliv Rehbinderovery teorie Konzernaußenrecht.

ného ručení, pročez v takovém případě se (i mimo případné insolvenční řízení) mohou věřitelé domáhat plnění přímo po společnících. V původním jazyce zní právní věta následovně:

a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Mißbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.

b) Bei Vorliegen der unter a genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können [...]¹²⁹

Soud doktrínu „*Existenzvernichtender Eingriff*“ dále elaboroval. Nejdůležitějším judikátem je případ *Autohändler*¹³⁰ (II ZR 206/02).¹³¹ Zde nejen že soud potvrzuje svoji dosavadní judikaturu založenou v případě *Bremer Vulkan*, rozvíjí ji navíc dále na osoby v rámci *de facto* GmbH koncernu nejsoucí přímo společníky společnosti, která přišla na základě *Existenzvernichtenden Eingriffes* o majetek použitelný ke krytí závazků.

V daném případě šlo o 50% společníka GmbH, která (tato společnost) byla zase jediným společníkem GmbH neschopné dostát svým závazkům vůči věřitelům. Tento 50% společník, Žalovaný, vlastnil spolu se svojí ženou a dcerou, oběma menšinovými společníky, obchodní společnost E. GmbH. Tato společnost koupila další společnost, jmenovitě FZ GmbH. Žalovaný byl zároveň jediným jednatelem obou GmbH. Obě dvě společnosti byly v různých bodech v čase dealery automobilů, B. AG. FZ GmbH měla s B. AG smlouvu o obchodním zastoupení na dobu určitou. Po akvizici FZ GmbH společností E. GmbH byla smlouva mezi FZ GmbH a B. AG z aktivity E. GmbH předčasně (o dva roky) ukončena. Místo FZ GmbH zastupovala B. AG ve stejných prodejních prostorách nadále E. GmbH. Tato také převzala zaměstnance FZ GmbH. FZ GmbH tak přišla o svůj jediný příjem (z prodeje vozů, oprav a prodeje náhradních dílů) a nebyla proto nadále schopna plnit své, již existující, závazky.

Po marných snahách o exekuci proti FZ GmbH, která byla vždy pro nedostatek majetku jako neúspěšná zastavena, obrátili se věřitelé se žalobou proti Žalovanému. Spolkový soudní dvůr v dovolání Žalovaného tuto možnost připustil.

¹²⁹ <http://lexetius.com/2002,1279> či <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a2a354b10d9327b931996e46c3b4ae22&nr=21766&pos=0&anz=1> (6. 6. 2009 22:14:05).

¹³⁰ Rozsudek ze dne 13. prosince 2004, sp.zn. II ZR 206/02.

¹³¹ Text online: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e4c15216181b0054eb4393bd715fbee6&nr=31384&pos=0&anz=2> (6. 6. 2009 22:45:55).

Soud nejdříve explicitně potvrdil platnost doktríny „*Existenzvernichtender Eingriff*“, kterou sumarizoval:

Nach der neueren Rechtsprechung des Senats haftet der Gesellschafter einer GmbH für die Gesellschaftsschulden persönlich, wenn er auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht nimmt und der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen ohne angemessenen Ausgleich Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (sog. existenzvernichtender Eingriff).¹³²

Dále ji pak rozšířil i na osoby, které se na společnosti podílejí fakticky skrze prostředníka či tzv. „Strohmann“ („*bílý kůň*“), jakož i společníka společníka (*den Gesellschafter-Gesellschafter*).¹³³ Relevantní právní věta zní:

Z důvodu zničujícího zásahu ručí i ten, kdo není společníkem dané s. r. o, kdo ale je společníkem společnosti, která je společníkem dané s. r. o. (společník společníka), když může vyvíjet ovládající vliv na společnost jsoucí společníkem [toho s. r. o.].¹³⁴

III.3.5 Souhrn

Jak vidno výše, judikatura velmi zasahuje do oblasti spravedlnosti, jakož i do sféry osob formálně nezúčastněných na (i případném faktickém) holdingu. Lze tedy činit dílčí závěr, že Německá spolková republika má, přesto, že je postavená na kontinentálním právním řádu, velmi rozvinutou doktrínu *Durchgriffshaftung* postavenou na hranici mezi morálkou (spravedlností) a korporátním právem. Judikatura zde funguje jako morální korektiv pozitivního práva. Tato doktrína je v mnohém srovnatelná s *common law* doktrínou *piercing the corporate veil*. Zejména srovnatelné co do výsledku jsou US doktrína identity a německá *Vermögensvermischung*, jakož obě doktríny podfinancování.

V případech obou doktrín však vychází německá judikatura z vlastní kontinentální právní kultury a drží se v rámci svébytnosti své abstraktní kontinentální teorie. Je tak obtížné hledat a nalézat napříč oběma kulturami (USA a Německo) mnoho teoreticky destilovatelných styčných bodů. Zejména rozdílné, z pohledu

¹³² Rozsudek ze dne 13. prosince 2004, sp.zn. II ZR 206/02, s. 4 a 5.

¹³³ Soud se přitom odvolává na již existující judikaturu vztahující se v tomto kontextu na obecné povinnosti společníků. Cit, supra, s. 5 a 6: „In der Rechtsprechung des Senats zu den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und -erhaltung ist seit langem anerkannt, daß derjenige, der nur über einen Mittels- oder Strohmann an einer Gesellschaft beteiligt ist, genauso wie der unmittelbare Gesellschafter für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals einzustehen hat (BGHZ 31, 258; 118, 107, 110 ff.; ebenso BGH, Urt. v 3. November 1976 – I ZR 156/74, WM 1977, 73, 75). Nur so kann das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Schaffung und Wahrung des Haftungsfonds der Gesellschaft wirksam und praktikabel geschützt werden. Nicht ausreichend wäre es dagegen, die Gläubiger darauf zu verweisen, mögliche Befreiungsansprüche des Vordermanns gegen den Hintermann geltend zu machen. Das gleiche gilt für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an einer Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist. Er wird jedenfalls dann einem Gesellschafter gleichgestellt, wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann, etwa aufgrund einer qualifizierten Anteilsmehrheit (Senat, BGHZ 81, 311, 315 f.; Urt. v 24. September 1990 – II ZR 174/89, NJW 1991, 357, 358; v 21. Juni 1999 – II ZR 70/98, NJW 1999, 2822). Diese Grundsätze gelten auch für die Haftung eines Gesellschafter-Gesellschafters wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen.“

¹³⁴ Překlad autora. Originál: „Wegen existenzvernichtenden Eingriffs haftet auch derjenige, der zwar nicht an der GmbH, wohl aber an einer Gesellschaft beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Gesellschafter-Gesellschafter), jedenfalls wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann.“

německo-kontinentálního, je pak chápání akcesority doktríny *Durchgriffshaftung*, jakožto v základech koncepčně naprosto odlišného modelu vnímání a právního pojmání postžitelnosti majetkové sféry jiné osoby.

III.4 FRANCIE

Francouzský právní řád je ze všech, v tomto příspěvku analyzovaných, právních řádů na oblast holdingových struktur, jakož i na oblast *piercing the corporate veil*, nejskoupější. Na rozdíl od německé kulturní oblasti nemá Francie, v podobě psané, upravené koncernové právo¹³⁵ a ani judikatura toto komplexně nenahradila.¹³⁶ Stejně tak nezná francouzské právo v obecné rovině institut, který by zásadně šel srovnávat s principem *piercing¹³⁷ the corporate veil*.¹³⁸

Jedinou oblastí, která je výjimkou z výše vyřčeného, je právo insolvenční. Zde existují relativně propracovaná a psaným právem upravená pravidla postihu majetku osob, souhrnně řečeno, zodpovědných za úpadek relevantní právnické osoby (což je mimo předmět diskuze tohoto článku). Judikatura pak tato pravidla doplnila o další dvě doktríny postihu majetku odpovědných osob, a to následující.

III.4.1 Řízení pro zneužití manažerského postavení

Řízení pro zneužití manažerského postavení je nástrojem upraveným v čl. L 624-5¹³⁹ obchodního zákoníku (Code de Commerce). Dle tohoto ustanovení

¹³⁵ Srov.: Ebenroth, C. T. – Reiner, G. *Der Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft vor nachteiligen Vermögensverlagerungen in Frankreich*. Online: http://www.gunterreiner.de/ebenroth-reiner1992_bb-beilage13.pdf (7. 6. 2009 17:20:22).

¹³⁶ Srov.: Vandekerckhoven, *supra*, s. 40.

¹³⁷ Judikatura sice kryje některé případy, například zneužití pozice dominantního společníka vis-a-vis zájmy společnosti jako takové či vis-à-vis minoritní společník, je nicméně dosti kausaistická a nevyvinula koncepčně ucelené doktríny. K diskuzi této judikatury srov. zejména.: Ebenroth & Reiner, *supra*.

¹³⁸ K samostatnosti korporací srov. např.: C. J. *Law and business in France: a guide to French commercial and corporate law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. 1994, s. 39.

¹³⁹ Toto ustanovení zní:

“I. – En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d’une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l’égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après :

1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;

2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;

3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l’intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;

4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu’à la paiements de la personne morale ;

5° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s’être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ;

6° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l’actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ;

7° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

II. – En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale.

III. – La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement d’ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire de la personne morale.

