

SNÍŽENÍ MÍRY DŮKAZU A DÍLČÍ ODPOVĚDNOST – PROBLÉMY SOUVISEJÍCÍ S NEMOŽNOSTÍ VYJASNĚNÍ SKUTKOVÉHO STAVU V OBLASTI NÁHRADY ŠKODY

Hans-Jürgen Ahrens*

Abstrakt: Článek analyzuje německou úpravu míry důkazu v civilním soudním řízení. Zabývá se dvěma základními paradigmaty: přesvědčením soudce, respektive doktrínou pravděpodobnosti. Z hlediska německého procesního civilního práva existuje jednoznačné řešení, tj. hodnocení míry důkazu na základě přesvědčení soudce. Rozhodující je přesvědčení soudce o tvrzených skutečnostech jako základu žalobního návrhu. Míra přesvědčení se musí blížit jistotě (§ 286 německého civilního soudního řádu ZPO). Poněkud nižší stupeň míry přesvědčení soudce je dovolen podle § 287. Autor nesouhlasí s proporcionální odpovědností. Režim míry důkazu by měl vycházet z hmotněprávní úpravy. Jeho úprava v právních procesních předpisech by měla být doplňkem či výjimkou.

Klíčová slova: důkaz, míra důkazu, stupeň míry důkazu, snížení míry důkazu, vliv míry důkazu na odpovědnost za škodu, míra přesvědčení soudce

1. PRAVDA ČI PRAVDĚPODOBNOST: PROTIKLAD?

1.1 Pojem a význam míry důkazů

Sporné tvrzení procesních stran vyžaduje zjišťování v důkazním řízení. Jedná se o rekonstrukci jevů, které se uskutečnily v minulosti. Zda se důkaz podaří, závisí mimo jiné na tom, jaké procesní požadavky je třeba klást na přesvědčení soudce. Potud se hovoří o žádoucí míře důkazů. Míra důkazů stanoví, s jakou intenzitou musí být soudce přesvědčen o tom, že je tvrzená skutečnost pravdivá.

Při řešení tohoto problému jde o výběr mezi jednotlivými metodami. Řešení může být dvojitý. Buďto se požaduje, aby byl soudce přesvědčen skutkovými tvrzeními v míře praktické jistoty, anebo se spokojíme s omezeným stupněm přesvědčivosti. Poslední uvedený případ se, jako např. v Anglii, týká pouhé převažující pravděpodobnosti, která je považována za dostačující.¹ Pravdu lze hledat v procesním právu vycházející z nedokonalé znalosti soudce. Žádoucí stupeň přesvědčivosti je možno verbálně rozlišovat. Sahá od vysoké pravděpodobnosti až k pravděpodobnosti jednoduché.

Je-li třeba skutečnost považovat za pravdivou, jak tomu je v Německu dle § 286 ZPO, znamená podle převládající německé praxe, že musí být dosaženo vysokého stupně jistoty. Aby bylo možné rozhodnout při omezeném množství informací, jedná se v rámci této pravdy vlastně o pravděpodobnost. Rovněž česká procesní praxe klade vysoké

* Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens, emeritní univerzitní profesor univerzity v Osnabrücku, bývalý soudce Vrchního zemského soudu v Celle, viceprezident dolnosaského zemského úřadu pro zkoušky absolventů právnických fakult. Článek je přepracovanou verzí přednášky proslovené 19. května 2016 na fóru Centra právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: hahrens@uos.de. Přeložil prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.

¹ To považuje za správné jak pro německé, tak pro švýcarské právo SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s. 482 an., s. 596.

požadavky na stupeň soudcovského přesvědčení,² i když nový český občanský zákoník tento požadavek poněkud zeslabuje.³

1.2 Dopady na oblast hmotného práva

Zjištěním procesních požadavků na tvorbu přesvědčení soudce může být aplikace skutkových podstat hmotného práva zásadním způsobem ovlivněna; působí na míru úspěšnosti (prosaditelnosti) nároku na náhradu škody. Čím nižší míra důkazů, tím spíše může být soudce přesvědčen o existenci skutečností odůvodňujících odpovědnost, a tedy i nárok na náhradu škody. Ovlivněna může tak být míra odpovědnosti, odpovědnost může být rozšiřována. Snížení míry důkazů však funguje též i obráceným směrem, má-li odpůrce prokázat skutkové předpoklady svých námitek.

1.3 Německé právní základy

Německý zákonodárce zakotvil požadovanou míru důkazu v ustanoveních § 286 a 287 ZPO. Ustanovení § 286 ZPO je převážně interpretováno tak, že je zapotřebí vyžadovat plné soudcovské přesvědčení.⁴ Existence druhé příslušné právní normy již však ukazuje, že lze nalézt určitá zeslabení. Ustanovení § 287 ZPO je označováno zkráceně jako právní norma, která umožňuje odhad škody. To ovšem její působnost nevystihuje zcela přesně. Jedná se totiž rovněž o ulehčení dovozování kauzality jako předpokladu odpovědnosti, a sice jak v oblasti deliktů, tak smluvní. Potud je však výklad této právní normy sporný.

1.4 Příklad

Nastínit uvedenou problematiku by měl jednoduchý případ týkající se lékařské odpovědnosti, který rozhodl německý Nejvyšší soud (BGH) dne 12. 2. 2008.⁵ Pacient-řemeslník si zranil kladivem levý ukazováček. Ošetřující lékař-ortoped provedl tři dny poté rentgenový snímek. Na jeho základě úraz chybně diagnostikoval jako silné pohmoždění, ačkoliv snímek prokázal zlomeninu jednoho článku ukazováčku. Fraktura však byla jen obtížně rozpoznatelná. V případě stanovení správné diagnózy měl být ukazováček zafixován a pacient měl být uznán práce neschopným. Ovšem jelikož k tomuto nedošlo, pracoval pacient dále bez přerušení.

Spornou byla v případě skutečnost, zda uvedený Sudeckův algodystrofický syndrom nastal v důsledku diagnostické chyby, a tedy jako následek neposkytnuté řádné terapie. To znalec označil jako velmi pravděpodobné, ovšem nikoliv jisté.

² TICHÝ, L. Die Wahrscheinlichkeit und das Beweismaß im Schadenersatzrecht. In: P. Mankowski – W. Wurmnest (eds). *Festschrift für Ulrich Magnus*. München: Sellier European law publishers, 2014, s. 710–711.

³ *Ibidem*, s. 718 an.

⁴ Blíže srov. AHRENS, H.-J. *Der Beweis im Zivilprozess*. Köln: Otto Schmidt, 2015, marg. č. 43 an.

⁵ Rozsudek německého Nejvyššího soudu (der Bundesgerichtshof, dále jen „BGH“) ze dne 12. 2. 2008 – VI ZR 221/06, Neue Juristische Wochenschrift (dále jen „NJW“) 2008, 1381.

1.5 Právně politický problém

V žádném rozvinutém právním řádu zřejmě nejsou praktikovány bezchybné, a přesto pevné principy ve své dogmatické strnulosti až ke svému hořkému konci.⁶ Vždy se může jednat pouze o následující otázky:

- 1) Z jakého principu se musí vycházet pro vytvoření soudcovského přesvědčení, jestliže je třeba určit skutkový stav podle práva náhrady škody?
- 2) V jakých fázích, respektive od jakého stupně soudního řízení lze při obtížích zjišťování skutkového stavu poskytovat procesní úlevy?
- 3) Mají se důkazní úlevy projevovat rovněž v právních následcích, tedy i v rámci rozsahu náhrady škody?

Třetí otázka se týká problému pouhé dělené neboli proporcionální odpovědnosti, tedy problému odchylky od principu vše anebo nic.

Redukce míry důkazů nejsou jediným nástrojem k překonání obtíží při zjišťování skutkového stavu. Jimi se ovšem tento příspěvek nebude blíže zabývat.

2. DĚLENÍ NÁROKU NA NÁHRADU ŠKODY NAMÍSTO PRINCIPU VŠE ANEBU NIC

2.1 Podíly (kvóty) nároku na náhradu v závislosti na pravděpodobnosti?

Snížené požadavky na míru důkazů neznamenají, že bude přisouzeno méně než 100 % žalovaného nároku, jestliže se podaří důkaz skutečností odůvodňujících žalobu. Vzdor redukci míry důkazů je respektován princip vše anebo nic.

