

# Pojetí výprosy podle ABGB

Jan Kabát

*Masarykova univerzita, Právnická fakulta*

*Kontaktní e-mail: jan.kabat@law.muni.cz*

*ORCID: 0000-0001-6469-0491*

## Concept of Precarium According to ABGB

### Abstract:

This contribution focuses on the development of the concept of the precarium from the beginning of its codification in the ABGB to the present day, focusing more closely on two historically established interpretations: the first adopted by Antonín Randa and developed by his student Josef Stupecký and the second adopted by the Austrian civilian Josef von Schey. Historically, these conceptions came into conflict in our territory during the recodification of the ABGB in interwar Czechoslovakia which is why the contribution discusses the development of the precarium also within the framework of the so-called Draft Civil Codes, all considering contemporary Austrian and Czechoslovak case-law. Finally, the contribution provides a concept in the form of contemporary Austrian law and its concept of precarium which is also relevant in the light of the fact that the ABGB provision on precarium has remained unchanged since 1811.

**Keywords:** precarium; ABGB; General Civil Code; Draft Civil Code 1931; Draft Civil Code 1937

**Klíčová slova:** výprosa; prekarium; ABGB; Obecný zákoník občanský; Osnova 1931; Osnova 1937

**DOI:** 10.14712/2464689X.2023.51

**Financování:** Tento příspěvek představuje publikační výstup z konference s názvem XI. právněhistorické setkání doktorandů a postdoktorandů, která se uskutečnila dne 13. 2. 2023 na půdě Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze za organizace tamní Katedry právních dějin.

## Úvod

Ačkoliv paragrafové znění týkající se prekariární smlouvy zůstalo v rakouském občanském zákoníku (ABGB) od roku 1811, tedy od počátku své existence do dnešního dne úplně beze změn, nebylo tomu tak vždy v napříč více než dvou set ročním vývoji ABGB v případě jejího pojetí (tj. zda se jedná o smlouvu vůbec, postavení stran a jejich ochrana, apod.). Navzdory zmiňovanému časovému testu, v němž obstál toliko text paragrafového znění výprosy, lze v rámci vývoje ABGB spatřovat dvě pojetí prekaria, které jsou pro účely tohoto příspěvku pojmenovány podle jejich tvůrců. Preference k jednomu či k druhému pojetí výprosy napříč vývojem ABGB různě lavírovaly. Buď v důsledku působení judikatury, anebo v důsledku rekodifikačních prací, které ve vztahu k ABGB probíhaly na území meziválečného Československa při revizích všeobecného občanského zákoníku (ABGB) recipovaného do tehdejšího právního řádu. V tomto smyslu příspěvek rozebere i navrhované řešení úpravy prekariární smlouvy v rámci tzv. Osnovy 1931 a Osnovy 1937.

Tento příspěvek se tak zaměří na vývoj pojetí prekariární smlouvy v uvedeném československém kontextu, který však nutně souvisí s rakouským právem, proto je tento příspěvek opřen také o rakouské prameny. Přínos tohoto příspěvku k dosavadnímu poznání sleduje identifikaci zmíněných dvou dobových kontradiktorních pojetí výprosy v době rekodifikace ABGB v Československu: 1) pojetí podle Antonína Randy a jeho žáka Josefa Stupeckého a 2) pojetí podle Josefa von Scheye, přičemž přináší a blíže osvětluje navrhované řešení v rámci československé rekodifikace a pro úplný kontext představuje římskoprávní původ výprosy a jak je výprosa vykládána v dnešním Rakousku, neboť jde o výklad, který lze považovat již za ustálený a pro účely tohoto příspěvku i za jakési rozuzlení uvedených historických možností výkladu. Struktura příspěvku je následující. V první části uvede právní úpravu výprosy v ABGB včetně jejího římskoprávního původu, načež představí dva hlavní přístupy jejího pojetí vč. konsekvencí z období rekodifikace ABGB v Československu. V poslední části příspěvek osvětlí, jak je prekariární smlouva v rakouském ABGB vykládána dnes.

## 1. Výchozí právní úprava výprosy v ABGB a její dobová pojetí

Jak uvedeno výše, výprosa je v ABGB od počátku jeho účinnosti v roce 1811 až po současnost upravena ve shodně znějícím § 974, dle kterého: „Nebyla-li určena ani doba ani účel užívání, nevzniká skutečná smlouva, nýbrž nezávazná výprosa (*precarium*) a půjčitel může žádati za vrácení věci půjčené, kdy je mu libo.“<sup>1</sup>

Slovní spojení, které od počátku různými způsoby determinovalo pojetí výprosy, a které má zásadní význam i pro pochopení dalšího obsahu tohoto příspěvku je zejména druhá část paragrafového znění, z níž vyplývá, že: „nevzniká skutečná smlouva, nýbrž nezávazná výprosa“ [něm. *so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen*

<sup>1</sup> Jazyková verze viz § 974 císařského patentu č. 946/1811 Sb., obecný zákoník občanský. In: *Beck-online* [právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 2023-03-20]. Dostupné na: <<https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=onrf6mjygev60jugyxhazrzg42c2ma>>, [Něm.: *Hat man weder die Dauer, noch die Absicht des Gebrauches bestimmt; so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen (Precarium), und der Verleiher kann die entlehnte Sache nach Willkühr zurückfordern*]. Viz § 974 JGS Nr. 946/1811, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. In: *JUSLINE* [právní informační systém]. Advokat Unternehmensberatung Greiter & Greiter [cit. 2022-11-22]. Dostupné na: <<https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/974>>.

