

Pregledni znanstveni članek  
UDK 340.132.6(430:497.4)

# Obid zakona

MAG. MARKO RAVLJEN,  
višji finančni inšpektor na  
Posebnem finančnem uradu, FURS

## 1. Obid zakona v nemškem pravu

Korenine skupnega evropskega razumevanja obida zakona izhajajo že iz rimskega prava. Sodobni nauk o obidu zakona (*fraus legis*; nem. *Gesetzesumgebung*; ang. *abuse of rights, avoidance of the law*) ima v številnih evropskih državah izvor v rimski civilnopравни jurisprudenci.<sup>1</sup> Pojav je star približno toliko kot pravo samo.<sup>2</sup>

V nemški praksi lahko pravne posle vanj udeležene stranke znotraj norm prisilnega prava in znotraj danega okvira določb par. 134 in par. 138 BGB načeloma prosto oblikujejo.<sup>3</sup> Avtonomija strank omogoča zelo obsežno vsebinsko svobodo pri sklepanju pogodb. Meje so potegnjene tam, kjer posamezni posel krši zakonsko prepoved (par. 134 BGB) ali dobre običaje (par. 138 BGB; analize tega člena se sicer v predstavljenem članku nisem lotil). Pri tem se ne povsem neutemeljeno določbi par. 134 BGB in par. 138 BGB uvrščata med t. i. ovire učinkovitosti (*Wirksamkeitshindernisse*).

Nemški BGB v določbi par. 134 BGB z naslovom *Zakonska prepoved* določa: *Pravni posel, ki krši zakonsko prepoved, je ničen, razen če iz zakona ne izhaja drugače.*<sup>4</sup> Par. 134 BGB – kljub

<sup>1</sup> Behrends, str. 3 (in nasl.); Teichmann, str. 1 (in nasl.); Böing, str. 28.

<sup>2</sup> V republikanskem času rimske jurisprudence (okoli 510–31 pr. n. št.) niso ločevali med obidom zakona, navideznim poslom in kršitvijo zakona. To se je spremenilo v času klasičnega rimskega prava (31 pr. n. št.–285 n. št.). *Corpus Iuris Civilis* vsebuje dve navedbi v *Digestab* iz tedanjega časa s samostojno definicijo obida zakona, še nadaljnja definicija pa se nahaja v kasneje nastalem *Codexu* (o čemer več v nadaljevanju). Böing, str. 29–30.

<sup>3</sup> Sieker, v: Mellinshoff/Palm, str. 195.

<sup>4</sup> Pri tem je pod pojmom »zakon« misljena vsaka pravna norma v skladu s par. 2 EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*), ki tako ni omejena na zgolj s strani parlamenta sprejete zakone, temveč obsega tudi

podani dikciji in samem naslovu – ni omejen zgolj na prepovedne norme, opredeljene v drugih členih tega zakona ali celo v drugih zakonih, temveč je skozi zgodovinski razvoj BGB našel uporabnost tudi v primeru obida zakona (*Gesetzesumgehung*) oziroma zaobidenega posla (*Umgebungsgeschäft*) kot »sredstva« za doseg obida zakona.

Obid zakona oziroma *fraus legis* je tako opredeljen kot doktrina, temelječa na civilnem pravu, ki je našla uporabo na mnogih področjih današnjega prava.<sup>5</sup> Pri tem je Kallimopoulos<sup>6</sup> navedel opazko, da se stranke v pravnem prometu ne izogibajo samo prepovednim (*Verbotsnormen*), temveč tudi zapovednim normam (*Gebotsnormen*); še več, govoril je o zaobidu pravnih poslov oziroma »pogodb« (*Umgehung von Verträgen* oziroma *Vertragsumgehung*). Tudi Schurig<sup>7</sup> je navedel, da ni mogoče zaobiti le prepovednih zakonov, temveč vsako zavezujočo pravno normo, pri čemer poudarja, da ničnost nikakor ni nujna posledica zaobidenega posla.

Heeder<sup>8</sup> navaja, da je bilo v materialnem pravu dolgo časa sporno, ali se zaobidenje nanaša na prepovedno<sup>9</sup> ali tudi na zapovedno normo.<sup>10</sup> Teoretiki prve omenjene misli so izhajali iz ugotovitve, da je zapoved bodisi izpolnjena bodisi ne, vendar ni nikoli zaobidena. To na prvi pogled logično izjavo je prvi zavrgel Fuchs,<sup>11</sup> ko je dokazoval, da gre dejansko zgolj za vprašanje formuliranja neke norme, če ta izkazuje prepoved ali zapoved; vsaka prepoved nekega dejanja se lahko prav tako formulira kot zapoved opustitve in vsaka zapoved se spet lahko formulira kot prepoved opustitve. Pri tem Heeder<sup>12</sup> ugotavlja, da predstavljeni primeri jasno kažejo, da

---

odredbe in statute. Medtem ko se »kršitev« iz prvega dela podane definicije par. 134 BGB nanaša na zakonsko prepoved določene vsebine pravnega posla ali njegove sklenitve. Pri tem ni nujno, da kršena individualna norma sama določi ničnost posla (saj sicer ne bi bilo potrebe po par. 134 BGB), temveč zadošča izrek prepovedi ali celo pogojna zagrožitev s kaznijo.

<sup>5</sup> Thuronyi, str. 158.

<sup>6</sup> Kallimopoulos, str. 81; podobno Benecke, str. 50–51.

<sup>7</sup> Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 380.

<sup>8</sup> Heeder, str. 171–173.

<sup>9</sup> Heeder navaja tako avtorje starejše (na primer F. Endemann, K. Linckelmann, J. Kohler, R. Magen idr.) kot novejšo literaturo (na primer D. Bickel, F. Gschnitzer ter uredniško komentarji BGB, tj. O. Palandt, W. Erman, P. Rummel in M. Schwimann).

<sup>10</sup> Gre za pretežno avtorje starejše literature (W. Fuchs, A. Bartholomes, P. Neff, F. Ness, W. Wette; T. Rosenstern, O. Kuhn, /že omenjeni/ Kallimopoulos idr.).

<sup>11</sup> W. Fuchs, Pseudonyme Rechtsgeschäfte, AcP 115 (1917), str. 119; W. Fuchs, Umgehung des Gesetzes (Fraus legi facta). Eine kritische Studie, Göttingen 1917, str. 22.

<sup>12</sup> Verjetno je malo dvoma, da biblijska zapoved »ne ubijaj!« ne ustreza v nemškem kazenskem pravu (par. 212 StGB) zapisani prepovedi »kdor ubije človeka, [...] bo kaznovan [...]«. Prav tako v cestnem prometu rdeča luč na semaforju za pešca pomeni prepoved prečkanja ceste. Vendar na mnogih semaforjih (še posebno v ZDA) stoji ukaz »wait / počakaj«, torej zapoved. Tudi na področju davčnih predpisov lahko ugotovimo, da zakoni, ki določajo davčno obveznost, predstavljajo zapoved, in ne prepoved. Pojavi se vprašanje, ali naj zaradi tega izključimo obstoj davčnega zaobidenja (Heeder, str. 172).

razlikovanje med prepovednimi in zapovednimi normami ni vzdržno in da je tako omejevanje *fraus legis* zgolj na prepovedne norme zgrešeno. Tudi prerod tega mnenja v zadnjem času ne pomeni nadaljevanja starega spora, temveč podaja razlago zgolj zunaj (običajnega) konteksta, po katerem se v materialnem pravu izhaja med obidom zakona in ničnostjo po par. 134 BGB. Pri tem, ko opozori, da se nekateri avtorji sklicujejo zgolj na prepovedno normo iz besedila par. 134 BGB, poda Heeder ugotovitev, da ni vedno jasno razvidno, ali ta izbor besed tudi dejansko pomeni zavestno omejevanje *fraus legis* ali pa samo nadaljevanje običajne terminologije iz par. 134 BGB.<sup>13</sup>

Sicer pa je pri iskanju zadovoljive definicije obida zakona potrebno raziskati bistvo pojma zaobidenega zakona in njegovega namena. Pri zaobidenem poslu gre za to, da udeleženci skozi vrsto izbrane oblike pravnega posla zaobidejo zakonska ali poslovna pravila (se jim izogajejo). Zaobideni posel je po svoji naravi resnično želen. Namreč samo tedaj, ko udeleženci posel resnično želijo, je gledano z vidika namena izvedbe zaobidenega posla njegova uporaba tudi smiselna. Zato tudi zaobideni posel ni navidezni posel.<sup>14</sup> Problem definiranja in prepoznavanja obeh poslov temelji na tem, da zaobidena pravna norma ni obidena z direktno uporabo konkretnega dejanskega stana, kar pa ne velja za navidezni posel. Navedenemu vprašanju ločevanja med navideznim in zaobidenim poslom sem se posvetil v tretjem poglavju članka.

Za primer obida zakona gre, če nekdo želi z izbranim pravnim poslom doseči zakonsko nedovoljen uspeh, pri čemer pa pazi, da ne pride v nasprotje z dobesednim pomenom zakona, čeprav želi pravnemu redu prekrizati račune.<sup>15</sup> Če pravni posel ne krši sicer iz zakona dane dobesedne razlage zakonske prepovedi, je pa tako ustrojen, da dosega uspeh, ki je v nasprotju z namenom prepovedne norme zakona, lahko v tem primeru govorimo o zaobidenem poslu.<sup>16</sup> Zakonski obid zato opredeljujemo kot ravnanje, ki sicer ni usmerjeno proti izrecnemu pomenu zakona, vendar krši njegov smisel.

Ta pogled, po katerem se zakonska prepoved in obid zakona med seboj razlikujeta, je skovalo rimsko pravo.<sup>17</sup> Pravna teorija daje zaobidenim poslom tudi naziv »preoblečeni posli« (*verkleidetes Geschäfte*) in naziv »zastrti (prikriti) posli« (*verschleierte Geschäfte*). Jhering je pri opisovanju obida zakona uporabljal tudi izraz »skrite poti življenja« (*Schleichwege des Lebens*).<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Prav tam, str. 173.

<sup>14</sup> Flume, str. 408.

<sup>15</sup> Krauss, str. 61.

<sup>16</sup> Armbrüster, v: Säcker, str. 1571; podobno Rüßmann, 2006, str. 223.

<sup>17</sup> Armbrüster, v: Säcker, str. 1572.

<sup>18</sup> Navedeno izhaja iz Pfaffovega dela iz leta 1892, str. 1, 18 (I. Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts- Buchhandlung, Dunaj 1892).