Od tohoto pojetí je třeba odlišovat právně-politické návrhy, podle kterých by měly nejistoty při zjišťování skutkového stavu vést k redukci nároků na náhradu škody. To má důsledky v hmotném právu, které však musejí vycházet z práva procesního. Namísto 100% uplatněné náhrady je přiznáno pouze 50 % žalovaných nároků anebo jiný odpovídající procentuální podíl. Uplatňuje se tudíž stejný efekt jako v případě započtení (spoluúčasti dle § 254 BGB). Návrhy pro proporcionální odpovědnost (odpovědnost podle podílu) tedy znamenají přiznat v případě určitého stupně pravděpodobnosti tvrzených skutečností alespoň díl hmotněprávního nároku; proporčně k pravděpodobnosti má být nahrazen podíl škody. Tím je modifikováno hmotné právo.⁷

⁶ Srov. též KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2010, marg. č. 1/24 an., k principu vše nebo nic.

⁷ Ve prospěch této argumentace viz LARENZ, K. – CANARIS, C.-W. *Lehrbuch des Schuldrecht*. Band II/2. 13. vyd. München: C. H. Beck, 1994, s. 576 an. (*de lege lata*, na základě § 830 odst. 1, 2. věta BGB); kritický názor v delikt-ním právu viz TAUPTITZ, J. *Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?* In: A. Heldrich – I. Koller – J. Prölss et al. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. Sv. I. C. H. Beck, 2007, s. 1231, 1234, 1237, stejně tak na s. 1239 an.; odmítavé stanovisko sdílí EHLGEN, C. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust einer Chance*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, s. 413 (též *de lege ferenda*); SCHIEMANN, G. *Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung*. In: A. Heldrich – I. Koller – J. Prölss et al. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. Sv. I. C. H. Beck, 2007, s. 1161, 1169 an. (*de lege lata*). Dílčí odpovědnost na základě § 287 ZPO podporuje WAGNER, G. *Schadenersatz – Zwecke, Inhalt, Grenzen*. In: E. Lorenz (Hrsg.). *Karlsruher Forum 2006: Schadenersatz – Zwecke, Inhalt, Grenzen*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschafts, 2006, s. 94; WAGNER, G. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*. 6. Aufl. München: C. H. Beck, 2013, § 823 Rdn. 862; stanovisko sdílí STREMITZER, A. *Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalverlaufs*. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2008, 208, s. 676, 686.

2.2 Solidární odpovědnost v případě nejisté kauzality škodného jednání

2.2.1 Právní řešení

Právně-politické diskuse vycházejí ze solidární odpovědnosti více jednotlivých škůdců, mezi nimiž se nachází jeden skutečný škůdce, jenž celkovou škodu zapříčinil; všichni jsou sice potenciálními škůdci, avšak nelze zjistit, která osoba je oním skutečným škůdcem. V Německu zakládá solidární odpovědnost plnou odpovědnost (§ 830 odst. 1 věta druhá BGB), to však je ve Švýcarsku odmítáno ve prospěch dělené odpovědnosti na základě kvót.⁸ Je však diskutováno o tom, zda může být tato konstrukce rozšířena na podobnou (konkurující) situaci. Tou je konkurence události, jež je základem odpovědnosti, tedy odpovědnosti třetího (cizího) s odpovědností za „náhodu“. Ten, kdo obhájí uvedené řešení, hodlá odpovědnost omezit na pouhou částečnou odpovědnost. To, co je nazýváno „náhodou“, se týká sféry poškozeného; pro ni platí zásada *casum sentit dominus*. Nejinak je tomu v případě spoluzavinění poškozeného.⁹ Dále se zvažuje zahrnout rovněž případy kumulativní a předstížné kauzality.¹⁰ Ustanovení § 1294 rakouského návrhu reformy deliktního práva¹¹ a čl. 3:103 odst. 1, 3:106 PETL¹² z tohoto konceptu vycházejí.

2.2.2 Dogmatické důvody odpovědnosti

Jako dogmatický důvod pro odpovědnost ve shora uvedených případech se uvádí, že více potenciálních škůdců v konkurenci mezi sebou nebo v konkurenci s poškozeným poškodili, a to každý sám, svým konkrétním jednáním chráněné postavení poškozeného žalobce.¹³ Ohrožení zakládá pravděpodobnost zapříčinění porušení (příčinu škody). S myšlenkou ohrožení jsou spojeny úvahy o tom, učinit dílčí odpovědnost alternativně nebo kumulativně k pravděpodobnosti průběhu děje v závislosti na závažnosti jednotlivých důvodů přičítání.¹⁴ V každém případě jde o jedno či více hmotněprávních

⁸ OFTINGER, K. – STARK, E. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Obecná část. Zürich: Schulthess Verlag, 1995, § 3, marg. č. 123. Stejně jako v německém právu § 2915 českého o. z., TICHÝ, L. Das neue ZGB für die Tschechische Republik. Eine kritische Skizze. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2014, č. 3, s. 467, 502.

⁹ KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2010, marg. č. 5, s. 87 an.; OFTINGER, K. – STARK, E. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Obecná část. Zürich: Schulthess Verlag, 1995, § 3 marg. č. 127. K tomu odmítavé stanovisko viz SPICKHOFF, A. Folgenzurechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2007*. München: C. H. Beck, 2008, s. 78.

¹⁰ KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2010, marg. č. 5/90 a 5/124; KOZIOL, H. Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen. In: H. Koziol (ed.). *Grundfragen des Schadenersatzrechts in rechtsvergleichender Sicht*. München: Jan Sramek Verlag, 2014, marg. č. 8/207 an.; OFTINGER, K. – STARK, E. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Obecná část. Zürich: Schulthess Verlag, 1995, § 3, marg. č. 130 an. (ohledně kumulativní kauzality).

¹¹ S tímto návrhem proporcionální odpovědnosti se ztotožňuje WAGNER, G. Reform des Schadenersatzrechts. *Juristische Blätter*. 2008, s. 1, 9.

¹² Zamítavé stanovisko von HEIN, J. Kausalität im Deliktsrecht – Eine rechtsvergleichende Skizze im Lichte der Principles of European Tort Law und des chinesischen Deliktshaftungsgesetzes. In: P. Mankowski – W. Wurmnest (eds). *Festschrift für Ulrich Magnus*. München: Sellier European law publishers, 2014, s. 21, 34.

¹³ KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, marg. č. 5/124. K tomu odmítavé stanovisko k tomuto odůvodnění viz MÄSCH, G. *Chance und Schaden*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 135 an. Proti používání § 287 ZPO v případě pouhého ohrožení práva podle § 823 odst. 1 OETKER, H. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2015, § 249, marg. č. 502, 1899.

¹⁴ KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, marg. č. 1/26, 5/91, 5/126. Proti kumulaci požadavku pravděpodobnosti a odstupňovaného přičítání viz WAGNER, G. Reform des Schadenersatzrechts. *Juristische Blätter*. 2008, s. 1, 8–9 (k rakouskému návrhu reformy).

hodnocení, a nikoliv o správnou míru důkazu. Jestliže by mělo jít o pravděpodobnost, představuje dílčí odpovědnost prodloužení procesuálního přístupu; potud je důsledné, není-li kvůli procesní nejistotě přiznáno 100 % nároku.

Případy týkající se solidární odpovědnosti více potenciálně kauzálních škůdců v zásadě nezpochybnují, že je třeba uhradit 100 %.¹⁵ Pokud se ovšem jedná o konkurenci mezi událostmi způsobující odpovědnost a náhodou, tedy o konkurenci odpovědnosti cizí osoby se sférou rizika poškozeného jakožto působení (následek) věty *casum sentit dominus*, je kvůli nejistotě kauzality dotčena obecná dílčí odpovědnost.¹⁶

2.3 Odpovědnost za ztrátu příležitosti

S dílčí odpovědností úzce příbuzná, avšak nikoliv nutně totožná, je odpovědnost v důsledku ztráty příležitosti. Tato odpovědnost je pro svůj francouzský původ své koncepce nazývána jako *perte d'une chance*.¹⁷ Francouzská judikatura s tímto konceptem souhlasí, avšak právě tímto pojetím se odlišuje od ostatních evropských jurisdikcí. Samozřejmě existuje pro tuto judikaturu ve Francii výklad.¹⁸ Ztráta naděje se však může též dotýkat zmařené procesní naděje v důsledku chyby advokáta anebo zmařené šance na zisk, jež je následkem procesní chyby ve veřejné soutěži.¹⁹

V německé nauce se odpovědnost za ztrátu příležitosti nejčastěji diskutuje v souvislosti s odpovědností v důsledku závadné lékařské péče,²⁰ přesněji řečeno v důsledku zmařené naděje na uzdravení následkem takové péče. V jeho rámci nemá uvedená koncepce vůbec co do činění s náhradou ztráty příležitosti, nýbrž pokouší se vzdor obvyklé praxi zvládnout problém ne zcela objasnitelné kauzality.