(*Precarium*)]. Z prostého jazykového výkladu tak § 974 ABGB výprosu nepovažuje za závazek *stricto sensu*. Norma sice nepopírá, že v praxi může mezi subjekty dojít ke zmiňovanému jednání, ale poněkud zvláště takové jednání devaluje tím, že jej nemá za skutečnou smlouvu. Takto zvolená textace vedla k interpretačním problémům, které jsou patrné jak z dobové teorie, tak i praxe. Co se týče teorie, lze říci, že se od počátku účinnosti ABGB etablovaly dva přístupy, které jsou pro účely tohoto příspěvku označeny dle svých původců. Ještě předtím však bude pojednáno o římskoprávních kořenech výprosy.

### 1.1 Římskoprávní původ výprosy

Prekarium coby jednání, kterým se dává bezúplatně do užívání určitá individuálně určená věc k libovolnému odvolání,<sup>2</sup> se vyvinulo v období římského práva.<sup>3</sup> Na úvod je však třeba uvést, že dodnes s přesností nevíme, jaká byla funkce prekaria a jak probíhala v římském právu jeho geneze. Mezi romanisty však existuje názor, že je prekarium spojeno se vznikem institutu klientely.<sup>4</sup>

Původně klasičtí římstí právníci nechápali prekarium jako kontrakt, protože mezi stranami nebyl zakládán obligační poměr. Koncedent neměl k zpětnému vrácení věci od prekaristy žádnou žalobu. Všechny známky institucionalizace prekaria, proto byly bez výjimky interpolovány.<sup>5</sup> V praxi nejstaršího období se skutečně jednalo o pouhé faktum,<sup>6</sup> které se vyvinulo v rámci venkovských vztahů, jejichž předmětem byly především nemoovitosti.<sup>7</sup> Neměl spravedlivou držbu ten, kdo jí dosáhl násilím, vydržením či výprosou, resp. kdo jí nedosáhl *neque ui neque clam neque precario*.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Bezplatnost jako výslovný znak prekaria abstenuje. Povahu bezplatnosti podporuje funkce prekaria, která byla spíše vyživovací. In: KRZYNÓWEK, J. Funkcje i stosowanie „*precarium*“ w rzymskim prawie klasycznym. *Prawo Kanoniczne: kwartalnik prawnohistoryczny*, 1993, Tom. 36, Nr. 3–4, s. 138. Stejně tak není podstatný čas ani účel užívání, neboť jde o znaky, které vykazuje zejména komodatium. Blíže k rozdílům mezi komodatem např. LYDORF, C. Die Abgrenzung zwischen Leihe und Prekarium in der Gl. simile zu D. 43,26,1,3. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 2012, Jhrg. 129, Nr. 1, s. 592–603.

<sup>3</sup> D 43, 26, 1 pr. Ulpianus 1 inst. In: MOMMSEN, T. (recogn.) – KRUEGER, P. (retract.). *Digesta seu Pandectae Iustiniani Augusti. Vol. I.+II.* Berolini: Apud Weidmanos, 1870. Citováno dle: *The Roman Law Library* [online]. [droitromain.univ-grenoble-alpes.fr](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr) [cit. 2023-06-13]. Dostupné na: <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>>.

<sup>4</sup> KRZYNÓWEK, J. Prekarium a klientela. *Przeгляд Historyczny*, 1993, Tom. 84, Nr. 4, s. 428. Shodně VANČURA, J. *Agrární právo římské republiky*. Praha: Bursík & Kohout, 1908, s. 157–158.

<sup>5</sup> D 43, 26, 19, 2 Ulpianus 1 inst. Blíže k tomu KASER, M. Zur Geschichte des *precarium*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1972, Jhrg. 89, Nr. 1, s. 96.

<sup>6</sup> ZIMMERMAN, R. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta & Co, 1990, s. 190.

<sup>7</sup> SONDEL, J. *Prekarium w prawie rzymskim*. Kraków: Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1971, s. 112.