S par. 134 BGB je želel zakonodajalec odločiti v spornem vprašanju, ali je pravni posel, ki je sklenjen v nasprotju z zakonsko prepovedjo, ničen, tudi če prepovedna norma civilnopravno sankcijo ničnosti ne izreka.<sup>19</sup> Določba par. 134 BGB tako predpostavlja zakonsko prepoved, ne da bi določila, kateri zakoni so prepovedne norme. Še več, takšne prepovedi so lahko vsebovane v poljubnih, še posebno necivilnopravnih zakonih. V slednjem primeru je dana naloga civilnemu pravu, da odloča o civilnopravnih posledicah kršitve. To nalogo izpolnjuje par. 134 BGB kot splošna (prazna) norma (*Blankettnorm*) za vse zakonske prepovedi, ki so povezane s pravnim poslom.<sup>20</sup> Člen 134 BGB je zapornica (meja) zasebne avtonomije. Pri tem zakonske prepovedi niso dane na razpolago tudi strankam kot diskrecijska pravica.<sup>21</sup> Odločanje v okviru načela zasebne avtonomije se ne more izvajati neomejeno, temveč v mejah dovoljenega v pravnem redu.<sup>22</sup> Člen 134 BGB velja za vse vrste pravnih poslov, za enostranske posle, pogodbe in sklepe, vendar ima pomen predvsem za pogodbe.<sup>23</sup>

Na postavljeno vprašanje o izvoru in pomenu zaobidenega posla v nemškem civilnem pravu je treba najprej opredeliti iz rimskega prava izhajajoče definicije obida zakona:<sup>24</sup>

Paul. D. 1, 3, 29: »Zakon krši, kdor počne, kar zakon prepoveduje, obide pa ga, kdor ga izigrava, ne da bi prizadel samo besedilo.«<sup>25</sup>

Ulp. D. 1, 3, 30: »Zakon se namreč goljufa (obide), ko se stori tisto, kar je hotel, da se ne stori, ni pa prepovedal, da bi se to storilo; in ker je besedilo drugačno od pomena, se obid razlikuje od prepovedi.«<sup>26</sup>

C. 1, 14, 5: »Ni dvoma, da protizakonito ravna tisti, ki s tem, ko se drži besedila zakona, izigrava njegov smisel (voljo): ne izognejo se kazni, ki jo zakon predvideva, osebe, ki izigravajo duh zakona, s tem ko se izgovarjajo, da so se pomotoma držale njegove napačne razlage. Ne morejo skleniti nobenega sporazuma, nobenega dogovora, nobene pogodbe, če jih sklepajo v nasprotju z zakonom.«<sup>27</sup>

<sup>19</sup> F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, zvezek I, Berlin 1840, str. 210.

<sup>20</sup> Uporaba par. 134 BGB tako zadeva tri vprašanja: ali obstaja zakonska prepoved, ali je ta prekršena in kakšne so posledice? Boemke/Ulrici, str. 184.

<sup>21</sup> Heinrichs, v: Palandt in drugi, str. 111.

<sup>22</sup> Larenz/Wolf, str. 723.

<sup>23</sup> Prav tam.

<sup>24</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, str. 118; Honsell, str. 11–12; Medicus, str. 257; Zimmermann, str. 702; Rüßmann, 2002, str. 223, Flume, str. 350; Kranjc, str. 233–234; Römer, str. 10.

<sup>25</sup> *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

<sup>26</sup> *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat a rhetōn apò dianōia, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

<sup>27</sup> *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulententer excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.*

Podane definicije se vežejo na pogled, ko se razlaga zakona ozko veže na dobesedni ustroj predpisa.<sup>28</sup> Če pravni posel ne krši sicer iz zakona podano dobesedno razlago zakonske prepovedi, je pa tako ustrojen, da dosega uspeh, ki je v nasprotju z namenom prepovedne norme, lahko v tem primeru govorimo o zaobidenem poslu.<sup>29</sup> Če torej posel ne krši dobesednega pomena zakona, temveč njegov duh in namen, potem je podan primer *agere in fraudem legis*.<sup>30</sup> Pri tem stranke izkoristijo pomanjkljivo zakonodajalčevo izražanje in po črki zakona ne kršijo njegove prepovedi, v resnici pa skušajo doseči tisto, kar je zakonodajalec hotel prepovedati.<sup>31</sup> Tako torej obstaja zaobideni posel tedaj, če so stranke dosegle uspeh iz prepovedanega posla z uporabo neke druge pravne oblike, ki izrecno ni prepovedana.<sup>32</sup>

Danes se najdejo številne prepovedi v socialno in gospodarsko-politično motiviranih zakonih na področju delovnega prava, cenovnega, davčnega, podjetniškega in gospodarskega, bančnege ter drugih področjih prava. Z vse večjim številom prepovednih norm se ni le uporabno področje par. 134 BGB preusmerilo s kazenskega na gospodarsko pravo, temveč tudi postopno razširilo, s čimer je ta določba dobila povsem drugačno težo, kot jo je imela v času njenega nastanka.<sup>33</sup> Že pred pol stoletja je Engert<sup>34</sup> ugotavljal, da je v sodobni civilnopravni dogmatiki izraz obid zakona potisnjen v ozadje in v sodni praksi redko uporabljen; nasprotno pa igra obid zakona pomembno vlogo na drugih pravnih področjih, kot so delovno pravo, upravno pravo, kartelno pravo in še posebno davčno pravo.

## 2. Obid zakona skozi zgodovino

### 2.1. Obid zakona v rimskem pravu

*Fraus legis* je že v rimskem pravnem nauku oblikoval trden pravni pojem, katerega točen pravni pomen pa je bil nejasen. Za *fraus legis* je namreč veljalo, da je označeval tako obid kot tudi kršitev zakona.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Medicus, str. 257.

<sup>29</sup> Rüßmann, 2002, str. 223.

<sup>30</sup> Honsell/Mayer-Maly/Selb, str. 118.

<sup>31</sup> Korošec, str. 80–81.

<sup>32</sup> Rüßmann, 2006, str. 223.

<sup>33</sup> Dorn, v: Schmoeckel, str. 663.

<sup>34</sup> Engert, str. 1.

<sup>35</sup> Benecke, str. 11.

Sicer pa se je zgodovina obida zakona, tj. *in fraudem legis agere* ali *in fraudem legis facere*,<sup>36</sup> začela v rimskem pravu relativno pozno. Sam izraz *fraus*<sup>37</sup> je sicer ena izmed najstarejših pravnih besed, zapisana že v Zakoniku XII plošč. Vendar z njim niso označevali obida zakona, temveč se je uporabljal za neposredno kršitev zakona ali vedenjskega reda. Ta pomen nosi tudi v kasnejših zakonih uporabljeni pomen *sine fraude sua*: če je obstajal dvom, ali novejši zakon odstopa od starejšega predpisa (in tega dejansko postavi zunaj veljave), je to vodilo k temu, da je storitev ali opustitev, ki je po novem zakonu dovoljena, medtem ko je bila po starem predpisu prepovedana, *sine fraude sua*, torej ne predstavlja kršitve zakona.<sup>38</sup>

*Fraus* se pojavlja tudi v povezavi z *in fraudem creditorium* in *in fraudem patroni*, to je v zvezi z goljufijo, torej v zvezi z neposredno kršitvijo obveznosti.<sup>39</sup> Tudi v zvezi s pojmom *in fraudem legis agere* se je najprej označevalo le ravnanje, ki neposredno krši zakon,<sup>40</sup> tako da sta bila *agere in fraudem legis* in *agere contra legem* identična.<sup>41</sup> Pravni institut obida zakona, ki bi se pojmovno ločeval od kršitve zakona in bi se uporabljal pri navezavi na določene konkretne dejanske stane, je bil vse do časa klasičnega rimskega prava tuj.<sup>42</sup>

V rimskem pravu je bila uporaba zakonov podana z vidika strogega formalizma. Zakoni so se izključno razlagali dobesedno po črki zakona, vsakršna povezava s smislom in namenom je bila izključena.<sup>43</sup> Zaobideni posli so tedaj dosegali svoj vrhunec.<sup>44</sup> Vendar se je že v poz-

<sup>36</sup> Za *fraus legis* uporabljeni sinonimi so *fraus legis facta* (oziroma *fraus legi facta*), *agere in fraudem legis* (oziroma *in fraudem legis agere*) ter *facere fraudem legis* (oziroma *in fraudem legi(s) facere*). Böing, str. 30; Teichmann, str. 3; Berger, str. 477.

<sup>37</sup> *Fraus*: škoda, neugodnost; pojem prav tako pomeni zlonamernost, goljufijo (sinonim: *dolus*) in posledično vsak akt ali transakcijo, ki je izvršena z namero ogoljufati drugega ali ga prikrajšati za legitimno prednost (Berger, str. 477).

<sup>38</sup> Krüger/Kaser, str. 120; Teichmann, str. 3.

<sup>39</sup> Krüger/Kaser, str. 149 in nasl.; Teichmann, str. 3.

<sup>40</sup> Ulp. D. 14, 6, 7, 3 (SC Macedonianum).

<sup>41</sup> Teichmann, str. 3.

<sup>42</sup> R. von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, zvezek II, 4. izdaja, Leipzig, 1903, str. 44; H. Lewald, Besprechung (von Rotondi, Gli atti in frode alla legge), SavZtschr., rom. Abt., zvezek 33, 1912, str. 589; Partsch, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, Berlin, 1931, str. 126; M. Kaser, Das römische Privatrecht, zvezek 1, München in Berlin, 1955, str. 217; Krüger/Kaser, str. 140 in 148; nekoliko drugače P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, Römisches Recht, 3. izdaja, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949, str. 102. Navedeni avtorji so trdili, da so se že v klasičnem pravu posluževali obida zakona z namenom, da se razširijo meje razlage. Tako Teichmann, str. 4.

<sup>43</sup> V klasični dobi rimskega prava, ki je dajalo pozornost obliki pred voljo pogodbenih strank, je bil formalno veljavno sklenjen posel veljaven tudi tedaj, če ni bil resnično želen. H. Honsell, In fraudem legis agere, v: D. Medicus, H. H. Seiler, Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 1976, str. 113 in nasl.; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 377 in nasl.; A. Teichmann, Die Gesetzensumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003 (Juristenzeitung), str. 762. Povzeto po Benecke, str. 8; podobno Kranjc, str. 206 in 233; Kaser, str. 243; Römer, str. 10.