¹⁵ Tak § 1294 odst. 2 rakouského návrhu podle věty první s omezením věty druhé; stejně, i když zdrženlivě viz KOZIOL, H. *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*. In: H. Koziol (ed.). *Grundfragen des Schadenersatzrechts in rechtsvergleichender Sicht*, marg. č. 8/206. Jiné řešení v čl. 1:103 odst. 1 PETL.

¹⁶ KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, marg. č. 5/89 a 5/91; KOZIOL, H. *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*. In: H. Koziol (ed.). *Grundfragen des Schadenersatzrechts in rechtsvergleichender Sicht*. München: Jan Sramek Verlag, 2014, marg. č. 8/215 an. K obdobnému výsledku by vedl komplexní návrh spočívající v hodnocení snížení obecného rizika v důsledku odpovědnosti v případě nejisté kauzality jako přičitatelné výhody, který vede k omezení návrhu na náhradu škody proporcionálně ke stupni pravděpodobnosti; tak STOLL, H. *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1995, s. 465, 477 an.

¹⁷ WAGNER, G. *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden*. Posudek A k 66. německému sjezdu právníků (DJT). Stuttgart: C. H. Beck, 2006, A 53 an., A 133 These 9.

¹⁸ Srov. MORÉTEAU, O. *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus französischer Sicht*. In: H. Koziol (ed.). *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*. München: Jan Sramek Verlag, 2014, marg. č. 1/131 an.; obdobně BORGHETTI, J.-S. France. In: H. Koziol (ed.). *Comparative Stimulations for Developing Tort Law*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015, Topic II B, marg. č. 1/4.

¹⁹ K tomu DOPHEIDE, O. *Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven? VersR (Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht)*, 2007, s. 1050, 1052 an. (k judikatuře francouzského *Cour de Cassation* i k řešení – *de lege lata* – existuje odmítavé stanovisko); MÄSCH, G. *Much Ado about Nothing? Entscheidung des House of Lords vom 27. Januar 2005 mit Anmerkung. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2006, s. 656, 674 an. (recenze rozhodnutí Sněmovny lordů ve věci odpovědnosti lékaře z 27. 1. 2005, *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2); STOLL, H. *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1995, s. 465 an., k náhradě škody za zmařené naděje na uzdravení před anglickými soudy, vycházející z případu *Hotson v. East Berkshire Health Authority*. 1987. 2 W. L. R. 232 (H. L.).

²⁰ K tomu srov. KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, marg. č. 5/93.

V Německu se odpovědností za ztrátu naděje jako první důsledně zabýval Mäsch. Uznal takovou odpovědnost za pochybení poskytovatelů služeb v případech, kdy nelze vysvětlit kauzální souvislost mezi jejich závadnou činností a škodou příjemce služby.²¹

Ve Francii tento koncept není omezen na odpovědnost poskytovatelů služeb. Odvolací soud v Grenoblu rozhodoval v roce 1964 spor týkající se soutěže architektů, jejíž výsledek byl ovlivněn závažnými procesními pochybeními. Naděje neúspěšných soutěžitelů na zisk, jež tím byla zmařena, měla být napravena odpovědností za pozitivní škodu. Na základě počtu opominutých (celkem přibližně 47) soutěžitelů měla být hodnota ušlé ceny nahrazena jako náhrada škody podle jednotlivých podílů. Cena byla tudíž rozdělena na 47 částí mezi soutěžitele.

Srovnatelný případ rozhodoval v Německu v roce 1982 Nejvyšší soud (BGH).²² Architekt nebyl při podání své žádosti připuštěn k veřejné soutěži na výstavbu lázeňského domu kvůli tvrzenému prodlení, ačkoliv splnil veškeré formální předpoklady veřejné soutěže. Architekt soupeřil s 42 jinými uchazeči. Náklad na přípravu účasti na této veřejné soutěži činil cca 82 tisíc DM, tj. v přepočtu cca 41 tisíc Euro. BGH nárok na náhradu co do základu odmítl, avšak pro další řízení připustil důkaz o tom, že architekt by při řádném posuzování žádosti za použití kritérií pro udělení ceny býval získal jednu z vypsáných cen. To byl zřejmě ďábelský důkaz (*probatio diabolica*).

Anglická judikatura připouští důkaz příčinnosti (příčinné souvislosti) ve standardu *the balance of probabilities* (rovnováhy pravděpodobnosti), výsledkem je však plná odpovědnost.²³ Často se diskutuje případ *Chaplin v. Hicks* z roku 1911, který se týkal soutěže mladých hereček, jejíž výnos byl spojen s tříletým angažmá v divadle pro 12 uchazeček.²⁴ Ředitel divadla, který soutěž uspořádal, zabránil (v důsledku opožděně zasláné pozvánky) v další účasti jedné uchazečky, jež byla v předběžném výběru úspěšná. Tato uchazečka se nemohla zúčastnit rozhodujícího kola mezi 50 posledními uchazečkami. Ředitel byl shledán odpovědným pouze za odhadní částku, nikoliv však za ušlou mzdu po dobu tříletého angažmá v divadle.

Sám Mäsch nehodlá přesunout posuzování kauzality na zjišťování škody; spatřuje škodu v hodnotě zmařené šance a klade otázky ohledně kauzality.²⁵ Šance by se měla počítat podle hodnoty očekávání s podporou ekonomických teorií rozhodování. Konečná škoda by měla být násobena pravděpodobností následku bez porušení povinnosti poskytovatele služby. Takovýto výpočet by se měl realizovat jen tehdy, jestliže zjištění

²¹ MÄSCH, G. *Chance und Schaden*, s. 423 an.

²² BGH 1983, 442. K náhradě škody ve věci veřejných zakázek při důkazu hypotetického udělení příklepu, BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen), 120, 281, 284 an. = NJW 1993, 520; BGHZ 139, 273, 279 = NJW 1998, 3644, 3646. Do řízení o veřejných zakázkách předvídá § 126, 1. věta zákona na ochranu hospodářské soutěže (GWB) náhradu nákladů na přípravu a účast, existovala-li skutečná naděje (právě tak před touto úpravou viz GHZ 139, 259, 272 = NJW 1998, 3636, 3639; BGHZ 139, 280, 283 = NJW 1998, 3640, 3641); dalekosáhlé nároky na náhradu nevylučuje § 126, 2. věta, GWB.

²³ OLIPHANT, K. Grundfragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht Englands und des Commonwealth. In: H. Koziol (ed.). *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2014, marg. č. 5/113 an.

²⁴ *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); MÄSCH, G., *Chance und Schaden*, s. 187 an. a WAGNER, G. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2006: Schadenersatz – Zwecke, Inhalt, Grenzen*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2006, s. 77 an. V protidiskriminačních případech se hodlá Wagner spokojit s „pouhými domněnkami“ ohledně vzniku a trvání pracovního poměru a pléduje za orientaci na průměrné hodnoty, stejně na straně 79.

²⁵ MÄSCH, G. *Chance und Schaden*, s. 423 an.

kauzálního vztahu ke konečné škodě není možné při použití předpisů o dokazování, tedy výkladem ustanovení § 286 a 287 ZPO.

3. HODNOCENÍ PROCESNÍCH A MATERIÁLNĚPRÁVNÍCH ŘEŠENÍ

3.1 Obecná redukce míry důkazů

Kdo vznáší určitý nárok, obrací se proti žalovanému a hodlá změnit existující situaci (*status quo*). Dostanou-li se skutková tvrzení do sporu, je k provedení jejich důkazů příslušná zásadně ta strana, pro kterou je příznivá dotčená právní norma, pod níž by skutečnosti měly být subsumovány. Na základě tohoto rozdělení důkazního břemene je žalobce povinen dokázat skutkové předpoklady svého nároku. Tato zásada je proto označována jako princip útoku.