<sup>8</sup> Jak vyplývá ze zemědělského zákona odst. 14 z roku 111 př. Kr. K tomu blíže GIRARD, P. F. – SENN, F. *Les lois des Romains*. Napoli: Tome, 1977. Citováno dle: *The Roman Law Library* [online]. [droitromain.univ-grenoble-alpes.fr](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr) [cit. 2023-06-15]. Dostupné na: <[https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/agraria\\_girard.htm](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/agraria_girard.htm)>. Pro angl. překlad viz JOHNSON, A. Ch. – COLEMAN-NORTHON, P. R. – BOURNE, F. C. – PHARR, C. *Ancient Roman statutes: a translation with introduction, commentary, and index*. Austin: University of Texas Press, 1961, s. 50–57. Citováno dle: *The Roman Law Library* [online]. [droitromain.univ-grenoble-alpes.fr](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr) [cit. 2023-06-14]. Dostupné na: <[https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/agraria\\_johnson.html](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/agraria_johnson.html)>.

Až později se svou povahou precarium ustálilo mezi nepojmenované kontrakty, alespoň ve svém konečném vývoji a stalo se žalovatelné v rámci obecného žalobního prostředku *actio praescriptis verbis*.<sup>9</sup> V této souvislosti je však třeba opět podotknout, že je přijímán názor, že precarium se dostalo do justiniánské kodifikace jako pieta a snaha po obnovení jednoho z jednání podle starověkého práva,<sup>10</sup> neboť v císařské době bylo již precarium mrtvou, v praxi téměř nevyužitou institucí.<sup>11</sup>

## 1.2 Pojetí výprosy podle Randy a Stupeckého

První zevrubnější pojetí výprosy kodifikované v ABGB zpracoval až Antonín Randa, a to paradoxně spíše okrajově v rámci jeho publikace *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, přesto jde o stěžejní výklad, který převzala komentářová literatura.<sup>12</sup> Randovu práci poté podrobněji rozvinul jeho žák Josef Stupecký v rámci svých článků publikovaných v roce 1894 v časopise Právník.

Úplně obecně, Randa považoval výprosu za poměr, v rámci něhož se druhému k jeho prospěchu poskytne užívání nebo požívání věci nebo jiného práva na libovolné odvolání, což pro něj byla klíčová skutečnost, kterou se primárně výprosa liší od výpůjčky. Co se týče samotného zákonného znění, že výprosa není skutečnou smlouvou, uváděl, že každý projev vůle směřující k nějakému kontraktu je smlouvou.<sup>13</sup> Předmětné slovní spojení v § 974 ABGB pak vysvětlil tak, že jde v zákoně o římskoprávní a právněhistorickou reminiscenci, neboť dle římského práva neexistovala zpočátku kontraktní žaloba z prekaria, ale byl zde k ochraně obligačního práva dán pouze interdikt. Až s uznáním žalovatelnosti inomínátních smluv byla smluvní povaha prekariární smlouvy nadobro uznána.<sup>14</sup> V onom ne příliš šťastném paragrafovém znění se tak pravděpodobně projevila snaha normotvůrců

<sup>9</sup> BONFANTE, P. *Instituce římského práva*. Přeložil Jan Vážný. 9. vyd. Brno: Právník, 1932, s. 541.

<sup>10</sup> Precarium má svůj vlastní titul Digest (D 43, 26).

<sup>11</sup> KRZYNÓWEK, J. Funkcje i stosowanie „precarium“ w rzymskim prawie klasycznym, s. 137–138.

<sup>12</sup> Viz STUBENRAUCH, M. v. *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Zweiter Band*. Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1885, s. 175; KIRCHSTETTER, L. v. *Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche: mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts*. Leipzig: F. A. Brockhaus, 1894, s. 503; ROUČEK, F. a kol. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl čtvrtý, (§§ 859 až 1089)*. Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1936, s. 505; KODEK, G. – SCHWIMANN, M. *ABGB-Praxiskommentar. Band 8, Aktualisierung und Gesamtstichwortverzeichnis*. Wien: LexisNexis, 2017, s. 1300.

<sup>13</sup> Tento výklad přijímá Nejvyšší soudní a kasační dvůr ve Vídni až mnohem později, a to ve svém rozhodnutí ze dne 2. 5. 1911, Rv. I 373/11, který ke kontroverznímu výrazu, že výprosa „není skutečnou smlouvou“ doplnil, že: „je třeba jej vykládat tak, že vztah založený výprosou nelze považovat za smlouvu o výpůjčce ve smyslu § 971 ABGB.“ In: *Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge, begonnen von Glaser und Unger* (dále jen „GIUNF“) č. 5463. Nutno podotknout, že tento judikát je poměrně přelomový, neboť staví téměř po sto letech účinnosti ABGB na jisto, že precarium je skutečnou smlouvou. I přes tento judikát mnozí stále zastávali opačnou pozici tj., že precarium není skutečnou smlouvou, jak je uvedeno níže.