<sup>44</sup> Rimska iznajdljivost v zaobidenju strogo formalističnih zakonov je vodila k nekaterim pravnim institutom, ki jih še danes poznamo. To še posebno velja za posel slamnatega moža (*interposita persona*). Prav tako se je razvil fiduci-

norepublikanskem in cesarskem obdobju razumevanje rimske pravne znanosti spremenilo od povsem dobesedne razlage v smer interpretacije pomena zakonske norme.<sup>45</sup> Tako se je v rimskem pravu, ki je prvotno strogo negovalo dobesedno razlago zakonskega besedila, *agere in fraudem legis* (obid zakona) šele v klasičnem obdobju izenačil z *agere contra legem* (kršitev zakona), vendar pa ne na splošno; za obid zakona je veljalo, ko posel sicer ni kršil črke zakona, vendar pa je kršil duh zakona in je bil nameravan. Splošna izenačitev kršitve zakona in obida zakona je uspela skozi Teodizijevo novelo v letu 439, ki je prepovedala izvajanje vseh pravnih poslov, ki kršijo zakonsko prepoved.<sup>46</sup> Tako v klasičnem pravu kot *leges perfectae*<sup>47</sup> stoji *lex non dubium* cesarja Teodozija, ki ga je Justinijan vključil v svoj zakonodajni *Codex*<sup>48</sup> in še nadalje posplošil. V absolutni monarhiji se je zaradi postopnega naraščanja moči države in iz nje izhajajočega poseganja v sfero posameznika število prepovednih zakonov močno povečalo. Z *lex non dubium* so bile dotedanje in bodoče zakonske prepovedi opremljene s sankcijo ničnosti, ne glede na to, ali je bila ničnost določena v posameznem zakonu ali ne. Vsi prepovedni zakoni so tako postali *leges perfectae* v tradicionalnem pomenu, tako da je dotedanja tristranska delitev odpadla. Absolutni monarh je tako vzpostavil prevlado svojih zakonov pred svobodo oblikovanja pravnih poslov.<sup>49</sup>

---

arni posel, skozi katerega naj bi nastale pravne posledice določenega pravnega področja, vendar naj bi se pristojnost fiducianta uporabljala zgolj omejeno. Beneckejeva (str. 8–9) pri tem opiše primer rimske prepovedi obrestovanja, zato so se osebe posluževale kupoprodajnih pogodb, katerih odplačilo (vključno z obrestmi) ni bilo opravljeno v denarju, temveč v pšenici, dogovorjena pa je bila tudi pogodbeni kazni. Beneckejeva poudarja, da je še zlasti prihajalo do zaobidenja zakonov, ki so vsebovali neprijetne posege v zasebno življenje; tako so zaobšli pravila o daritvah, dedovanju ali naklonitvi drugim članom družine tako, da so se ti pred tem emancipirali, skozi fingirane prodajne pogodbe ali razdelitev darila na več manjših zneskov. Ali pa primer zaobida kaznovanja zaradi prešuštva ali nečistovanja, ko so se žene vpisale na seznam prostitutk.

<sup>45</sup> Razlogi za ta razvoj so različni; lažjijo v spremenjenem razumevanju zakonov, ki ga spremlja sprememba duhoslovnih in filozofskih nazorov. Benecke, str. 11; podobno Böing, str. 30.

<sup>46</sup> Dorn, v: Schmoedel, str. 675–676; podobno Zimmermann, str. 702.

<sup>47</sup> Kot je danes v veljavi, je tudi v klasičnem rimskem pravu veljalo, da ne vodi vsako kršenje zakonske norme k ničnosti pravnega posla. Medtem ko je v veljavnem pravu sankcija odvisna od namena zakona, pa je bila v klasičnem rimskem pravu odvisna od tega, kar je zakon predvidel v primeru njegove kršitve. Tako so klasični juristi razlikovali med *leges perfectae*, ki je posel, ki je kršil zakon, opredelil za ničnega, *leges minus quam perfectae*, kjer se je zakonska kršitev grajala s kaznijo, vendar je ostal posel v veljavi, ter *leges imperfectae*, kjer ni bila predvidena niti kazni niti ničnost posla, ki je kršil zakonsko prepoved.

<sup>48</sup> C. 1, 14, 5. Zimmermann, str. 702.

<sup>49</sup> M. Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht* (Osterreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse), str. 67 in nasl.; H. H. Seiler, *Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte* (par. 134 BGB), *Eine Bestandsaufnahme* (v: P. Selmer & ostali (ured.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin/New York, 1987), str. 71. Povzeto po Dorn, v: Schmoedel, str. 657–658.

## 2.2. Obid zakona v pravu srednjega veka

Srednjeveški glosatorji so v povezavi z rimskim *fraus legis* razvili svoj lastni nauk o obidu zakona. Pri tem so definirali *fraus* kot sebično ravnanje, ki ni usmerjeno le zoper zakon, temveč tudi zoper fiskus ali zoper tretjega.<sup>50</sup> *Agere in fraudem legis* je po nazoru glosatorjev podan, če krši *mens legis* (duh zakona); to kršitev je potrebno obravnavati kot kršitev zakona in je lahko skupaj z *agere contra legem* zajeta pod pojem »*committere in legem*«. <sup>51</sup> Obid zakona vodi kot neposredna kršitev zakona k ničnosti pravnih poslov.<sup>52</sup>

Sistematičen zajem pojma obid zakona pa v omenjenem času ni bil uspešen.<sup>53</sup> V razpravah so glosatorji ugotovili, da se pravni pojem zaobidenje pravnega posla pogosto prekriva z navideznim poslom.<sup>54</sup> Omenjena ozka povezava med naukom o zaobidenem poslu in naukom o navideznem poslu pa se je v tedanjem času kazala (tudi) v reku: *Tot modis committitur simulatio quot modis committitur fraus* (Kolikor načinov za simulacijo, toliko načinov za goljufijo (obid)).<sup>55</sup> Sicer pa je bil v nemškem srednjem veku izraz obid zakona splošno znan, kar nakazujejo številni reki: »Krumme Wege beschädigen Recht« (Ukrivljene poti škodujejo pravu); »Es ist kein Gesetz: es hat ein Loch, wer's finden kann« (Ni zakona: ima luknjo, kdor jo najde); »Neuen Gesetzen folgt auf der Ferse neuer Betrug« (Novim zakonom sledi za petami nova prevara); »Sobald Gesetz ersonnen, wird Betrug begonnen« (Ko se zakon pripravi, se že začne goljufija); »Wo lex voran, da fraus Gespann« (podoben pomen kot predhodni rek).<sup>56</sup> Teorija o obidu zakona se ni razvila, temveč so – podobno kot v klasičnem rimskem pravu – za posamične pojave oblikovali specialne zakone.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> Pri tem so razumeli *fraus* kot obliko posebnega *dolusa*, kot goljufivo, zaupanja nevedno ravnanje, z namenom želeti doseganje lastne koristi; pri tem se razlikujejo tri skupine fravduloznega ravnanja: *agere in fraudem legis*, *agere in fraudem fisci* in *agere in fraudem alterius*. *Agere in fraudem fisci* je bil na primer podan, ko grobi kršitelj tik pred obsodbo podari svoje premoženje, ki bi sicer pripadlo državnemu fiskusu. Benecke, str. 12–13; Teichmann, str. 5; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

<sup>51</sup> Pfaff, str. 22; H. Coing, *Simulatio in fraus* in der Lehre des Bartolus und Baldus, *Festschrift für Koschaker*, zvezek III, str. 410. Povzeto po Teichmann, str. 5; podobno Schurig v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

<sup>52</sup> Teichmann, str. 5.

<sup>53</sup> Prav tam.

<sup>54</sup> Prav tam. Pri tem Schurig (v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378) navaja, da je razvoj nauka o simuliranem poslu potekal vzporedno in se je tako teoretično razmejil od nauka o zaobidenem poslu, vendar je praktično vplival medsebojno in sta bila oba pojma očitno zamenljiva.

<sup>55</sup> Še posebno postglosatorja Bartolus in Baldus sta se posvetila kompleksu vprašanj pojmov *simulatio* in *fraus*. Več o tem Flume, str. 351; podobno Kallimopoulos, str. 81; Zimmermann, str. 648; Dorn, v: Schmoeckel, str. 675–676.

<sup>56</sup> Teichmann, str. 5; podobno Pfaff, str. 8; Benecke, str. 13.

<sup>57</sup> Teichmann, str. 6.

### 2.3. Nemška dogmatska umestitev obida zakona od leta 1840

Razvoj v novem veku je bil vse do sprejema BGB zaznamovan skozi hitre spremembe in veliko raznolikost mnenj. Pravni institut obid zakona sicer ni bil jasno definiran, je pa bil vložen trud v njegovo preciziranje.<sup>58</sup> Preobrat pri umestitvi obida zakona pa je nastopil, ko je Savigny leta 1840 obravnaval ta problem, leta 1851 pa ga je opredelil še Thöl.<sup>59</sup> Na podlagi ugotovitev obeh raziskav, ki sta v veliki meri še danes podlaga za razpravo, je v naslednjih tridesetih letih nastala obsežna literatura k oblikovanju pojma obid zakona.<sup>60</sup> Od tega časovnega prostora dalje se je tudi nemška sodna oblast, ki je pred tem komajda uporabljala ta pojem, začela ukvarjati s problematiko obida zakona.<sup>61</sup> Iz Savignyjevih in Thölovih razprav ter kasnejših raziskav lahko oblikujemo tri vidike obida zakona:

#### a) Razumevanje obida zakona kot navideznega posla

Savigny je obravnaval problem *agere in fraudem legis* v povezavi z razpravljanjem o razlagah zakonov. Obid zakona je označil kot postopek, skozi katerega zakon sicer ni kršen po črki zakona, temveč po njegovem duhu (prevod iz D. 1, 3, 29), in zahteval kot samoumevno uporabo zakona tudi ob teh ravnanjih.<sup>62</sup> Savigny<sup>63</sup> je izhajal iz tega, da ne obstaja nikakršna razlika med simulacijo in obidom zakona.<sup>64</sup> Tako je sočasno uporabljal dva pojma, ki ju danes dogmatsko ostro razmejujemo med seboj, in sicer simulacijo in obid zakona.

#### b) Obid zakona kot problem razlage zakona

Thöl je Savignyjeva stališča zavračal, saj je njegov pogled označeval kot preozek; problem obida zakona je dodatno označil kot problem razlage zakona. Obid zakona po njegovem mnenju ni nič drugega kot – morda težje prepoznana – kršitev zakona, ki se ugotovi skozi

<sup>58</sup> Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378; A. Teichmann, Die Gesetzumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003 (Juristenzeitung), str. 5. Povzeto po Benecke, str. 12.

<sup>59</sup> F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, zvezek I, Berlin, 1840, str. 324; Heinrich Thöl, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, Göttingen, 1851, str. 159 in nasl. Povzeto po Teichmann, str. 6; podobno Schurig v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

<sup>60</sup> J. Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, JherJb 16 (1878), str. 91 in nasl.; F. Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von Cession, AcP 63 (1880), str. 157, 172; O. Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München in Leipzig, 1883, str. 52 in nasl.; A. Barthelmes, Das Handeln in fraudem legis, disertacija, Göttingen, 1889; I. Pfaff, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere, Dunaj, 1892; P. Neff, Beiträge zur Lehre von der fraus legis facta in den Digesten. Povzeto po Teichmann, str. 6.

<sup>61</sup> Reichsgericht, ki je bil od 1879 do 1945 vrhovno sodišče v kazenskih in civilnih zadevah, je začel uporabljati konstrukcijo pojma *agere in fraudem legis* od leta 1890 dalje (RGZ 26, 180 (183)). Tako Teichmann, str. 6. Beneckejeva (str. 15–17) je podrobneje opisala oblikovanje sodne prakse RG glede *fraus legis* skozi 19. stoletje.

<sup>62</sup> Teichmann, str. 7–9.

<sup>63</sup> F. C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. zvezek, 1840, str. 325.

