

Hranice účinnosti paušalizovaných náhrad škody a smluvních pokut v podnikatelském styku

Westphalen, G. von F.*

WESTPHALEN, G. von F.: Hranice účinnosti paušalizovaných náhrad škody a smluvních pokut v podnikatelském styku. *Právní obzor*, 108, 2025, č. 1, s. 3 – 15. <https://doi.org/10.31577/pravnyobzor.2025.1.01>

The limits of effectiveness of lump-sum damages and contractual penalties in business relations. The German case-law on pre-formulated penalty clauses is primarily based on the assumption that such clauses combine two distinct aspects: first, they are closely connected with liquidated damages incurred due to a breach of contract, and – secondly – such penalty clauses serve the purpose of exercising pressure on the debtor in order to properly fulfil its obligations entered into. On the basis of such bi-functionality the Supreme Court on Civil Matters started its precedents by limiting the amount due under a penalty clause on the basis of the general rule of trust and confidence according to Art. 242 German Civil Code. After the enactment of the special Law of General Conditions of Contract a large number of precedents relating to penalty clauses have been adjudicated by the courts. Without limiting the generality of the foregoing, one can readily state that a maximum amount of five percent of the contract price for penalty clauses relating to delays of the debtor and a very small amount for a delay per day have been decided as being adequate and acceptable. Apart from this, a penalty clause will not be held to be in line with trust and confidence on the basis of Art. 307 Section 1 of the German Civil Code, if such clause combines first penalties agreed upon and thereafter allows the creditor to also collect any damages incurred by the creditor without taking the penalties as being the minimum amount of damages. This ruling is due to the fact that Art. 341 Sec. 2 and Art. 340 Sec. 2 German Civil Code hold that a penalty always will be construed as being the minimum amount of a damage claim. Thus, only an excess damage, i.e. being above the limit of the respective penalty may be collected, provided it can be evidenced by the creditor. Moreover, the courts – as a general rule - have held that any penalty clause shall be held to be null and void if it will fall due even in such cases where the debtor was not in default. To sum up, the limits for penalty clauses, as shown by many decisions of the German courts, are very narrow, as they have to respect the general limits of trust and confidence in view of the legitimate interests of the debtor.

Key words: *Bi-functionality, trust and confidence, fault, legitimate interests of the debtor, general limits of penalties*

Téma, o kterém pojednávám, bych chtěl rozdělit do tří částí: Nejdříve uvedu několik zásad německého práva v oblasti všeobecných obchodních podmínek, jak se toto právo

* Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, prezident KJT, advokát, Kolín nad Rýnem.

během posledních 50 let rozvíjelo v judikatuře, ale především také v legislativě (bod I). Po tomto základním úvodu se budu zabývat objasněním hranic účinnosti paušalizované náhrady škody (bod II) na jedné straně a doložce o smluvní pokutě na straně druhé (bod III). V konečném shrnutí si pak lze přechíst závěr, že jednostranná smluvní volnost je v německém právu v oblasti všeobecných smluvních podmínek dle ustanovení § 305 a násl. německého občanského zákoníku (BGB) velmi značně omezena (bod IV).

I. Obecné zásady v úpravě AGB (všeobecných obchodních podmínek)

1. Úvodem

Před téměř padesáti lety se německý zákonodárce rozhodl pro právní úpravu v oblasti AGB (všeobecných obchodních podmínek – VOP). Stalo se tak prostřednictvím zákona pro regulaci všeobecných obchodních podmínek (AGBG), který nabyl účinnosti 1. dubna 1977.¹ Základem byla v podstatě dosavadní judikatura BGH (Spolkového nejvyššího soudu). V popředí tohoto legislativního záměru stál soudní přezkum obsahu nepřiměřených klauzulí AGB (VOP), která byla obsažena v tehdejším § 9 AGBG. Pro vztahy se spotřebitelem ale platila navíc velmi dalekosáhlá pravidla § 10 a § 11 AGBG, v nichž bylo uvedeno velké množství nepřiměřených ujednání a jež byla prohlášena za neúčinná. Významné předpisy těchto obou norem spotřebitelského práva však byly podle § 24 AGBG použitelné také pro podnikatelský/obchodní styk, protože generální klauzule § 9 AGBG nepřímo zahrnovala i zde uvedené klasifikace, takže je bylo možné aplikovat i v tomto ohledu.

Je třeba zdůraznit, že právně politické základy soudního přezkumu obsahu – jak pro oblast spotřebitele, tak také podnikatele – byly položeny již v rozhodnutí z roku 1976. Jako první podstatný rys zde BGH (Spolkový nejvyšší soud) poukázal na skutečnost, že strana, která pro svou smlouvu použije AGB, si pro sebe nárokuje právo na jednostrannou smluvní úpravu.² V důsledku toho je druhá smluvní strana pouze oprávněna jí nabízenou smlouvu uzavřít nebo tuto smlouvu odmítnout („take it or leave it“). Aby se tato jednostranná volnost při koncipování smlouvy omezila a především aby ji bylo možno v jednotlivých případech kontrolovat, obrací se BGH k představám zákonodárce o spravedlnosti v podobě, jak se tyto odrážejí v normách dispozitivního práva.³ Zásadní výpověd' BGH zní takto:

„Vzhledem k tomu, že dispozitivní právní norma pro každý smluvní typ obsahuje spravedlivé vyvážení zájmů smluvních stran, lze zákonné ustanovení účinně nahradit všeobecnými obchodními podmínkami pouze tehdy, pokud tyto obsahují vyvážení zájmů srovnatelné se zákonem a neznamenají žádné zneužívající sledování jednostranných zájmů na úkor obchodního partnera, které je v rozporu se spravedlností.“⁴

¹ BGBl. ze dne 9. 12. 1976 - I s. 3317; k tomu podrobně LÖWE, W., WESTPHALEN, G VON F., TRINKNER, R. *Kommentar zum AGBG*. Heidelberg, 1977.