<sup>14</sup> RANDA, A. *Der Besitz nach österreichischem Rechte: mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1876, s. 303.

pojmout v úplnosti římskoprávní právní vývoj prekaria, zejména z období nevymahatelnosti kontraktu, neboť nebyl uznáván za vztah právní povahy.<sup>15</sup>

V dalším výkladu se Randa věnoval výprose prizmatem tématu své publikace, kterou je primárně držba. V této souvislosti se zabýval ochranou koncidenta proti prekaristovi, který mu odmítá vydat na jeho pokyn věc svěřenou do užívání zpět. Prekarista, který zneužívá výprosu a přisvojuje si danou svěřenou věc jako vlastní je jejím nepravým držitelem ve smyslu § 345 a § 346 ABGB, přičemž není podstatné, jestli prekarista jednal v dobré víře (např. domnívající se, že je koncendentem) či obmyslně.<sup>16</sup> Koncendent tak má proti prekaristovi jako nepravému držiteli posesorní ochranu.<sup>17</sup>

Stupecký Randův výklad posunul o trochu dál. Ohledně interpretace, že nevzniká skutečná smlouva měl shodně jako Randa za to, že jde patrně o propis ze starších spisů míněný tak, že plnění koncidenta záleží zhoła na jeho vůli, a tedy není ničím vázán.<sup>18</sup> Že redaktoři ABGB mínili výprosu jako závazek v pravém slova smyslu, dokládá Stupecký mj. na § 11 Martiniho osnovy a § 84 Západohaličského zákoníku.<sup>19</sup> Oba normativní texty totiž obsahovaly dodatek, že pokud je vrácena věc ze strany prekaristy koncendentovi předčasně, nesmí věc užívat a pokud ji přece jen koncendent užívá tak nese nebezpečí nahodilé zkázy. Jde o důkaz toho, že původně bylo zamýšleno stíhat při prekariu povinnostmi také koncidenta, proto mělo jít o smluvní typ vedle výpůjčky.<sup>20</sup>

Stupecký dále s ohledem na skutečnost, že jiných ustanovení ABGB ve vztahu k výprose nemá, tvrdil, že lze užít i ustanovení ABGB o výpůjčce. Uvedené dovozoval ze znění § 975 ABGB, dle kterého jsou historicky výprosa s výpůjčkou jednotným obligačním útvarem, neboť pravidlo v tomto ustanovení uvedené přímo ukazuje, že žaloba proti vypůjčitelu a žaloba proti výprosníkovi jsou jedno a též a výprosa je toliko zvláštním druhem výpůjčky. Vedle klíčového § 975 lze pak podle Stupeckého na výprosu z ustanovení o výpůjčce užít zejména ta ustanovení, která nejsou založena na povinnostech půjčitele ponechat si půjčenou věc, neboť tím se výprosa zcela jasně odlišuje právě od výpůjčky.

<sup>15</sup> *Tamtéž*, s. 303. Tento výklad, jak je uvedeno níže, rozvíjí Stupecký, dle něhož je žaloba ze smlouvy u výprosy možná podle § 975 ABGB, i proto shodně jako Randa považuje výprosu za skutečnou smlouvu.

<sup>16</sup> *Tamtéž*, s. 303. Interpretaci přijal i Nejvyšší soudní a kasační dvůr ve svém rozhodnutí ze dne 27. 6. 1883. In: *Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, von Glaser und Unger* (dále jen „GIU“) č. 7671.

<sup>17</sup> Shodně ZEILLER, F. E. v. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie. Alphabetisches Register zu dem Commentare über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*. Wien: In Geistingers Verlagshandlung, 1813, s. 216.

<sup>18</sup> Shodně SCHEY, J. v. *Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. I. Band, 2. Heft, Der Leihvertrag. Der Verwahrungsvertrag und die Gastaufnahme*. Wien: Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1895, s. 272; nebo STUBENRAUCH, c. d., s. 175.

<sup>19</sup> Tj. na právních textech, které představují vývojová stádia ABGB. In: BRAUNEDER, W. *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB): Eine europäische Privatrechtskodifikation. Band I: Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*. Von Wilhelm Brauner. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, s. 24–25.

<sup>20</sup> Od stanovení povinnosti koncendentovi bylo nakonec upuštěno z obav, že by bylo prekaristy zneužíváno proti koncendentovi. In: STUPECKÝ, J. *Půjčka a výprosa. II. Výprosa. Právník*, 1894, roč. 33, s. 869–871.

Takovému požadavku odpovídají § 978, 979, 981, 982 ABGB, které lze aplikovat rovněž na výprosu.<sup>21</sup>

