

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA*

**ROZSZERZAJĄCA INTERPRETACJA ZASADY
IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST (D. 50,17,185)
A DOGMATYCZNA NIESPÓJNOŚĆ KONCEPCJI
ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ Z § 311A (2) BGB**

1. Wstęp

Niniejszy artykuł jest kontynuacją rozważań dotyczących początkowej obiektywnej niemożliwości świadczenia w znowelizowanym¹ BGB². Ustawowe, rozszerzające na niemożliwość następczą (subiektywną i obiektywną) sformułowanie zasady Celsusa w § 275 ust. 1 (w zw. z § 311a ust. 1) BGB przedstawione zostało w poprzednim artykule i dotyczyło problematyki pierwotnego obowiązku świadczenia³, natomiast skutki tej niezgodnej z historycznymi źródłami interpretacji odzwierciedla niespójna dogmatycznie koncepcja odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z § 311a ust. 2 BGB.

* Dr, LL.M. (Münster), Katedra Prawa Rzymskiego, Uniwersytet Łódzki, e-mail: dSkrzywanek@wpia.uni.lodz.pl

¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts z 26.11.2001 r., Bundesgesetzblatt I, 29.11.2001, Nr 61, s. 3138 i n. W przedmiocie zakresu oraz założeń nowelizacji niemieckiego prawa zobowiązań, wraz z bibliografią, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim*, SPE 2010/LXXXI, s. 131 i n.

² Bürgerliches Gesetzbuch [dalej: **BGB**].

³ W przedmiocie interpretacji reguły *Impossibilium* w zarysie historycznym oraz we współczesnym prawie niemieckim, wraz z bibliografią, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Historyczne tło ustawowego sformułowania zasady Impossibilium nulla obligatio est (D. 50,17,185) w niemieckim kodeksie cywilnym* SPE 2012/LXXXVI.

§ 311a BGB

(1) [...]

(2) Wierzyciel może domagać się według swego wyboru odszkodowania w miejsce świadczenia lub zwrotu poniesionych nakładów w zakresie wskazanym w § 284⁴. Paragrafu tego nie stosuje się, jeśli dłużnik w chwili zawarcia umowy nie wiedział o przeszkodzie w świadczeniu i za swoją niewiedzę także nie odpowiada. § 281 ust. 1 zd. 2 i 3⁵ oraz ust. 5⁶ stosuje się odpowiednio⁷.

Z brzmienia tego przepisu wynika, że wierzyciel może domagać się odszkodowania w miejsce świadczenia lub, zgodnie z § 284 BGB, żądać zwrotu poniesionych nakładów⁸, jeżeli dłużnik w chwili zawarcia umowy wiedział o przeszkodzie w świadczeniu i odpowiada za swoją niewiedzę. Przesłanką odpowiedzialności z tytułu przeszkody istniejącej w chwili zawarcia umowy nie jest – zgodnie z projektem rządowym, który od 2002 r. stanowi obowiązujące w Niemczech prawo – naruszenie wyłączzonego – zgodnie z § 275 ust. 1 – obowiązku świadczenia, ale niewykonanie skutecznego – zgodnie z § 311a ust. 1 – przyrzeczenia świadczenia⁹. Zdarzeniem, za które wierzyciel uzyskuje na podstawie § 311a ust. 2 BGB odszkodowanie w granicach dodatniego interesu umowy¹⁰, jest zatem niewykonanie przez dłużnika skutecznie złożonego przyrzeczenia świadczenia, które w chwili zawarcia umowy było obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

⁴ § 284 BGB: *Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.*

⁵ § 281 BGB: (1) Zd. 2 *Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Zd. 3 Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

⁶ § 281 BGB: (5) *Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den § 346 bis 348 berechtigt.*

⁷ § 311a BGB: (2) *Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.*

⁸ Problematyka alternatywnego roszczenia z tytułu zwrotu poniesionych nakładów nie jest przedmiotem niniejszych rozważań.

⁹ Drucksachen des Bundestages [dalej: **BT-Drs.**] 14/6040, s. 165.

¹⁰ W przedmiocie rozumienia w prawie niemieckim interesu dodatniego (pozytywnego) oraz negatywnego (zaufania) zob. szerzej: **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Historyczne...*, s. 108 i n.