IV. – L’action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement de l’entreprise ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.”

může soud řešící úpadek právnické osoby zahájit samostatné insolvenční řízení proti osobě, která zneužila svůj vliv v této právnické osobě tak, že¹⁴⁰:

- a) zacházela s vlastnictvím společnosti jako se svým,
- b) prováděla obchodní aktivity skrze společnost ve vlastním zájmu,
- c) používala aktiva či pasiva společnosti v rozporu se zájmy společnosti buďto pro svůj vlastní prospěch, či pro prospěch jiné společnosti na které se přímo či nepřímo účastní,
- d) zneužívajíc postavení pokračovala v operacích ku vlastnímu prospěchu a škodě společnosti, které nutně vedly k platební neschopnosti,
- e) vedla fiktivní účetnictví, zahlazovala účetní podklady či neúčtovala dle účetních pravidel,
- f) vyvedla či zatajila část kapitálu, či podvodně zvýšila zadlužení společnosti,
- g) vedla extrémně neucelené či špatné účetnictví.

Možnost zahájit toto samostatné a do své funkce kromě kompenzace společnosti a prevence i putativní insolvenční řízení (neboť zákonodárce mohl zvolit i formu nikoliv insolvenčního řízení, ale odděleného nahrazení škody bez nutnosti postihnout majetek takového „viníka“ jako celek), se vztahuje jednak na statutární orgány, a jednak na další subjekty, které fakticky mohou vykonávat vliv. Toto je zřejmé z jazykového výkladu úvodní věty ustanovení: „*le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après [...]*“.¹⁴¹

III.4.2 *Société fictive* a doktrína *confusion des patrimoines*

Vedle výše uvedeného důvodu pro zahájení samostatného řízení proti osobám zneužívajícím vliv, vyvinula judikatura též doktrínu *société fictive* a doktrínu *confusion des patrimoines*.

Doktrína *société fictive* znamená situaci, kdy existence společnosti je toliko fiktivní a jejím jediným účelem je sloužit zájmům fyzické osoby za ní (*maître de l'affaire*).¹⁴²

Doktrína *confusion des patrimoines* pak popisuje situaci, kdy není možno rozdělit majetek společnosti a ovládající osoby.

V těchto případech soud rozšíří insolvenční řízení na majetek i těchto ovládajících osob. *Vandekerckhoven* v tomto kontextu podotýká, že přestože praxe směřuje mezi těmito důvody a výše popsáním ust. čl. L 624-5 CCom, převažuje to, že v těchto případech se nezahajuje nové řízení, ale postihne se v rámci insolvence právnické osoby i majetek ve sféře relevantního společníka, což je zásadním teoretickým rozdílem.¹⁴³

III.4.3 *Souhrn*

Ve vztahu k francouzskému právnímu řádu lze proto činit následující závěr: Francie má svým způsobem propracovaný systém *piercing the corporate veil*, který

¹⁴⁰ Srov. http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sme2chance/doc/report_fra.pdf (8. 6. 2009 11:52:21).

¹⁴¹ Vedle statutárních orgánů tak mohou být postihnuti například i zaměstnanci na manažerských postech, nicméně vyloučit dle jazykového výkladu nelze i možnost postihnout ovládající osobu.

¹⁴² *Vandekerckhoven*, *supra*, s. 42.

¹⁴³ *Vandekerckhoven*, *supra*, s. 43.

co do svých důvodů velmi blízce konkuruje četnosti a věcnosti důvodům vyvíjeným v rámci právních řádů USA. Francie nicméně aplikuje tyto důvody pouze a výhradně v rámci úzkého profilu insolvenčního práva a mimo insolvenční řízení *piercing the corporate veil* fakticky nezná; běžný *piercing* za klasického života právnické osoby je tedy francouzskému právnímu řádu cizí.

III.5 ČESKÁ REPUBLIKA

V České republice lze dle platného práva také hovořit, podobně jako v právu francouzském, o ručení statutárních orgánů za některé, zejména z mimosmluvního jednání vzniklé závazky v rámci insolventního práva a toliko v rámci tohoto odvětví. Je tomu tak v kontextu ust. § 127 insolvenčního zákona¹⁴⁴ (ručení členů statutárního orgánu při porušení povinností dlužníka za trvání moratoria), v kontextu ust. § 147 insolvenčního zákona (ručení členů statutárního orgánu navrhovatele insolventního řízení za škodu takto způsobenou), v kontextu ust. § 330 insolvenčního zákona (ručení členů statutárního orgánu za škody způsobené nerespektováním nutnosti souhlasu věřitelského výboru v rámci úkonů při reorganizaci), jakož i v kontextu ust. § 181 insolvenčního zákona (ručení osob, která za věřitele podepsaly přihlášku do insolvence).

V běžném právu obchodním, s výjimkou osobních společností (kdy však nelze ve vztahu ke společníkům ručícím celými majetky hovořit o korporátním závoji) a s výjimkou situace nesplacení celého vkladu do kapitálové obchodní společnosti, nelze ani o ručení jakožto institutu narušujícím odtržitost obchodní společnosti od ovládajících osob v širším slova smyslu hovořit.

De lege ferenda se však má tato situace změnit. Ustanovení navrhovaného zákona o obchodních korporacích v § 76 odst. 3 v kontextu podnikatelských seskupení hovoří o tom, že „[v]livná osoba věřitelům ovlivněné osoby [ručí] za splnění těch jejich pohledávek, které ovlivněná osoba nemůže v důsledku ovlivnění podle odstavce 1 zcela nebo zčásti splnit.“

Jinými slovy, české právo *de lege ferenda* zavádí kontinentální ručitelský režim *piercingu*, kdy právě přes institut ručení zavádí odpovědnost „vlivné osoby“ za závazky „ovlivněné osoby“.

Navrhovaný zákon o obchodních korporacích dále v ust. § 73 stanovuje, že soud může na návrh likvidátora nebo věřitele zrušené obchodní korporace rozhodnout, že

- [č]len nebo bývalý člen jejího statutárního orgánu ručí za splnění jejich povinností, jestliže a) bylo rozhodnuto, že zrušená obchodní korporace je v úpadku, a
- b) člen nebo bývalý člen statutárního orgánu nebo osoba v obdobném postavení zrušené obchodní korporace věděli nebo měli a mohli vědět, že je obchodní korporace v hrozícím úpadku podle jiného právního předpisu, a v rozporu s péčí řádného hospodáře neučinili za účelem jeho odvrácení vše potřebné a rozumně předpokladatelné.

¹⁴⁴ Z. č. 182/2006 Sb., v platném znění.

Toto jsou bezpochyby závažné změny v chápání českého obchodního práva a role zejména kapitálových společností jako nástrojů managementu obchodních rizik cestou omezeného ručení.

IV. KOMPARATIVNÍ POHLED NA INSTITUT *PIERCING THE CORPORATE VEIL* A IMPLIKACE PRO REKTIKACI ČESKÉHO PRÁVA

Srovnání výše rekapitulovaných doktrín lze dojít k závěru, že předmětný institut je daným právním řádům známý, existují však zásadní rozdíly v připravenosti jeho aplikace v rámci platného práva a judikatury, jakož i zásadní koncepční rozdíly v teoretickém pojmání tohoto institutu *stricto sensu*. V různých právních rádech pak lze i diskutovat nad tím, ve vztahu k jakým subjektům (tedy otázka zda společníci, či i členové statutárních orgánů či právě jen tyto členové) je případně korporátní závoj kolem společnosti protrháván.¹⁴⁵

Zatímco v USA judikatura rozvinula pod podmínkou přítomnosti podvodného úmyslu (*fraudulent intent*) doktrínu *alter ego/identity, instrumentalisty, podfinancování a agency*, v Anglii a Walesu, je zatím institut *piercing* v plenkách a přesto, že judikatura jej v náznacích diskutuje v kontextu *fraud* (jakožto samostatného důvodu), *agency* a teorie *single economic unit*,¹⁴⁶ s jeho aplikací je zdrženlivá a v zásadě ji odmítá.

V rámci kontinentální právní kultury má judikaturou vyvinutou analogickou doktrínu Spolková republika Německo (*Haftungsdurchgriff*). Krom podmínky jakési analogie podvodného úmyslu (či absence *bona fides*), tedy porušení *Treu und Glauben*, nelze však jednoznačně bližší analogii s americkou doktrínou *piercing the corporate veil* shledat, a to pro zásadní koncepční rozdíly. Francouzský zákonodárce, jakož i legislativa, se pak omezují jen na řešení situací insolvence, v běžném obchodním právu upravujícím běžný styk podnikatelů tato doktrína naprosto absentuje.

České právo se pak ve výše diskutovaných navrhovaných legislativních změnách vydává cestou prolamování korporátního závoje kolem obchodních společností. České právo má do budoucna prolamovat korporátní závoj kolem kapitálových společností nejen v rámci úzkého okruhu práva insolvenčního, ale i v rámci koncernového institutu ovlivnění a v rámci obchodně-právního pojmání důvodů, které přivedly obchodní korporaci do insolvence. Vydává se pak cestou prolamování jak vůči členům statutárních orgánů, tak subjektům ovládajícím (vlivné osoby).

Technicky pojmáno se vždy operuje s principem zákonného ručení za předmětný závazek, což je institut kontinentálnímu právu vlastní a judikaturou dovozovaný v rámci principu dobrých mravů například také v německém právním prostředí, jak ilustrováno výše.

Otázkou je, do jaké míry je tento vývoj ve svém konkrétním pojetí žádoucí a šťastný.

¹⁴⁵ K diskuzi rámce definice *piercing the corporate veil* srov. Thomson, R. B. *Piercing the Corporate Veil: AN Empirical Study*. 76 *Corenll L. Rev* 1991, s. 1936.

¹⁴⁶ *Adams v Cape Industries plc* [1990] 2 *WLR* 748.