O důkazní břemeno se ovšem jedná pouze tehdy, přichází-li při provádění důkazů v úvahu *non liquet* a je-li pro tuto situaci zapotřebí právní norma týkající se břemene důkazů. Princip útoku však považuji za úpravu zakotvenou hluboko v pocitu spravedlnosti, jež má dalekosáhlé účinky. Ten, kdo se domáhá svého nároku vůči druhé straně, by vždy měl plně prokázat pravdivost skutkových tvrzení, na nichž se jeho žaloba zakládá. S tím spojený princip vše anebo nic má svoji vlastní hodnotu spravedlnosti.²⁶

Akceptace redukce míry důkazů již pro samotný základ odpovědnosti má psychologicky významnou nevýhodu spočívající v tom, že soudci otálejší s rozhodnutím se rádi utíkají do nejasností a náhod a tak se vyhýbají vlastnímu hodnocení důkazů. Tím je vlastně podporována nedbalá soudcovská práce.

3.2 Proporcionální odpovědnost

Kompenzaci procesní nejistoty ohledně zjišťování skutkového stavu v hmotném právu pomocí zkrácení nároků nelze hodnotit jinak. Jestliže lze částečného úspěchu dosáhnout pouhým tvrzením svého nároku, přičí se hmotné právo pocitu spravedlnosti, neboť pro tvrzený skutkový průběh mluví určitá pravděpodobnost a byl ohrožen právní statek žalobce. V tomto okamžiku lze namítat, že v případě solidární odpovědnosti více nejistých škůdců, tedy v případě úpravy § 830 odst. 1 věta druhá BGB, akceptuje hmotné právo právě toto řešení, neboť zde postačuje pouze potenciální kauzalita jedné skupiny potenciálních škůdců. V rámci této úpravy je však jasné, že poškození je třeba skutečně v plné výši přičítat jedné osobě z této skupiny; nejasná je pouze osoba škůdce. Proporcionální odpovědnost mimo tuto skupinu nutně podněcuje – měřeno v jednotlivosti nepoznatelné kauzality – částečně vadný rozsudek. Toto hodnocení je však spojeno s určitým právně-politickým přístupem k míře důkazů, tedy s žádoucím stupněm přesvědčení soudce (soudcovského přesvědčení).

Druhá námitka zní: dělení škody je základem trvalého sporu o výši nároků. To je fenomén, který je známý z krácení nároků v důsledku spoluúčasti (spoluzavinění, § 254 BGB). Postupy při uvažování nabízejí určitý prostor pro rozhodování. Je-li žalobce nespokojen

²⁶ EHLGEN, C. B. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust einer Chance*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, s. 413, poukazuje navíc na to, že statistiky ohledně nadějí na uzdravení udávají často pouze rozmezí pravděpodobnosti.

s mimosoudní nabídkou na vypořádání škody, například ze strany pojišťovny škůdce, bude se pokoušet získat u soudu dalších deset nebo dvacet procent nároku na náhradu škody. Kvóty jsou kvůli nejistotě úvahy velmi náchylné k dalšímu sporu. Proporcionální odpovědnost je konfrontována s tímto problémem.

S tím je spojen problém třetí: dojde-li k soudnímu řízení, jsou strany do velké míry vydány rozsudku prvoinstančního soudce. Možnost přezkoumání cestou opravných prostředků je v případě rozhodování dle soudního uvážení prakticky vyloučena. To je zvláště pochybné proto, že v Německu většinou rozhoduje jediný soudce. V jeho případě se může jednat o soudce, který stojí na počátku své kariéry a disponuje malou životní zkušeností. K tomu přistupuje problém soudců, kteří s rozhodnutím otálejí (neradi rozhodují): soudce, který nerozhoduje, zmaří odpovědnost dokonce až na 100 %, v případě, kdy by takovýto její rozsah býval byl správným výsledkem.

Chtěl bych poukázat na další procesní nejistotu. Jestliže se totiž připustí proporcionální odpovědnost nejistým výpočtem kvót, který má provést soudce, není třeba trvat na povinnosti přesného vyčíslení jeho žalobního návrhu.²⁷

Moje hlavní námitka proti proporcionální odpovědnosti však zní, že je nemožné přičítat pravděpodobnosti procentuální hodnotu, která je třeba k výpočtu redukce celkové škody.²⁸ Jedná se o pouhou spekulaci; správná míra je pouze předstírána.

K diskusi předkládám případ, o kterém rozhodoval španělský Nejvyšší soud (*Tribunal Supremo*) dne 7. července 2008. Potápěč trpěl po svém ponoru obávanou dekompresní nemocí, která musí být léčena přechodným pobytem v přetlakové komoře. Potápěč se obrátil na soud s žalobou, v jejímž odůvodnění tvrdil, že léčba začala příliš pozdě, protože nebyl bezprostředně po potápění letecky dopraven do příslušné nemocnice. Zda by v daném případě bylo při zachování *leges artis* možné zabránit vzniklé trvalé škodě na zdraví, zůstalo nevyjasněno.

Podle statistických údajů, které byly předloženy v řízení před španělskými soudy, se v těchto případech po pobytu v přetlakové komoře plně uzdraví 71,5 % osob, které dojdou újmy při potápění, obdobné údaje platí i pro horníky, kteří pracují v podzemí. Ve 28,5 % případů však uzdravení nenastává. Zdá se, že jde o případy, v nichž je možné uvažovat o pravděpodobnostním hodnocení. Je však třeba zohlednit, že lékařské statistiky jsou nespolehlivé. Pracuje se v nich s absolutními čísly, která jsou zpravidla hluboko pod číslicí 100. Přepočítání na procentní body snižuje relevanci statistických údajů, neboť dochází k propočtům na hodnotu 100 (tj. například 5 z 10 případů rovná se 50 %). Rovněž lékařská srovnatelnost pacientů s jiným kolektivem (tzv. referenční skupina) může být pochybná, protože výchozí situace zdravých osob v této skupině může být velmi rozdílná; pochybná je tedy homogenita referenční třídy, která je rozhodující pro

²⁷ Na to upozorňuje velmi výstižně WAGNER, G. Reform des Schadensersatzrechts. *Juristische Blätter*. 2008, s. 1, 9.

²⁸ Slabou informační základnu ohledně vztahu mezi nadějí na uzdravení v případě chybného lékařského ošetření a počet dodatečných onemocnění v důsledku nesprávného ošetřování přiznává též G. Wagner, „*aniž by proto plně odmítal proporcionální odpovědnost*“. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalt, Grenzen*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2006, s. 89. STREMITZER, J. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2008, 208, s. 676, 694 an., považuje proporcionální odpovědnost pro zmařené naděje na uzdravení stále za nadměrnou odpovědnost, a hodlá proto uznat dodatečnou škodu ve výši omezení nadějí jen jako diferenční škodu.

statistické výpočty pravděpodobnosti, právě tak jako příslušnost žalobce právě k takové referenční třídě.²⁹

3.3 Ztráta naděje

Ztráta naděje na uzdravení jakožto škodná událost naráží na samostatné specifické námitky, které zde budou pouze stručně zmíněny:³⁰ 1) nikoliv každá nevysvětlitelná příčina újmy na zdraví znamená ztrátu šance; 2) ztráta naděje na uzdravení není samostatně chráněný právní statek;³¹ 3) hodnocení budoucího vývoje znamená změnu výpočtu škody podle diferenční (rozdílové) metody; 4) zmařená naděje není majetkovým statkem s určitou hodnotou; 5) náhrada škody v důsledku ztráty naděje by musela vzdor neuhrazené újmě na zdraví vést v rozporu s logikou k poskytnutí náhrady.³² Kromě toho by bylo nutno zodpovědět, jakou kvantitu musí naděje alespoň mít, aby bylo možné odůvodnit přičítání.³³

Případy ztráty naděje je proto lépe řešit pomocí analyzovaného § 287 ZPO.³⁴

4. SNÍŽENÍ MÍRY DŮKAZŮ V NĚMECKÉM PROCESNÍM PRÁVU

Za normální míru důkazů německé právo považuje vytvoření plného přesvědčení soudce o pravdě skutkového tvrzení. Podle znění § 286 odst. 1 věta první ZPO musí soud považovat skutkové tvrzení za pravdivé, a nikoliv pouze za pravděpodobné. Naproti tomu poskytuje pro stanovení škody ustanovení § 287 ZPO možnost snížení (redukce) míry důkazů.