<sup>64</sup> Kallimopoulos, str. 96; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

razlago pravne norme in se zakonu ustrezno obravnava.<sup>65</sup> Šele navedena Thölova obravnava leta 1851<sup>66</sup> je omogočila ločevanje med simulacijo in obidom zakona, ki je lahko dosežena z razširjeno razlago zaobidenega zakona. S tem se je obid zakona metodično razmejil od navideznega posla.<sup>67</sup>

### c) Obid zakona kot samostojen pravni institut

V krajši razpravi se je tudi Bähr ukvarjal s problemom obida zakona.<sup>68</sup> Potem ko je odklonil Savignyjevo rešitev, da se obid zakona obravnava kot navidezni posel, je Bähr predlagal »neko vrsto raztegljive uporabe prepovedovalnih zakonov za takšna ravnanja, ki sicer neposredno ne nasprotujejo prepovedim, vendar služijo njihovem obidu«. Pri tem ni mislil na ekstenzivno interpretacijo, temveč je zagovarjal samostojen pravni institut obid zakona, s katerim naj bi se opisani pravni posli izrekli za nične.<sup>69</sup> Nekoliko podrobneje kot Bähr je izraz zajel Pfaff. Kot znak obida zakona je opredelil njegov protipravni namen in kot njegov cilj doseganje gospodarskega uspeha, ki ga pravni red sicer preprečuje. Bähr in Pfaff sta si tako bila enotna, da je pravni institut *Gesetzesumgehung* potreben, da se lahko zoperstavimo zaobidnim ravnanjem. Razlikujeta pa se v tem, da je Bähr želel doseči ničnost dotičnega pravnega posla, medtem ko je Pfaff uporabljal pojem obida zakona z namenom, da se posebne pravne posledice zadevnega zakona razširijo na konkreten dejanski stan izvedenega obida.<sup>70</sup>

Bähru<sup>71</sup> se tako pripisuje ostroumna, prodorna raziskava, v kateri je podal prvo teoretično-pravno obrazložitev razmejitev med zaobidenim in navideznim poslom, ki še danes velja kot splošno pravilna.<sup>72</sup> Tako je po Bähru<sup>73</sup> zaobideni posel v svoji postavitvi ciljev identičen s prepovedanim, čeprav je bila uporabljena dovoljena pravna forma; sankcijo proti zaobidenemu poslu lahko določi le sodnik, saj sam zakon ne more predvideti vseh možnih oblik zaobidene-

<sup>65</sup> Več o tem Teichmann, str. 9–11; Benecke, str. 15.

<sup>66</sup> H. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851.

<sup>67</sup> Benecke, str. 15; podobno Schurig v: Heldrich/Sonnenberg, str. 378.

<sup>68</sup> O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München in Leipzig, 1883, str. 52 (in nasl.); Otto Bähr, *Besprechung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, KrVjSchr., Bd. 30, str. 321 (in nasl.). Povzeto po Teichmann, str. 11; podobno Römer, str. 13.

<sup>69</sup> V (kasnejšem) nasprotnem osnutku k nastajanju nemškega BGB (*Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Kassel 1892) je podal naslednjo definicijo »posla k obidu zakona« (nem. *Geschäft zur Umgehung des Gesetzes*): »Prepovedanemu poslu je treba enačiti tudi takšen posel, ki skuša v drugi obliki doseči nameravani cilj, kateremu zakon podaja prepoved v izvirni obliki posla.« Teichmann, str. 11–13; podobno Oguz, str. 85–86; Benecke, str. 15.

<sup>70</sup> Teichmann, str. 11–13; Oguz, str. 84–86; Benecke, str. 15.

<sup>71</sup> O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, 1883, str. 56 in dalje.

<sup>72</sup> Kallimopoulos, str. 96.

<sup>73</sup> O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, 1883, str. 59.

ga posla.<sup>74</sup> Iz navedenega stališča, da gre pri obidu zakona za problem, ki ga je treba ločiti od vprašanja navideznega posla, je izhajal tudi zakonodajalec BGB in pri tem zavrnil vključitev posebne ureditve zakonskega obida v določbo par. 134.<sup>75</sup>

V času nastajanja BGB je namreč druga komisija obdržala predlog zakonske definicije prve komisije brez nadaljnje razprave. Nadomestila je le formulacijo, da »pravni posel, katerega oblikovanje je skozi zakon prepovedano« (*»ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist«*), s formulacijo »pravni posel, ki krši zakonsko prepoved« (*»ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt«*), in sicer z namenom, da bi jasno povedala, da se ne samo sprejem pravnega posla, ki krši prepoved, temveč tudi pravnega posla, ki ima prepovedano vsebino, lahko opredeli kot ničen posel.<sup>76</sup>

Zakonodajalec BGB je sledil temu novemu nazoru in se odpovedal vključitvi izrecne zakonske določbe glede obida zakona. Bähr je v postopku oblikovanja BGB pripravil predlog, da bi v par. 105 BGB (današnji par. 134 BGB) vključili dodatni stavek o zakonskem obidu, vendar je komisija predlog zavrnila. V utemeljitvi je nakazala, da je *fraus legis* problem razlage (tolmačenja); tako se naj ne bi poseglo v svobodo tolmačenja sodnikov.<sup>77</sup>

### 3. Znaki obstoja zaobidenega posla po nemškem par. 134 BGB

Pri zaobidenem poslu gre za to, da udeleženci želijo skozi izbrano obliko pravnega posla zaobiti neko zakonsko ali pravnoposlovno določbo.<sup>78</sup> Pri zaobidenem poslu se ugotovi diskrepanca med tipičnimi in dejanskimi materialnimi posledicami posla. To je mogoče razumeti takole: pravni ustroj daje udeležencem v pravnem prometu na razpolago različne modele ravnanj, s katerih uporabo se dosežejo različni praktični nameni. Obid zakona obstaja tedaj, če osebe uporabijo določen pravni model z namenom, da dosežejo neki drugi namen, kot je sicer običajno za določeno obliko posla. V tem primeru je govora o razhajanju med tipičnimi in dejanskimi posledicami pravnega posla.<sup>79</sup> Pri uporabi zaobidenega posla se ravnalec giblje med zakonitim in nezakonitim, ko želi doseči pravni rezultat, katerega uresničitve zakon (oziroma zakonodajalec) ne odobrava, ne da bi pri tem izrecno prekršil zakonsko prepoved.

<sup>74</sup> Kallimopoulos, str. 80.

<sup>75</sup> Dorn, v: Schmoeckel, str. 675–676.

<sup>76</sup> Prav tam, str. 662.

<sup>77</sup> Benecke, str. 17; podobno Dorn, v: Schmoeckel, str. 676; podobno Armbrüster, v: Säcker, str. 1572; Flume, str. 350.

<sup>78</sup> Prav tam, str. 408.

<sup>79</sup> Kallimopoulos, str. 90.

V literaturi je podano stališče, da zaobideni posel ni nikakršen navidezni posel. Podobno kot fiduciarni in slamnati posel<sup>80</sup> je zaobideni posel resnično želen, saj so le na ta način nameravane posledice dosegljive.<sup>81</sup> Vsekakor civilnopravni subjekti niso zavezani, da za dosego svojih ciljev izberejo preprosto, najkrajšo pot. Če pa namesto tega izberejo in prakticirajo zamudno, dolgovezno pravno konstrukcijo, jim veljavnosti ni mogoče zanikati, razen če se kršijo zakonske določbe.<sup>82</sup> Predpostavka za prepoznanje zaobidenega posla je, da naj bi bila ta zamudna, dolgovezna pot dejansko izvedena. Če pa stranke nasprotno uporabijo neko pisno, vendar nenavadno obliko pogodbe, pri tem pa se zunaj te pisne pogodbe dogovorijo za drugačno ravnanje, gre dejansko za prikriti posel. Tako je dogovor o dejanskem ravnanju prikriti posel v smislu par. 117/2 BGB.<sup>83</sup>

Razlika med zaobidenim in navideznim poslom je, da si pri prvem stranke želijo pod kakršnimikoli pogoji (torej tudi mimo zakona) doseči namen, ki ga zakon prepoveduje, medtem ko pri navideznem poslu stranke uresničitve posla sploh ne želijo.<sup>84</sup> Pri zaobidenem poslu sklenejo namesto nedopustne takšno pogodbo, ki temelji na drugačni pravni poti, po kateri bi prišli čim bližje pogodbeni obliki, ki je zakon ne odobrava.<sup>85</sup> Nasprotno pa gre v primeru navideznega posla za primer, ko se stranke v sklenjenem dogovoru strinjajo glede od zakona odstopajočega ravnanja ali posledic.<sup>86</sup>

Ker je navedeno izhodišče definicije najlažje razumeti ob praktičnih primerih, jih v nadaljevanju podajam v razlagah iz delovnega, upravnega in davčnega prava.

---

<sup>80</sup> Sicer pa Beneckejeva (str. 16) opozori na nemško sodno prakso glede slamnatih poslov, kjer jih je sodišče v določenih izjemnih primerih opredelilo bodisi kot navidezne bodisi kot zaobidene posle. Tako je RG v sodbi z dne 20. 3. 1914 (Rep. III 532/12, RDZ, 84, 304) opredelil slamnati posel kot navidezni posel, ker slamnati mož dejansko ni želel izvesti dogovorjenega pravnega posla. Medtem ko iz starejše kot tudi novejši sodne prakse (OLG Hamm z dne 22. 5. 1986 – 2 U 277/85, NJW 1986, 2240; RG z dne 11. 4. 1906 – Rep. VI. 305/05, RGZ 63, 143 (145)) izhajata primera prepoznanja slamnatega posla kot zaobidenega posla, pri čemer je sodišče – kljub prepoznani nameri prevare – v prvem primeru sodbo utemeljilo na par. 134 BGB, v drugem primeru pa na par. 138 BGB. Tako je v obeh primerih sodišče slamnati posel, katerega namen je bil zaobiti koncesijsko dolžnost (gre za primer koncesije za opravljanje gostinske dejavnosti), opredelilo kot neveljaven.

<sup>81</sup> Trüter, str. 74; Kramer, v: Säcker, str. 1319; Römer, str. 22–23. Pri tem pa je potrebno poudariti, da je že sodna praksa Reichsgerichta iz leta 1880 (sodba RG I 395/80 z dne 9. 10. 1880) potrdila, da fiduciarni prenos lastninske pravice (na premičnini) v zavarovanje (*Sicherungsübereignung*) ne predstavlja zaobidenega posla.

<sup>82</sup> Trüter, str. 74.

<sup>83</sup> Prav tam, str. 74–75.

<sup>84</sup> Oguz, str. 107.

<sup>85</sup> Prav tam, str. 106.

<sup>86</sup> Trüter, str. 77.