Ustanovení § 73 navrhovaného zákona o obchodních korporacích definuje podmínky ručení jako kumulaci úpadku a vědění či musení vědět, že je obchodní korporace v rozporu s péčí řádného hospodáře neučinění za účelem odvrácení úpadku všeho potřebného a rozumně předpokladatelného.

Zde zákonodárce otvírá několik problémů, pro které nedodává adresátovi právních norem rozumného řešení slučitelného s principem právní jistoty. Těmito problémy je v sumě otázka, co vše je vše potřebné a rozumně předpokladatelné a co je jako takové v intencích péče řádného hospodáře.

Jaký je test pro zjištění takového stavu a jak má být aplikován judikaturou, když zákon je nedává? Očekává se odbornost členů statutárního orgánu, případně jaká a jak testovaná? Jinými slovy, má se vycházet z konkrétního vědění, vzdělání a rozumové vyspělosti konkrétního člena statutárního orgánu, nebo se má vycházet z objektivního testu běžného průměrného manažera v místě a čase?¹⁴⁷ Pokud platí druhá alternativa odpovědi, pak jak se bude tento standard stanovovat? Kde a jak se pak má odrážet v péči řádného hospodáře přiměřené podnikatelské riziko, které v podstatě fungování tržní ekonomiky odlišuje podnikatele od jejich zaměstnanců? Kdo bude posuzovat přiměřenost syntézy všech těchto atributů? Má tímto posuzujícím být soud, representovaný ze své podstaty, při vší účtě, státními zaměstnanci tedy, nepodnikately? V tomto kontextu je třeba plně dát za pravdu již starší kritice Petra Čecha, který v příspěvku na téma péče řádného hospodáře v roce 2007 konstatuje:

Aniž má kdokoliv v úmyslu snižovat odbornost a úctyhodnost soudcovského stavu, k požadovaným složkám soudcovy osobnosti zpravidla nepatří obchodní, manažerské a podnikatelské vlohly, sklon k přiměřeně rizikovému jednání či kuráž přijímat – často pod značným časovým tlakem – závažná rozhodnutí dalekosáhlého významu, a to ani u soudců orientovaných na problematiku obchodního práva.¹⁴⁸

Čech pak sám nabízí dílčí kritické odpovědi na výše položené otázky, když svoji rozvalu na toto téma uzavírá konstatováním:

Nepřekvapuje, že zahraniční právní věda neskrývá nechuť k tomu, aby to byli právě soudci (třeba za asistence odborných znalců), kdo by měl v plné jurisdikci a v masovém měřítku zpětně přezkoumávat, zda to či ono podnikatelské rozhodnutí se za daných okolností (z pohledu ex ante) mohlo jevit jako optimální, či zda nebylo na místě přijmout jiné, resp. nepřijmout žádné. Společnost má být chráněna před tím, aby o jejím podnikání fakticky rozhodovali soudci, nezřídka z podnětu „kverulujícího“ minoritního společníka.¹⁴⁹
(Poznámky pod čarou vynechány.)

Problémem výše vyřčeného zůstává, že právní věda nabízí kritiku stavu, který návrh zákona o obchodních korporacích dále rozvíjí, ale zákonodárce, judikatura, ani právní věda českého práva zatím nesestavila metodiku aplikace institutu péče

¹⁴⁷ K vývoji judikatury od testu subjektivního po objektivní například v právu Anglie a Walesu srov. v souhrnu: Čech, P. Péče řádného hospodáře a povinnost loajality. 3 Právní rádce 2007., s. 4 a násl. (online bez označení stran: [http://pravniradce.ihned.cz/index.php?p=F00000_d&&article\[id\]=20768350](http://pravniradce.ihned.cz/index.php?p=F00000_d&&article[id]=20768350) (11. 7. 2011 17:12:17).

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

řádného hospodáře. Právní věda tak ani učinit nemohla, neboť je vědou právní, nikoliv ekonomickou.

Nezbývá tedy než konstatovat, že buďto zákonodárce musí umět danou problematiku lépe definovat (což dle tvrzení autora tohoto článku právě z důvodu abstraktní nepopsatelnosti jednotlivých situací, kterým musí management podnikatele čelit, v podstatě nejde), nebo by se zákonodárce měl vyvarovat přikládání zásadní váhy porušování principu péče řádného hospodáře tak, jak zatím navrhuje v ust. § 73 zákona o obchodních korporacích, neboť tím vypouští z láhve ducha, jehož rozměry nezná.

Dalším aspektem, který se v tomto kontextu nabízí diskutovat je otázka principu zlé víry. *Mala fides* v navrhovaném ustanovení § 73 zákona o obchodních korporacích explicitně chybí. Je totiž logický rozdíl mezi porušením péče řádného hospodáře a porušením péče řádného hospodáře ze zlé víry.

Vrátíme-li se k výše uvedenému komparativnímu exkursu, vidíme, že v zásadě všude tam, kde se s institutem *piercing the corporate veil* operuje, operuje se jím tam v kontextu zlé víry.

V jednotlivých právních řádech USA se tato podmínka usadila tak, jak citoval New Your Court of Appeals ve výše citovaném judikátu *Walkovsky v Carlton* (18 NY 414), ku příkladu. V Právu Anglie a Walesu se sice doktrína *piercing* zatím neuchytila, ale tam, kde se diskutovala ve vztahu protrhávání v neprospěch článků konkrétního holdingu, činila tak judikatura také za podmínky přítomnosti „fraud“. ¹⁵⁰

Obecně je z v tomto příspěvku diskutovaných právních řádů kulturně českému právnímu řádu samozřejmě nejbližší právní řád německý. I zde pak je naprosto zjevně vidět na doktrínách, která se v rámci tzv. *Durchgriffshaftung* vyvinuly, že princip zlé víry je jejich integrální součástí. Je tomu tak v případě aplikace ustanovení o dobrých mravech jako tomu bylo v případě *Divadlo Tivoli*, ¹⁵¹ stejně jako v rámci doktríny *Existenzer-nichtender Eingriff*. ¹⁵²

Stranou zbývá v německém právním řádu tolik doktrína *Vermögensmischung*, která však na jedné straně řeší jiný okruh otázek než diskutované ust. § 73 zákona o obchodních korporacích a na straně druhé i zde je náznaky aplikace *mala fides* možné najít. Zatímco totiž tato doktrína *a priory* nepožaduje presenci zlé víry, dokázání dobré víry je okolností, která vylučuje aplikaci tohoto institutu. ¹⁵³

Úžeji zacíleno, zdá se, že co do konkrétní diskutované problematiky navrhovaného *piercingu de lege ferenda* je na první pohled z právních řádů ve vztahu ke konkrétním normám problematiky tomu českému nejbližší právní řád francouzský.

Francouzský právní řád v čl. L 624-5 Code de Commerce umožňuje za některých konkrétních skutkových okolností, o nichž všech lze laicky a nedefinovaně hovořit jako o hrubém zneužití svého vlivu a souvisejícím hrubém porušení péče řádného hospodáře, vyhlásit punativní insolvenční řízení na majetek osoby, která přivedla právní osobu svým jednáním taxativně definovaným do insolvence.

¹⁵⁰ Viz výše citovaný judikát *Gilford Motor Co. v Horne* [1933] Ch. 935.

¹⁵¹ Viz supra.

¹⁵² Srov. zejména výše citovaný rozsudek Spolkového soudního dvora ze dne 13. 4. 2004, sp.zn. II ZR 206/02, s. 4 a. s. 5.

¹⁵³ Srov. výše citované usnesení Spolkového soudního dvora ve dne 2. 6. 2007, II ZR 104/07.

Rozdíl od české úpravy je však dvojitý a zásadní. Za prvé je v předmětném ustanovení taxativní a relativně přehledně a přesně zpracovaný výčet skutkových podstat, které umožňují aplikaci onoho punativního insolvenčního řízení, a za druhé všechny tyto skutkové podstaty ve svých definicích obsahují velmi důrazný prvek *mala fides*.¹⁵⁴

Česká právní úprava *de lege ferenda* se tak vydává cestou, kterou nelze doporučit, protože je potenciálně nebezpečná pro nepředvídatelnost vývoje judikatury – a tak právního prostředí pro podnikání v České republice. Tato navrhovaná právní úprava pak dále jeví nejen znaky extrémní vágnosti, jakožto znaky nesoucí nedostatek právní jistoty, ale vyvolává i pochyby o důslednosti legislativních příprav tohoto ustanovení a času a pečlivosti tomuto věnovaných, což je samozřejmě pro zákonodárce a jeho poradní orgány v intencích moci výkonné smutným vysvědčením.

Nabízí se tedy otázka, zda je navrhované ustanovení žádoucí. Kromě již diskutované nezpůsobilosti moci soudní rozhodovat o manažerských praktikách je zjevně nežádoucí, aby mantinely byly nastaveny takto vágně a nechávalo se na vývoji judikatury v oblasti, která je naprosto nová, aby se po několik desetiletí právní rámec ustanovoval. Není přeci vlastní kontinentální právní kultuře, akcentující právní jistotu jakožto jeden z atributů psaného práva, stanovovat mantinely pro vývoj judikatury – tedy práva – v takto komplikované věci naprosto vágně, nedávajíc tak téměř žádný rámec právní jistoty adresátům předmětné normy.