² BGH (dále jen Bundesgerichtshof), NJW (dále jen Neue Juristische Wochenschrift), 1976, 2345, 2346.

³ BGH NJW 1976, 2345, 2346.

⁴ BGH NJW 1976, 2345, 2346.

Tuto ústřední zásadu judikatury, která se také v § 9 odst. 2 č. 1 AGBG stala formálním zákonem, je však třeba vymezit: Podle této výpovědi je **ochranný účel soudního přezkumu obsahu** klauzulí AGB založen na tom, že představy parlamentního zákonodárce o spravedlnosti omezují jednostrannou smluvní volnost uživatele klauzule.⁵ Tento ochranný účel však nespočívá v tom, že smluvní partner uživatele AGB potřebuje ochranu, protože je obvykle ekonomicky a také intelektuálně slabší stranou.⁶ Výhoda tohoto dogmatického východiska je zcela zřejmá: prakticky je totiž vyloučené, aby se u každého uzavření smlouvy, která vychází z klauzulí AGB, podrobně uváděly skutečnosti, jež jsou vhodné k odůvodnění a prokázání slabšího postavení smluvního partnera – a tedy potřeby jeho ochrany. Je proto právně mnohem jistější, vychází-li soudní přezkum z takzvaného „vzoru“ dispozitivní právní normy,⁷ zejména proto, že tento výchozí bod lze velmi spolehlivě určit a také předvídat: Srovnání příslušné klauzule AGB a příslušné normy dispozitivního práva poskytuje informaci o tom, zda je rozdíl mezi oběma stranami tak velký, že „v případě pochybností“ vede k nepřiměřenému znevýhodnění smluvního partnera uživatele, které je v rozporu se zásadami dobré víry (§ 242 BGB).

Nutno ovšem dodat, že stále existuje možnost využití obecné normy nepřiměřeného znevýhodnění, pokud ujednání – mimo existující „vzor“ v dispozitivním právu – porušuje zásadu dobré víry a z tohoto důvodu, jak je uvedeno v § 9 odst. 1 AGBG, musí být posouzeno jako nepřiměřené znevýhodnění. O tom bude pojednáno později.

Druhý, neméně důležitý bod práva v oblasti AGB byl vyjasněn ještě před přijetím AGBG, a sice: předpoklady, za jejichž existence se předpokládá individuální sjednání podle § 1 odst. 2 AGBG, nikoli však dle klauzulí AGB. Jedná se o rozsudek BGH ze dne 15. prosince 1976.⁸ Zde bylo vyjasněno, že klauzule je považována za vyňatá ze soudního přezkumu pouze tehdy, pokud bylo mezi oběma stranami nejen vyjednána, ale až tehdy, pokud byla také jednotlivě sjednána. To však lze v zásadě předpokládat pouze tehdy, pokud byl smluvní partner uživatele postaven do pozice, kdy mohl úpravu smluvních podmínek obsahově skutečně ovlivnit.⁹ Sjednání tedy znamená více než pouhé vyjednání, protože vyjednání ve smyslu této judikatury zahrnuje i ochotu uživatele klauzule pozměnit AGB, které jednostranně předem formuloval.¹⁰

2. Aktuální zákonná situace

V rámci velké reformy modernizace školského práva, která se datuje od 26. listopadu 2001 a byla uzákoněna k 1. lednu 2002,¹¹ byla ustanovení AGBG začleněna do BGB; tam je lze nalézt v §§ 305 a násl. BGB, aniž by se ve věci samé cokoli změnilo. Pro stručný popis jednotlivých ustanovení je třeba uvést následující: Sjednání klauzule AGB a tímto

⁵ Podstatně WENDLAND, M. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Tübingen, 2019.

⁶ BGH NJW 1976, 2345, 2346.

⁷ BGH NJW 1977, 624, 625 – vzor zprostředkovatelské smlouvy.

⁸ BGH NJW 1977, 624.

⁹ BGH NJW 1977, 624, 625.

¹⁰ BGH NJW 1977, 624 – 2. právní věta.

¹¹ BGBl. Ze dne 29. listopadu 2001 I, s. 3138.

odůvodnění individuální smlouvy je obsaženo v § 305 odst. 1 ve větě třetí BGB. Příslušná norma pro soudní přezkum obsahu – vycházející ze „vzoru“ předpisů dispozitivního práva – se nachází v § 307 odst. 2 č. 1 BGB. Obecná skutková podstata nepřiměřeného znevýhodnění v podobě, jak se nacházela v § 9 odst. 1 AGBG a na kterou jsem již odkázel, se nyní nachází v § 307 odst. 1 ve větě 1 BGB. Podle ustálené judikatury se o takový případ jedná vždy, „pokud se uživatel snaží zneužívajícím způsobem prosadit své vlastní zájmy na úkor svého smluvního partnera tím, že jednostranně vypracuje smlouvu, aniž by od počátku dostatečně zohlednil jeho potřeby a poskytl mu odpovídající vyrovnání“.¹²

Na základě tohoto zjištění je třeba poukázat na mimořádně důležité rozhodnutí BGH z 5. 7. 2017.¹³ Zde se jednalo o otázku, zda je v podnikatelském/obchodním styku účinná formální dohoda o samostatné odměně za zpracování žádosti o komerční úvěr. Již o tři roky dříve BGH na stejnou otázku odpověděl záporně v případě smlouvy o spotřebitelské půjčce.¹⁴ V roce 2017 proto vyvstala otázka, zda je třeba potvrdit stejné odůvodnění - založené především na „funkci vzoru“ § 488 odst. 1 věty druhé BGB v souladu s § 307 odst. 2 č. 1 BGB. V souvislosti s peněžitou půjčkou je z § 488 odst. 1 věty druhé BGB zřejmé, že dlužník je povinen vedle splátky půjčky zaplatit pouze odpovídající úroky, nikoliv však další peněžitý dluh v podobě samostatné odměny za zpracování poskytované půjčky.