### 3.1. Obid zakona s sklepanjem verižnih delovnih pogodb

V pravni literaturi je podan zanimiv primer s področja delovnega prava: če delodajalec sklepa z delavcem skozi vrsto let brez pravega razloga vedno nove pogodbe o zaposlitvi za določen čas (t. i. verižne delovne pogodbe; nem. *Kettenarbeitsverträge*) z namenom zaobidenja delovnopravnega določila, gre za zaobideni posel, ki nato – ko se ugotovi njegov obstoj – vodi k izvedbi ustreznih zaščitnih določil delovne zakonodaje.<sup>87</sup> Če pa je nasprotno delodajalec ustno obljubil delavcu neomejeno zaposlitev, potem je pisna pogodba o zaposlitvi za določen čas navidezna pogodba. V tem primeru pripadajo delavcu zaščitne norme iz naslova prikritega posla po par. 117/2 BGB. Iz obeh primerov izhaja, da razkritje in sankcioniranje tako zaobidenega kot navideznega posla vodi k istemu učinku, to je prisilni uporabi zaščitne delovnopravne zakonodaje.<sup>88</sup>

Vendar je danes treba z vidika zlorabe delovnopravnih določb upoštevati tudi določbe Direktive Sveta 1999/70/ES z dne 28. 6. 1999 o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, ki določa pravila, ki preprečujejo veriženje kratkotrajnih pogodb o zaposlitvi. Navedena direktiva je s prenosom v domači pravni red posameznih držav članic poostrila in uredila pravne posledice pri zlorabi,<sup>89</sup> prav tako pa je prinesla sodno prakso v evropskem okviru.<sup>90</sup>

### 3.2. Obid zakona z dogovorom o delitvi plače z namenom ubežanja pred upniki

Primer zaobidenega posla, ki zadeva področje delovnega prava, vendar zajema problem davčnega zaobidenja, je, ko se delodajalec in delojemalec dogovorita, da bo dolжник plačeval plačo v

<sup>87</sup> Prav tam, str. 74–75; Schurig, v: Heldrich/Sonnenberg, str. 381.

<sup>88</sup> Trüterjeva (str. 74–75) ob navedenem praktičnem primeru ugotavlja, da gre pri vprašanju, ali gre za navidezni ali zaobideni posel, pogosto bolj za spor glede pravilne dogmatične izpeljave kot za primer pravnega rezultata.

<sup>89</sup> V Sloveniji je tako leta 2003 začel veljati Zakon o delovnih razmerjih (ZDR); marca 2013 je ZDR-1 uvedel pomembne novosti na področju boja proti veriženju pogodb za določen čas, in sicer 31. člen (navedba razloga sklenitve delovnega razmerja za določen čas), 49. člen (mirovanje pridobljenih pravic, če je delavec predhodno že bil zaposlen za nedoločen čas) in 55. člen (omejitev sklepanja pogodb o zaposlitvi za določen čas).

<sup>90</sup> Referenčna zadeva na tem področju je sodba SES v zadevi C-212/04 (Konstantinos Adeneler in drugi v. ELOG – grško ministrstvo za podeželski razvoj in hrano), ki je (v 1. točki izreka) opredelila, da je treba določbo 5, točka 1(a) iz Priloge k Direktivi Sveta 1999/70/ES razlagati tako, da nasprotuje veriženju pogodb o zaposlitvi za določen čas, ki bi temeljilo zgolj na okoliščini, da je tako veriženje predvideno s splošno zakonsko ali podzakonsko določbo države članice. Nasprotno pa pojem »objektivni razlogi« v smislu navedene določbe zahteva, naj bo uporaba te posebne vrste delovnih razmerij, kot jo določajo nacionalni predpisi, upravičena s konkretnimi elementi, ki so povezani z zadevno dejavnostjo, in s pogoji njenega izvajanja. V 3. točki izreka sodbe pa je SES razzsodil, da v potrebi po zaščiti zaposlenih za določen čas (ob odsotnosti določb, ki bi delavce enako tretirala kot grške javne uslužbenice) okvirni sporazum nasprotuje uporabi nacionalnih predpisov, ki samo v javnem sektorju absolutno prepovedujejo, da bi zaporedne pogodbe o zaposlitvi za določen čas, ki so imele dejansko namen pokriti »stalne in trajne potrebe« delodajalca in ki jih je treba šteti za zlorabe, prešle v pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas.

višini, ki je s socialnimi predpisi varovana pred posegom upnikov na prejet dohodek, medtem ko bo razliko do pogodbenega zneska nakazal tretji osebi, to je njegovi ženi. Flume<sup>91</sup> govori o »šolskem« primeru zaobidenega posla, temelječem na sodbi Reichsgerichta,<sup>92</sup> ki je pri opredelitvi zaobidenega posla ugotovil resno, in ne navidezno naravo posla. Davčnopravno se zaobideni posel ne upošteva, zato se zahtevek tretjega (tj. žene), ki se nanaša na odstopljeno plačo, prišteva k davčni osnovi, kar pomeni, da ga mora delodajalec upoštevati pri odmeri dohodnine. Flume prav tako nakaže, da predstavlja odstop denarja tretji osebi razpolaganje z dohodkom, ki podlega tudi zakonskim določilom o obdavčitvi daril.<sup>93</sup> V nadaljevanju Flume pri razlagi primera »pogodbe o prenosu plače« (*Lohnschiebungsvertrag*) celo ugotavlja, da je (dohodninski) zakonski dejanski stan glede na celotni znesek zgolj prikrit, in ne odpravljen. Posli, ki so namenjeni prikrivanju davčnega zakonskega dejanskega stana, so v resnici davčne zatajitve (*Steuerhinterziehung*), in ne zaobideni posli.<sup>94</sup>

Kasnejša uvedba pravila o soodgovornosti tretje osebe in dolžnika do upnika je v teh primerih omogočila zaseg iz naslova zahtevka tretjega.<sup>95</sup>

### 3.3. Drugi primeri obida zakona na področju davčnega prava

Zaobideni posli, ki naj bi se namesto prepovedni normi izognili navezavi na abstraktni dejanski stan določenega zakona, so še posebno pomembni na področju davčnega prava.<sup>96</sup> Razen predhodno opisanega primera, ki je posegal na delovno področje, bom v zaključku opisal tudi primer, ki posega na področje statusnega gospodarskega prava.

Posebno zanimiv primer iz pravne literature se mi zdi teoretični pristop k razglabljanju o zaobidenju plačila davka iz kapitalskega dobička. Kdor torej prodaja določeno stvar (na primer nepremičnino) iz svojega premoženja, mora razliko med knjigovodsko vrednostjo in prodajno ceno obdavčiti kot dobiček. Takšno ravnanje pa lahko poskuša preprečiti tako, da namesto prodajne pogodbe sklene dolgoročno najemno pogodbo in predkupno pravico z najemnikom. Ali pa sklene s to stranko osebno družbo, v katero vloži nepremičnino, medtem ko druga oseba vloži denarna sredstva. Kasneje se kot družbenika v postopku prenehanja družbe odločita

<sup>91</sup> Flume, str. 408.

<sup>92</sup> RG 81, 41; podobno RAG 2, 119.

<sup>93</sup> Flume, str. 408.

<sup>94</sup> Prav tam, str. 409.

<sup>95</sup> Skozi posebne določbe par. 850h ZPO je za zaobideni posel podan učinek, po katerem je tretja oseba iz tega posla podvržena izterjavi, kot da bi bila sama dolžnica. Flume, str. 408; podobno Benecke, str. 39.

<sup>96</sup> Trüter, str. 73.

za delitev premoženja, pri čemer prvotni lastnik nepremičnine obdrži likvidna sredstva, druga stranka pa nepremičnino.<sup>97</sup>

Kot nazoren primer zaobidne pogodbe, ki posega na drugo pravno področje, je tudi sklenitev pogodbe o nakupu »d. o. o. plašča« (*GmbH-Mantel*)<sup>98</sup>. Z davčnopravne vidika gre za poskus uporabe t. i. davčnih izgub iz pretekle dejavnosti družbe, ki se nato pri kupcu navedenega plašča (oziroma lupine gospodarske družbe z akumulirano davčno in računovodsko izgubo iz preteklega poslovanja) uporabi za pokrivanje dobičkov in posledično nezavezanost k plačevanju davkov do pokritja teh davčnih izgub.<sup>99</sup> Nemška sodna oblast je v svoji odločitvi navedeni »nakup plašča« (*Mantelkauf*) opredelila kot neustrezno uporabo določil glede ustanavljanja gospodarskih družb. Tako so sodišča enačila t. i. nakup plašča z ustanovitvijo nove gospodarske družbe, pri čemer niso priznala odbitek predhodnih izgub od novo prigosodarjenih dobičkov iz rednega poslovanja s sklicevanjem na par. 42 AO.<sup>100</sup> S spremembo sodne prakse v letu 1987<sup>101</sup> pa je BFH v obrazložitvi (ene izmed dveh sodb) opredelil, da »dejstvo, da se v civilnem pravu nakupi plašča deloma prepoznavajo kot zaobideni posli, ne dopušča takojšnjega sklepa za uporabo par. 6 StAnpG.<sup>102</sup> Civilnopravno je zaobidenje interesov upnikov z opustitvijo temeljnih predpisov in predpisov glede odgovornosti sporna. Toda takšen zaobid ne vpliva na obdavčitev tožnice niti na njeno pravico do odbitka izgube.« V skladu s spremenjeno sodno prakso je tako zadostovala le predložitev pravne identitete za izvedbo odbitka davčne izgube, kar je vodilo k obsežni uporabi odbitka izgube v postopku oddajanja davčnih izkazov. Zakonodajalec je na to spremenjeno razsodbo sodišča odgovoril s tem, da je prvič zakonsko uredil pravila glede omejene uporabe davčnih izgub pri t. i. nakupu plašča v smislu par. 8/4 KStG.

Z zgodovinskega vidika je zanimiva tudi sodna praksa Finančnega sodišča rajha (*Reichsfinanzhof* – RFH), ki se nanaša na razsodbo glede odmere prometnega davka na zemljišča iz leta 1921. V skladu s par. 3 tedanjega GrunderwerbStG se je štelo, da je lahko davčni organ preprečil davčni zaobid ali znižanje davčne obveznosti, do katerega je sicer prišlo v primeru, da se je namesto prometa z zemljiščem opravljal promet na način, da so se prenašali zgolj deleži pravnih oseb. Vendar je par. 3 zajemal le primere, ko so se vsi deleži prenesli na tretjo osebo, ne pa primere, ko so se stranke zedinile, da se bodo poslovni deleži prenesli na več oseb. Ven-

<sup>97</sup> Prav tam.

<sup>98</sup> V praksi se uporabljata tudi naziva prazni plašč (*leeres Mantel*) ter rabljena družba (*gebrauchte Gesellschaft*).

<sup>99</sup> Trüter, str. 73.

<sup>100</sup> Prav tam, str. 78.

<sup>101</sup> BFH z dne 29. 10. 1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308; BFH z dne 29. 10. 1986 – I R 18-319/83, BStBl. II 1987, 310.