Choć z § 311a ust. 2 BGB wynikają takie same skutki prawne, jak z § 280 ust. 1¹¹ i § 283¹² BGB dla niemożliwości następczej, to obowiązek odszkodowawczy z tytułu przeszkody w świadczeniu o charakterze początkowym jest – zgodnie z wyraźnym zastrzeżeniem ustawodawcy¹³ – samodzielną podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku do uniwersalnej podstawy z tytułu naruszenia obowiązku umownego (§ 280 ust. 1 BGB)¹⁴. Ustawodawca podkreślał na etapie postępowania ustawodawczego, że obowiązki stron w stadium przed zawarciem umowy należą do problematyki błędu i braku odpowiedniego poinformowania o istniejącej przeszkodzie w świadczeniu¹⁵, i w związku z tym należy inaczej ukształtować okoliczności zwalniające dłużnika z odpowiedzialności odszkodowawczej. Podczas gdy dłużnik, stosownie do § 280 ust. 1 zd. 2 BGB, by zwolnić się z odpowiedzialności musi udowodnić, że niemożliwość jest skutkiem okoliczności, za które nie odpowiada, to stosownie do § 311a ust. 2 zd. 2 BGB musi udowodnić, że w chwili zawarcia umowy o niemożliwości nie wiedział i jego niewiedza jest skutkiem okoliczności, za które nie odpowiada.

2. Paragraf 311a ust. 2 BGB a § 307 starej wersji BGB

Odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu początkowej obiektywnej niemożliwości świadczenia regulował w starym prawie § 307 BGB:

§ 307 BGB 1900

(1) Kto przy zawarciu umowy, której przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, wie o niemożliwości lub powinien o niej wiedzieć, zobowiązany jest do naprawienia szkody, którą druga strona

¹¹ § 280 BGB: (1) *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*

¹² § 283 BGB: *Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 finden entsprechende Anwendung.*

¹³ BT-Drs. 14/6040, s. 166.

¹⁴ W przedmiocie wprowadzonego reformą pojęcia „naruszenia obowiązku” (*Pflichtverletzung*) oraz zależności, jaka zachodzi pomiędzy § 280 ust. 1 i § 283 BGB, wraz z bibliografią, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Impossibilium...*, s. 142 i n.

¹⁵ Tak BT-Drs. 14/6040, s. 166; **C.-W. Canaris**, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, Juristenzeitung [dalej: **JZ**] 2001, s. 507. Samodzielny charakter § 311a ust. 2 BGB podkreśla bezpośrednio i to, że nie ma w nim – inaczej niż w § 281–283 BGB – odwołania do § 280 BGB. Tak BT-Drs. 14/6040, s. 166.

poniosła przez to, że miała zaufanie co do ważności umowy, jednakże nie ponad tę szkodę, którą druga strona poniosła w wyniku zaufania co do ważności umowy. Obowiązek odszkodowania nie powstaje, jeśli druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości.

(2) Powyższe przepisy znajdują odpowiednie zastosowanie w sytuacji, gdy świadczenie jest tylko częściowo niemożliwe i umowa ze względu na możliwą część jest ważna lub, gdy jedno z wielu przyrzeczonych do wyboru świadczeń jest niemożliwe¹⁶.

Zgodnie z ust. 1 tego paragrafu, stronę, która w chwili zawarcia umowy wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości, zobowiązano do naprawienia szkody w granicach interesu zaufania. Przepis ten ograniczał ponadto wysokość odszkodowania do wysokości interesu dodatniego, a obowiązek odszkodowawczy nie powstawał, jeśli druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości świadczenia¹⁷. Z kolei obowiązujący § 311a ust. 2 BGB, na podstawie skutecznej umowy o świadczenie od początku obiektywnie niemożliwe do spełnienia (§ 311a ust. 1 BGB¹⁸), przyznaje wierzycielowi odszkodowanie w granicach interesu dodatniego¹⁹, jeśli dłużnik nie udowodni, że o niemożliwości nie wiedział, i że nie odpowiada za swoją niewiedzę.

Różnice pomiędzy starą i obecną regulacją dotyczą nie tylko strony uprawnionej do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym, ale także różnego zakresu odpowiedzialności oraz innego rozłożenia ciężaru dowodu. Paragraf

¹⁶ § 307 BGB 1900: (1) *Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss.* (2) *Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.*

¹⁷ W przedmiocie kształtowania się odpowiedzialności z § 307 starej wersji BGB w oparciu o materiały z postępowania ustawodawczego zob: **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Historyczne...*, s. 115 i n.