### 1.3 Pojetí výprosy podle Scheye

Vedle výše popsaného pojetí výprosy a jejich souvislostí v ABGB zpracoval výklad shodného závazku také rakouský civilista Josef Freiherr Schey von Koromla v rámci druhé části své učebnice *Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Tento výklad je od základu značně odlišný. Dle Scheye představuje pravidlo podle § 974 pouhou možnost udělit druhému doslovně „svolení“ k užívání věci, resp. strpění tohoto užívání bez jakéhokoliv omezení, a to bez úmyslu udělit příjemci této věci jakékoliv právo (tedy i právo věc užívat) nebo mu uložit jakoukoliv povinnost. Proto je zpětné převzetí věci ze strany koncudenta kdykoli na místě, neboť je plně v jeho svévůli.<sup>22</sup> Za předpokladu výše uvedeného jednání je dle Scheye nepochybné, že se výprosa zcela odlišuje od výpůjčky, a to nejen protože daná věc není přenechána na určitou dobu či pro určitý účel, ale zejména protože se nejedná o závaznou smlouvu či pojmenovanou smlouvu vůbec. Prekarium považuje za pouhou negaci nabytí práva nebo držby, a proto jako takové přichází v úvahu pouze při kvalifikaci nároku na držbu. V tomto smyslu Schey shrnuje, že prekarium je negativní právní charakteristika bez smluvních účinků, bez převodu práv, doslovně *nullum negotium*.

V dalším výkladu se zabývá otázkou, jak z tehdejšího pohledu odlišit hranici, kdy jde o výpůjčku a kdy už o nezávazné prekarium, které se ve své „záhadné vratké existenci“ nějakým způsobem propadlo z římského práva také do ABGB.<sup>23</sup> Podle Scheye jde zjednodušeně o prekarium podle ABGB tehdy, kdy na straně osoby koncudenta neexistuje vůle zřídit vůči prekaristovi jakékoliv právo, a to ani právo na odškodnění. Z toho Schey dovodil, že v souladu s § 313 ABGB prekarista přijetím věci nenabývá ani oprávněnou držbu, neboť to, že má věc v danou chvíli ve své moci lze odvozovat jen z § 974, který tento vztah definuje jako ne skutečný závazek a ne závaznou smlouvu. To dovodil v roce 1889 také Nejvyšší soudní a kasační dvůr ve svém rozhodnutí ze dne 27. 8. 1889.<sup>24</sup> Naopak koncendent se může proti prekaristovi bránit posesorní anebo reivindikační žalobou,<sup>25</sup> neboť zde neexistuje skutečná smlouva, žádný právní předpis.<sup>26</sup> Žaloba z kontraktu nepřipadá

<sup>21</sup> Tento výklad později přijal i Nejvyšší soudní a kasační dvůr ve Vídni ve svém rozhodnutí ze dne 2. 5. 1911, sp. zn. Rv I 373/11 (GIUNF č. 5463).

<sup>22</sup> SCHEY, *c. d.*, s. 260.

<sup>23</sup> Obdobně výprosu častuje např. Ernst Immanuel Bekker jako „vratký institut“ či Rudolf von Jhering jako „jeden ze znepokojujících projevů římského učení“. In: BEKKER, E. I. *Das Recht des Besitzes bei den Römern: Festgabe an Johann Caspar Bluntschli zum Doktorjubiläum*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1880, s. 175; JHERING, R. v. *Der Besitzwille: zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*. Jena: Fischer, 1889, s. 389.

<sup>24</sup> GIU č. 12872, nikoliv č. 12782 jak je uvedeno v komentáři Roučka a Sedláčka. In: ROUČEK, a kol. *c. d.*, s. 505. V tomto rozhodnutí soud výprosu vyložil v souladu s doslovným zněním normy: „prekarista vůči koncendentovi žádnou právní ochranu z kontraktu nemá, neboť prekarium, které může být svévůli zrušeno nemá žádné právní účinky.“

<sup>25</sup> Ochranu koncudenta reivindikační žalobou uznal jako přípustnou ochranu také Nejvyšší soudní a kasační dvůr ve svém rozhodnutí ze dne 18. 11. 1988, In: GIUNF č. 776.

<sup>26</sup> Ani taková ochrana však není neomezená. V některých případech může být posesorní ochrana koncendentovi odepřena, a to v případech dovození užívání věci z pouhé ochoty. In: GIUNF č. 6767.

v úvahu a koncendent se může svých práv v tomto smyslu domáhat vydáním bezdůvodného obohacení.<sup>27</sup>

Ve vztahu k Randově pojetí výprosy a ochrany koncidenta, oponoval Schey, že poseporní ochrana koncidenta proti prekaristovi jako nepravému držiteli působí nepřírozně. Dle jeho výkladu tím, že prekarista odmítne vydat věc nazpět koncendetovi, který o její vydání požádal, pokračuje prekarista ve své domnělé držbě práva v souladu s již zmiňovaným § 313 ABGB, dle kterého může být práva užito mj. i tehdy když někdo věc náležející jinému s jeho dovořením užije ke svému užítu (*usus ex jure permissionis*). I proto shrnuje, že Randova teorie neodpovídá ani § 313 ABGB ve spojení s ochranou podle § 345 ABGB a nakonec tedy ani § 974 ABGB.<sup>28</sup>

## 2. Přístupy k pojetí výprosy v rámci rekodifikace ABGB

Vhodnou dobovou ukázkou střetu uvedených interpretační směrů představuje meziválečná československá rekodifikace ABGB, v rámci které byla revidována mj. i výprosa, kterou v této části zákona primárně upravoval první subkomitét pod vedením Jana Krčmáře<sup>29</sup> a sekundárně poté superrevizní komise.<sup>30</sup> Na daném střetu je dobře patrná rezonance<sup>31</sup> obou pojetí, která v československém kontextu přinesla v konečném důsledku úplně jiný návrh řešení.