Na tyto pochyby se nabízí protiargument, že vývoj v oblasti *piercing the corporate veil* judikaturou není ve světě nic nového. Není například pochyb o tom, že zejména ve Spojených státech amerických je širší vymezení tohoto institutu skutečností, když takto širší mantinely nechávají na judikatuře, aby v konkrétních případech šla své rozhodování na míru projednávané věci.¹⁵⁵ Zde je však zásadní rozdíl v koncepci tohoto institutu co do jeho původu. Jak ilustrováno výše, v USA tento institut vznikl vývojem judikatury, která musela nejen s tímto institutem přijít, ale také mu ve stejný čas a v těch samých konkrétních rozhodnutích začít klást teoretické mantinely, které jej formují (jednotlivé testy aplikovatelnosti tak, jak má *common law* judikatura ve zvyku). A i toto mělo své porodní bolesti (například absence principu zlé víry ve státě Connecticut v 60. letech 20. století. – zmiňovaný judikát *Zaist v Olson*¹⁵⁶).

V českém právním řádu *de lege ferenda* je však dvoubodový text ust. § 73 navrhovaného zákona o obchodních korporacích relativně skoupý a vágní, bez explicitní artikulace principu zlé víry a nechává na judikatuře soudů, která není tak zvyklá právo vyvíjet, aby se s tímto novým jevem vypořádala bez toho, aniž by jí dával prostor k vývoji oněch pomyslných mantinelů, nebo aby je zákon sám řádně stanovoval. Toto se nezdá šťastným a kulturně vhodným řešením.

Jako další argument se jeví otázka, zda teleologicky vzato je princip *piercingu* v českém právním řádu potřebný a vhodný a zda tedy v tomto smyslu je nutno kopírovat vývoj v některých (a jen některých) jiných právních řádech. Pokud právní řád operuje s kapitálovými společnostmi jakožto společnostmi, kde v zásadě je omezené ručení

¹⁵⁴ Srov. citaci supra v části o francouzském právním řádu v kontextu řízení pro zneužití manažerského postavení.

¹⁵⁵ Srov. Thomson, R. B. *Piercing the Corporate Veil: AN Empirical Study*. 76 *Conn L. Rev* 1991, s. 1936.

¹⁵⁶ *Zaist v Olson*, 227 A.2d. 552, 573 (Conn. 1967).

společníků (akcionářů), má toto historický důvod. Tímto důvodem je a bylo motivovat podnikatelskou aktivitu nad rámec běžně únosného rizika v tom smyslu, aby docházelo k obchodním aktivitám, která svým rozsahem či rizikem mohou převyšovat majetkový potenciál hybatelů těmito aktivitami. Existuje publicita obchodního rejstříku včetně sbírky listin, institut (alespoň formálního a možná již i historicky nadbytečného)¹⁵⁷ základního kapitálu a samozřejmě trestně právní režim zásadních pochybení při hospodářských aktivitách. Je proto otázkou, zda až v míře navrhované předvídaným zákonem o obchodních korporacích (§ 73 a 76 tohoto) je žádoucí princip samostatnosti (korporátního závoje) kapitálových společností negovat, když tento institut jde proti historickým a makroekonomickým důvodům pro samou existenci tohoto druhu obchodních společností.

Autor tohoto příspěvku se proto domnívá, že tato problematika si speciálně zaslouží širší diskuzi před tím, než bude do pozitivního práva tak či onak zakotvena a že vládou navrhovaný text není ideální variantou, která by neměla být v této podobě zavedena do pozitivního práva.

PIERCING THE CORPORATE VEIL, COMPARATIVE OUTLINES
OF THIS INSTITUTION AND RE-CODIFICATION OF CZECH PRIVATE LAW?

Summary

This article discusses the institution of *corporate veil* (and its analogies) in the economically most important traditional legal orders (USA, England and Wales, Germany and France). It focuses on an analysis of the theoretical concepts of such institutions in the respective legal orders and points out conceptual differences of these institutions in relevant legal orders. Having done so, the current writer turns to the 2011 proposed concept of the Czech corporate law and proposed *piercing* of corporate veil vis-à-vis managers in such entities under the planned Czech legislation and by comparison to the applicable outlines and framework of this institution abroad, the current writer points to the weaknesses of the content Czech bill, suggesting it be re-drafted before passing.

Key words: corporate veil, piercing the corporate veil, piercing the veil, mala fides, holding, group of companies, Konzern, award, société fictive, confusion des patrimoines, fraud, fraudulent intent, alter ego, identity, instrumentalism, undercapitalization, agency, Haftungsdurchgriff

¹⁵⁷ Diskuzi nad racionalitou existence tohoto institutu autor ponechává do samostatného příspěvku.

JESENÁ ŠKOLA PRÁVA 2010 – ZPRÁVA Z MEZINÁRODNÍ KONFERENCE

Ve dnech 12. až 20. listopadu 2010 se uskutečnil již 15. ročník *Podzimní školy práva (Jesenná škola práva)*, organizované Ústavem státu a práva Slovenské akademie věd a Paneurópskou vysokou školou v Bratislavě za finanční podpory Friedrich Ebert Stiftung a Slovenského národního podpůrného fondu EUROPE 2000. Podzimní škola práva je ve střední Evropě výjimečný projekt umožňující týdenní setkání pedagogů, studentů doktorského studia a praktikujících právníků z České republiky, Slovenské republiky a Polska nad vybranou právně-teoretickou problematikou.

Tématem letošního ročníku byla „**Spravedlnost v evropské právní kultuře**“ a účastníci se měli možnost seznámit s pohledem na hodnotu spravedlnosti v celkem čtrnácti referátech odborníků z výše uvedených zemí, přičemž na každý referát navazovala diskuse nad právně-teoretickými otázkami i problémy právní praxe. Nespornou výhodou takto organizované akce je i možnost navázání kontaktů a výměna názorů se zahraničními kolegy.

Podzimní školu práva otevřel **JUDr. František Cvrček, CSc.**, z Ústavu státu a práva Akademie věd ČR a Západočeské univerzity v Plzni svým příspěvkem na téma: **Používání výrazu „spravedlnost“ v právních textech**. V úvodu svého vystoupení poukázal na různá pojetí spravedlnosti v dílech filosofických myslitelů od starověku až po současnost. Vymezení spravedlnosti se lišilo od prvotních idealistických a náboženských úvah až po morální kategorii a kritérium společenského uspořádání. V druhé části se JUDr. Cvrček zaměřil na empirické zkoumání výskytu slova spravedlnost (anebo odvozenin tohoto slova) v právních textech, a to jak z české a československé historie, tak ze současnosti. Pro vyhledávání použil 70 slovních tvarů vyjadřujících pojem spravedlnosti (např. spravedlivě, spravedlivěji, přespravedlivý, ...).

V nejstarším pramenu, Dekretech Břetislavových, kde se hovoří o povinnosti zahájit Boží soud s každým, kdo bije ženu, je konstatováno: kdo poruší toto spravedlivé pravidlo, budiž proklet. Pojem spravedlnosti je zde použit pro hodnocení právní úpravy. V dalších historických pramenech se setkáváme s výrazy spravedlivá odplata, spravedlivá držba. Z novějších pramenů je důležité aplikování zásad spravedlnosti ve velkých kodexech (např. ABGB). Specifická období zdůraznění spravedlivé úpravy se v dějinách vyskytla v souvislosti s přechody k demokracii – JUDr. Cvrček poukázal např. na potrestání nacistických zločinců po druhé světové válce. V současné době se

výraz „spravedlivý“ vyskytuje např. v insolvenčním zákoně nebo v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu. JUDr. Cvrček ze svého empirického zkoumání dovozuje, že legislativní zakotvení výrazu „spravedlnost“ v různých jeho podobách se vyskytuje zejména v případech, kdy jde o společensky citlivé téma a zdůrazňuje se zájem na spravedlivé právní úpravě.

V další části referátu shrnul JUDr. Cvrček používání výrazu spravedlnost v judikatuře soudů. Z provedené analýzy vyplynulo, že výrazy „spravedlnost“ využívají daleko častěji Evropský soud pro lidská práva a Ústavní soud než nižší soudy v ČR.

Ve své přednášce s názvem **Spravedlnost a právo: struktura problému** nastínil JUDr. Eduard Bárány, DrSc., z Ústavu státu a práva Slovenské akademie věd základní strukturální pohled na vztah práva a spravedlnosti. Spravedlnost vzniká podle JUDr. Báránye porovnáním práva s tou částí morálky, která upravuje rozdělování hodnot (dobr a břemen). Problematicnost takového vymezení spočívá v tom, že pojem spravedlnosti je jednak popisován jako vztahová kategorie, zároveň však také jako jeden z prvků tohoto vztahu (část morálky upravující rozdělování dobr a břemen). Spravedlnost práva je tedy výsledkem hodnocení vztahu dvou normativních systémů, které vytváří člověk a ten je taky hodnotí.

Z hlediska hodnocení souladu práva a morálky podotknul JUDr. Bárány, že častější příklad sledování, zda je právo v souladu anebo v rozporu s morálkou, je možné doplnit i o příklad, kdy je morálka sledována z hlediska jejího souladu s právem. Právo se tak stává systémem hodnotícím, nikoliv hodnoceným. Příkladem může být morálka náboženských nebo národnostních komunit, která může být testována z hlediska jejího souladu s právem (zákaz domácího násilí, zákaz diskriminace na základě pohlaví).

V další části nastínil JUDr. Bárány některé dichotomie pojmu spravedlnost: např. komutativní a distributivní spravedlnost, spravedlnost výsledku a procesní spravedlnost.

Spravedlnost je ve vztahu k právu hodnotou prakticky nedosažitelnou – za hlavní příčinu považuje JUDr. Bárány obecnost právních norem, které nutně odhlíží od individuálních charakteristik jednotlivců. Přitom pro jednotlivce platí, že nejsou totožní. V následující části kritizoval JUDr. Bárány Radbruchovo pojetí stavící jako ústřední hodnotu v právu spravedlnost. Nestačí totiž, aby právo bylo spravedlivé, musí být především efektivní. Vztah mezi spravedlností a efektivitou však není nutně v konfliktu, nespravedlivé právo ztrácí na efektivnosti tím, že bývá pocíťováno jako „špatné“.

