

CIVILNO PRAVO

Najemnine med epidemijo: ali v Sloveniji še velja pravno pravilo paragrafa 1104 ODZ?

AVTOR



Zoran Skubic

univ. dipl. pravnik,
sekretar v Državnem zboru RS

Stališča avtorja v tem prispevku niso nujno tudi stališča organa, pri katerem je zaposlen.

Pozornemu gledalcu nedavne 35. izredne seje Državnega zbora, kjer je bila na dnevnem redu obravnava enega od interventnih zakonov v boju z zahrbtno boleznijo COVID-19,¹ se je bržkone v spomin vtisnila predvsem interakcija, v kateri je eden od poslancev iz vrst vladajoče koalicije izrecno poudaril avstrijsko rešitev na področju prava obligacij. Ta določa, da kadar najemnik zaradi višje sile - kamor izrecno spada tudi primer izbruha kužne bolezni - najetih prostorov ne more uporabljati, gre najemnina na rovaš najemodajalca. Minister za finance se je kot predstavnik vlade s tem strinjal in navrgel, da gre po njegovem védenju za več kot sto let staro ureditev, za katero je pravzaprav škoda, da ni veljavno pravno pravilo tudi pri nas. A česar onadva nista vedela in tudi nista mogla vedeti, saj se tega dejstva zaveda vse bolj ozek krog slovenskih pravnikov, je dejstvo, da sta govorila o ureditvi, ki je pri nas z določenim pridržkom, če ne neposredno veljavno, pa vsaj dopolnilno upoštevno pravno pravilo ...

A preden nadaljujem, malo pravne zgodovine. *Obč(n)i državljanski zakonik (ODZ)* oziroma v Avstriji in deloma v Liechtensteinu še vedno (neposredno) veljavni *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* je bil kot ena sploh prvih celovitih modernih evropskih kodifikacij civilnega prava v takratnem Avstrijskem cesarstvu uveljavljen s 1. januarjem 1812. Vseeno pa so se njegova pravila zaradi dejstva, da je bil v tistem času osrednji del slovenskega narodnega ozemlja še del Ilirskih provinc, na Kranjskem ter delu Koroške uveljavila šele po francoskem porazu, točneje s 1. majem 1815, 1. oktobra istega leta pa še na Goriškem in v Istri. ODZ je bil nato vrsto desetletij pozitivno pravo za praktično vse Slovence, s poznejšo izjemo Prekmurja, ki je v tistem času spadalo pod Ogrsko, od leta 1866 pa še Beneških Slovencev, ki so zaradi avstrijskega poraza proti pruski armadi v bitki pri Kraljevem Gradcu² prešli pod takratno prusko zaveznico Kraljevino Italijo.

ODZ nato več kot sto let ni doživel praktično nobene omembe vredne spremembe, saj je bil navkljub dejstvu, da je svojo prvotno legitimnost črpal iz cesarjevega absolutizma, bolj ko ne zgleden primer

"reformne družbe skozi pravo". Njegova pravila so prestala "pomlad narodov" leta 1848, zemljiško odvezo, več ustav in vojaških porazov, razvoj parlamentarizma in navsezadnje tudi nastanek dvojne Avstro-Ogrske monarhije. ODZ je korenitejše posege v normativno besedilo doživel šele s tremi delnimi novelami, ki so bile uveljavljene v letih, ko je tudi v naših krajih že besnela prva svetovna vojna, zadnja izmed njih leta 1916. Ta verzija ODZ (tj. ODZ 1916) je nato na ozemljih, ki so po prevratih leta 1918 na pogorišču Habsburške monarhije postala del novonastalih držav, ostala še nadalje veljavno pozitivno pravo. Med slednjimi seveda tudi v skoraj celotnem slovenskem delu Države³ in pozneje Kraljevine SHS,⁴ po letu 1929 pa Kraljevine Jugoslavije. To pravno stanje je, vsaj glede segmentov splošnega civilnega prava, ostalo praktično nespremenjeno vse do konca druge svetovne vojne. ODZ 1916 je bil daleč najbolj moderen civilni zakonik, ki je bil v veljavi na takratnem ozemlju kraljevine. V Prekmurju, ki je bilo kraljevini priključeno šele leta 1919, pa so tudi na civilnem področju staroavstrijski predpisi nadomestili dotedanje ogrsko (običajno) pravo de facto, a nikoli de iure.⁵