<sup>102</sup> Steueranpassungsgesetz (StAnpG) je bil v veljavi od 1934 do 1977. par. 6 StAnpG je predhodnik par. 42 AO.

dar RFH ni dobesedno sledil črki zakona in je v sodbi iz leta 1921<sup>103</sup> z vidika prepoznanega zaobidenega posla ugotovil nastanek davčne obveznosti v primeru, ko je družba z omejeno odgovornostjo v bistvu ustanovljena zgolj za namen »mobiliziranja« zemljišča ali ko v primeru več kupcev nekateri od njih delujejo (kot fiduciarji) za dejanskega kupca.<sup>104</sup>

Zanimiva je tudi sodna praksa Višjega upravnega sodišča (*Oberster Finanzhof* – OFH) na področju davčnega prava, ki se nanaša na dogovarjanje delodajalca in delojemalca glede višine dohodka, da ta pade v nižjo davčno stopnjo dohodnine. Tako je OFH v sodbi iz leta 1948,<sup>105</sup> ki se nanaša na primer, ko je delodajalec sporazumno znižal plačo z 200 na 199 RM oziroma s 300 na 299,90 RM in od novega dohodka odtegnil nižji davek na dohodek – v nasprotju z izreki predhodnih sodb RFH –, odločil, da ne gre za zaobideni posel v smislu (tedaj veljavnega) par. 6 St AnpG.<sup>106</sup>

### 3.4. Obid zakona na upravnem področju

Za razumevanje zaobidenega posla je poučen tudi primer s področja upravnega prava: gostincu G so zaradi pijančevanja odvzeli licenco za gostinstvo.<sup>107</sup> Ker ni hotel opustiti svoje dejavnosti, je prodal gostilno prijatelju P, ki pa ni imel interesa za ukvarjanje z gostinsko dejavnostjo. Pri tem sta se dogovorila, da bo P pridobil svojo licenco za gostinstvo, medtem ko bo G kot poslovodja aktivno vodil gostilno. Podano je vprašanje, ali je takšen dogovor veljaven. Iz določbe nemškega zakona o gostiščih<sup>108</sup> izhaja, da G ne more voditi obrata brez obveznega dovoljenja. Ta zakonska prepoved je bila zaobidena, ko je G v dogovoru s P-jem prišel v položaj, ko lahko vodi gostinski lokal. Zato je dogovor, da bo G vodil gostinski lokal kot njegov poslovodja, v skladu z zakonsko določbo, ki ureja gostinstvo, in določbo par. 134 BGB ničn. Iz navedenega se pojavi tudi vprašanje, če je kupoprodajna pogodba zajeta v posledico ničnosti dogovora. To bi bil primer, ko kupoprodajna pogodba in dogovor predstavljata pravni posel v smislu par. 139 BGB (določba o delni ničnosti) in ni mogoče domnevati, da bi G in P sklenila kupoprodajno pogodbo tudi brez dogovora o poslovodenju gostinskega obrata. V tem primeru kupoprodajna pogodba in dogovor o poslovodenju ne predstavljata samostojnih poslov, ki sta ločena drug od drugega, saj sta G in P pristopila k prometu z gostinskimi obratom z ozirom na to, da sledi dodaten dogovor. V skladu z voljo strank v smislu par. 139 BGB tako

<sup>103</sup> Sodba RFH z dne 26. 4. 1921.

<sup>104</sup> Römer, str. 4.

<sup>105</sup> Sodba OFH z dne 9. 3. 1948, StW 1948, nr. 18.

<sup>106</sup> Römer, str. 4.

<sup>107</sup> Podlaga je podana v nemškem zakonu o gostiščih (*Gaststättengesetz*), in sicer par. 15 v povezavi s par. 4/1/št.1 *GaststättenG*.

<sup>108</sup> Par. 2/1/s.1 *GaststättenG*.

obstaja samo en posel. V skladu z dejanskim stanjem kupoprodajna pogodba, ki sicer ni zajeta v par. 134 BGB, ne bi bila sklenjena, če bi pogodbeni stranki vedeli za ničnost v par. 134 BGB zajetega dela celovitega posla, to je dogovora o poslovanju. Tako je G-ju šlo zgolj za zaobid zakona, medtem ko P ni imel nikakršnega lastnega interesa v gostinski dejavnosti. Posledično sta oba dela celovitega posla nična.<sup>109</sup>

Z zgodovinskega vidika pa je še posebno zanimiva pravna praksa Višjega upravnega sodišča (*Oberverwaltungsgericht* – OVG) glede zadeve javnega prava po par. 4 pruskega Lovskega reda<sup>110</sup> iz leta 1907. Po tej določbi so se lahko zemljišča, ki so bila v rokah enega posameznega lastnika ali več solastnikov, oblikovala v zasebni lovski okraj (*Eigenjagdbezirk*), če je ta obsegal najmanj 75 hektarjev. Po začetnem odobravanju s strani OVG se je oblikoval način ravnanja, da se je več lastnikov zemljišč v skupni površini 75 ha združilo in so si vzajemno po 1/100 ali 1/1000 prepustili solastništvo nad zemljišči ter tako ustvarili zaseben lovski okraj. Kasneje je OVG v sodbi iz leta 1923<sup>111</sup> prepovedal takšno obliko oblikovanja lovskih okrajev (s pridobitvijo lovskih pravic) z utemeljitvijo, da gre za zaobideni posel, katerega učinkovitost se pod nobenim pogojem ne sme priznati.<sup>112</sup>

### 3.5. Vrste izvedbe obida zakona

Stranke pogosto ne uporabijo zakonsko razpoložljive pravne oblike za udejanjenje svojih poslov. Razlog je v tem, da zakonska ureditev glede uporabe tipičnih pravnih oblik vsebuje pravila, ki so za stranke neizvedljiva ali zgolj nadležna. Nadaljnji razlog za uporabo tujeobličnega pravnega posla so lahko prepovedne norme, ki prepovedujejo določene oblike pravnih poslov ali samo doseganje pravnih učinkov, ki jih zakon veže na uporabo določenih pravnih oblik. Z uporabo tujeobličnih pravnih poslov pa se želijo temu izogniti.<sup>113</sup>

Sodnik v nemškem pravnem sistemu ni vezan na označbe (tipa) posla, ki jih izberejo pogodbeniki. V nasprotju s pravnimi sistemi, kjer je uporaba določenih besed tesno povezana z nastopom določenih pravnih posledic, pa je v nemškem pravnem ustroju sodniku prosto dano, da na podlagi celovite presoje (*Gesamtbetrachtung*) pravnega posla le-temu dodeli neki

<sup>109</sup> Rüßmann, 2006, str. 224; podobno Bork, str. 304.

<sup>110</sup> Jagd-Ordnung für das Königreich Preussen.

<sup>111</sup> Sodba OVG z dne 22. 2. 1923, OVG 78, 370 (DJZ 1923, Sp. 311).

<sup>112</sup> Römer, str. 5.

<sup>113</sup> Baeck, str. 92–93.

drug tip posla. Na podlagi dodelitve k drugemu tipu posla uporabi sodnik za to vrsto posla ustrezne predpise.<sup>114</sup>

Številčna množica oblik (zakonskega) obida, ki so še posebno zaznane v davčnem, dednem in delovnem pravu in pravu gospodarskih družb, daje določene ponavljajoče se variante oblikovanja strategij zaobidenih poslov. Tako poznamo štiri tipične strategije oziroma pojavne oblike obidnega ravnanja.<sup>115</sup>

1. Pogodbene stranke sklenejo pogodbo, ki jo prekrijejo z napačno uvrstitvijo sprejetega dogovora oblike. Gre za uvrstitev enega pravnega posla v obleko drugega pravnega posla. Oblike zaobidenih poslov so običajno navezane na norme, katerih posamezne predpostavke so bile (pre)oblikovane skozi sklenitev ali vsebino pravnega posla. Ena izmed značilnih oblik zaobidenega posla se kaže v tem, da stranke skozi obliko dogovorjene pogodbe prikrijejo pravo obliko ali pravni temelj. Govorimo o obliki »prikrievanja kavze« (*Verschleierung der causa*).
2. Druga oblika strategije zaobida, ki nastopa v okviru izvajanja pravnih norm, katerih pravne posledice so vezane na dosego določene številčne meje (konkretna norma), se nanaša na razčlenitev pravnega posla v delne pravne posle, saj bi bile sicer meje prekoračene. Tako se enotni pravni posel razčleni v več posamičnih pravnih poslov, z namenom izogniti se pravnim normi, katere uporaba je odvisna od doseganja določene numerične meje. V literaturi je navedena oblika zaobidenega ravnanja označena kot »razčlenitev enotnega pravnega posla« (*Aufspaltung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts*).
3. Dodatna oblika zaobidenega posla je redna kombinacija več pravnih poslov, ki so kot del nekega skupnega koncepta drug za drugim (zaporedoma) tako razporejeni, da so učinki, ki jih povzroči ena pogodba, kasneje skozi naslednji posel ali naslednje posle v celoti ali deloma obrnjeni. Tako s skupnega gledišča sama oblika celovitega posla nima namere česarkoli spremeniti glede na izhodiščni položaj ali pa se je oblika spremenila le v obsegu preostalih učinkov prve pogodbe. Tako iz namere sprožiti ugodne pravne posledice ali preprečiti določeno negativno posledico udeleženci najprej izpolnijo predpostavke odločilne pravne norme, izpolnijo abstraktni dejanski stan in jo nato z izvedbo (v celoti ali delno) nasprotnih pravnih poslov povrnejo na izhodišče. Navedena oblika zaobidenega ravnanja se označuje kot primer »nasprotujoče oblike (poslov)« (*gegenläufige Gestaltungen*).
4. Z namenom izogiba pravnim normam, ki temeljijo na delovanju ali lastnostih oseb ali njihovega pravnega položaja, se vključi neki drugi subjekt – bodisi fizična bodisi pravna ose-

<sup>114</sup> Rezultat pri ugotovitvi zaobidenega posla je enak, kot če bi bil ugotovljen obstoj navideznega posla in bi bile za prikriti posel uporabljene ustrezne določbe v smislu par. 117/2 BGB. Trüter, str. 79.

<sup>115</sup> Sieker, str. 4 in 214–218.

ba –, katerega delovanje bo usmerjal mož v ozadju (*Hintermann*). V strokovni literaturi je to opredeljeno kot primer »vključitve druge osebe« (*Zwischenschaltung einer Person*).