V další části se zaměřil JUDr. Bárány na problematiku právního pluralismu a jeho důsledkům pro spravedlnostní úvahy o právu. Za příklad uvedl v odborné literatuře popsaný společenský systém v brazilských městech, který byl veřejnou mocí tolerován a de facto nepřímo i prosazován, a tím získal atributy práva. Stavební řízení na předměstích velkých měst se tak neřídila právními předpisy, nýbrž s posvěcením státu sociálními normami chování určenými místní komunitou. Na poli EU se střetává pojetí spravedlnosti Unie a členských států, což se nejvíce projevuje v judikatuře jejich nejvyšších soudních instancí.

Ve vztahu k problematice nespravedlivého práva uvádí JUDr. Bárány přirozeno-právní koncepci Radbrucha, ale také méně známou starší koncepci australského právního teoretika Jenkinse představitele analytického právního pozitivismu. Zajímavou

diskutovanou otázkou v souvislosti s Radbruchovou formulí je problematika nespravedlivého práva, které však nedosahuje míry extrémní nespravedlnosti. Lze souhlasit s tím, že řešením takového problému nebude patrně soudní zásah, nýbrž apel na legislativce, aby v politickém procesu právo změnil.

V závěru se JUDr. Bárány dotkl jednak vztahu spravedlnosti a rovnosti, a dále samotné podstaty spravedlnostního hodnocení, které nemusí být založeno výlučně na racionálních argumentech. Spravedlnostní úvahy mohou být podepřeny rovněž zkušeností – JUDr. Bárány tuto situaci popisuje na ideji dobromyslného zkušeného starého člověka. To však podle něj nevylučuje kognitivistické argumenty týkající se spravedlnosti, neboť úkolem zákonodárce je především racionálně argumentovat ohledně účelu nové úpravy.

Prof. JUDr. dr. h. c. Peter Blaho, DrSc., z Právnické fakulty Univerzity v Trnavě vystoupil s příspěvkem **Spravedlnost a římské právo**, v němž podrobně popsal historické prameny římského práva, pojednávající o pojetí spravedlnosti u různých autorů. Prof. Blaho upozornil, že římsští autoři vycházeli namnoze z úvah řeckých myslitelů, kde se problémem spravedlnosti zabýval již Hyppias z Ellidy v 5. století př. n. l. V římské kultuře se výraz spravedlnost (*iustitia*) vyskytuje nejprve v neprávnických textech – např. v dramatu *Publia Terentia Afera* s názvem *Heauton Timorumenos* (česky: sebetřýznitel) z roku 163 př. n. l. Podrobně se prof. Blaho věnuje Ciceronovu spisu *De Officiis* – kde je spravedlnost popsána v různých souvislostech – mimo jiné se zde vyskytuje i známá latinská maxima: *summus ius summa iniuria*. V Ciceronově pojetí je spravedlnost morální kategorií spojená s jinými pozitivními hodnotami, jakou je například čest. Spravedlnost je potřeba poskytnout vždy, přičemž vyžaduje, aby člověk jinému neškodil a dbal při svém jednání na všeobecný prospěch.

Z právnických pramenů pak prof. Blaho popisuje pojetí spravedlnosti u Ulpiana, Modestina, Paula a dalších. Již v první knize Digest s názvem *De iustitia et iure* jsou zajímavým způsobem uváděny úvahy o právu a spravedlnost. V této souvislosti prof. Blaho připomněl spor o etymologický původ slov právo (*ius*) a spravedlnost (*iustitia*) s tím, že podle něj je pojem právo od spravedlnosti odvozen. Prof. Blaho okomentoval rovněž některé klasické římskoprávní regule: *ius est ars boni et aequi*, *spravedlnost je stálá a věčná vůle dát každému, co jeho jest*, *příkazy práva jsou následující: čestně žít, nikomu neškodit a dát každému, co jeho jest*. K vysvětlení pojmu spravedlnost však prof. Blaho nepoužívá pouze klasické definice, všímá si i řešení případů dokumentovaných v pramenech.

Zajímavý je případ depozitáře, který v dobré víře přijal od deponenta věc, o které se později dozvěděl, že je kradená. Otázka zní, zda má porušit obligační právo a navrátit věc skutečnému vlastníku, anebo zasáhnout do vlastnického práva a vrátit věc depozitáři, o kterém však ví, že věc nevlastní. Při kolizi subjektivních práv dává právník *Modestinus* přednost s odkazem na spravedlnost právu vlastnickému.

Prof. Blaho poukázal rovněž na později vzniklé prétorské právo, které umožňovalo postihovat nespravedlivá jednání, výslovně zmínil *actio doli* (žalobu z nečestného jednání, zavedenou praetorem Aquilliem Gallem v roce 68 př. n. l.). Prof. Blaho uvedl případ podvodného prodeje, kdy prodávající tvrdil, že věc má určité vlastnosti, které však nikdy neměla. Kupní smlouvu bylo možné úspěšně napadnout touto žalobou.

Prof. Blaho shrnuje, že přestože antická pojednání o spravedlnosti se často mísila s metafyzickými myšlenkami a ztrácela se v úvahách zcela cizích právu, jsou našemu současnému právníckému myšlení blízké. V závěru přednášející nezapřel svůj smysl pro humor, když z pramenů římského práva dovedl, že spravedlnost chápeme především jako víru v blaho.

V následující dvojici referátů vystoupili přednášející z oboru politologie a filosofie, což převážně právnícké setkání obohatilo o pohled příbuzných disciplín. **PhDr. Euboš Blaha, Ph.D.**, z Ústavu politických studií Slovenské akademie věd přednesl referát na téma **Sociální spravedlnost**. V první části přehledně nastínil přístup ke spravedlnosti ve čtyřech základních politických doktrínách: liberalismu, konzervativismu, komunismu a socialismu. Tyto doktríny odpovídají politologickému členění politické reality v pravo-levé ose ve vztahu ekonomiky a státu (sociálně-ekonomická osa) a na svislé ose ve vztahu státu a jednotlivce (kulturně-etická osa). Z hlediska teorií spravedlnosti nastínil PhDr. Blaha rovněž čtyři základní směry: utilitarismus, liberalismus, komunitarismus a marxismus (neo-marxismus).

Pro utilitarismus je nejvyšší hodnotou největší dobro pro celek. Cílem je maximalizovat užitek (*utility*) a minimalizovat strast (*disutility*). Na příkladu zdaňování se PhDr. Blaha pokusil ukázat, že z hlediska utilitarismu nepřináší nejvyšší možný užitek rovné, nýbrž progresivní zdanění. Jakékoliv zvýšení daně by bylo daleko hůře vnímáno osobami s nízkým příjmem, než lidmi s vysokým příjmem, celkový užitek pro společnost bude tedy podle PhDr. Blahy vyšší při progresivním zdanění.

Liberální filosofové kritizovali toto utilitaristické pojetí pro jeho instrumentální pohled na společnost, lidé musí mít garantována lidská práva. PhDr. Blaha představil základní myšlenky Rawlsovy teorie spravedlnosti, kde je předpokladem rozhodování o spravedlivě uspořádané společnosti závoj nevědomosti (*veil of ignorance*), za nímž jednotlivci nevědí, které místo ve společnosti budou mít. Empirické zjištění, že rovnostářská společnost vede ke stagnaci, nutí Rawlse doplnit princip rovnosti o princip difference.

Libertariánský proud reprezentovaný R. Nozickem argumentuje, že jediná legitimní forma uspořádání státu je minimální stát. Takový stát by podle Nozicka vznikl, kdyby mohl být vytvořen čistě spontánním způsobem. PhDr. Blaha kritizuje toto pojetí jako ahistorické; podle něj existují státy, které se jako sociální konstituovaly.

Výše uvedená pojetí vycházejí z představy společnosti jako shluku individuí. Toto individualistické pojetí je v protikladu s metodou holismu, která je vlastní pro komunitaristy a neo-marxisty. Pro komunitaristy je individualismus pouze ideologický konstrukt, který neodpovídá realitě. Lidé se rodí jako členové společnosti, která je od počátku ovlivňuje, ale také omezuje. Z komunitaristů byl PhDr. Blahou vzpomenut Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Michael Sandel, Charles Taylor, Roberto Unger. U těchto autorů dominuje představa o tom, že každá společnost si vybuduje sdílené přesvědčení o spravedlivé distribuci statků. Složitější modely (např. Walzerův) poté předpokládají rozdělení společnosti na určité sféry, v rámci nichž existují samostatné spravedlnostní představy.

V závěrečné části představil PhDr. Blaha základní ideje marxismu na myšlenkách klasických i moderních autorů (např. Gerald Cohen). V závěru doplňuje PhDr. Blaha

základní kritéria sociální spravedlnosti (princip zásluhovosti a princip potřeb) o kritérium pracovitosti, hledící více na snahu, než na skutečný výsledek.

Příspěvek **doc. PhDr. Ladislava Hohoše, Ph.D.**, z Filosofické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě s názvem **Spory o filosofickou teorii spravedlnosti** poskytl pohled na vztah práva a spravedlnosti, a to pohledem filosofa. V úvodu s odkazem na práci prof. Bröstela poukázal doc. Hohoš na souvislost právního státu a spravedlnosti. Občan očekává podle doc. Hohoše od státu, že v rámci plnění společenské smlouvy se bude moci dovolat spravedlnosti. Na konci 19. století již občané očekávali od státu více, než jen zajištění bezpečnosti. Právo bylo v té době chápáno u představitelů zájmové teorie jako střet mocí a zájmů.