Krčmářův subkomitét, který se obecně zdržoval zásadnějších úprav ABGB,<sup>32</sup> navrhnul z předmětného § 974 vyškrtnout ono problematické spojení, že výprosa není skutečnou smlouvou.<sup>33</sup> Krčmářův subkomitét se přiklonil k výkladu Randy a Stupeckého, který patrně zastával sám Krčmář, jak je patrné i z jeho publikací.<sup>34</sup> Toto řešení ve vztahu k pojetí výprosy v novém občanském zákoně poté upravila superrevizní komise ještě tak, že ze znění § 974 nechala úplně vyškrtnout pojem „prekarium“, který je v ABGB uveden

<sup>27</sup> SCHEY, c. d., s. 270.

<sup>28</sup> *Tamtéž*, s. 268–269.

<sup>29</sup> K tomu blíže Vývoj a postup přípravných prací na novém zákoníku občanském. In: *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha: Národní shromáždění ČSR. Senát, 1937, s. 237.

<sup>30</sup> *Tamtéž*, s. 238–239.

<sup>31</sup> Je to patrné z děl významných československých civilistů, kteří ve svých dílech vykládají výprosu jedním nebo druhým způsobem. Výklad dle Randy a Stupeckého přijali např. TILSCH, E. *Obligace: část zvláštní*. Praha: Všeherd, 1909, s. 8–9; MAYR-HARTING, R. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse*. Reichenberg: Verlag von Gebrüder Stiepel, 1923, s. 186; nebo KRČMÁŘ, J. *Právo občanské. III., Právo obligační*. Praha: Všeherd, 1929, s. 173–174). Výklad Scheyův pak SEDLÁČEK, J. *Obligační právo. II., Speciální ustanovení o jednotlivých typech smluvních*. Brno: Právník, 1926, s. 39–40; nebo LUBY, Š. *Nové československé občianské právo na Slovensku a Podk. Rusi. Právny obzor*, 1937, roč. 20, s. 435.

<sup>32</sup> K tomu blíže SALÁK, P. – VOJÁČEK, L. *Historie osnovy občanského zákoníku z roku 1937: inspirace, problémy a výzvy*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 20–21.

<sup>33</sup> KRČMÁŘ, J. (ed.). *Všeobecná část občanského zákoníka a právo obligační: (všeobecná část, darování, smlouva schovací, půjčka, záplývka a zmocnění): Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*. 2. vyd. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924, s. 176–177. Spojení, že výprosa není skutečnou smlouvou, bylo problematické i v rámci čs. judikatury. Viz např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČSR ze dne 22. 2. 1927, sp. zn. Rv I 1337/26 (Sbírka rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věcech občanských Františka Vážného, dále jen „Vážný“, č. 6820) nebo rozhodnutí ze dne 21. 2. 1929, sp. zn. R II 44/29 (Vážný, č. 8371).

<sup>34</sup> KRČMÁŘ, c. d., s. 173–174.

v závorkách.<sup>35</sup> Odůvodnění důvodové zprávy k Osnově 1931,<sup>36</sup> které převzala i Osnova 1937 bylo formulováno tak,<sup>37</sup> že prekarium neodpovídá dobové potřebě, a tudíž všechny takové případy, kdy je druhému přenechána věc do užívání bez určení času nebo účelu mají být subsumovány vesměs k výpůjčce. Co se týče ochrany půjčitele, přiklonila se superrevizní komise k výkladu Randy a Stupeckého jako výkladu, který je ABGB „zřejmě bližší“.<sup>38</sup> Na druhou stranu důvodové zprávy poznamenávají, že ačkoliv poměry odpovídající prekariu jsou velmi četné, v těchto případech se však v praxi nejedná o smlouvu.<sup>39</sup>

Jakýsi kompromis, který superrevizní komise přijala ve vztahu k výprose, tj. že pojem výprosy jako přebytečný nechala ze zákona vypustit, odpovídá některým dobovým tendencím patrných v literatuře. Už Jaromír Sedláček, který byl zřejmě jedním z propagátorů této varianty, vykládal výprosu jak ve svém komentáři, tak ve svých dalších dílech. Dle něj je prekarium institutem moderním právům neznámý a stejně jako Schey měl za to, že nejde o skutečnou smlouvu. Ještě více pragmatičtěji, než Schey uváděl, že v rámci takových jednání jde velmi často o společenské a přátelské výpomoci, při kterých se nikdo nechce právně vázat. Zřejmě osobně vnímal výprosu jako společenskou úsluhu a nic více. Jednání odpovídající výprose nadto nepovažoval ani za právně relevantní, neboť v rámci něj nepřechází žádné hospodářské hodnoty. Kritizoval i nejasné meze mezi výprosou a výpůjčkou.<sup>40</sup> Navrhované řešení superrevizní komise bylo zřejmě kombinací obou výše popsaných přístupů pojetí výprosy, tj. Randy a Stupeckého, který zastával Krčmář, a Scheye, který zastával Sedláček. Přestože nebyl nový občanský zákoník v rámci meziválečné Československé republiky nikdy přijat, řešení o vypuštění výprosy z návrhu tohoto zákona mezi právníky veřejností rezonovalo.<sup>41</sup>