Po drugi svetovni vojni pa se je zgodila sprememba; najprej z odlokom,⁶ potem pa še z zakonom⁷ so bili izrecno razveljavljeni vsi pravni predpisi, ki so bili izdani pred 6. aprilom 1941 (tj. tudi ODZ 1916), vendar so se pravna pravila teh predpisov lahko še naprej uporabljala za razmerja, ki (še) niso bila urejena z veljavnimi predpisi in če ti niso v nasprotju z novo ustavno ureditvijo.⁸ S tem trenutkom je ODZ 1916 v "slovenskih deželah" z ravni pozitivnega zdrknil na raven "zgolj" pravil običajnega prava. Nekoliko ironično pa je, da se je teritorialna veljavnost ODZ 1916 navkljub temu še celo razširila, in sicer najprej na območje ožje Primorske, ki je bilo Jugoslaviji priključeno leta 1947 in kjer je izrinil italijanski Codice Civile iz leta 1865 oziroma 1942,⁹ nato pa leta 1954 še na slovenski del cone B bivšega Svobodnega tržaškega ozemlja.¹⁰ Pravna pravila ODZ 1916 so nato vedno bolj nadomeščali področni zakoni, zlasti velja omeniti ZOR¹¹ na področju obligacij in ZTLR¹² na področju stvarnega prava, vendar niso nikoli zares izginila, zato še danes obstaja korpus paragrafov (§) zakonika, ki nikoli ni bil dokončno nadomeščen oziroma razveljavljen.¹³ So pa nekatere določbe ODZ 1916 ob sprejemu nove zakonodaje "izpadle", kamor spadata tudi pravili § 1104 in §1105 ODZ 1916. Ti dve pravili v veljavnem avstrijskem ABGB v več kot stoletju od prevrata leta 1918 do sedaj nista doživeli (prav) nobenih sprememb in se v slovenskem uradnem prevodu takratnega časa¹⁴ glasita takole:

"§ 1104. Ako se v rabokup vzeta stvar sploh ne more rabiti ali uživati zaradi **izrednih naključij**, kakor ognja, vojne ali kužne bolezni, zaradi velikih povodnji, vremenske ujme ali zaradi docela slabe letine, ni dolžan zakupodavec ali najemodavec popravljati jo, toda tudi najemnine ali zakupnine ni treba plačati.

§ 1105. Ako obdrži najemnik **kljub takemu naključju** omejeno rabo v najem vzete stvari, odpusti se mu tudi sorazmeren del najemnine. Zakupniku je treba nekaj na zakupnini popustiti, ako so **vsled izrednih naključij** užitki posestva, vzetega v zakup le za eno leto, padli za več kot polovico navadnega donosa."

§ 1104. Ako se v rabokup vzeta stvar sploh ne more rabiti ali uživati zaradi izrednih naključij, kakor ognja, vojne ali kužne bolezni, zaradi velikih povodnji, vremenske ujme ali zaradi docela slabe letine, ni dolžan zakupodavec ali najemodavec popravljati jo, toda tudi najemnine ali zakupnine ni treba plačati. (Nov. III, § 141.)

Slika 1 - Faksimile § 1104

§ 1105. Ako oòdrži najemnik kljub takemu naključju omejeno rabo v najem vzete stvari, odpusti se mu tudi sorazmeren del najemnine. Zakupniku je treba nekaj na zakupnini popustiti, ako so vsled izrednih naključij užitki posestva, vzetega v zakup le za eno leto, padli za več kot polovico navadnega donosa. Zakupodavec mora toliko popustiti, kolikor manjka na zakupnini vsled tega odpada. (Nov. III, § 142.)