Míra důkazu, jež je požadovaná v § 286 ZPO, je východiskem této redukce. Požadavky na míru důkazu obsažené v ustanovení § 286 ZPO vymezuje judikatura ve své konstantní praxi s odvoláním se na formulaci, kterou vyvinul BGH ve známém případě *Anastasia* a jež od té doby neustále používá. Žalobkyně v dědickém sporu tvrdila, že je přeživší dcerou posledního ruského cara. Dokázání jejího původu pomocí metody genetického vyšetření nebylo v době sporu možné a žaloba byla tudíž ve všech třech instancích zamítnuta.

²⁹ EHLGEN, C. B. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust einer Chance*, s. 413, poukazuje navíc na to, že statistiky ohledně nadějí na uzdravení udávají často pouze rozmezí pravděpodobností.

³⁰ KOZIOL, H. Grundfragen des Schadenersatzrechts, marg. č. 5/97 an., částečně znovu operuje Stollovými argumenty: STOLL, H. *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1995, s. 465, 475.

³¹ TAUPITZ, J. Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen insbesondere in der Arzthaftung. In: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. Sv. I. München: C. H. Beck, 2007, s. 1231, 1234, 1236; SPICKHOFF, A. Folgenrechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2007: Folgenrechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen*, s. 73. V důsledku chybějícího vztahu k právním statkům vyjmenovaným v § 253 odst. 2 BGB žádné bolestné. EHLGEN, C. B. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust einer Chance*, s. 412.

³² To označuje též Wagner jako absurdní. Viz WAGNER, G. *Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden*. Posudek k 66. sjezdu německých právníků (DJT). Stuttgart: C. H. Beck, 2006, A, s. 58; WAGNER, G. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2006: Schadenersatz – Zwecke, Inhalt, Grenzen*, s. 82, 88. Také KASCH, s. 228 an.

³³ STOLL, H. *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1995, s. 465, 476.

³⁴ SPICKHOFF, A. Folgenrechnung in Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2007: Folgenrechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen*, s. 72.

Podle formulace BGH nesmí soud pro zjišťování pravdy vyžadovat nepřiměřenou jistotu. Naopak soudce se musí „spokojit se stupněm jistoty, který je použitelný v praktickém životě a jenž nepřipouští pochybnosti, aniž by je plně vylučoval“.³⁵

5. ZJEDNODUŠENÉ HODNOCENÍ VZNIKU ŠKODY

5.1 Zjišťování pravděpodobnosti na racionálním základě

Odchylně od znění § 286 ZPO není podle § 287 ZPO předmětem rozhodování ani pravda, ani nepravda dokazované skutečnosti. Převážně se akceptuje, že § 287 ZPO poskytuje snížení (redukci) míry důkazů ve vztahu k ustanovení § 286 ZPO.³⁶ V rámci hodnocení důkazů podle § 287 ZPO jsou tedy na vytváření přesvědčení soudce kladeny mírnější požadavky. Postačuje převažující, vyšší nebo zřetelně vyšší pravděpodobnost, vždy podle povahy případu.³⁷

Ustanovení § 287 ZPO tím způsobuje důkazní zjednodušení. Bez ohledu na redukci důkazů je za předpokladu, že se důkaz podaří, až na malé výjimky přisuzováno 100 % nároku. Dílčí odpovědnost tedy není praktikována.

5.2 Aplikace § 287 ZPO na kauzalitu odůvodňující odpovědnost

Podle převládajícího mínění platí redukce míry důkazu nad rámec znění zákona i pro kauzalitu provádějící odpovědnost. To vyplývá již z důvodové zprávy k CPO.³⁸ Podle ní redukce důkazu samy o sobě nepostačují pro určení (zjištění) výše škody, aby bylo možné účinně reflektovat znehodnocení materiálních nároků.

Důkazní redukce (úlevy) by měly být podle vůle zákonodárce rozšířeny na zjištění kauzálního nexu, aniž by však bylo jasně stanoveno, jak rozsáhlá má úvaha soudu být. Podle toho je třeba vymezit znaky, které profitují ze zjednodušení (úlev) dokazování podle § 287 ZPO, od ostatních znaků skutkové podstaty hmotného práva, jejichž důkaz musí uspokojit přísnější požadavky § 286 ZPO. Jednotlivosti takového vymezení jsou sporné.

5.3 Skutková zjištění místo rozhodování podle zásad slušnosti (ekvity)

Druhý problém interpretace spočívá v určení konkrétních požadavků redukované míry důkazu. Soudce nemá svobodu v rozhodování o existenci a výši způsobené škody

³⁵ BGHZ 53, 245, 255 an.; BGH NJW 1993, 935, 937; BGH VersR 2008, 1265, 22; BGH VersR 2011, 223, 21; BGH NJW 2013, 790, 17.

³⁶ BGH NJW 1992, 2694, 2695; BGH NJW-RR (NJW-Rechtssprechungs-Report) 1996, 781; BGH NJW 2003, 358, 359; BAG (Bundesarbeitsgericht) NJW 2005, 3164, 3166; BGH NJW-RR 2006, 1238, 1239, 13; KLAUSER, K.-A. Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO). *Juristenzeitung*. 1968, Band 23, s. 167, 170; LEPA, M. Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*. 1992, Heft 4, s. 129, 133; ROTH, H. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*. 1990, roč. 154, s. 513, 522; HOYNINGEN-HUENE, G. – BOEMKE, B. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1994, s. 1757, 1759; jiný názor sdílí GOTTWALD, P. *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*. München: C. H. Beck, 1979, s. 214 an.

³⁷ BGH NJW 1996, 775, 776; BGH VersR 1970, 924, 926; BGH NJW 1991, 1412, 1413; BGH NJW 1995, 1023; BGH NJW 2000, 509; BGH NJW 2003, 1116, 1117; BGH NJW 2008, 1381, 1382, 9; BGH VersR 2011, 223, 21; BGH NJW 2013, 2584, 20. Kriticky k verbálnímu kolísání popisu stupně pravděpodobnosti viz ARENS. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 1975, 88, s. 1, 28.

³⁸ Návrh civilního soudního řízení (CPO) z roku 1871, HAHN – STEGEMANN. *Mat. Sv. 2*. 1881, s. 276 an. (k § 250).

podle pouhé ekvity.³⁹ Pojem „ocenění“ (ohodnocení) vyjadřuje pouze, že místo v zásadě vyžadovaného plného přesvědčení soudu postačuje nižší míra přesvědčení. Je třeba vzít v úvahu, že výsledek nemusí podle okolností odpovídat skutečnosti. Je ovšem nutno odmítnout hodnocení, jehož výsledky v důsledku absence zřetelných styčných bodů zůstaly plně viset ve vzduchu. Hodnocení totiž musí vykazovat vztah k realitě.

6. ZJEDNODUŠENÝ PŘEDNES ŽALOBCE

6.1 Nezbytné navazovací skutečnosti

Ustanovení § 287 věta první ZPO předpokládá skutkové styčné body, tzv. skutečnosti navázání, respektive východiskové skutečnosti. Požadavky kolísají v závislosti na typu škody, který je třeba zjistit. Leží velmi nízko v případech zjištění ušlého zisku, který je třeba vzít na základě závazkového práva (§ 252 BGB) s ohledem na budoucí rozhodnutí.⁴⁰ V zásadě jsou požadavky o to nižší, čím složitější je praktické dokazování v konkrétní situaci. Již však určité nároky na informace umožňují zjištění těchto navazovacích skutečností. Existenci navazovacích skutečností samotných je třeba popsat a v zásadě podle § 286 ZPO i prokázat.⁴¹

6.2 Snížené požadavky na tvrzení

Snížení požadavku na míru důkazů jde ruku v ruce s redukcí požadavku na tvrzení.⁴² Nevyžadují se tvrzení, která dovolují nutný závěr o existenci uplatňovaného nároku v navrhované výši.⁴³

6.3 Nezměněné rozdělení břemena tvrzení a důkazního břemena

Zjednodušení míry důkazů předvídané ustanovením § 287 nemají žádný vliv na rozdělení břemene tvrzení a břemene důkazního.⁴⁴ Jestliže soud nemůže dospět vzdor

³⁹ BAG NJW 2013, 331, 27; HANAU, P. *Kausalität der Pflichtwidrigkeit*. Göttinger: Schwartz, 1971, s. 136; HOYNINGEN-HUENE, G. – BOEMKE, B. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1994, s. 1757, 1759; PRÜTTING, H. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2008, § 287, marg. č. 3. A.A. BGH NJW 1973, 1283, 1284; BGH NJW 1981, 1454; BAG NJW 2013, 331 Tz. 27; BGH NJW 1970, 1970, 1972; BGH NJW 1973, 1283, 1284.