#### 4. Pravni učinki zaobidenega posla v nemškem pravu

V svoji definiciji par. 134 BGB določa ugovor pravnega reda proti načelu (popolne) svobodne izbire. Ustreza razmišljanjem, da določeno ravnanje po eni strani ne more biti zakonsko prepovedano, po drugi strani pa pravni posel ob tem ravnanju ostaja dovoljen.<sup>116</sup> V skladu s par. 134 BGB je pravni posel, ki krši zakonsko prepoved, ničen, če iz samega zakona ne izhaja kaj drugega. Tudi ta ničnostni razlog je izjema od siceršnje pogodbene svobode, saj so običajne predpostavke pravnega posla izpolnjene in tako pravne posledice izostanejo zgolj zaradi posebnih zakonskih določil par. 134 BGB.<sup>117</sup> Pri tem ni mogoče par. 134 BGB razumeti na način, da vsak posel, ki krši zakon, vodi v ničnost. Najprej je treba preveriti, ali gre v tem primeru za prepovedno normo v smislu par. 134 BGB. Če se temu pritrди, se postavi vprašanje, ali cilj in namen prepovedne norme zahtevata ničnost zadevnega posla. Da ni vedno tako, nakazuje druga polovica stavka v členu par. 134 BGB.<sup>118</sup>

Člen 134 BGB je na splošno vsebinsko prazna norma, saj je prepovedan pravni posel samo tedaj ničen, če ni v prepovedni normi zapovedanega kaj drugega. Tega, ali je posel veljaven ali ničen, ne zapoveduje par. 134 BGB, temveč to določa prepovedna norma. Tako se par. 134 BGB omejuje zgolj na prisilne zakonske prepovedi s posledico ničnosti, pri čemer navedeni člen ne določa, kako jih prepoznati. Tako je iskanje podrejeno smislu in namenu prepovedne norme.<sup>119</sup> Določilo par. 134 BGB tako povezuje izključitev veljavnega pravnega posla s pridržkom, da se iz prepovedne norme lahko uporabi neka druga sankcija ali ostane celo brez sankcije. S tem ni mišljeno, da navedeno določilo zapoveduje civilnopravne sankcije, saj v primeru, ki se veže na specialni predpis, do uporabe par. 134 BGB sploh ne pride. Nasprotno, če se uporabi »nekaj drugega« (drugi del stavka par. 134 BGB), bo izvzetje ničnosti sledilo smislu in namenu posamezne prepovedne norme.<sup>120</sup> Po Kramerju<sup>121</sup> je mogoče določbo par. 134 BGB v skladu z upoštevanjem drugih zakonskih okvirov takole konkretizirati: »Pravni

<sup>116</sup> Primeroma se to kaže v dejstvu, da pravni red, ki sankcionira umor po kazenskem zakoniku (par. 211 StGB), ne more nekaznovano pustiti morebitni zavezovalni pravni posel, ki je nekoga zavezoval k izvedbi umora. Rüßmann, 2006, str. 218.

<sup>117</sup> Schellhammer, str. 1068.

<sup>118</sup> Rüßmann, 2006, str. 218.

<sup>119</sup> Schellhammer, str. 1070.

<sup>120</sup> Armbrüster v: Säcker, str. 1567–1568.

<sup>121</sup> Kramer, str. 117.

posel, ki krši zakonsko prepoved, je ničen, razen če iz cilja in namena prepovedne norme ne izhaja, da naj bi bil prepovedani pravni posel veljaven ali samo omejeno ničen.«

Neki pravni posel ni že tedaj ničen, če iz zakona izhaja graja opredeljene oblike in načina sklenitve posla, temveč šele tedaj, ko želi zakon preprečiti pravne posledice tega posla. Izvedba namena zaščite iz prepovedne norme se opravi z razlago prepovedne norme. Le-ta spremlja tudi okoliščino, ali se zakonska prepoved nanaša zgolj na eno ali obe pogodbeni stranki. V prvem primeru pravni posel najpogosteje ostaja v veljavi, medtem ko v drugem primeru postane ničen. Toda to je le groba delitev. Že v primeru enostranske zakonske prepovedi pride do ničnosti posla, če zakonska prepoved drugemu poslovnemu partnerju zagotavlja zaščito, ki jo lahko doseže le skozi posledico ničnosti pravnega posla. Tudi grožnja s kaznijo ali drugim sredstvom za zagotavljanje reda je samo dodaten indic za ničnost posla.<sup>122</sup>

Ničnost zajema tudi zaobidene posle, ki želijo doseči iz prepovedne norme nekoliko deformiran uspeh na način, da prepovedna norma ni neposredno zajeta. Tu je še posebno zapovedana skrbnost, saj zaobideni posli, v kolikor se jih opazuje zgolj izolirano, nimajo nikakršnih napak. Šele ko se v ozir vzame tudi razlaga prepovedne norme, ki želi na splošno preprečiti uspeh pravnega posla, se uporabi par. 134 BGB.<sup>123</sup> Norma tako mora vsebovati prepoved, kar se posreduje skozi razlago. Potrebno je, da zakon želi določeno vedenje prepovedati in se mu izogniti. Drugače povedano: gre za to, ali je posel v skladu s smislom in namenom pravne norme.<sup>124</sup>

Čeprav za prepoved nekega pravnega posla manjka izrecno pravno normiranje, lahko kljub temu pride do ničnosti takšnega zaobidenega posla, ko želi stranka sam cilj in namen prepovedne norme zaobiti z uporabo izbrane pravne oblike. To je primer, ko prepovedna norma ne prepoveduje zgolj posla skozi določeno obliko, temveč želi preprečiti pravni ali gospodarski uspeh tega posla.<sup>125</sup> Tako je lahko tudi pravni posel, ki ne krši neposredno besedila prepovednega zakona, ničen. Predpostavka je, da zakon popolnoma prepoveduje poslovno želen uspeh.<sup>126</sup> Če pa se nasprotno nanaša le na določen način izvedbe poslovanja, torej zgolj na uporabo določenega sredstva za uresničitev sicer dovoljenega uspeha, potem ni podan primer obida zakona, temveč gre za dovoljeno uporabo zasebnopravne svobode oblikovanja pravnega posla, če želi zakonsko odobravajoč uspeh doseči na način, ki ni zajet z besedilom oziroma smislom zakona. Vprašanje, ali gre za prvi ali drugi primer, se po današnjem splošnem mnenju ne nanaša samo na prepovedne norme, temveč na vsa pravila prisilnega prava.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> Schellhammer, str. 1070–1071.

<sup>123</sup> Rütters/Stadler, str. 405.

<sup>124</sup> Boemke/Ulrici, str. 184–185.

<sup>125</sup> Rüßmann, 2006, str. 224.

<sup>126</sup> Dorn, v: Schmoeckel, str. 674–675.

<sup>127</sup> Prav tam, str. 675.

## 5. Teorija in praksa glede zaobidenega posla v slovenskem davčnem pravu

Medtem ko je slovenski pravni red opredelil zakonski definiciji navideznega posla v civilnem pravu (50. člen OZ) in davčnem pravu (tretji odstavek 74. člena ZDavP-2), pa obid zakona (*fraus legis*) ni predmet opredelitve v obligacijskem, delovnem, gospodarskostatusnem ali drugem pravu, temveč njegova pojavnost izhaja iz strokovne literature in se posredno (s sklicevanjem na literaturo) uporablja v sodni praksi slovenskih sodišč.<sup>128</sup>

Preboj pa je bil dosežen v davčnem pravu (ZDavP-1), kjer je slovenski zakonodajalec z letom 2005 vpeljal definicijo, da »se z izogibanjem<sup>129</sup> ali zlorabo drugih predpisov ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju«. Z letom 2005 se je v slovenskem davčnem pravu začela uporabljati tudi določba o davčnih posledicah navideznega (in prikritega) posla.

Pojem davčno zaobidenje (oziroma davčni zaobid)<sup>130</sup> – kot podvrsta obida zakona – ni pogost predmet teoretične razprave niti praktičnega opisovanja v slovenski literaturi s področja davčnega prava. Še redkeje se slovenski avtorji srečujejo z obidom zakona (*fraus legis*); slednjemu namenjajo pozornost zgolj avtorji, ki se posvečajo zgodovini rimskega prava.<sup>131</sup>

Nemški določbi o davčnem zaobidenju v par. 42 AO ima v našem davčnem sistemu primerjalno povsem enako funkcijo četrti odstavek 74. člena ZDavP-2.<sup>132</sup> Ta določba utemeljuje, da ni mogoče zaobiti davčnega ali drugega zakona z uporabo sredstev izogibanja ali zlorabe.<sup>133</sup>

Formalna definicija četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2, ki se uporablja od 1. 1. 2007, je naslednja: »Z izogibanjem ali zlorabo drugih predpisov se ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju. Če se ugotovi takšno izogibanje ali zloraba, se šteje, da je nastala davčna obveznost, kakršna bi nastala ob upoštevanju razmerij, nastalih na podlagi gospodarskih (ekonomskih) dogod-

<sup>128</sup> Na obid zakona (*fraudem legis agere*) se na primer sklicujejo naslednji sodni akti v civilnih zadevah: sodba VS III Ips 31/2011 z dne 5. 7. 2011, sklep VSL II Cp 2524/2012 z dne 8. 5. 2013, sklep VSL II Cp 1708/2014 z dne 29. 4. 2014 ter sodba in sklep VSL I Cpg 269/2015 z dne 8. 7. 2015.

<sup>129</sup> Pri tem velja poudariti ugotovitev, da se v šestem odstavku 7. člena ZDavP-1 oziroma (pri njegovem nasledniku) v četrtem odstavku 74. člena ZDavP-2 uporabljen izraz »izogibanje« nanaša na nenatančno poimenovanje zakonodajalca za davčno zaobidenje, ki izhaja iz zmotne prevedbe nemškega »umgehung« ter angleškega »avoidance«.

<sup>130</sup> V slovenski pravni literaturi – s poudarkom na znanstvenih in strokovnih revijah in časopisih z davčnega in ekonomskega področja – avtorji uporabljajo različne izraze (davčno zaobidenje, davčno izogibanje, zakonita evazija, pogosto pa tudi angleški izraz *tax avoidance*), kar kaže na problem neenotnega in nejasnega definiranja navedenega pravnega pojma.

<sup>131</sup> J. Kranjc, Rimsko pravo, 2. izdaja, GV Založba, Ljubljana, 2010; V. Korošec, Rimsko pravo I. del, Splošni del, osebno, stvarno in obligacijsko pravo, Uradni list RS, Ljubljana, 2005.

<sup>132</sup> Kozina, str. 13.

<sup>133</sup> Šumrada, v: Brown, str. 283–284.

kov.« Sicer pa je bilo davčno zaobidenje (v isti formulaciji) opredeljeno že v ZDavP-1, ki se je začel uporabljati dne 1. 1. 2005, in sicer v šestem odstavku 7. člena.

Medtem ko nemški predpis govori o »zlorabi oblikovnih možnosti prava« (*Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts*), sta v slovenskem predpisu uporabljena izpolnitvena pogoja »izogibanje« (oziroma natančneje davčno zaobidenje<sup>134</sup>) in »zloraba drugih predpisov«, navedena z veznikom »ali«. Tudi v nemškem davčnem pravu sta pri definiranju zakonskega dejanskega stana splošne norme o zaobidu, določene v par. 42 AO, izraza »zloraba« (*Missbrauch*) in »davčno zaobidenje« (*Steuerumgehung*) podana drug ob drugem in tako predstavljata znaka tega abstraktnega dejanskega stana.<sup>135</sup> Definicija zlorabe v nemškem davčnem pravu je podana v par. 42/2/s.1 AO, in sicer ta obstaja, »če je izbrana neprimerna pravna oblika, ki pri davčnem zavezancu ali tretji osebi v primerjavi z ustrežno obliko vodi do zakonsko nepredvidene davčne ugodnosti«. Nemški zakonodajalec je tako zlorabo opredelil kot objektivni (in ne subjektivni) element, vezan samo na ugotovitev dejstva, da je ugotovljena oblika pravnega posla, ki udeležencem v poslu omogoča davčne koristi, ki jih sicer zakonodajalec za to vrsto poslov ni predvidel.