Slika 2 - Faksimile § 1105

Zgoraj podčrtani pasusi predstavljajo tiste spremembe, ki jih je s seboj prinesla (zadnja) delna novela iz leta 1916, pri čemer gre pri § 1104 (zgolj) za dopolnitev prvotne določbe, pri prvem stavku § 1105 pa se je s podčrtanim nadomestilo prvotno besedilo: "*Ako je najemniku odvzeta raba najemne stvari le deloma [...]*". A vsako pravilo velja razumeti in razlagati v skladu s kontekstom. In to še kako velja za zgornji določbi, ki spadata v korpus pravil ODZ 1916, ki ureja t. i. **rabokupno** pogodbo (*Bestandvertrag*). Gre torej za pravila, ki dokaj enotno urejajo tako zakupno kot tudi najemno pogodbo, in za sistematiko, ki jo je nato (precej bolj kot pa ne) povzel tudi ZOR ter s 1. januarjem 2002 še OZ.¹⁵

Pri tem velja opozoriti na pravilo § 1091 ODZ 1916, ki določa, da gre za najemno pogodbo, če "*se da v rabokup dana stvar rabiti brez daljnega obdelovanja*", za zakup pa, če se da tovrstno stvar "*uživati le z marljivostjo in trudom*". Pri pogodbah, katerih predmet so stvari obeh vrst, pa je treba naravo teh pogodb "*presoditi po kakovosti glavne stvari*". Pri tej določbi gre za precej okorno formulacijo, ki jo je obdržal tudi veljavni ABGB, zato niti ne čudi, da jo avstrijska teorija in praksa tolmačita glede na **namen**, in ne (nujno) glede na "kakovost" osrednjega predmeta posamezne pogodbe.¹⁶ In če se "vzame v zakup" še dejstvo, da se je ODZ uveljavil v času fevdalizma, ko je bilo najemnih razmerij modernejšega tipa za vzorec, ne preseneča, da se je tudi normativna vsebina pravil § 1104 in §1105 ODZ 1916 v vseh teh letih dograjevala skozi sodno prakso. Za potrebe tega prispevka se bom osredotočil predvsem na nekatere področne poudarke zgodovinske sodne prakse avstrijskega vrhovnega sodišča (OGH).¹⁷ Že na tem mestu velja opozoriti, da se najem poslovnih prostorov, upoštevajoč že omenjeno pravilo § 1091, glede na njegove bistvene lastnosti - tj. dejstvo, da je moč poslovno dejavnost opravljati zgolj z "*marljivostjo in trudom*" - tudi v moderni praksi OGH praviloma obravnava

kot (**poslovni**) **zakup**.¹⁸ Zanj pa po pravilu § 1105 v primeru delne neuporabnosti zakupljene stvari veljajo precej strožji pogoji glede zmanjšanja zakupnine kot pa pri (golem) najemu.

Predpostavka za uporabo pravil § 1104 in § 1105 je bodisi celovita bodisi delna **neuporabnost** "v rabokup vzete" stvari, pri čemer prvega primera nikakor ne gre enačiti s popolnim uničenjem te stvari, saj bi to po pravilu § 1112 ODZ 1916 povzročilo prenehanje pogodbe. Pri tem pa ne gre zgolj za primere fizičnega uničenja stvari. Enaka pravna posledica namreč nastane tudi v primerih, kadar ta stvar postane dokončno nerabna za dogovorjen gospodarski namen, npr. v primeru izgube.¹⁹ Pri obeh paragrafih gre torej za po svoji naravi **začasno** objektivno neuporabnost pogodbenega predmeta, ki jo je povzročil prav nastanek "**izrednega naključja**", ki pa ga je treba ločiti od (golega) naključja, ki po pravilu § 1311 bremeni tistega, v katerega osebi ali premoženju je nastal. In končno, § 1104 in § 1105 sta po svoji naravi **dispozitivni pravili**, tako da je posledično možen drugačen, načeloma celo nasproten pogodbeni dogovor.²⁰