Tato stěžejní výpověď zákonodárce byla pro BGB podnětem pro uplatnění „funkce předlohy“ této normy pro účinnost klauzule AGB, což se stalo pomocí normy § 307 odst. 2 č. 1 BGB. Tento předpis stanoví, že z „nepřiměřeného znevýhodnění“ smluvního partnera je třeba vycházet „v případě pochyb“, „zda ustanovení není v rozporu s významnými základními principy zákonné úpravy, od níž se odchyluje“.

S ohledem na tuto výchozí situaci použil BGH v tomto rozsudku jako měřítko normu § 488 odst. 1 věty druhé BGB, aby konstatoval: Zatímco nárok na zaplacení úroků z půjčky je vždy závislý na době trvání půjčky, požadavek věřitele na odměnu za zpracování poskytnutí půjčky je poplatkem, který je na dobu trvání půjčky nezávislý, takže v tomto ohledu lze předpokládat odchylku od zákonné „předlohy“ podle § 307 odst. 2 č. 1 BGB.¹⁵ Po mezikroku, který zde není dále zajímavý, dospěl BGH k závěru: „Kontrola obsahu ujednání AGB má chránit před ujednáními, u nichž je dispozitivní zákonná norma zaměřená na vzájemné vyvážení zájmů – jako tady – zneplatněna možností uživatele ujednání jednostranně měnit.“¹⁶

Poté, co BGH již předem stanovil, že tato předloha dispozitivního práva platí pro spotřebitelské i podnikatelské půjčky stejně,¹⁷ nepřekvapuje již pak závěr: v tomto ohledu, jak nám BGH sděluje, podnikatelé „nejsou méně hodni ochrany“ než spotřebitelé.¹⁸ Tím BGH navazuje na starou, zde již apostrofovanou judikaturu, která před přijetím

¹² BGH NJW 2010, 57 odst. 18.

¹³ BGH NJW 2017, 2986.

¹⁴ BGH NJW 2014, 3713.

¹⁵ BGH NJW 2017, 2986 marg. č. 38; viz také BGH NJW 2014, 2420 marg. č. 67.

¹⁶ BGH NJW 2017, 2986 marg. č. 64.

¹⁷ BGH NJW 2017, 2986 marg. č. 38.

¹⁸ BGH NJW 2017, 2986 marg. č. 66.

AGBG spatřovala ochranný účel soudního přezkumu obsahu nepřiměřených klauzulí AGB ve smyslu § 307 odst. 2 č. 1 BGB v jednostranném odchýlení se uživatele klauzule od principů dispozitivního práva.¹⁹

Všimněme si proto: V rámci práva všeobecných obchodních podmínek je ochrana podnikatele a ochrana spotřebitele koncipována stejně. V obou případech se skutečně dispozitivní, tj. pozměnitelné právo stává právem kogentním. V tomto vidí nemálo literárních zdrojů odmítavý akt paternalismu.²⁰ Jednostranná smluvní volnost však, jak zcela jasně v reakci nato uvedl Spolkový ústavní soud, nesmí být pro smluvního partnera uživatele v rozporu s jeho „sebeurčením“, neboť by tím nebylo respektováno jeho právo na svobodu podle čl. 2 odst. 1 ústavy.²¹ Je třeba zdůraznit, že generální klauzule občanského práva odrážející se v ustanoveních § 138 BGB (zákaz jednání v rozporu s dobrými mravy), § 242 BGB (požadavek jednání v dobré víře) a § 315 BGB (jednostranné určení dlužného plnění v souladu s principem slušnosti), se vyznačují vazbou na základní práva.²²

II. Zákonné hranice účinnosti pro paušalizovanou náhradu škody (§ 309 č. 5 BGB) a smluvní pokuty (§ 309 č. 6 BGB)

1. Úprava v § 309 č. 5 BGB – paušalizovaná náhrada škody

a) Vůči spotřebiteli

V § 309 č. 5 BGB jsou vymezeny hranice účinnosti paušalizované náhrady škody (Schadenspauschale) pro uplatnění nároku na náhradu škody nebo snížení hodnoty. Podle tohoto ustanovení musí smluvně sjednaná paušální částka, jak je uvedeno v § 309 č. 5a BGB, „odpovídat škodě, kterou lze v pravidelných případech podle obvyklého běhu událostí očekávat“. Nesmí však také – vztaheno k případu snížení hodnoty v předmětné klauzuli – „přesáhnout obvykle nastalé snížení hodnoty“. Paušální částka náhrady škody znatelně navazuje na případy zaviněného porušení povinnosti, ať už jde o hlavní povinnost dle § 280 odst. 1 BGB, nebo o vedlejší povinnost dle § 241 odst. 2, § 280 odst. 1 BGB. Oproti tomu jsou případy snížení hodnoty pravidelně důsledkem odstoupení od smlouvy, protože smluvnímu partnerovi byla věc v souladu se smlouvou přenechána k užívání, a tedy k využití/opotřebení.²³ Nejsou zde zahrnuty případy, kdy je kupující věci oprávněn snížit kupní cenu z důvodu vady podle § 441 BGB, neboť snížení hodnoty tady spočívá ne v užívání věci, ale ve vadě.²⁴ V rámci paušální částky se nahrazuje vždy pouze průměrná škoda ty-

¹⁹ BGH NJW 1997, 2345, 2346.