¹⁸ § 311a BGB: (1) *Der Wirksamkeit eines Vertrages steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.*

¹⁹ Bezpośrednią przyczyną przyjęcia w § 311a ust. 1 BGB skuteczności umowy o świadczenie od początku obiektywnie niemożliwe nie było uznanie roszczenia o jego spełnienie, ponieważ zgodnie z § 275 ust. 1 BGB świadczenie to jest wyłączone – *Impossibulum nulla obligatio est*. Intencją ustawodawcy było natomiast zagwarantowanie wierzycielowi w takim przypadku odszkodowania zamiast świadczenia (*Schadensersatz statt der Leistung*), a więc odszkodowania w granicach interesu dodatniego. Zob. BT-Drs. 14/6040, s. 165.

311a ust. 2 BGB przyznaje roszczenie o odszkodowanie tylko wierzycielowi umowy o świadczenie niemożliwe²⁰, podczas gdy na podstawie § 307 ust. 1 starej wersji BGB odszkodowania mogły domagać się obie strony w zależności od tego, która z nich w chwili zawarcia umowy wiedziała lub powinna była wiedzieć o niemożliwości²¹. Obowiązek odszkodowawczy z § 311a ust. 2 zd. 2 BGB z kolei nie powstanie, jeśli dłużnik udowodni, że w chwili zawarcia umowy o niemożliwości nie wiedział, a ponadto, że nie odpowiada za swoją niewiedzę. Ustawa obciąża dłużnika, analogicznie zresztą jak w przypadku przeszkód w świadczeniu o charakterze następczym (§ 280 ust. 1 zd. 2 BGB²²), domniemaniem prawnym, że przeszkoda istniejąca w chwili zawarcia umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Odwrócenia ciężaru dowodu nie przewidywał § 307 ust. 1 starej wersji BGB. Strona, która domagała się odszkodowania, musiała, zgodnie z ogólnymi zasadami udowod-

²⁰ Z tego względu, że § 311a ust. 2 BGB mówi o odszkodowaniu w miejsce świadczenia (*Schadensersatz statt der Leistung*), roszczenie to – zdaniem S. Klauscha (**S. Klausch**, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung*, Frankfurt am Main 2002, s. 199) oraz F. Fausta (**P. Huber, F. Faust**, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München 2002, nb. 14, s. 211) – może rzeczywiście przysługiwać w aktualnym stanie prawnym tylko wierzycielowi umowy o świadczenie niemożliwe. O ile jednak w chwili zawarcia umowy wierzyciel wiedziałby o niemożliwości i odpowiadałby za tę niewiedzę, to dłużnikowi mogłoby z kolei przysługiwać roszczenie o odszkodowanie w granicach interesu zaufania na podstawie przepisów o *culpa in contrahendo* (§ 280 ust. 1 w zw. z § 311 BGB). Paragraf 311a ust. 2 BGB możliwości takiej nie wyklucza. Tak, *ibidem*.

²¹ To, że zobowiązany do odszkodowania w świetle starej regulacji powinien wiedzieć o niemożliwości świadczenia, oznacza – zgodnie z brzmieniem § 122 ust. 2 BGB [*Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit kannte oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste)*] – że nie wiedział o niej na skutek niedbalstwa. Zgodnie natomiast ze znowelizowanym § 276 ust. 1 zd. 1 BGB [*Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist.*], dłużnik odpowiada za celowe i świadome działanie na szkodę wierzyciela, niedbalstwo, a ponadto, gdy udzielił gwarancji w zakresie wiedzy o możliwości świadczenia. Przyjmując za S. Klauschem, że celowa i świadoma niewiedza co do danego faktu jest równoznaczna z wiedzą o nim, to nowa regulacja różni się od starej w odniesieniu do zakresu odpowiedzialności tym, że *expressis verbis* odwołuje się do udzielanej przez dłużnika gwarancji w zakresie wiedzy o możliwości świadczenia. **S. Klausch**, *Unmöglichkeit...*, s. 200.

²² Treść tego paragrafu, zob. przyp. 11, s. 127.

nić, że jej kontrahent w chwili zawarcia umowy wiedział o niemożliwości lub powinien był o niej wiedzieć.

3. Dogmatycznie niespójna koncepcja odpowiedzialności odszkodowawczej z § 311a ust. 2 BGB

Ustawowe przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej z § 311a ust. 2 BGB wywołały w doktrynie ostrą dyskusję jeszcze przed wejściem w życie tej regulacji. Dyskusja ta przybrała postać ostrej wymiany zdań na łamach czasopisma „Der Betrieb” pomiędzy H. Altmeppenem²³ oraz autorem popieraną przez ustawodawcę koncepcji odpowiedzialności z tytułu początkowych przeszkód w świadczeniu – C.-W. Canarisem²⁴ i ze względu na jej nietypową, publiczną formę stała się znamienna dla okresu reformy.