Pri poslovnem zakupu se kriterij začasne neuporabnosti zakupljenega predmeta po ODZ 1916 presoja glede na njegov pogodbeno dogovorjen gospodarski namen. Če se torej ta namen kljub nastanku "izrednega naključja" vseeno lahko vsaj deloma izpolni, velja pravilo adekvatnega znižanja zakupnine po pravilu § 1105, in sicer glede tistega dela gospodarske aktivnosti, ki gre izključno "na rovaš" tovrstnega naključja. Če pa je naključje takšne narave, da v določenem časovnem obdobju v celoti izključi vsakršno izkoriščanje pogodbenega predmeta za pogodbeno določeno gospodarsko uporabo, nastopi pravilo § 1104, s tem pa seveda tudi pravica zakupnika, da za to obdobje zakupnine ne plača. Gre za pravico, ki izhaja iz načel pogodbene vzajemnosti in pravičnosti, nikakor pa je ni mogoče šteti za nadomestilo nastale škode.²¹

Do začasne neuporabnosti predmeta rabokupne pogodbe mora seveda priti zaradi nastanka določenega zunanjega - tj. od volje ali odgovornosti strank popolnoma neodvisnega - dogodka, ki ga je moč opredeliti kot "**izredno naključje**". In prav presoja tega vprašanja je v več kot stoletju najbolj obremenjevala področno sodno prakso OGH. ODZ 1916 tu resda izrecno ne govori o nastanku višje sile (*vis maior*), marveč odkazuje na nastanek naključja, ki ga nikakor ni bilo mogoče vnaprej predvidevati. OGH je tako, upoštevajoč lastnosti izrecno navedenih primerov (ogelj, izbruh vojne ali kužnih bolezni ter naravne nesreče večje razsežnosti), že zelo zgodaj zavzelo stališče, da gre pri tem za nepredvidljiv dogodek, ki ga nikakor ni moč odvrniti z "naravnimi silami"²² in ki hkrati prizadene širši segment prebivalstva, tj. ne samo zakupnika. Sem tako spadajo tudi splošna stavka in civilni nemiri,²³ (trajno) znižanje zakupnine po § 1105 pa velja recimo tudi v primeru, ko je del zakupljenih nepremičnin naknadno predmet oblastne razlastitve.²⁴ A zgolj nastanek izrecno navedenih primerov tovrstnih naključij sam po sebi še ne zadostuje vedno za uporabo teh pravil. OGH je tako julija 1915 sprva poudarilo, da tudi beg zaradi napada sovražnih vojakov v vojnem času poslovnega zakupnika sam po sebi še ne upravičuje znižanja zakupnine po § 1104, če seveda izpraznitev prostorov ni bila posledica oblastno odrejene evakuacije. K temu pa je dodalo, da bi enako veljalo tudi v primeru kužnih bolezni.²⁵ Vseeno pa je OGH komaj mesec kasneje prvotno stališče na občni seji spremenilo, ponovno ob uporabi vzporednic z izbruhom kužnih bolezni.²⁶ Pri tem se je oprlo zlasti na zgodovinske pravne vire, ki so bili izvor teh določb (tj. rimske *iuste cause timoris*²⁷ ter Codex Teresianus). Izbruh oboroženih sovražnosti enako kot kužne bolezni namreč lahko povzroči neuporabnost zakupljenih bivanjskih in poslovnih nepremičnin tudi brez posega v njihovo substanco. Zakupnikov beg zaradi vojnih razmer - ki so v tem delu primerljive z izbruhom kužnih bolezni - ga tako **tudi** v primeru, da ta ni bil posledica odrejene evakuacije, upravičuje do odpustka zakupnine po § 1104 za čas bega. A ker utegne biti to za marsikaterega (zlasti zadolženega) zakupodajalca precej hud finančni udarec, je OGH to