²⁰ Podklady k debatě o reformě viz. WENDLAND, M. *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*. Tübingen, 2019, s. 747 a násl.

²¹ BGH NJW 1990, 1469, 1470.

²² BGH NJW 1990, 1469, 1470.

²³ DAMMANN, J. In WOLF, M., LINDACHER, W., F., PFEIFFER, T. *AGB-Recht*, 7. vyd., 2021, § 309 č. 5 marg. č. 44.

²⁴ FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. *AGB-Recht*. 13. vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 19.

pická pro dané odvětví, protože pouze ta odpovídá „běžnému běhu událostí“.²⁵ To vždy předpokládá, že škoda jako taková je způsobila k náhradě podle pravidel zákona, protože § 309 č. 5a BGB zahrnuje pouze rozsah nároku uživatele na náhradu škody paušální částkou.²⁶ Stejná hlediska platí i pro paušální snížení hodnoty.²⁷ Skutečnost, že i to musí odpovídat průměrnému snížení hodnoty, vychází rovněž z úvahy, že všeobecné obchodní podmínky je třeba vykládat vždy obecně a abstraktně v souladu s § 305c odst. 2 BGB; v popředí stojí vždy obecnost, ale nikoli jedinečnost a individuálnost.²⁸

Ustanovení § 309 č. 5b BGB stanoví, že ve prospěch spotřebitele nesmí být upřeno právo prokázat, že v konkrétním případě nenastala žádná škoda nebo nastala škoda podstatně menší, a proto musí být nahrazena.²⁹ Ještě více: takové prokázání se dlužníkovi výslovně musí dovolit.³⁰ Tento aspekt vyvolává otázku, kdo je pak povinen prokázat, že uplatněná – paušalizovaná – škoda odpovídá průměrné typické škodě.³¹ Podle judikatury je to uživatel příslušného klauzule AGB, tedy věřitel.³²

b) Právní následek

Pokud klauzule porušuje buď § 309 č. 5a BGB, nebo § 309 č. 5b BGB, vzniká pak otázka právního následku ve smyslu § 306 odst. 2 BGB.³³ Je vyloučeno, aby se nadměrná paušální částka snížila na průměrnou typickou škodu, která má být nahrazena podle § 309 č. 5a BGB, protože by se jednalo o nepřipustné snížení za účelem zachování platnosti. Uživatel je však ve své roli věřitele i nadále oprávněn odvolat se na rozhodné dispozitivní právo podle § 306 odst. 2 BGB a předložit skutečně vzniklou škodu a tuto také prokázat.³⁴

Zda je tento právní následek podle judikatury SDEU k čl. 6 odst. 1 a čl. 7 odst. 1 směrnice 93/13/EHS – tedy v oblasti spotřebitelského práva – ještě obhajitelný, je pravděpodobně sporné.³⁵ Neboť podle rozsudku ve věci *Gupfinger* je vyplnění mezery na základě dispozitivního práva jako práva na náhradu škody vyloučeno z důvodu odstrašujícího účinku čl. 7 odst. 1 směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách, který je zakotven v právu EU, neboť odpovědnost za náhradu škody v případě zneužívající klauzule je prohlášena za nezávaznou.³⁶

²⁵ BGH NJW-RR 2015, 690 – čipová karta.

²⁶ BGH NJOZ 2020, 300 marg. č. 18 – náklady na upomínku.

²⁷ FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. AGB-Recht, 13. vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 20 a násl.

²⁸ GRÜNEBERG, CH. BGB. 83. vyd., 2024, § 305c marg. č. 16.

²⁹ BGH NJW-RR 2023, 514 marg. č. 15; GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 309 marg. č. 30.

³⁰ BGH NJW 2006, 1056, 1059; FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. AGB-Recht, 13. vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 26.

³¹ MünchKoBGB/WURMNEST, 9. vyd., 2022, § 309 č. 5 marg. č. 16.

³² BGH NJW-RR 2015, 690 marg. č. 22; OLG Koblenz NJOZ 2017, 105 marg. č. 38.

³³ FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. AGB-Recht, 13. vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 32.

³⁴ BGH NJOZ 2020, 300 marg. č. 18f.

³⁵ SDEU C-625/21 NJW-RR 2023, 420 – *Gupfinger*.