### 3. Současné pojetí výprosy podle rakouského práva

S nadsázkou řečeno je možné za jakési rozuzlení dobového kontradiktorního pojetí výprosy považovat výklad výprosy podle současného rakouského práva, který je v dané části ABGB ve smyslu výše uvedeného ustálený. Obecně lze říci, že tento ustálený výklad spíše odpovídá pojetí Randy a Stupeckého, než Scheye. Nicméně to neplatí absolutně, zejména s ohledem na skutečnost, že výprosa má v rámci rakouského práva široký kontext v bytovém právu,<sup>42</sup> což nese další specifika, která však nejsou pro tento příspěvek relevantní.

<sup>35</sup> *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský: návrh superrevizní komise. Díl I., Text zákona.* Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1931, s. 243.

<sup>36</sup> *Tamtéž*, s. 239–243.

<sup>37</sup> *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník, c. d.*, s. 337–339.

<sup>38</sup> *Tamtéž*, s. 338.

<sup>39</sup> Tím se chtělo patrně říci, že v takových případech jde v praxi často o společenskou úsluhu, kde se strany nechtějí nijak vázat. In: *Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský: návrh superrevizní komise. Díl I., Text zákona, c. d.*, s. 243. Shodně ROUČEK, a kol. *c. d.*, s. 505.

<sup>40</sup> ROUČEK, a kol. *c. d.*, s. 505. Shodně SEDLÁČEK, *c. d.*, s. 39–40.

<sup>41</sup> Např. DNISTRJANSKYJ, S. Poznámky k nové osnově občanského zákoníka. *Sborník věd právních a státních*, 1933, roč. 33, č. 1–2, s. 66. Snad naposledy se za výslovné zachování výprosy v zákoně postavil Harting v rámci schůze Dílčí komise poslanců pro občanský zákoník konané dne 27. 1. 1938. In: *Záznam schůze Dílčí komise pro občanský zákoník konané v budově klubů a výborů poslanecké sněmovny, č.j. 252/38 z 27. 1. 1938.* Národní archiv, fond Ministerstva unifikací, ka. 158.

<sup>42</sup> K tomu blíže RUMMEL, P. – ACHATZ, M. a kol. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ; in zwei Bänden. 1, §§ 1 bis 1174 ABGB.* Wien: Manz, 2000, s. 1188–1189.

Předně, podle současného rakouského práva názor, že výprosa je přenecháním věci bez smluvních účinků, je obecně opuštěn.<sup>43</sup> O definitivní překonání nejasného znění § 974 ABGB lze v Rakousku hovořit zhruba od konce padesátých let minulého století, kdy se odborná komentářová literatura počínaje článkem Helmuta Böhma v *ÖJZ Rechtsprobleme studentischen Wohnens* z roku 1958 od výkladu ne skutečné a ne závazné výprosy nadobro odklání. Závěry literatury poté v praxi aproboval také rakouský nejvyšší soud právní větou, že prekarium je rovněž smlouvou. Jediný rozdíl oproti smlouvě o výpůjčce ve smyslu § 971 ABGB spočívá v tom, že koncendent může vypůjčenou věc libovolně požadovat od prekaristy zpět, jak uvádí ve svém rozhodnutí ze dne 25. 3. 1981, sp. zn. 6 Ob 806/80 a poté v mnoha dalších rozhodnutích.<sup>44</sup>

Dle rakouského výkladu je výprosa dvoustranné právní jednání, nikoliv společenská úsluha.<sup>45</sup> K posouzení toho, zda se jedná o výprosu či nezávaznou úsluhu byla přijata judikaturní premisa, dle které nebyla uzavřena výprosa tam, kde vůle smluvních stran být vázány výprosou je menší, než by se vyžadovalo pro uzavření smlouvy o výpůjčce nebo nájmu.<sup>46</sup> Výprosa je považována za zvláštní formu výpůjčky, v rámci které lze bezúplatně převést určitou věc k užívání jinému, a to až do odvolání ze strany koncidenta, které může být učiněno kdykoliv a může vyplývat třeba jen z okolností.<sup>47</sup>