⁴⁰ Srov. BGH NJW 1998, 1633, 1634; BGH NJW 1998, 1634, 1636.

⁴¹ Nejednoznačně viz judikaturu: BGH NJW 1964, 589; BGH NJW 1988, 3016, 3017; BGH NJW-RR 1998, 331, 333; BGH NJW-RR 2006, 1238, 13; BGH VersR 2012, 917, 9; BGH GRUR 2012, 1226, 29 – Flaschenräger; BGH NJW 2013, 2584 Tz. 20 (vždy bez označení § 286). Pro použití § 287: BGH NJW 1995, 1023; BGH NJW 2008, 2041, 2042, 21. Zřejmě jiné mínění PRÜTTING, H. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, § 287, marg. č. 16; STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D. § 287 marg. č. 23; zřejmě viz PRÖLSS, J. *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1966, s. 60.

⁴² BGH NJW 1995, 3248, 3250; BGH NJW 1980, 1742, 1743; BGH NJW-RR 1987, 210, 211; BGH NJW-RR 1988, 410; BGH NJW-RR 1990, 171, 172; BGH NJW 1992, 2694, 2695 an.; BGH NJW-RR 1992, 202, 203; BGH NJW 1993, 734; BGH NJW 1994, 663, 664; BGH NJW 1996, 2924, 2925; BGH NJW 2000, 509; BGH NJW 2003, 358, 359; BGH VersR 2009, 1360, 16; BGH NJW 2010, 3434, 19; PRÜTTING, H. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, § 287, marg. č. 28 an.

⁴³ BGH NJW-RR 1992, 792; STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D. § 287, marg. č. 32.

⁴⁴ BGH NJW 1972, 1515, 1517; BGHZ 54, 45, 55; BGH NJW 1986, 246, 247; BGH NJW-RR 1992, 997, 998; BGH NJW-RR 2006, 1238, 1239; BAG NJW 2013, 331, 22.

ulehčením k žádoucímu přesvědčení, je třeba tzv. *non liquet* překonat podle obecných pravidel.⁴⁵

7. SNÍŽENÍ MÍRY DŮKAZŮ PRO PRVKY VZNIKU ŠKODY

7.1 Rozsah důvodu odpovědnosti

Pro znaky konkrétního důvodu odpovědnosti platí § 286 ZPO.⁴⁶ Jedná se o ty znaky, které nevedou ani k samotné škodě, ani přímo ke kauzální souvislosti. Obtížnost vymezení mezi důvodem odpovědnosti a škodou je způsobena zněním ustanovení § 287 ZPO, jež rozšiřuje důkazní zjednodušení na vznik škody, aniž by zjednodušoval důkaz prvků skutkové podstaty, které mu předcházejí. V případě § 823 odst. 1 BGB lze důvod odpovědnosti a skutkovou podstatu provádějící odpovědnost včetně souvisejících znaků kauzality lehce oddělovat. Jednání škůdce, porušení právního statku a kauzální souvislost mezi nimi náleží k důvodům odpovědnosti, škoda a kauzální *nexus* mezi porušením právního statku a škodou náleží k rozsahu odpovědnosti. Obtíže způsobuje vymezení v případě všech smluvních a deliktních skutkových podstat, které poskytují náhradu primární majetkové škody. Zejména dovozování kauzality mezi škodným jednáním a škodou je sporné, neboť na něj může být nahlíženo jako na element důvodu odpovědnosti, aniž by mezitímní porušení právního statku zapříčinilo určitou mez (cézuru). Relevantní je určit rozsah konkrétního důvodu odpovědnosti.

7.2 Uskutečňovaná nebo navrhovaná řešení

7.2.1 První stav dotčení poškozeného jako mez

Německá judikatura vychází z toho, že konkrétní důvod odpovědnosti je dán tehdy, když se jednání škůdce poprvé negativně dotklo poškozeného.⁴⁷ Tím jsou dány meze působnosti § 286 ZPO. Všechny následující události včetně těch, jež vedou ke kauzální souvislosti, nemají být již přičítány konkrétnímu důvodu odpovědnosti, nýbrž by měly být posouzeny podle § 287 ZPO.⁴⁸ Toto přičítání je následek požadavků, které jsou kladeny na situaci prvního dotčení. Avšak existuje dvojí kritika: první se týká neurčitosti

⁴⁵ Srv. BGH NJW 1970, 1970, 1971; BGH NJW 1972, 1515, 1517; BGH NJW 1973, 1283, 1284; BGH VersR 2013, 1401, 23 = NJW 2013, 525; BGH VersR 2013, 367, 13; BAG NJW 2013, 331 Tz. 22.

⁴⁶ Srov. BGH NJW 1968, 985; BGH NJW 1969, 1708, 1709; BGHZ 58, 48, 53 = NJW 1972, 1126, 1127; BGH NJW-RR 1987, 1019, 1020; STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D. § 287, marg. č. 11.

⁴⁷ Srov. BGHZ 4, 192, 196 an. = NJW 1952, 301, 302; BGH MDR 1964, 42, 43 (škody na budově). BGH NJW 1983, 998; BGH NJW 1987, 705, 706; BGH NJW 1993, 3073, 3076; BGH NJW-RR 1996, 781; k tomu též KLAUSER, K.-A. Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO). *Juristenzeitung*. 1968, Band 23, s. 167; PRÜTTING, H. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, § 287, marg. č. 10; STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D. § 287, marg. č. 13; ROSENBERG, L. – SCHWAB, K. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, § 114, marg. č. 13; LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*. München: C. H. Beck, 2003, § 3 XIII 4a.

⁴⁸ Srov. BGHZ 2, 138, 140; BGHZ 7, 198, 203 an; BGHZ 7, 287, 295; Teplitzky, O. Die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs im Wettbewerbsrecht. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*. 1987, Heft 4, s. 215, 216 (§ 286 jen z hlediska poškození pravidel nekalé soutěže); ROTH, H. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*. 1990, roč. 154, s. 513, 525; PRÜTTING, H. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, § 287, marg. č. 13.

kritéria situace dotčení,⁴⁹ která se ovšem v důsledku rozsáhlé judikatury stala nadbytečnou, a druhá důsledku ztenčení důvodu odpovědnosti.

7.2.2 Skutkové podstaty deliktního práva

Judikatura a převládající názory v nauce provádějí následující rozlišování. V případě deliktních nároků podle § 823 odst. 1 BGB patří první porušení (zásah) právních statků (primární porušení) ke konkrétnímu důvodu odpovědnosti, který je třeba zjistit podle § 286 ZPO: to platí též pro příčinnou souvislost, která zakládá odpovědnost mezi škodným jednáním škůdce a porušením právního statku.⁵⁰ Totéž je případ § 823 odst. 2 BGB v případě, že rozhodná ochranná norma předpokládá určitý následek porušení. Další následky a příčinná souvislost k nim vedoucí, tedy tzv. provádějící kauzalitu, je třeba určit na základě § 287 ZPO.⁵¹

Převládající názor podřazuje následné škody a kauzální souvislost k nim vedoucí pod ustanovení § 287 ZPO.⁵² K tomu náleží sekundární porušení (poškození). Lze to znázornit na příkladu zlomení ukazováčku (viz 1.4). BGH považoval Sudeckův algodystrofický syndrom za sekundární následnou škodu; primární škoda nebo první porušení právního statku bylo zatížení zdravotního stavu pacienta kvůli opomenutému odpočinku (klidovému stavu) prstu. Toto porušení bylo podle přísné míry důkazu zjištěno ve smyslu § 286 ZPO. Ustanovení § 286 ZPO se vztahovalo na kauzalitu odůvodňující odpovědnost. Příčinnost chyby (nedostatku) léčení pro další následky, tedy pro následnou škodu, měla být zjištěna podle § 287 ZPO. Zde k vytvoření přesvědčení soudce postačovala převažující pravděpodobnost.

Tato diferenciaci se přenáší na konkurující smluvní nároky.⁵³ Jejich konkrétní důvod odpovědnosti není ještě uskutečněn porušením smluvní povinnosti. K tomu musí přistoupit první porušení právního statku.