³⁶ K tomu také WESTPHALEN, G. VON F. NJW 2023, 2240 marg. č. 29 a násl.; BeckOK BGB/SCHMIDT, H. 1. 11. 2023, § 306 marg. č. 5a.

c) Vůči podnikateli/obchodníkovi

Vzhledem k tomu, že základní pozice judikatury již byla stručně vysvětlena výše, a sice že účel ochrany podle AGB vyžaduje, aby byl podnikatel chráněn jako spotřebitel – tedy stejně, neudivuje, že také norma § 309 č. 5a BGB – a tímto i limitace účinnosti paušalizované náhrady škody – platí v souladu s § 307 odst. 2 č. 1 BGB rovněž pro oblast podnikatelskou.³⁷ Je proto neúčinné, pokud paušální částka náhrady škody vůči podnikateli stanoví vyšší hodnotu, než je typická průměrná škoda nebo obvykle nastalé snížení hodnoty.³⁸ V pozadí stojí zákaz obohacení podle práva o náhradě škody, podle něhož věřitel nesmí v rámci náhrady škody (naturální restituce) „vydělávat“.³⁹

Jedním dechem je však třeba dodat, že norma § 309 č. 5b BGB umožňuje v podnikatelském styku odlišné posouzení podle § 307 odst. 1 věty první BGB.⁴⁰ Tady není nutné výslovně dlužníkovi v klauzuli umožnit, aby mohl prokázat, že průměrná typická paušální částka pro nárok na náhradu škody nebo na snížení hodnoty je v jednotlivých případech skutečně výrazně nižší nebo že škoda vůbec nevznikla.⁴¹ Je však neúčinné, pokud je klauzule formulována tak, že podle svého znění brání dlužníkovi prokázat konkrétní, ale nižší škodu.⁴² To by však nemělo platit v případě, pokud klauzule uvádí, že se „minimálně“ dluží škoda v ní předpokládaná.⁴³

2. Rozdíl od smluvní pokuty

a) Výchozí bod

Nejprve je třeba poukázat na zákonnou výchozí situaci. Z ní vyplývá, že sám zákonodárce v § 340 odst. 2 BGB a také v následné normě § 341 odst. 2 BGB stanovil, že sjednaná smluvní pokuta (Vertragsstrafe) je minimální částkou nároku na náhradu škody. V rámci § 340 odst. 2 BGB to platí v případě, že se jedná o nárok kvůli nesplnění povinnosti, a § 341 odst. 2 BGB stanoví, že totéž platí i v případě, že dlužník nesplní povinnost tak, jak má, například pokud se dostane do prodlení.⁴⁴ V tomto se skrývá tzv. zákaz kumulace, který věřiteli zakazuje uplatnit souběžně nárok na smluvní pokutu a také nárok na náhradu škody.⁴⁵ Zároveň z § 340 odst. 2 věty druhé BGB vyplývá, že věřiteli není bráněno, aby vedle smluvní pokuty reklamoval další nárok na náhradu škody.

³⁷ BGH NZBau 2016, 213 marg. č. 28; BGH NJW 1994, 1060, 1068 – DAIHATSU.

³⁸ GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 309 marg. č. 32.

³⁹ K tomu již BGH NJW 1977, 381, 382.

⁴⁰ FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. AGB-Recht, 13. vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 34.

⁴¹ MünchKoBGB/Wurmnest, 9. vyd., 2022, § 309 č. 5 marg. č. 28.

⁴² BGH NJW 1994, 1060, 1068 – DAIHATSU; BGH NJW-RR 2002, 127.

⁴³ FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D., AGB-Recht, 13. vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 34.

⁴⁴ MünchKoBGB/GOTTWALD, BGB, 9. vyd., 2022, § 341 marg. č. 2.

⁴⁵ GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 340 marg. č. 7.

Dalším krokem je tedy vyřešit systematický rozdíl mezi paušalizovanou náhradou škody (Schadenspauschale) a smluvní pokutou (Vertragsstrafe).⁴⁶ Na základě znění příslušné klauzule je tedy třeba si položit otázku, k jakému účelu učiněná dohoda slouží: Jde o to, že věřitel a uživatel klauzule chce pro případ porušení povinnosti dlužníkem prosadit usnadnění dokazování v případě utrpěné škody – pak to svědčí o paušalizované náhradě škody (Schadenspauschale) ve smyslu § 309 č. 5 BGB?⁴⁷ Nebo uživatel sleduje sjednáním určité částky – uváděné také jako smluvní pokuta - účel vyvinout na dlužníka nátlak, aby tento splnil svou smluvní povinnost - v takovém případě se v případě pochybností jedná o smluvní pokutu (Vertragsstrafe) dle § 309 č. 6 BGB ve spojení s § 339 a násl. BGB?⁴⁸ Vzhledem k – přiměřené – výši sjednané smluvní pokuty by měl být dlužník povinen ji zaplatit i v případě, kdy a pokud jako následek sankcionovaného porušení povinnosti žádná škoda nevznikla.⁴⁹

b) Průběžný výsledek

Toto rozlišení však nemá širší dosah. Ve středu pozornosti totiž stojí pojetí BGH, podle kterého je smluvní pokutě vlastní bi-funkcionalita.⁵⁰ Ta se vyznačuje tím, že v každé smluvní pokutě tkví prvek náhrady škody, což se odvozuje ze základní normy § 340 odst. 2 BGB – smluvní pokuta je minimální částkou nároku na náhradu škody – a je dána úvahou, že v případě porušení je snazší prosadit sjednanou smluvní pokutu.⁵¹ To vede k určení, že v případě pochybností, tzn. vždy, když nepomůže výklad založený na znění, je třeba vzít v úvahu smysl a účel příslušného ujednání.⁵² Otázka, na kterou je třeba odpovědět, zní: Slouží-li učiněné ujednání v první řadě k zajištění základní hlavní povinnosti, takže se jedná o prostředek nátlaku, pak je správně vycházet ze smluvní pokuty, nikoliv však z paušalizované náhrady škody, jejímž podstatným rysem je přece usnadnění dokazování, v jaké výši přísluší věřiteli nárok na náhradu vzniklé škody. Vzhledem ke skutečnosti, že – jak bylo ukázáno – smluvní pokuta vykazuje dvojí funkci, jde tedy o to, zjistit hlavní význam učiněné dohody.⁵³ Ve výsledku je tedy vždy zapotřebí velmi pečlivého výkladu a někdy i poměrně náročného „rozpitvání“ chtěného účelu. K individuálním okolnostem se při tom ovšem v rámci normy § 305c odst. 2 BGB nepřihlíží; panuje zde obecný abstrakt.⁵⁴

⁴⁶ K tomu již WESTPHALEN, GRAF VON F. BB 2018, 323, 324.