Pojem spravedlnosti je podle doc. Hohoše pojmem ideálním. To, co popisujeme, je jakási podoba „pozemské spravedlnosti“. Toho si byl vědom např. T. Akvinský, který svou koncepci přirozeného práva (*lex naturalis*), které je poznatelné, odvozoval od božského práva (*lex aeterna*), které je naopak lidskému poznání skryto.

Zajímavou otázkou, kterou v první části svého referátu doc. Hohoš mimo jiné řešil, je otázka práva na odpor soudce, který je konfrontován s povinností rozhodovat případy podle práva, které se může jevit v dané věci jako nespravedlivé. Jedna z možností je složit funkci (tzv. pasivní odpor). V podmínkách demokratického právního státu je otázka aktivního odporu, tj. judikování v duchu spravedlnosti, ale proti pozitivnímu právu, nanejvýš spornou. Soudce by podle doc. Hohoše měl v prvním případě maximálně usilovat o syntézu přirozeného a pozitivního práva. Možnost odchytil se od pozitivního práva je pak dána až v krajních případech, neboť morální závazek soudce vyžaduje, aby rozhodoval spravedlivě.

V další části svého referátu představil doc. Hohoš základní koncepcce spravedlnosti v souvislosti s přechody k demokracii – od Radbruchovy formule znamenající návrat k nadpozitivním základům práva po druhé světové válce, přes problematiku stírelců na Berlínské zdi, lustračního zákonodárství, až k přístupu maďarského ústavního soudu, chránícího právní jistotu osob. Připomněl také jiné možnosti vyrovnání se s minulostí, např. mimoprávní řešení (tribunály paměti) v Jihoafrické republice po zrušení apartheidu. Doc. Hohoš z výše uvedených příkladů vyvozuje závěr, který je sice pesimistický, nicméně historicky ověřený: neexistuje spolehlivý prostředek nastolení spravedlnosti směrem do minulosti. V závěru se doc. Hohoš zabýval současnými problémy způsobenými globalizací a světovou hospodářskou krizí.

Na základě klasických teorií doc. Hohoš dovozuje, že nerovnost, která se v současné době ve světě vyskytuje (např. mezi finanční oligarchií a chudými lidmi, vyspělými a rozvíjejícími se státy, v existenci přírodních zdrojů), může být zdrojem budoucích konfliktů.

V následujícím příspěvku na téma **Potřeba spravedlnosti a nespravedlivé právo** ukázal **prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc.**, z Ústavního soudu ČR praktické aspekty napětí mezi potřebou spravedlnosti při rozhodování soudce a právem, které je často nespravedlivé. První příklad, na kterém byl poukázán výše uvedený rozpor, se týkal změny své ustálené judikatury Nejvyšším soudem. Účastníci řízení se spoléhali na ustálenou judikaturu v určité právní otázce, nicméně Nejvyšší soud v tomto případě judikoval odlišně. Otázka, která vyvstala před Ústavním soudem, zněla, zda principy týkající

se retroaktivitu dopadají také na rozhodování soudů. Podle prof. Holländera dnes psané právo bez judikatury nemůže obstát. Změna judikatury tak představuje právní nejistotu. V daném případě se požadavek na právní jistotu dostává do kolize s požadavkem na soudcovské dotváření práva.

V 90. letech řešil Ústavní soud kauzu jednorázového odškodnění obětím nacistické persekuce. V právním předpisu byla vymezena doba, kdy je možno považovat osobu za politického vězně, přičemž tato doba byla přesně ohraničena 15. 3. 1939 – 4. 5. 1945. Otázkou, kterou musel Ústavní soud řešit, zněla: Co s případy, kdy byla osoba postižena 5., 6. nebo 7. 5. 1945? Je zřejmé, že v případě zamítnutí takovýchto žádostí o odškodnění bude sice postupováno v duchu s textem zákona, nicméně takové rozhodnutí by vykazovalo extrémní rozpor s požadavkem na spravedlnost.

V odkazech na umělecká díla (Bratři Karamazovi, Návštěva staré dámy, Kniha apokryfů Karla Čapka) uvažoval prof. Holländer souvislost mezi spravedlností a ctností.

Dále se prof. Holländer věnoval současným problémům při vymezování spravedlnosti. V důsledku úpadku neprávních normativních systémů se často jako na konečného a „spravedlivého“ arbitra jakýchkoliv sporů ve společnosti obracíme na soudy. Pojem soudcovský stát, na který se v současné době často odkazuje, charakterizoval prof. Holländer jako kvantitativní, institucionální a kompetenční expanzi soudcovského rozhodování.

V závěru svého vystoupení se prof. Holländer dotknul i otázek státovědeckých, když připomněl výrok E.-W. Böckenfördeho, že „svobodný, sekularizovaný stát žije z předpokladů, který on sám způsobit garantovat není.“ Tato skutečnost vyvolává potřebu „nové integrace“ jednotlivců do společnosti, neboť jednota národa, která nahradila jednotu náboženství, se zdá být ve společnosti 21. století překonanou. Intelektuální skepse dvacátého století, kdy neexistuje univerzální koncepce dobra, ukázala na Kelsenově kritické esejí o spravedlnosti nemožnost racionálního uchopení spravedlnosti. Tuto tezi podporuje i R. Alexy, podle něhož v současnosti neexistuje jiné než transcendentní odůvodnění i těch nejpozitivnějších hodnot.

Prof. Dr. hab. Krzysztof Skotnicki z Fakulty práva a správy (Wydział Prawa i Administracji) Univerzity Lodž, Polsko přednesl příspěvek na téma **Spravedlnost podle soudních rozhodnutí Ústavního tribunálu Polské republiky**. Příspěvek byl zajímavý zejména tím, že ukázal na praktickém příkladu nutnost předporozumění při interpretaci ústavněprávních předpisů. V polské ústavě je od roku 1976 odkaz na spravedlnost. Spravedlnost v tehdejší pojetí však znamenala zejména společenskou spravedlnost danou socialistickým státním zřízením. Odkaz na spravedlnost zůstal i v roce 1992, kdy byla socialistická ústava novelizována (tzv. malá ústava), jejíž čl. 1 zněl: *Polská republika je demokratický právní stát uznávajícím zásadu sociální spravedlnosti.* (Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.)

Prof. Skotnicki připomněl, že Polská republika procházela složitým procesem přijímání ústav, jejich ústavy vždy reagovaly na společenské změny s určitým zpožděním. První postkomunistická ústava byla v Polsku přijata až v roce 1997, a to ještě jen díky mimořádným politickým okolnostem.

Ústava z roku 1997 převzala vymezení Polské republiky jako demokratického právního státu uznávajícího zásadu sociální spravedlnosti do článku 2. Otázkou zůstává, má-li toto ustanovení normativní charakter, a pokud ano, jaké z toho plynou důsledky. Je jasné, že pojem sociální spravedlnost je po roce 1989 nutno jednoznačně interpretovat ve smyslu demokratického právního státu, nikoliv v duchu marxistické ideologie.

V článku 2 Ústavy Polské republiky jsou vymezeny tři základní charakteristiky Polska: jedná se o stát demokratický, právní a sociálně spravedlivý. Prof. Skotnicki položil otázku, zda je možné chápat tyto tři zásady jako souladné, anebo mezi nimi mohou vyvstat kolize. Výklad prof. Skotnického spočívá v tom, že se nejedná o tři samostatné principy polského ústavního práva, nýbrž jeden princip mající tři složky, které je nutno interpretovat vždy souladně. Zásada sociální spravedlnosti má v tomto pojetí postavení meta-zásady, jejíž funkci je korigovat formalismus a legalismus právního státu. Přes zásadu spravedlnosti vyjádřené v ústavě se tak polský ústavní soud dostává k pojetí materiálního právního státu. Výklad zásady sociální spravedlnosti se mění z jedné z mnoha zásad, které jsou v ústavě zakotveny a které musejí být vykládány v souladu, na interpretaci sociální spravedlnosti jako meta-zásady.

V následující části připomněl prof. Skotnicki problémy související s odkazem na spravedlnost v polské ústavě. Existovaly snahy, aby v rámci změn ústavy byla tato zásada posílena na právní normu, které by se bylo možno dovolávat. Problematičnost vymezení samotného pojmu spravedlnosti však je základním důvodem, proč je sociální spravedlnost vykládána jako ústavní princip, nikoliv norma, již se je možné bezprostředně dovolávat.

V závěru připomněl prof. Skotnicki vybrané nálezy polského ústavního soudu, které zmiňují princip sociální spravedlnosti, jakož i její vztah k dalším ustanovením polské ústavy (např. čl. 30 – důstojnost člověka, čl. 20 – hospodářský systém Polské republiky).

V následujícím příspěvku představil **Prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc.**, z Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně a Paneurópske vysoké školy **ideu spravedlnosti v soukromém a veřejném právu**. Spravedlnost je podle prof. Večeři stěžejní společenskou hodnotou, ideálem, kam směřujeme. Zároveň se jedná o vztahovou kategorii, prostřednictvím které hodnotíme vnější svět. Obecně patří spravedlnost mezi cílové hodnoty, tj. nejsou prostředkem k něčemu jinému. Hodnota spravedlnosti je podle prof. Večeři přítomná v každé společnosti a vyplývá z lidského citu pro spravedlnost. V tomto ohledu je spravedlivé vnímání světa vlastní každému jednotlivci, i dítěti.