Holger Altmeppen wyszedł wprawdzie ze słusznego w odniesieniu do początkowej niemożliwości obiektywnej, ale sprzecznego z wolą ustawodawcy założenia, że dłużnik odpowiada na podstawie § 311a ust. 2 BGB za naruszenie przedumownego obowiązku poinformowania strony o obiektywnej niemożliwości świadczenia²⁵. Innymi słowy, że dłużnik dlatego powinien świadczyć wierzycielowi na podstawie § 311a ust. 2 BGB odszkodowanie w miejsce świadczenia, ponieważ zawarł umowę wiedząc lub na skutek niedbalstwa nie wiedząc o obiektywnej niemożliwości świadczenia. Autor ten podnosił, że rodzaj naruszonego obowiązku zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej wyklucza w takim przypadku roszczenie w granicach dodatniego interesu umowy. Jeśli bowiem zarzuca się dłużnikowi, że w chwili zawarcia umowy nie rozpoznał na skutek niedbalstwa obiektywnej niemożliwości, to pojawia się uzasadniona wątpliwość, czy takie naruszenie w ogóle mogło doprowadzić do powstania szkody. W sytuacji bowiem spełnienia

²³ Prof. dr, kierownik Katedry Prawa Cywilnego, Handlowego i Gospodarczego w Uniwersytecie w Passau.

²⁴ Prof. dr, kierownik Katedry Prawa Cywilnego, Handlowego i Pracy oraz Katedry Filozofii Prawa w Uniwersytecie w Monachium, jak również członek Komisji do spraw reformy prawa przeszkód w świadczeniu, powołanej przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości.

²⁵ **H. Altmeppen**, *Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf*, *Der Betrieb* [dalej: **DB**] 2001, s. 1399 i n.; **idem**, *Nochmals, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, *DB* 2001, s. 1821 i n.

ciążącego na dłużniku obowiązku, czyli uzyskania wiedzy o niemożliwości świadczenia, umowa w ogóle nie doszłaby do skutku. Dłużnik nie złożyłby oferty jej zawarcia, a jeśli tak, to wierzyciel z pewnością by jej nie przyjął. W przypadku, kiedy pomiędzy naruszeniem obowiązku a powstaniem szkody brak jest związku przyczynowego, odpaść musi także roszczenie wierzyciela o wykonanie, a odszkodowanie objąć może wyłącznie interes zaufania²⁶. Holger Altmeppen wskazywał wreszcie na brak w takim przypadku przesłanki bezprawnego zachowania dłużnika. Jeśli dłużnik spełniłby ciężący na nim obowiązek i zachowując staranność wymaganą w obrocie poinformował wierzyciela o tym, że umowa dotyczy świadczenia obiektywnie niemożliwego do spełnienia, to roszczenie wierzyciela o wykonanie nigdy by nie powstało. Zagwarantowanie wierzycielowi odszkodowania z tytułu naruszenia obowiązku umownego w sytuacji, kiedy nawet zgodne z tym obowiązkiem zachowanie dłużnika nie może przeszkodzić w powstaniu szkody, sprzeciwia się – zdaniem autora – podstawowym zasadom dogmatyki²⁷.

²⁶ **H. Altmeppen**, *Nochmals...*, s. 1823; **idem**, *Untaugliche...*, s. 1400. Holger Altmeppen przyznał jednocześnie, że zgodnie z § 311a ust. 1 BGB naruszenie obowiązku pozwala powstać roszczeniu o wykonanie i może być wówczas – jako *conditio sine qua non* – równoważną *causa* dla szkody wierzyciela w granicach interesu dodatkiego.