⁴⁷ BGH NJW 1970, 29, 32.

⁴⁸ BGH NJW 2000, 2106, 2107.

⁴⁹ BGH NJW 2000, 2106, 2107.

⁵⁰ BGH NJW 2003, 1805, 1808.

⁵¹ BGH NJW 2000, 2106, 2107; Stoffels, AGB-Recht, 4. vyd., 2021, marg. č. 895.

⁵² BeckOKBGB/BECKER, 1. 11. 2023, § 309 č. 5 marg. č. 8.

⁵³ BeckOKBGB/BECKER, 1. 11. 2023, § 309 č. 5 marg. č. 8.

⁵⁴ GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 305c marg. č. 16.

3. Zvláštnosti mezi účinnosti smluvní pokuty

a) Podnikatelský/obchodní styk

aa) Omezení výše

Nejdříve je třeba zdůraznit, že s ohledem na výši smluvní pokuty – na rozdíl od paušalizované náhrady škody – nelze zvažovat použití spotřebitelské normy dle § 309 č. 6 BGB.⁵⁵ Přiměřenost výše smluvní pokuty, která má být kvalifikována jako účinná, musí spíše vycházet ze základního pravidla § 307 odst. 1 věty první BGB, tj. především ze zásady dobré víry.⁵⁶ V důsledku toho musí být v rámci procesu výkladu vyváženy zájmy obou stran.

Tento přístup vedl v judikatuře Spolkového nejvyššího soudu – převážně v oblasti stavebního práva – k tomu, za účinnou pevnou horní hranici při zakázce v celkové částce do 6,5 milionu EUR se považuje částka ve výši 5 % z ceny zakázky.⁵⁷ Toto omezení se ukazuje jako smysluplné z toho důvodu, protože – jak již bylo ukázáno – věřitel může podle § 341 odst. 2 BGB požadovat náhradu další, ovšem konkrétně prokazatelné škody – obvykle: škody způsobené prodlením. Kromě toho je nutno upozornit: Ve stavební branži činí průměrný zisk zhotovitele stavby maximálně 5 % hodnoty zakázky. Omezení smluvní pokuty na tuto částku tedy zajišťuje, že v případě prodlení zhotovitel nepřijde o celý zisk nebo se dokonce nedostane do ztráty zaplacením smluvní pokuty přesahující 5 % hodnoty zakázky, aniž by se musela prokazovat odpovídající škoda na straně věřitele.⁵⁸ Neboť požadavek smluvní pokuty naběhlé na straně dlužníka je, jak již bylo uvedeno, přípustný i bez prokázání škody.⁵⁹

Pokud se ptáme na účinné omezení, které se vztahuje na dny nebo týdny prodlení, pak Spolkový nejvyšší soud – opět v případě smlouvy o stavebním díle – považoval za účinné omezení naběhlé smluvní pokuty na 0,3 % ceny zakázky.⁶⁰ Ve vztahu k maximální částce 5 % z celkové ceny zakázky je to jen pouhých 17 dní prodlení, než se vyčerpá celá smluvní pokuta. To je velmi málo. Výhodnější se to jeví z toho důvodu, pokud uvážíme, že Spolkový nejvyšší soud musel v zásadním rozhodnutí posuzovat smluvní pokutu za den, která se týkala pouze 0,15 % z ceny zakázky, takže je pokryto prodlení v délce téměř šesti týdnů, než se překročí hranice 5 %.⁶¹

Mimo oblast smluvní pokuty / smlouvy o stavebním díle je obtížné vysvětlit jednotlivé případy, které se vyznačují vysokou mírou kazuistiky.⁶² Obecně lze doporučit zdrženlivost při stanovení výše smluvní pokuty, čímž se dostaneme na bezpečnou stranu tak, aby účinnost sjednané smluvní pokuty neztroskotala z důvodu § 307 odst. 1 věta

⁵⁵ BGH NJW 2007, 3774.

⁵⁶ WESTPHALEN, GRAF Von F. BB 2018, 323, 324f.

⁵⁷ BGH NJW 1987, 380; BGH NJW 2003, 1805, 1808.

⁵⁸ WESTPHALEN, GRAF Von F. BB 2018, 323, 325.

⁵⁹ Srov. MünchKOBGB/WURMNEST, 9. vyd., 2022, § 309 č. 5 marg. č. 5.

⁶⁰ BGH NJW-RR 2008, 615.

⁶¹ BGH NJW 2003, 1805.