strogo pravilo omililo z dostavkom, da če zakupnik v tem primeru kljub begu v zakupljenih prostorih pusti pohištvo ali poslovno opremo, velja pravilo adekvatnega znižanja zakupnine po § 1105, ki pa jo je treba presoјati ob upoštevanju vseh relevantnih okoliščin posameznega primera. Dokončno definicijo je OGH določilo desetletja pozneje, in sicer gre pri tem za človeško popolnoma neobvladljivo naključje, ki prizadene večje število vnaprej nedoločenih oseb in za katerega posledice ni moč nadomestila terjati od nikogar.²⁸ Sem pa nedvomno spada oblastna razglasitev epidemije.

Sklep

V tem kratkem pregledu sem se osredotočil zgolj na bistvene dileme, ki so v vseh teh letih pestile OGH pri presoji pravil teh dveh paragrafov. K veljavnosti ODZ 1916 kot vira dopolnilnih pravnih pravil v Sloveniji v primeru zaznanih področnih pravnih praznin se nagibata tako stara²⁹ kot tudi nova teorija,³⁰ deloma pa tudi praksa.³¹ Res pa je, da je tudi OGH samo ugotavljalo, da utegne biti § 1104 precej "hud poper", saj izredno naključje v enaki meri zadene tako najemnikov kot tudi najemodajčev žep.

OPOMBE

1 Tj. predloga Zakona o zagotovitvi dodatne likvidnosti gospodarstvu za omilitev posledic epidemije COVID-19 (ZDLGPE), EPA 1120-VIII, ki je zdaj že v veljavi (Ur. l. RS, št. 61/20).

2 Danes češki Hradec Králové.

3 Glej šesti odstavek (prvega) Razglašala Narodne vlade za Slovenijo (Ur. l. Narodne vlade, št. 1/1918): "*Vsi dosedanji zakoni in vse dosedanje naredbe ostanejo še nadalje v veljavi.*" in prvi odstavek XVII. razdelka *Naredbe o prehodni upravi* (Ur. l. Narodne vlade, št. 11/1918): "*Vsi danes veljavni zakoni in vse danes veljavne naredbe, kolikor ne nasprotujejo tem določilom, ostanejo do preklica ali izpremembe v veljavi.*"

4 Ustava Kraljevine SHS (Ur. l. deželne vlade, št. 87/1921) je glede morebitne razveljavitve "podedovanih" pravnih predpisov v prvem odstavku 142. člena vsebovala zgolj določbo, da z njeno uveljavitvijo "*prestanejo veljati vsi pravni predpisi, ki bi ji nasprotovali*", kar pa ji ODZ 1916 zagotovo ni.

5 *Naredba o začasni ureditvi sodstva v Prekmurju* (Ur. l. deželne vlade, št. 149/1919) je določila zgolj novo (pravo)sodno organizacijo. Glej tudi Škerlj, M.: *Pravosodje v Sloveniji v prvih desetih letih po zedinjenju*, v: Mal, J. (ur.): *Slovenci v desetletju 1918-1928*, Zbornik razprav iz kulturne, gospodarske in politične zgodovine, Leonova družba, Ljubljana 1928, str. 394, in Nemeč, J.: *Pravo v Prekmurju po 12. avgustu 1919*, Časopis za zgodovino in narodopisje, letnik 60, št. 1/1989, str. 55.

6 Odlok o odpravi in razveljavljenju vseh pravnih predpisov, izdanih med okupacijo (...) (Ur. l. DFJ, št. 4/45).

7 2. člen Zakona o razveljavljanju pravnih predpisov, izdanih pred 6. aprilom 1941 (...) (ZRPP; Ur. l. FLRJ, št. 86/46).