Co se týká právní ochrany jednotlivých smluvních stran, prekarista je považován v souladu s pojetím Randy a Stupeckého za držitele práva a požívá právní ochrany vůči třetím osobám, nikoliv však vůči koncendentovi, protože ten je oprávněn výprosou kdykoliv odvolat.<sup>48</sup> Prekarista, který odmítá vydat věc koncendentovi může mít vůči věci nepravou držbu a koncendentovi náleží posesorní ochrana,<sup>49</sup> v praxi však půjde o výjimky ve velmi neobvyklých případech.<sup>50</sup> Koncendentovi jako obecný nástroj právní ochrany zásadně náleží proti prekaristovi žaloba na vydání/vyklizení věci.<sup>51</sup>

## Závěr

Záměrem tohoto příspěvku bylo představit vybraná zásadní pojetí výkladu výprosy, která byla na našem území poprvé kodifikována v rámci ABGB, poté byla z našich soukromoprávních předpisů vyjmuta a zpět reminiscenčně navrácena s novým občanským zákoníkem z roku 2012. V rakouském ABGB však předmětné ustanovení prekaristní smlouvy zůstalo do dnešního dne beze změn, ale přesto na pozadí vývoje dichotomického pojetí,

<sup>43</sup> FENYVES, A. – KERSCHNER, F. – VONKLICH A. *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar: 938-1001 ABGB, Schenkung, Verwahrung, Leihe und Darlehen*. Wien: Verlag Österreich GmbH, 2013, s. 247.

<sup>44</sup> Shodně také v rozhodnutí ze dne 30. 4. 1986, sp. zn. 3 Ob 521/86, rozhodnutí ze dne 23. 9. 1987, sp. zn. 3 Ob 560/87 či v rozhodnutí ze dne 23. 10. 1991, sp. zn. 3 Ob 564/91.

<sup>45</sup> BÖHM, H. *Rechtsprobleme studentischen Wohnens*. Österreichische Juristen-Zeitung, 1983, Jhrg. 38, Nr. 3, s. 58. Rovněž komentář KOZIOL, H. – BYDLINSKI, P. – BOLLENBERGER, R. a kol. *Kurzkommentar zum ABGB: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO*. Wien: Springer WienNewYork, 2010, s. 58.

<sup>46</sup> FENYVES – KERSCHNER – VONKLICH, c. d., s. 247.

<sup>47</sup> APATHY, P. – RIEDLER, A. *Bürgerliches Recht. 3, Schuldrecht: Besonderer Teil: Lehrbuch*. Wien: Verl. Österreich Springer, 2015, s. 96.

<sup>48</sup> FENYVES – KERSCHNER – VONKLICH, c. d., s. 252.

<sup>49</sup> KODEK – SCHWIMANN, c. d., s. 1300.

<sup>50</sup> FENYVES – KERSCHNER – VONKLICH, c. d., s. 252.

<sup>51</sup> KODEK – SCHWIMANN, c. d., s. 1303.

kteřé bylo velmi pravděpodobně zavdáno římskoprávníím pojetím výprosy, které se promítlo do původního znění ABGB, že nejde o skutečnou smlouvu. V průběhu existence prekaria se v rámci ABGB, jak na rakouském, tak na československém území, cizelovala dvě pojetí založená primárně na otázce, zda je výprosa skutečnou smlouvou či nikoliv.<sup>52</sup> A ačkoliv je dle současného rakouského práva považována za skutečnou smlouvu, v rámci svého vývoje se v teorii, ale i v praxi vlivem judikatury neustále pohybovala na hraně své právní relevance, přičemž v československém kontextu měla zcela vymizet a na nějaký čas skutečně vymizela.

Spolu s nastíněným kontextem rakouské výprosy a její četnosti v bytovém právu se Rakousko muselo směrem k posílení právní jistoty a předvídatelnosti ze strany adresátů § 974 ABGB uchýlit k jednotnému výkladu, který nakonec uznal výprosu jako skutečnou dvoustrannou smlouvu v souladu s výkladem Randy a Stupeckého. Co se týká československého, resp. českého právního vývoje soukromého práva, je opuštění pojmu výprosa rovněž legitimním směrem, který vychází spíše jako důsledek příklonu k pojetí Scheye. Oba přístupy lze v rámci vývoje legislativní úpravy prekaria na území Rakouska a českých zemí považovat za legitimní, přesvědčivě odůvodněné a vzniklé v určitém kontextu. Stejně tak jako před desítkami let i dnes bychom si mohli ve vztahu k výprose klást stejné otázky odpovídající zmiňovaným dvěma pojetím a tedy tomu, zda je vůbec potřeba mít výprosu upravenou v moderní občanskoprávní kodifikaci, zvlášt' pokud obdoba jejího zaužívání, jako je tomu v rakouském bytovém právu, u nás prakticky neexistuje. Taková diskuse se však zdá být v českém prostředí od roku 2012 na nějaký čas passé.

---

<sup>52</sup> S čímž jsou spjaty další zásadní otázky jako je právní ochrana smluvních stran, jejich právní jistota a předvídatelnost atp.