Spravedlnost není kategorií primárně právní, což dokládá prof. Večeřa jejími definicemi u různých autorů, kde existuje častý odkaz na mimoprávní rovinu této problematiky. I prof. Weinberger, jinak ovlivněn normativní školou, tvrdil, že o tom, co je spravedlivé, je třeba vést hlavně politické úvahy.

V další části se prof. Večeřa věnoval vztahu rovnosti a spravedlnosti. V této souvislosti připomněl problematiku afirmativní akce (pozitivního opatření), která je spravedlivá, pokud respektuje určité zásady a pravidla, mimo jiné: sociální konsenzus, pevná pravidla, časovou určenost.

Zajímavé bylo i zkoumání vztahu formální zákonnosti a spravedlnosti, kdy prof. Večeřa přiblížil různé varianty rozhodnutí – od jednoznačných (zákonně

a spravedlivé, nezákonné a nespravedlivé) ke složitějším variantám (rozhodnutí zákonné, ale nespravedlivé, a rozhodnutí nezákonné, a spravedlivé). Prof. Večeřa rovněž připomněl průzkum, který v 90. letech minulého století prováděl u soudců prof. Prusák, jehož cílem bylo zjistit, nakolik se soudci při svém rozhodování řídí textem zákona, a nakolik uplatňují širší spravedlnostní úvahy.

V následujícím referátu popisuje **JUDr. Juraj Babjak** z Krajského soudu v Košicích problematiku **spravedlivého trestu**. Trest je podle JUDr. Babjaka spravedlivý, pokud se vejde do rámce, který zákonodárce označil. Tím se v trestněprávní rovině dostáváme k vykreslení základního vztahu mezi legalitou a spravedlností, kdy zákonnost je vždy předpokladem spravedlnosti trestu.

Podobně jako jiní přednášející i JUDr. Babjak popisuje problematiku své přednášky na uměleckém díle – tentokrát na Dostojevského románu *Zločin a trest*. Aby byl trest spravedlivý, musí odpovídat spravedlivě zjištěné vině po skončeném spravedlivém procesu. V Dostojevského románu je spravedlnost dána nutností, aby byla vina Raskolnikova prokázána. Z toho důvodu požaduje Porfirius Petrovič jeho přiznání, přestože již měl dostatek důkazů, aby jej mohl zatknout ihned.

V následující části se JUDr. Babjak zabýval problematikou přípustnosti důkazu v trestním řízení, tedy tématem, které je na Slovensku poněkud opomíjeno, a připomněl rozdílné přístupy v jiných státech – např. v Kanadě je rozlišováno mezi důkazem nelegálně vytvořeným (výpověď za použití donucení), který je nepřípustný, a důkazem nelegálně získaným (odposlech bez souhlasu soudu), který a priori vyloučený není. Podle JUDr. Babjaka je důležité trvat na spravedlivém řízení, nikoliv na formalismu; přesnější teorie v tomto smyslu však chybí. Projevuje se zde však paradigmatický posun od lpění na právech jednotlivců k povinnostem státu vést řádně trestní řízení a potrestat skutečné pachatele trestných činů.

Poněkud kontroverzním institutem slovenského trestního práva je kompromisní trest – daný na základě dohody mezi obviněným a prokurátorem. Podle JUDr. Babjaka toto není výkon spravedlnosti, nýbrž snaha o vyrovnání se s pracovním náporom na soudce, jedná se o pokus soudce „zbavit se“ případu co nejdříve.

Trestněprávní problematikou pokračovala Podzimní škola práva i v referátu **JUDr. Lucie Kurilovské, Ph.D.**, z Ústavu státu a práva Slovenské akademie věd a Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, která přednesla referát na téma: **(Ne)spravedlnost zásahů do lidských práv prostředky trestního práva**.

Trestní právo podle JUDr. Kurilovské má potenciál zasahovat do individuálních práv podstatným způsobem, proto je vývoj lidských práv do značné míry rovněž bojem za nalezení rovnováhy mezi požadavkem na spravedlivé potrestání pachatelů a ochranou základních práv obviněných. Z těchto dvou úhlů pohledu popisuje JUDr. Kurilovská několik institutů v trestním řízení, které zasahují do individuálních lidských práv: vazba, odposlechy a záznam telefonního hovoru, nasazení agenta, sledování osob a věcí a vyhotovování obrazových a zvukových záznamů.

Podle přednášející je vždy třeba mít na zřeteli, že celé trestní řízení není jednotný proces, nýbrž se rozpadá do několika procesních stádií, v nichž je garantovaná míra ochrany různá. Nižší míra ochrany v přípravném řízení je kompenzována nepřipuštěním některých druhů důkazů v následném řízení před soudem.

Pokud jde o problematiku vazby, JUDr. Kurilovská připomíná, že jde o institut vždy fakultativní, nikdy není nařizována ze zákona. Záleží tedy na zhodnocení dané věci soudcem. Otázka maximální délky vazby může být sporná, pokud by byla nepřiměřeně dlouhá. Na Slovensku platí v současné době úprava maximální délky pěti let, což je podle JUDr. Kurilovské na hranici přípustnosti. Pro zajištění práv obviněného ve vazbě je také důležité respektovat zásadu presumpce nevinny.

V souvislosti s odposlechy a záznamem telekomunikačního hovoru byla opětovně diskutována otázka přípustnosti nelegálně získaných důkazů. Vzhledem k tomu, že slovenský zákonodárce přijal relativně přísnou úpravu, nelze vyloučit, že se policejní orgán setká při provádění odposlechů s důkazy, které budou pro další řízení nepoužitelné (např. rozhovory obviněného se svým právníkem). I takový důkaz však může být využit jako tzv. podpůrný důkaz, který může vyšetřování posunout dále, například tím, že přispěje k nalezení dalších důkazů.

Kontroverzní otázka ve slovenském trestním řízení je použití agenta provokátéra, který může na rozdíl od agenta kontrolora přímo navádět ke spáchání trestného činu. V praxi při povolování nasazení agenta soud rozhoduje, zda má jít o agenta provokátéra nebo agenta kontrolora. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva naznačuje podle JUDr. Kurilovské, že slovenská úprava jde nad rámec možností povolených Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod. Je tedy možné uvažovat o změně právní úpravy, nicméně dosud žádná řízení proti Slovenské republice neprobíhají.

V úvodu svého referátu s názvem **Procesní spravedlnost** odkázal **JUDr. Marek Števček, Ph.D.**, z Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě a Justiční akademie Ministerstva spravedlnosti Slovenské republiky na slavný Kelsenův článek: *Was ist das Gerechtigkeits?* (Co je spravedlnost?), který patří k „nejdestruktivnějším článkům v dějinách právní filosofie“, neboť zdrcujícím způsobem podrobuje kritice všechny dosud známé koncepce spravedlnosti.

V úvodu se JUDr. Števček ptá, zda procesní spravedlnost znamená vyloučení svépomoci. S ohledem na omezenou možnost, kterou svépomoci a obdobnému institutu – ochraně pokojného stavu při zřejmém zásahu do něj – přisuzuje občanský zákoník, konstatuje, že svépomoc, tak jak je upravena ve slovenském právu, procesní spravedlnosti neodporuje.

Ústřední otázkou referátu je poté vztah zákonnosti a spravedlnosti. Zde se podle JUDr. Števčeka projevuje nejvíce právněfilosofická orientace soudce nebo jiného rozhodujícího orgánu, zda tíhne blíže k právnímu formalismu (pozitivismu) anebo anti-formalismu. Názory obou těchto pohledů na procesní spravedlnost se dnes již sbližují, neboť současné pozitivní právo obsahuje řadu institutů sloužících k zajištění spravedlivého procesu a zmírnit dopady nerovnosti stran (např. ustanovení opatrovníka, osvobození od soudních poplatků, atd.).

V další části přednášky JUDr. Števček blíže rozvedl podmínky, které podle něj ovlivňují právo na přístup k soudu: jedná se o přehlednost soudní soustavy (zde bylo připomenuto, že prakticky každá nová slovenská vláda usiluje o změnu soudní soustavy), nejvyšší sazba soudního poplatku (na Slovensku je dle JUDr. Števčeka příliš vysoká) a existence/neexistence bagatelního cenzu. Dále se JUDr. Števček zabýval rovněž

problémem funkční příslušnosti, specializace soudní soustavy a jejich vlivem na právo na zákonného soudce.

V poslední části přednášející připomněl některé aktuální kauzy probíhající ve Slovenské republice související např. s poučovací povinností soudce, odstoupením od smlouvy o prodeji nemovitosti, a dále s případy řešenými Soudním dvorem EU týkajícími se práva na ochranu spotřebitelů, která podle JUDr. Števčeka nabourává klasické paradigma rovnosti stran sporu.

S odkazem na „dobré“ právo popisované v knize Lona L. Fullera *Morálka práva* konstatuje přednášející na závěr porušování řady Fullerových principů slovenským zákonodárcem.

Následující příspěvek na téma **Právo a spravedlnost podle Evropského soudu pro lidská práva** přednesla **Mgr. Irena Marková**, pracovnice Evropského soudu pro lidská práva ve Štrasburku. V úvodu představila činnost Evropského soudu pro lidská práva a doplnila několik statistických údajů dokladujících známou skutečnost, že se tento soud stal obětí vlastního úspěchu. Přitom 80 % stížností pochází z deseti států. Nejvíce stížností (přibližně 30 %) přichází z Ruska, přičemž k nejčastějším důvodům patří mizení osob v Čečensku, podmínky ve věznicích a nevykonávání soudních rozhodnutí proti státu, následuje Turecko (12 % stížností), Rumunsko, Ukrajina, Itálie a Polsko. Česká republika byla ještě před třemi lety na 10. místě (zejména kvůli délce řízení), nyní však po zavedení dalších legislativních opatření, která jsou prozatím považována za účinná, nápad poklesl.