8 Člen 4 ZRPP.

9 Ukaz o raztegnitvi veljavnosti ustave, zakonov in drugih pravnih predpisov FLRJ na ozemlje, ki je po mirovni pogodbi z Italijo priključeno FLRJ (Ur. l. FLRJ, št. 80/47). Glej Brus,

M.: *Veljava ODZ in druge avstrijske zakonodaje od prve svetovne vojne do danes*, v: **Polajnar Pavčnik, A.** (ur.): *Izročilo ODZ, GV Založba, Ljubljana 2013*, str. 104, ter odločbo VSRS II Ips 256/2009 z dne 22. decembra 2011.

10 Zakon o veljavi ustave, zakonov in drugih zveznih pravnih predpisov na ozemlju, na katerega se je z mednarodnim sporazumom razširila civilna uprava FLRJ (Ur. l. FLRJ, št. 54/54.), in **Brus, M.**, nav. delo, str. 104.

11 Zakon o obligacijskih razmerjih (Ur. l. SFRJ, št. 29/78 in nasl.), uveljavljen s 1. oktobrom 1978.

12 Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (Ur. l. SFRJ, št. 6/80 in nasl.), uveljavljen s 1. septembrom 1980.

13 **Brus, M.**, nav. delo., str. 108, kjer se zagovarja nadaljnja uporaba določb o pravicah nerojenih otrok (§ 22 in § 23), domnevi smrti (§ 25), izpolnitvenem pomočniku (§ 1313a) ter igrah na srečo (§ 1267). **Keresteš, T.** v delu *Uporabljenost pravnih pravil ODZ v sodobnem civilnem pravu Republike Slovenije* (Zbornik PF UM, št. 7/2011, str. 1-14) zagovarja nadaljnjo uporabo vsaj še določb o punktaciji (§ 885).

14 **Bežek, B., Regally, F.** (prev.): *ODZ z dne 1. junija 1811, št. 946*, v besedilu treh delnih novel, Ljubljana 1928, je leta 1928 nadomestil prvotni prevod iz leta 1853.

15 *Obligacijski zakonik* (Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl.).

16 **Koziol, H.**, in drugi: *Kurzkomentar zum ABGB*, 2. izdaja, Springer, Dunaj 2007, str. 1201.

17 *Med 1850 in 1918 Oberster Gerichts- und Kassationshof*, pozneje (zgolj) *Oberster Gerichtshof*.

18 **Koziol, H.**, in drugi, nav. delo, str. 1201-1202, kjer je govora o t. i. "*Unternehmenspacht*". Tako OGH (v zbirki) GIU, (odločitev) št. 2242 (1865); vir te sodba in vseh naslednjih: <http://alex.onb.ac.at/ogh.htm>.

19 OGH SZ 1, št. 45 (1919).

20 OGH GIU, št. 176 (1856) in št. 6003 (1876), ter GIUNF, št. 7543 (1915).

21 **Cigoj, S.**: *Institucije obligacij: Posebni del obligacijskega prava, Kontrakti in reparacije*. Uradni list RS, Ljubljana 1991., str. 237; OGH GIUNF, št. 7531 (1915) ter GIU, št. 3923 (1870).

22 OGH GIUNF, št. 3248 (1905).

23 *Prav tam* in OGH GIUNF, št. 7531 (1915).

24 OGH GIU, št. 714 (1859).

25 OGH GIUNF, št. 7531 (1915).

26 OGH GIUNF, št. 7543 (1915) in *Judikatenbuch*, št. 235.

27 *D(igeste) XIX, 2, 27, 1.*

28 OGH 70b520/87 (1987).

29 Cigoj, S., nav. delo, str. 237, skozi prizmo dejstva, da OZ ni prevzel "izključujoče" določbe 568. člena ZOR.

30 Keresteš, T., nav. delo.

31 VS RS sklep II Ips 108/2013 z dne 19. marca 2015.