⁶² BeckOKBGB/BECKER, 1.11.2023, § 309 č. 6 marg. č. 25; GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 309 marg. č. 34f.

první BGB.⁶³ V této souvislosti je třeba vždy zvážit následující jednotlivé případy judikatury:

bb) Respektování požadavku zavinění

S ohledem na zákonnou vzorovou funkci § 339 BGB je třeba vycházet z toho, že není v souladu s § 307 odst. 2 č. 1 BGB, pokud se smluvní pokuta považuje za naběhlou i tehdy, když dlužník jednal bez přičitatelného zavinění.⁶⁴ Podle judikatury je zrušení tohoto parametru při sjednání smluvní pokuty třeba považovat za účinné pouze tehdy, existují-li pro to závažné důvody.⁶⁵ K tomu pravděpodobně dojde jen velmi zřídka, takže v zásadě lze vycházet z pravidla § 307 odst. 2 č. 1 BGB: Ujednání o smluvní pokutě musí vždy zohledňovat, že se použije pouze tehdy, pokud dlužník zaviněně porušil podstatnou povinnost. Důkazní břemeno ohledně chybějícího zavinění leží v souladu s § 280 odst. 1 věta druhá BGB na dlužníkovi.

cc) Respektování zákazu kumulace

Jak již bylo vysvětleno, je smluvní pokuta v souladu s ustanoveními § 340 odst. 2 a § 341 odst. 2 BGB vždy považována za minimální výši škody. S ohledem na „funkci předlohy“, kterou lze těmto normám přisoudit, je třeba § 307 odst. 2 č. 1 BGB aplikovat i v podnikatelské/obchodní sféře, takže zákonem předepsaný zákaz kumulace musí být dodržen i v ujednáních o smluvní pokutě.⁶⁶ Je tedy neúčinné, pokud je smluvní pokuta požadována společně s náhradou škody, aniž by došlo k započtení smluvní pokuty.

dd) Výhrada smluvní pokuty

V této souvislosti je obzvláště důležité odkázat na normu § 341 odst. 3 BGB. Podle tohoto ustanovení může věřitel požadovat smluvní pokutu, například pokud nedojde k včasnému převzetí díla, jen v případě, že si to výslovně vyhradil v okamžiku převzetí plnění. Toto souvisí se skutečností, že věřitel má v případě závazku k úhradě smluvní pokuty v zásadě možnost volby, zda zvolí smluvní pokutu, nebo – namísto toho – splnění příslibu plnění.⁶⁷ Tuto alternativu plnění a smluvní pokuty stanovuje norma § 340 odst. 1 BGB ve vší žádoucí jasnosti. Chce-li tedy věřitel jak plnění, tzn. zhotovení slíbeného díla (navzdory prodlení, které mezitím nastalo), tak i naběhlou smluvní pokutu, musí si to – jak vyžaduje ustanovení § 341 odst. 3 BGB – při přijetí plnění výslovně vyhradit. Musí

⁶³ Podrobně také THÜSING, G. In WESTPHALEN, G. Von, F., THÜSING, G., PAMP, R. *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 49. dotisk 2024, Smluvní pokuta marg. č. 18ff.

⁶⁴ K tomu THÜSING, G. In WESTPHALEN, G. Von, F., THÜSING, G., PAMP, R. *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 49. dotisk 2024, Smluvní pokuta marg. č. 23.

⁶⁵ BGH NJW 1979, 105, 106; FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. *AGB-Recht*. 13. vyd., 2023, § 309 č. 6 marg. č. 37.

⁶⁶ K tomu Graf von Westphalen BB 2018, 323, 325.

⁶⁷ GRÜNEBERG, CH. BGB; 83. vyd., 2024, § 341 marg. č. 2f.

tedy dát jasně najevo, že chce obojí, smluvní pokutu i smluvené plnění. Pokud takové upřesňující prohlášení chybí, zaniká pak právo na uplatnění smluvní pokuty.⁶⁸ Protože není účinné, aby se dlužník této výhrady v klauzuli AGB jednostranně zřekl, jde v rámci § 307 odst. 2 č. 1 BGB pouze o to, aby se tato výhrada § 341 odst. 3 BGB časově trochu posunula dozadu, tzn., aby se neprohlásila „v okamžiku přijetí“ opožděného plnění, ale např. v okamžiku další splatné platby, což je pak možné ještě považovat za včasné.⁶⁹ Takový postup, pokud takto vyplývá i z klauzule, je pak účinný.

b) Nutný požadavek rozlišení jak u paušalizovaných náhrad škod, tak také u smluvních pokut

Uvážíme-li, že v rámci paušalizované náhrady škody, která má být klasifikována jako účinná podle § 309 č. 5a BGB, lze nahradit pouze průměrně typickou škodu, pak je zřejmé, že druhy škod se z hlediska výše – čili příslušných následků škody – značně liší.⁷⁰ Tento pohled má také přímý dopad na výši smluvních pokut, protože, jak bylo ukázáno, představují tyto vždy pouze „minimální částku“ škody. V důsledku toho je v obou případech nutné rozlišení v závislosti na konkrétním případě.⁷¹

Základní příklad: Sankce v případě prodlení se značně liší v závislosti na tom, zda se jedná o běžné prodlení v dodání nebo o zpoždění dodávky just-in-time nebo zda se jedná o plnění k pevně stanovenému datu. Poslední uvedené má podle § 376 HGB (obchodního zákoníku) v případě zmeškání stanoveného termínu za následek okamžitý nárok na odstoupení od smlouvy nebo – v případě zaviněného prodlení – nárok na náhradu škody z důvodu nesplnění celého závazku. Tento rozdíl musí být nutně zohledněn ve znění klauzulí. Vzhledem k mnohotvárnosti řešených konstelací totiž nepřichází v úvahu jednotné řešení podle motta „jedna velikost pro všechny“.