Jde-li o odpovědnost za primární majetkové škody, je důležité, zda pro poškozeného již nastaly škodlivé následky. Pro první situaci dotčení postačuje již nebezpečí vzniku škody. Jeho následné uskutečnění je třeba potom zjistit pomocí měřítka § 287 ZPO.⁵⁴

⁴⁹ ARENS, P. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 1975, 98, s. 1, 7 an., 27; STOLL, H. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1976, 176, s. 145, 185.

⁵⁰ BGH NJW 1993, 3073, 3076; BGH NJW 1998, 3417, 3418; BGH NJW 2004, 777, 778; BGH NJW 2003, 1116; BGH VersR 2008, 1126, 1127, 7; BGH VersR 2008, 1133, 7; ROSENBERG, L. – SCHWAB, K. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, § 114, marg. č. 14; STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D. § 287, marg. č. 14.

⁵¹ BGH NJW 1993, 3073, 3076; BGH NJW 1987, 705, 706; BGH NJW 2003, 1116, 1117; BGH NJW 2004, 777, 778. A.A. WAHRENDORF, V. *Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*. Köln – Berlin – Bonn – München, 1976, s. 47 an.

⁵² BGH NJW 1958, 1579 (sebevražda po zranění hlavy v důsledku nehody); BGH NJW 1970, 1970, 1971 (neurologické trvalé následky z důvodu lehkého otřesu mozku) BGH NJW 1973, 1413, 1414 (smrtelná plicní embolie po konečném zranění v důsledku nehody); BGH NJW 1976, 1145, 1146 (epilepsie jako následek pádu nemluvněte); BGH VersR 1971, 442, 443 (přetržení šlachy v kotníku po pádu do výtahové šachty); BGH NJW-RR 1987, 339, 340 (srážka a v důsledku toho trauma a nejasná příčina dalšího poškození mozku); BGH NJW 1992, 3298 (pád v důsledku úderu pěstí, přetržení aneurysmatu); BGH NJW 1993, 201 (invalidita jako následek pádu, úrazové pojištění); BGH NJW 2008, 1381, 1382, 13 = VersR 2008, 644, 645 (Sudeckův algodystrofický syndrom v důsledku lékařského pochybení); BGH VersR 2011, 171, 12; BGH VersR 2011, 223, 18; OLG München VersR 2011, 549; OLG Köln VersR 2012, 239, 240.

⁵³ BGH NJW 1987, 705 (smluvní odpovědnost za pochybení při výkonu lékaře); OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 458, 459.

⁵⁴ Srov. BGH JZ 1972, 320, 321; BGHZ 84, 244, 253 = NJW 1982, 2238; BGH NJW 1983, 2241; BGH NJW 1983, 998, 999; BGH NJW 1993, 3073, 3076.

7.2.3 Kritika nauky, odpověď BGH

Kritiku nauky nelze chápat jako reakci částečně kolísajících měřítek judikatury. Bylo tedy navrhováno požadavky intenzivněji diferencovat na základě charakteristiky příslušného skutkového stavu zakládajícího odpovědnost. Jednotlivé návrhy se ovšem velmi zřetelně různí.

Tak například Arens⁵⁵ vychází z toho, že je třeba diferencovat mezi skutkovými podstatami týkajícími se norem chování a skutkovými podstatami poškozování či zásahu; v případě posléze jmenovaných zejména u § 823 odst. 1 BGB je třeba vznik konkrétního škodného následku posuzovat neomezeně podle § 286 ZPO, zatímco v případě porušení norem chování postačují tyto normy samy o sobě k uskutečnění konkrétního důvodu odpovědnosti. Gottwald⁵⁶ a Hanau⁵⁷ považují i v případě skutkových podstat týkajících se skutkových podstat ohrožení právních statků za dostačující k uskutečnění konkrétního důvodu odpovědnosti a vyžadují pak použití § 287 ZPO. Gottwald a Rübmann zařazují nadto kvůli často chybějící hranici mezi zjišťováním škody a zjišťováním kauzality veškeré otázky kauzality do působnosti § 287 ZPO.⁵⁸ Tyto návrhy analyzoval pro posouzení kauzality Spickhoff a shledal je správnými.⁵⁹ Gottwald však nepřisuzuje diferenciaci velký význam, protože tvrdí, že § 286 a 287 ZPO předpokládají jednotnou subjektivní míru důkazu, jejíž věcný obsah je rozdílně velký v závislosti na konkrétním případě.⁶⁰ Opačný názor sdílejí Prölss a Warendorf, kteří navrhuje posuzovat kauzalitu podle § 286 ZPO.⁶¹

BGH zamítl dále jdoucí zjednodušení (ulehčení) při aplikaci § 287 ZPO, protože odpovědnost by tím byla bez zákonného důvodu příliš rozšířena.⁶² Za účelem zvládnutí důkazních obtíží poškozeného v rámci působnosti § 286 ZPO poukazuje BGH namísto toho na zákonné nebo skutkové domněnky, na zdánlivý důkaz a jiné důkazní ulehčení, stejně jako na přiměřené požadavky na přednes a hodnocení důkazu.⁶³

7.3 Vlastní stanovisko

7.3.1 Respektování hmotného práva

Ustanovení § 287 ZPO neopravňuje zásadní změny hmotněprávních skutkových podstat procesními prostředky.⁶⁴ Z hlediska důkazního práva je třeba vyjít ze znění § 286 ZPO na straně jedné a § 287 ZPO na straně druhé. Obě právní normy neoznačují

⁵⁵ ARENS, P. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 1975, 88, s. 1, 20 an.; kriticky k tomu ROSENBERG, L. – SCHWAB, K. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, § 11, 4 marg. č. 12.

⁵⁶ GOTTWALD, P. *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, s. 49 an., 89, 243.

⁵⁷ HANAU, P. *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, s. 117 an., 122, 135 an.

⁵⁸ RÜBMANN, H. *Alternativkommentar zur ZPO*, 1987, § 287 marg. č. 3; GOTTWALD, P. *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, s. 79 an.

⁵⁹ SPICKHOFF, A. *Folgenzurechnung in Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen*. In: E. Lorenz (ed.). *Karlsruher Forum 2007*. München: C. H. Beck, 2008, s. 82; SPICKHOFF, A. *Die Entwicklung des Arztrechts*. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2008, s. 1636, 1641.

⁶⁰ GOTTWALD, P. *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, s. 218 an.

⁶¹ PRÖLSS, J. *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*, s. 53 an.; WAHRENDORF, V. *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, s. 47 an., s. 88.

⁶² BGH NJW 2004, 777, 778 an.

⁶³ BGH NJW 2004, 777, 779.

⁶⁴ Potud je třeba souhlasit se Stolle (STOLL, H. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1976, 176, s. 145, 184 an.).

konkrétní důvod odpovědnosti jako takový, což je důvod, proč se vymezení nemůže podle tohoto hlediska orientovat. Ustanovení § 287 ZPO vyjímá cíleně jednotlivé znaky z působnosti § 286 ZPO a poskytuje jim zvláštní postavení. Jde o vznik škody a výši škody. Úsilí je třeba směřovat k určení rozsahu skutkového znaku „škody“, který je v zásadě přiřazován na stranu právních následků. Pro veškeré skutečnosti sloužící důkazu skutkových předpokladů tohoto znaku platí měřítko § 287 ZPO. Působnost § 286 ZPO je třeba určit specificky. Podle měřítka § 286 ZPO je nutno zjistit takové skutečnosti, které neslouží bezprostředně určení vzniku škody nebo určení výše škody. Konkrétní důvod odpovědnosti je podle této metody nikoliv pozitivní, nýbrž je definován za účelem negativního vymezení škody.

7.3.2 Přiřazování (přičítání) porušení právních statků

Porušení právních statků ve smyslu § 823 odst. 1 BGB v zásadě náleží k důvodu odpovědnosti právě tak jako tvrzená příčinnost příslušného jednání, které způsobuje porušení. Totéž platí pro skutkové předpoklady důvodu ospravedlnění (liberalizace), jež je však třeba vykládat jako skutečnosti bránící vzniku práva škůdce a je zapotřebí je tak i dokazovat. Porušení práva však lze dokázat podle § 287 ZPO, jestliže již existuje škoda, která byla oprávněným uplatněna (druhé porušení právního statku jako následek předchozího porušení právního statku). K působnosti § 287 ZPO je třeba počítat i příčinnou souvislost mezi škodou a poslední událostí, jež ještě nerealizuje znak skutkové podstaty, který náleží ke škodě. Jak lze rozsah škody přesně určit, je otázkou rozhodného materiálního práva.