České republiky se nejčastěji týkají rozsudky konstatující porušení: 1. nespravedlivé řízení – čl. 6 (30 % z případů, kdy byla Česká republika odsouzena), 2. právo na spravedlivý proces – čl. 6 (21 %), 3. majetková práva – čl. 1 Protokolu č. 1, 4) osobní bezpečnost a vazba – čl. 5, 5) účinný opravný prostředek – čl. 13. Dosud bylo proti ČR vyneseno asi 150 rozsudků. Slovenská republika má oproti ČR ještě větší problémy se zajištěním spravedlivého procesu – 64 % případů proti Slovensku se týká porušení tohoto ustanovení, přičemž nově zavedený opravný prostředek k Ústavnímu soudu Slovenské republiky hodnotí prozatím Evropský soud pro lidská práva zdrženlivě.

V další části se Mgr. Marková zaměřila na čl. 6 Úmluvy – právo na spravedlivý proces. Připomněla, že Úmluva je vykládána jako živoucí instrument (s odkazem na teorii *living constitution* prosazenou Nejvyšším soudem USA). Pojmy obsažené v Úmluvě jsou vykládány autonomně (zejm. pojmy občanskoprávní závazky a trestní obvinění, které později podrobněji rozebrala). Článek 6 má zásadní význam pro celý systém Úmluvy a nesmí být vykládán restriktivně.

Na případech z posledních let ukázala přednášející, že v důsledku dynamické interpretace Úmluvy dochází k postupnému rozšiřování podmínek přípustnosti stížnosti, například v otázce přípustnosti stížnosti právnické osoby, a v blízké budoucnosti nutnosti rozhodnout o přípustnosti stížnosti obce.

V další části poukázala Mgr. Marková na odlišné hodnocení institutu spravedlivého procesu u Ústavního soudu ČR a Evropského soudu pro lidská práva na kauzách Běleš a další, Zvolský, Zvolská a Vodárenská akciová společnost, a.s. (všechny kauzy proti České republice). Pojetí spravedlivého procesu bylo ukázáno i na dalších kauzách (Nešťák proti Slovensku, Milatová proti České republice).

V závěru příspěvku připomněla Mgr. Marková, že současná judikatura štrasburského soudu uznává tzv. inherentní procesní záruky i u dalších práv zakotvených Úmluvou (např. čl. 8 Úmluvy nebo čl. 1 Protokolu č. 1). Na samém konci přednášející diskutovala změny, které nastanou v souvislosti se vstupem v platnost Protokolu č. 14 k Úmluvě.

Předposlední referát na téma **Kdo je spravedlivý?** přednesl **Prof. JUDr. Ján Svák, CSc.**, z Paneurópské vysoké školy v Bratislavě. Cílem přednášky bylo odpovědět na otázku, zda legitimita pro hledání spravedlnosti spočívá v právnickém vzdělání.

Základní teze prof. Sváka zněla: legitimita spočívá buď v kvalitním právnickém vzdělání na fakultách anebo v otevření cesty k rozhodování i neprávnikům. Prvá cesta je obtížnější, neboť vzdělávání za posledních 50 let nabralo opačný směr, než bylo zamýšleno v 19. století (prof. Svák připomíná von Humboldtovu snahu o návrat k ideálům Antiky). Vzdělávání se za poslední roky posouvá od učení vědomostí k získávání zručnosti (*learning by doing*) a k učení hodnotám.

Druhá z uvedených možností se týká zapojení laického prvku. Zde je možné, aby laici byli přizváni k rozhodování soudů jako přísedící, porotci, anebo aby dokonce sami rozhodovali jako soudci. Posledně jmenovaný případ je typický pro Velkou Británii, kde absolventům právnického vzdělávání je dokonce zapovězeno soudit jako smírčí soudci, kteří musejí být právní laici. Asi 29 000 z 30 000 britských soudců jsou tedy neprávníci (!) V praxi je jejich rozhodovací činnost usnadňována automatizovanými systémy zpracovávajícími soudní precedenty. Pokud jde o přísedící, jejich vliv na finální rozhodnutí lze podle prof. Sváka empiricky dokázat jako téměř nulový. Možná změna by mohla nastat v případě umožnění separátního vota i u nižších soudů.

Zdroje legitimacy soudního rozhodování se rovněž projevují ve způsobech ustavování soudců, kteří mohou být ustavováni volbou lidem (kde existuje riziko populistického rozhodování, tak aby byl příslušný soudce opět většinou znovu zvolen), nebo politickým procesem (kde existuje riziko, že výkonná moc skrze jmenovací pravomoc bude mít příliš velký vliv na činnost justice), anebo samotnou soudní mocí (kde zase hrozí „zapouzdření“ justice). Prof. Svák pléduje pro určitou kombinaci modelů. V druhé části byl promítnut film N. Michalkova „12“ o úskalích porotního soudnictví v současném Rusku.

Poslední referát na téma **Spravedlnost různých autorů/různých prostředí** přednesl ředitel Ústavu státu a práva Slovenské akademie věd **JUDr. Peter Colotka, LL.M., CSc.**

V něm zpočátku shrnul základní myšlenky některých autorů týkající se spravedlnosti od Aristotela po Kelsenovu kritiku. Poté si všímá, podobně jako někteří jiní přednášející na Podzimní škole, úlohy spravedlnosti v krizových momentech přechodů k demokracii, diskutuje přitom případ Stretetz, Kessler a Krenz proti Spolkové republice Německo a dále rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva Bankovic a další proti státům NATO. Společné oběma případům je požadavek na spravedlivé řešení situace, avšak ve druhém zmiňovaném případě podle JUDr. Colotky rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva, který v něm argumentoval, že „nebyl zřízen za účelem léčení všech bolestí tohoto světa“, trpělo určitým deficitem humanity.

S odkazem na autory M. van de Kerchovea a F. Osta popisuje JUDr. Colotka změnu chápání právního systému od pyramidální struktury k víceúrovňovému systému veřejné moci, kde existuje více mocenských zdrojů, než jsou národní státy. V této souvislosti

připomněl JUDr. Colotka problematické aspekty členství Slovenské republiky v Evropské unii, kde málo lidnaté členské státy ztrácejí schopnost prosadit jakoukoliv politickou vůli. Tato situace by v klasických mezinárodních organizacích založených na rovnosti svých členů byla nepřijatelná. Zajímavým aspektem tohoto stavu je i proces europeizace, který se prosazuje často neviditelným způsobem. Příkladem může být post-lisabonské označení evropské právo, nahrazující právo komunitární a unijní, přičemž je však zřejmé, že pilířová struktura ani Lisabonskou smlouvou zcela odstraněna nebyla. Diskuzí o významu spravedlivě uspořádaného státu byla přednášková část Podzimní školy práva ukončena.

Celkově lze hodnotit Jesennou školu práva jako velmi vydařenou akci, přičemž stále vzrůstající zájem svědčí o dobrých referencích účastníků předchozích ročníků. Na závěr nelze nezpomenout vynikající organizaci **JUDr. Eduarda Báránye, DrSc.**, a **Mgr. Daniely Lengyelové, Ph.D.** Celkově věřím, že následující ročníky budou stejně kvalitní a přispějí k dalšímu budování kontaktů mezi akademickými a vědeckými pracovníky států střední Evropy.

*JUDr. Pavel Ondřejek
doktorand
katedra teorie práva a právních učení
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze*



REDAKČNÍ RADA

Předseda: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Tajemnice: Blanka Jandová

Členové:

doc. JUDr. PhDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

doc. JUDr. Jaroslav Drobník, CSc.

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

doc. JUDr. Vladimír Kindl

prof. JUDr. Zdeněk Kučera, DrSc.

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr. h. c.

prof. JUDr. Jiří Švestka, DrSc.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

prof. JUDr. Petr Tröster, CSc.

JUDr. Marie Vanduchová, CSc.

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.

Externí členové:

prof. JUDr. Michael Bogdan (Lund)

prof. JUDr. Jiří Boguszak, DrSc. (Praha)

prof. Dr. Wladyslaw Czapliński (Varšava)

doc. JUDr. Taisia Čebišová, CSc. (Praha)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Brno)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Salzburg)

prof. JUDr. Mahulena Hofmannová, CSc. (Giessen/Heidelberg)

prof. JUDr. Pavol Holländer, DrSc. (Brno)

prof. JUDr. Dalibor Jílek, CSc. (Brno/Bratislava)

Dr. Kaspar Krolop (Berlín)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Brno)

prof. JUDr. Jan Svák, CSc. (Bratislava)

prof. Dr. Jiří Toman (Santa Clara)

JUDr. Peter Tomka, CSc. (Haag)

prof. JUDr. Helena Válková, CSc. (Plzeň/Praha)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Subotica)

doc. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Brno/Bratislava)



ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 2/2011

Prorektor-editor: prof. PhDr. Ivan Jakubec, CSc.
Vědecký redaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.
Recenzovali:
prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.
prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.
Prof. Alena Winterová, CSc.
Prof. JUDr. František Zoulík, CSc.
Obálku navrhla Jarmila Lorencová
Graficky upravila Kateřina Řezáčová
Vydala Univerzita Karlova v Praze
Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 3–5, 116 36 Praha 1
<http://cupress.cuni.cz>
Praha 2012
Sazba: DTP Nakladatelství Karolinum
Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum
Periodicita: 4× / rok
Vydání 1. Náklad 300 výtisků
ISBN 978-80-246-2050-3
ISSN 0323-0619
MK ČR E 18585