V tem pogledu je slovenski zakonodajalec s tem, ko je določil, da se »z izogibanjem ali zlorabo drugih predpisov ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju«, postavil nerodno definicijo, ki pa jo je potrebno razumeti v tem kontekstu: kršitev (izogibanje oziroma zaobidenje) določenega »nedavčnega« predpisa povzroči kršitev (izogibanje oziroma zaobidenje) davčnega predpisa. »Druge predpise« je treba razumeti kot množico vseh obligacijskopравnih, delovnopравnih, statusnopравnih ipd. predpisov, katerih rezultat v obliki pravnega posla ali ekonomskega rezultata predstavlja posledico v obliki zaobida davčnega učinka (obdavčitve) na davčnem področju, ki ga je predvidel zakonodajalec.

Tudi drugi stavek četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2 je treba analizirati. Ta definira, da se v primeru, »če se ugotovi takšno izogibanje ali zloraba, šteje, da je nastala davčna obveznost, kakršna bi nastala ob upoštevanju razmerij, nastalih na podlagi gospodarskih (ekonomskih) dogodkov«. Podobna je definicija par. 42/1/s.3 AO, ki določa, da »drugače (tj. ko v posameznem davčnem zakonu ni izpolnjen zakonski dejanski stan, ki služi preprečevanju davčnega zaobida; kar smiselno izhaja iz definicije par. 42/1/s.2 AO) nastane pri obstoju zlorabe v

<sup>134</sup> V določbi četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2 vsebovan izraz »izogibanje« predstavlja sopomenko davčnemu zaobidenju (*Steuerumgehung*), kar izhaja tako iz jezikovne kot teleološko primerjalne analize z določbo par. 42 AO.

<sup>135</sup> Pri tem večina nemških pravnih teoretikov govori o »zaobidenju« in »zlorabi obličnosti« kot sopomenkah, še zlasti iz vidika, da (sodobna) nemška literatura zlorabi kot subjektivnemu elementu človekovega ravnanja ne priznava znaka konkretnega dejanskega stana določbe par. 42 AO. Sicer pa izraz »zloraba« izhaja iz naslova par. 42 AO, kakor tudi iz besedila prvega in tretjega stavka prvega odstavka ter prvega stavka drugega odstavka. Drugi izraz, tj. »zaobidenje«, pa je podan v prvem in drugem stavku prvega odstavka.

smislu drugega odstavka takšen davčni zahtevek, kot bi nastal pri pravni obliki, ki je primerna gospodarskemu dogajanju».

Najpomembnejša je po mojem mnenju ugotovitev, da četrti odstavek 74. člena ZDavP-2 predstavlja paralelen predpis nemškemu določilu o zaobidenih poslih, navedenem v par. 42 AO. Navedena določba je v primerljivem nemškem davčnem pravu najbolj uporaben in razširjen pravni instrument davčne oblasti v boju proti izogibanju davčnim obveznostim.

Pri tem je bistvena razlika med navideznim in zaobidenim poslom (tako v slovenskem kot nemškem davčnem pravu) v tem, da se v prvem primeru pogodbeniki pri sklenitvi pravnega posla zavedajo, da sklepajo pravni posel le deklaratorno, medtem ko do izvršitve ne pride. Pri davčnem zaobidu pa pogodbene stranke posel, ki ga resnično želijo, tudi izvedejo, pri čemer ga tako »embalirajo« (pravno oblikujejo), da dosežejo neupravičeno znižanje davčne obveznosti, ki pa je zakonodajalec za ta posel ni predvidel.

Zaradi opredeljene (pomembne) razlike med navideznim in zaobidenim poslom pa ugotavljam, da slovenska davčna praksa (in tudi teorija) določbe o boju zoper davčno zaobidenje ne uporablja. Tako predstavlja četrti odstavek 74. člena ZDavP-2 pomemben pravni instrument, ki pa (v pretežni meri) še ni v »orožarni« slovenske davčne uprave, čeprav ga je zakonodajalec za to predvidel. Navedeno je bilo ugotovljeno tako z vpogledom v dosedanjo sodno prakso slovenskih sodišč kot v pojasnila (odgovore) na spletni strani davčnega organa, ki pojma davčni obid (oziroma »davčno izogibanje« ali zgolj brezimensko sklicevanje na četrti odstavek 74. člena ZDavP-2) ne obravnava oziroma uporablja.

## 7. Sklep

V praksi se povečuje število primerov, ko zavezanci prestopijo (sicer zamegljene) meje legalnega ravnanja z uporabo (modificiranih in zavajajočih oblik) pravnih poslov, prav z namenom doseganja gospodarskih koristi enega ali obeh udeležencev v poslu ter posledično oškodovanja (prevaranja) bodisi nasprotno pogodbene stranke bodisi tretje osebe. Pri opredelitvi problema zaobidenega (pa tudi navideznega) posla ne gre za periferno področje civilnega prava, temveč za njegovo srčiko, kar se kaže v teptanju bistva pravnega posla (kot napake volje) ter nedovoljenem izigravanju načela avtonomije strank in kogentnih pravnih norm.

## Literatura

- Armbrüster, Christian. par. 134 Gesetzliches Verbot. V: Säcker, F. J. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2006, str. 1566–1616.
- Benecke, Martina. Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- Behrends, Okko. Die Frau legis: Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation. Göttingen: Otto Schwarz, 1982.
- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: American Philosophical Society, 1953.
- Boemke, Burkhard. Ulrich, Bernhard. BGB Allgemeiner Teil, Berlin: Springer Verlag, 2009.
- Böing, Christian. Steuerlicher Gestaltungsmissbrauch in Europa. Hamburg: Verlag dr. Kovač, 2006.
- Bork, Reinhard. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. izdaja. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Dorn, Franz. par. 134–137 Nichtichkeit I. V: Schmoeckel, M. (ur.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil und §§ 1–240*. Zvezek 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, str. 655–678.
- Engert, Wolfgang. Umgehungsgeschäfte im Grundstückverkehrsrecht. Doktorska disertacija. Hochschule Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, 1966.
- Fickel, Hartmut. Scheingeschäft und verdecktes Geschäft im Deutschen, Französischen und Italienischen Recht. Doktorska disertacija. Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg 1966.
- Flume, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: das Rechtsgeschäft. 2. zvezek, 4. izdaja. Berlin/Heidelberg, Springer Verlag, 1992.
- Heeder, Oliver. Frau legis. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verbot der Gesetzesumgehung in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Frankreich und Belgien, unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1998.
- Heldrich, Andreas. Sonnenberg, Hans Jürgen. Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988. Frankfurt am Main: Verlag für Landesamtswesen, 1988.
- Heinrichs, Helmut. Willenserklärung. V: Palandt, O. in drugi (ur.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. Zvezek 7, 60. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2001, str. 81–141.
- Honsell, Heinrich. Mayer-Maly, Theo. Selb, Walter. Römisches Recht – Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft. 4. izdaja. Berlin: Springer-Verlag, 1987.
- Honsell, Heinrich. Römisches Recht. 7. izdaja. Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer, 2010.
- Kallimopoulos, Georgios D. Die Simulation im bürgerlichen Recht, Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1966.

- Kaser, Max. Das römische Privatrecht I. 2. izdaja. München: Verlag C.H. Beck, 1971.
- Korošec, Viktor. Rimsko pravo I. del, Splošni del, osebno, stvarno in obligacijsko pravo. Ljubljana: Uradni list RS, 2005.
- Kozina, Jože. Razlikovanje med davčnim izogibanjem, davčnim zaobidenjem in davčno zatajitvijo v davčnem in kazenskem pravu. Magistrska naloga. Maribor: Pravna fakulteta UM, 2011.
- Kranjc, Janez. Rimsko pravo. 2. izdaja. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- Kramer, Rainer. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtichkeit von Rechtsgeschäften (par. 134 BGB). Doktorska disertacija. Rechts- und Wissenschaftliche Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, 1976.
- Kramer, Ernst A. par. 117 Scheingeschäft. V: Säcker, F. J. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2006, str. 1313–1323.
- Krauss, Rudolf. Die Lehre vom Scheingeschäft, Rechtsvergleichende Darstellung des gemeinen, deutschen, österreichischen, schweizerischen und französischen Zivilrechts. Doktorska disertacija. Juristische Fakultät München, 1930.
- Krüger, Hugo. Kaser, Max. Frasu. SavZtschr., rom. Abtlg. (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung). Zvezek 63, 1943.
- Larenz, Karl. Wolf, Manfred. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 9. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- Medicus, Dieter. Allgemeiner Teil des BGB. 9. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlagsgruppe, 2006.
- Oguz, Arzu. Probleme der Simulation in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht. Doktorska disertacija. Hohe Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München 1996.
- Pfaff, Ivo. Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. Dunaj: Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts- Buchhandlung, 1892.
- Römer, Gustav. Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht. Zvezek 2. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1955.
- Rüßmann, Helmut. Bürgerliches Vermögensrecht. Saarbrücken/Homburg: Universität des Saarlandes, 2002.
- Rüßmann, Helmut. Bürgerliches Vermögensrecht. Saarbrücken/Homburg: Universität des Saarlandes, 2006.
- Rüthers, Bernd. Stadler, Astrid. Allgemeiner Teil des BGB. 15. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2007.
- Schellhammer, Kurt. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen – samt BGB Allgemeiner Teil. 7. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlagsgruppe, 2008.
- Schurig, Klaus. Die Gesetzesumgehung im Privatrecht. V: Heldrich, A., in Sonnenberg, H. J. (ur.), *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*. Frankfurt am Main: Verlag für Standesamtswesen, 1988, str. 375–422.

- Sieker, Susanne. Umgehungsgeschäfte, typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- Sieker, Susane. Steuergleichheit und Steuergestaltung. V: Mellinghoff, R., in Palm, U., *Gleichheit im Verfassungsstaat: Symposion aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, str. 195–210.
- Šumrada, Nana. Slovenia. V: Brown, Karen B., *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*. Dordrecht Heidelberg London New York: Springer Science + Business Media B.V., 2012, str. 277–297.
- Teichmann, Arndt. Die Gesetzesumgehung. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1962.
- Thuronyi, Victor. Comparative Tax Law. Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Trüter, Sabine. Steuerlich motivierte Scheingeschäfte, Ihre Behandlung in Zivilrecht. Doktorska disertacija. Universität Hamburg, 1987.
- Zimmermann, Reinhard. The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition. New York: Oxford University Press, 1996.