Pokud nejsou pro vznik následných škod žádná další samostatná jednání škůdce, je třeba příslušné skutečnosti posuzovat podle § 287 ZPO. Hmotněprávním je předpoklad, že prvním porušením práva je třeba přičítat i následující porušení.

7.3.3 Primární majetkové škody

V případě § 826 BGB směřuje úmysl škůdce ke škodě, a nikoliv k předcházejícímu porušení právního statku. Škoda má jak charakter zakládající odpovědnost, tak i povahu, jež tuto odpovědnost realizuje (provádí). Je třeba odmítnout umělé kategorizování § 826 BGB na zakládající a provádějící část skutkové podstaty a z toho plynoucí použití jak ustanovení § 286 ZPO, tak též § 287 ZPO. Namísto toho je nutno aplikovat § 287 ZPO ve vší jednoduchosti.⁶⁵

Požaduje-li investor od svého investičního poradce náhradu škody za chybnou informací ohledně rizik investice, je třeba řádně prokázat příčinu této chybné představy a z ní vycházející ohrožení vůle podle § 286 ZPO, protože ohrožení vůle samo o sobě nepředstavuje uplatňovanou škodu. Teprve otázku, zda rozhodnutí o investici na tomto základě bylo učiněno chybně a zda vedlo ke škodě, je třeba posoudit podle § 287 ZPO.

7.4 Více možných příčin

Paragraf 287 ZPO se v zásadě použije i tehdy, jestliže je třeba zjistit, zda způsobení škody spočívá na porušení právního statku, z něhož plyne odpovědnost, anebo zda

⁶⁵ Jiné mínění zastává BGH VersR, 2013, 367, 11.

spočívá na jiné události, která škodu spoluzpůsobila.⁶⁶ To je zejména významné tehdy, jestliže je možné aplikovat § 830 odst. 1 věta druhá BGB. Druhá událost může vycházet od osoby poškozeného.⁶⁷ Je-li poškozený spoluodpovědný podle § 294 BGB nebo § 846 BGB, je třeba určit podíly příčiny prostřednictvím §297 ZPO.⁶⁸ Tato právní norma totiž zvyhodňuje též škůdce.

8. ZJIŠŤOVÁNÍ VÝŠE ŠKODY PROSTŘEDNICTVÍM § 287 ZPO

Při hodnocení škody v užším smyslu, tedy při zjišťování rozsahu škody, je získání přesvědčení o pravdě výsledku hodnocení sotva možné,⁶⁹ takže hodnocení se do značné míry rovná rozhodování podle úvahy.⁷⁰ Zákon zohledňuje, zda výsledek hodnocení souhlasí s pravdou; avšak takové hodnocení by se mělo pravdě značně přibližovat.⁷¹

Paragraf 287 ZPO vyžaduje též při zjišťování výši škody (právě tak jako § 252 BGB) jednoznačné vysvětlení a důkaz navazovacích skutečností.⁷² Plně abstraktní výpočet škody na dědictví, například ve formě plně volného hodnocení „nejnižší škody“, však právní norma nepřipouští.⁷³ Paragraf 297 ZPO však neplatí jenom pro rozhodování o pravděpodobnosti, respektive o rozhodování o hodnotě samotné, nýbrž se používá při dokazování nejistých skutečností, na něž navazuje soudní rozhodnutí, například při hypotetickém kauzálním průběhu.⁷⁴ Totéž platí pro faktory, jež vytvářejí hodnotu, jakou je například věcná kvalita nebo stav zmizelého předmětu, za které je třeba pořídit náhradu. Naproti tomu jsou události minulosti, jakou jsou možnosti zisku poškozeného před nehodou, zjišťovány před nehodou podle § 286 ZPO.

Otázky kauzality a existence hodnotných okolností mohou být zodpovězeny konkrétněji, přesto se zde nevyžaduje plné přesvědčení o existenci těchto okolností; postačuje převažující pravděpodobnost.⁷⁵ Při zjišťování kauzality nemusí soudce v rámci příslušného přiměřeného skutkového rozsahu vylučovat méně pravděpodobné možnosti kauzálního průběhu podle jinak vyžadovaného standardu pravděpodobnosti.⁷⁶

⁶⁶ BGH NJW 2002, 504, 505 (dvojitá nehoda s trvalými následky). Na základě nedorozumění rozsudek BGH NJW 1963, 1828.

⁶⁷ Tak tomu bylo při nezaviněném spoluzapříčinění v případě BGH NJW 1998, 810, 813 (spolupůsobící psychická struktura poškozeného při neurotickém zpracování nehody) a v případě BGH NJW 1997, 455, 456 (snížení bolestného pro nejistý výsledek operace, která se uskutečnila před škodnou událostí, a její vyléčení bylo zmařeno nehodou).

⁶⁸ Srov. BGH NJW 1986, 2945; BGH NJW-RR 1988, 1373; BGH NJW 1993, 2674, 2676 (škoda z prodlení se spoluzaviněním); STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D., § 287, marg. č. 20 a 23.

⁶⁹ STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D., § 287, marg. č. 43.

⁷⁰ STEIN, F. – JONAS, M. – LEIPOLD, D., § 287, marg. č. 43.

⁷¹ BGH NJW-RR 1990, 997, 998; BGH NJW-RR 1993, 795, 796 (hodnota zcizené smaragdové náušnice).

⁷² BGH NJW 1991, 3277, 3278; BGH NJW 1995, 1023, 1024; BGH NJW 2004, 1945, 1946.

⁷³ BGH NJW 1995, 1023, 1024; BGH NJW 1995, 2227, 2228; BGH NJW 2004, 1945, 1947; BGH VersR 2012, 917, 9.

⁷⁴ V případě zjištění hypotetické reakce mandanta na správné poučení advokátem. BGH NJW 2008, 2040, 21.

⁷⁵ BGH NJW 1991, 1412, 1413; BGH NJW-RR 1995, 248, 250; BGH NJW-RR 1996, 781, 5; BGH NJW 1993, 734; BGH NJW 1992, 3298, 3299; BGH NJW 1992, 2694, 2695; BGH NJW 2004, 444, 445; BGH NJW 2004, 1521, 1522; BGH NJW-RR 2006, 1238, 1239, 13; HOYNINGEN-HUENE, G. – BOEMKE, B. *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, s. 1757, 1759.

⁷⁶ BGH VersR 1970, 924, 926; BGH NJW 2004, 777, 778.

ZÁVĚR

1) Platné německé procesní právo vychází v ustanovení § 286 ZPO z míry důkazů plného soudcovského přesvědčení. Z hlediska právně-politického je třeba na tomto principu trvat.

2) Ustanovení § 287 ZPO dovoluje redukci míry důkazů až na pouhou pravděpodobnost. Tato právní norma platí pro určení škody a kauzality.

3) Sporný je rozsah (působnost) § 287 ZPO s ohledem na kauzalitu zakládající odpovědnost. Právní praxe aplikuje míru důkazů požadovanou § 286 ZPO na porušení povinnosti, které zakládá odpovědnost, a na její účinky působící na první poškození poškozeného. S tím lze jen souhlasit.

4) Odmítnout je třeba proporcionální odpovědnost.

5) Odpovědnost za ztrátu naděje není vhodná k překonání odpovědnosti při zjišťování kauzality.

Reduction of Standard of Proof and Proportionally Liability – Questions Regarding the Evaluation of Facts in the Field of Damages

Hans-Jürgen Ahrens

Abstract: This article analyses the German law on the standard of proof in civil procedure. It focuses on two main paradigms, namely conviction of the judge and the doctrine of likelihood. From the perspective of the German civil procedural law, there exists only one clear solution which is based on the conviction of the judge. Relevant is the judge's conviction of the facts which are decisive for the claim. The degree of likelihood must be close to certainty (§286 of Code on Civil Procedure). Slightly lower degree of conviction is required by § 287. The author is against the proportional liability. The regime of the standard of proof should be based on substantive law. In this sense, procedural law should only be exception.

Key words: proof, standard of proof, level of standard of proof, reduction of the level of standard of proof, impact of standard of proof on liability for damage, conviction of the judge