III. Shrnutí

1. Až na několik zvláštností se limitace účinnosti paušalizovaných náhrad škod a smluvních pokut v podobě klauzulí všeobecných obchodních podmínek řídí úzkými hranicemi průměrné typické škody ve smyslu § 309 č. 5a BGB. Toto pravidlo vyplývající z práva ochrany spotřebitele se prostřednictvím generální klauzule § 307 odst. 2 č. 1 BGB uplatňuje i v podnikatelském/obchodním styku. Vzhledem k tomu, že smluvní pokuty podle ustanovení § 340 odst. 2, § 341 odst. 2 BGB jsou vždy založeny na tom, že škodu sankcionovanou kvůli porušení povinnosti je třeba považovat za minimální škodu, platí i pro tyto sankce s ohledem na jejich skutečnou výši velmi úzké hranice.

⁶⁸ BGH NJW 1987, 380, 381.

⁶⁹ BGH NJW 1997, 1982, 1983; THÜSING, G. In WESTPHALEN, G. Von, F., THÜSING, G., PAMP, R. Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 49. dotisk 2024, Smluvní pokuta marg. č. 33.

⁷⁰ BGH NJW 1994, 1060, 1064.

⁷¹ K tomu obsáhle WESTPHALEN, GRAF Von F. BB 2018, 323, 327 a další.

2. Judikatura týkající se hranic účinnosti paušalizovaných náhrad škod a smluvních pokut ve všeobecných obchodních podmínkách je velmi heterogenní; na tomto místě ji bylo možné představit pouze v základních bodech.
3. Pro hranice, které je třeba u těchto sankcí dodržet, je vždy určující hodnocení dle § 307 odst. 1 věta první BGB. Podle něj je uživatel klauzule/věřitel povinen brát přiměřeně ohled na zájmy druhé smluvní strany – dlužníka – a je rovněž povinen dodržovat zásadu dobré víry. Jednostranná smluvní volnost je tedy velmi omezena.
4. Bez podrobné znalosti judikatury nelze sankce u paušalizovaných náhrad škod a smluvních pokut v oblasti práva AGB koncipovat právně bezpečným způsobem. Platí to bez ohledu na skutečnost, zda uživatel klauzule jedná na straně dodavatele nebo objednatele.

Literatúra

- BGBI. ze dne 9. 12. 1976 – I s. 3317; k tomu podrobně LÖWE, W., WESTPHALEN, G. VON F., TRINKNER, R. Kommentar zum AGBG, Heidelberg 1977
- BGH (ďalej len Bundesgerichtshof), NJW (ďalej len Neue Juristische Wochenschrift) 1976, 2345, 2346
- BGH NJW 1977, 624, 625 – vzor zprostředkovatelské smlouvy
- BGH NJW 1977, 624 – 2. právní věta
- BGBI, ze dne 29. listopadu 2001 I, s. 3138
- BGH NJW 2010, 57 odst. 18
- BGH NJW 2014, 3713
- BGH NJW 2017, 2986 marg. č. 38, 64, 66
- BGH NJW 1990, 1469, 1470
- BGH NJW-RR 2015, 690 – čipová karta
- BGH NJOZ 2020, 300 marg. č. 18 – náklady na upomínku
- BGH NJW-RR 2023, 514 marg. č. 15; GRÜNEBERG, CH., BGB, 83. vyd., 2024, § 309 marg. č. 30
- BGH NJW-RR 2015, 690 marg. č. 22; OLG Koblenz NJOZ 2017, 105 marg. č. 38
- BGH NJOZ 2020, 300 marg. č. 18f
- BGH NZBau 2016, 213 marg. č. 28; BGH NJW 1994, 1060, 1068 – DAIHATSU
- BGH NJW 1994, 1060, 1068 – DAIHATSU; BGH NJW-RR 2002, 127
- BGH NJW 1970, 29, 32
- BGH NJW 2000, 2003, 1805, 1808, 2106, 2107
- BGH NJW 2000, 2106, 2107; Stoffels, AGB-Recht, 4. vyd., 2021, marg. č. 895
- BeckOKBGB/BECKER, 1. 11. 2023, § 309 č. 5 marg. č. 8
- BGH NJW 2007, 3774
- BGH NJW 1987, 380, 381; BGH NJW 2003, 1805, 1808
- BGH NJW-RR 2008, 615
- BeckOKBGB/BECKER, 1.11.2023, § 309 č. 6 marg. č. 25; GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 309 marg. č. 34f
- DAMMANN, J. IN WOLF, M., LINDACHER, W., F., PFEIFFER, T. AGB-Recht, 7. vyd., 2021, § 309 č. 5 marg. č. 44
- FUCHS, A., ZIMMERMANN, M. In ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. AGB-Recht, 13 vyd., 2023, § 309 č. 5 marg. č. 19, 20, 26, 32, 34 a nasl. a č. 6 marg. č. 37 GRÜNEBERG, CH. BGB, 83. vyd., 2024, § 309 marg. č. 7, 16, 32
- MünchKobGB/WURMNST, 9. vyd., 2022, § 309 č. 5 marg. č. 2, 16, 28 SDEU C-625/21 NJW-RR 2023, 420 – Gupfinger

- THÜSING, G. In WESTPHALEN, G. Von, F., THÜSING, G., PAMP, R. Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 49. dotisk 2024, Smluvní pokuta marg. č. 18ff, č. 33
- WENDLAND, M. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Tübingen 2019
- WESTPHALEN, G. von F. NJW 2023, 2240 marg. č. 29 a násl.; BeckOKBGB/SCHMIDT, 1. 11. 2023, § 306 marg. č. 5a
- WESTPHALEN, G. von F. BB 2018, 323, 325, 327 a násl.
- WOLF, M., LINDACHER, W., PFEIFFER, T. AGB-Recht, 7. vyd., 2021, § 309 č. 5 marg. č. 44