²⁷ *Ibidem*. Choć przedmiotem niniejszego artykułu nie jest początkowa subiektywna niemożliwość świadczenia (tzw. niemożność świadczenia), to warto nadmienić za H. Altmeppenem, że brak przesłanki bezprawnego zachowania dłużnika dotyczy i tej kategorii. Jeśli mianowicie zarzuca się dłużnikowi, że wskutek niedbalstwa nie wiedział o niemożności świadczenia w chwili zawarcia umowy, to zachowanie dłużnika zgodne z normą prawną wymagałoby posiadania tej wiedzy przy zawarciu umowy i stosownego do tej wiedzy zachowania. Oznacza to, że dłużnik nie powinien przyrzekać świadczenia, którego nie jest w stanie spełnić, i powinien powiadomić o tym wierzyciela przy zawarciu umowy. Jeśli jednak takie zaniechanie w poinformowaniu strony jest traktowane jako naruszenie obowiązku, to zachowanie zgodne z tym obowiązkiem nigdy nie doprowadziłoby do powstania roszczenia wierzyciela o wykonanie, bo umowa taka w ogóle nie doszłaby do skutku. Odszkodowanie i w tym przypadku mogłoby objąć tylko interes zaufania (tak **H. Altmeppen**, *Untaugliche...*, s. 1401). Sytuacja kształtowałaby się inaczej, gdyby dłużnik przyrzekł świadczenie, pomimo wiedzy o niemożności jego spełnienia (por. **W. Flume**, *Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* [dalej: **ZIP**] 1994, s. 1498). W tym przypadku jednak odpowiedzialność w granicach interesu dodatkiego nie byłaby odpowiedzialnością na zasadzie winy, ale odpowiedzialnością obiektywną, a zarzut wobec dłużnika nie odnosiłby się do niemożności świadczenia, ale do złożenia przyrzeczenia w stanie wiedzy o niemożności (**H. Altmeppen**, *Untaugliche...*, s. 1402). Holger Altmeppen podkreślał ponadto, że szczególnie problematyczne przypadki, w których na przykład przeszkoda nie pochodziła z zawodowej ani prywatnej sfery działalności dłużnika można

Holger Altmeppen zarzucił jednocześnie ustawodawcy, że ten nie dostrzegł zasygnalizowanego przez niego problemu²⁸. Ten jednakże zarzut nie jest zasadny²⁹. Ustawodawca – o czym była mowa powyżej – uznał za konieczne w przypadku przeszkody istniejącej w chwili zawarcia umowy zagwarantowanie w ustawie *expressis verbis* odszkodowania w granicach interesu dodatniego właśnie z tego powodu, że „naruszenie przedumownego obowiązku informacji prowadzić może, co do zasady, jedynie do odszkodowania w granicach interesu zaufania”³⁰. Dlatego też przesłanką odpowiedzialności dłużnika w § 311a ust. 2 BGB – zgodnie z wyraźną wolą ustawodawcy – jest niewykonanie skutecznie złożonego przyrzeczenia świadczenia³¹, a nie – jak twierdził H. Altmeppen – naruszenie przedumownego obowiązku poinformowania strony o niemożliwości świadczenia³².

Zgodnie z uzasadnieniem ustawodawcy, nie ma zatem wątpliwości, że naruszenie obowiązku przedumownego wyklucza odpowiedzialność w gra-

skutecznie rozwiązać w drodze opartej na zasadzie *bona fides* wykładni umowy, § 133, 157, 242 (zob. **Ph. Heck**, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, s. 142, który powołując się na § 157 BGB, wskazywał w odniesieniu do początkowej niemożności świadczenia na istnienie „normalnej gwarancji”, a więc takiej, która dotyczy informacji zdobywanej przez dłużnika przy zachowaniu staranności wymaganej w obrocie. Dłużnik, który zaciąga zobowiązanie, nie chce odpowiadać dlatego, że w trakcie istnienia zobowiązania powstaną niedające się wcześniej rozpoznać przeszkody, ale za te, które dotyczą jego zdolności do świadczenia i które jest w stanie rozpoznać przy zachowaniu „normalnej staranności”; por. BT-Drs. 14/6040, s. 165; **C.-W. Canaris**, *Die Reform...*, s. 507; **idem**, *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, DB 2001, s. 1818 i n.). Podkreślał jednak, że nawet w przypadku ograniczenia w drodze wykładni bezwzględnej odpowiedzialności dłużnika, jej podstawą w przypadkach przeszkód o charakterze początkowym nie powinna być gwarancja spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego – tak jak w projekcie rządowym, ale domniemanie zawinionego błędu dłużnika co do zdolności świadczenia w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku jednak w grę mogłaby wchodzić wyłącznie odpowiedzialność w granicach interesu zaufania. Tak **H. Altmeppen**, *Nochmals...*, s. 1823.

²⁸ **H. Altmeppen**, *Untaugliche...*, s. 1400.

²⁹ Tak też **S. Klausch**, *Unmöglichkeit...*, s. 194.

³⁰ Zob. **Bundesminister der Justiz** (Hrsg.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln 1992, s. 146; BT-Drs. 14/6040, s. 165.

³¹ BT-Drs. 14/6040, s. 165.

³² Zob. jednakże **H. Heinrichs**, [w:] **O. Palandt**, *Bürgerliches Gesetzbuch* [dalej: **Palandt/autor**], 67. Aufl., München 2008, § 311a, nb. 6: *Die Schadensersatzpflicht nach Abs. 2 knüpft an eine bei Begründung des Vertragsverhältnisses begangene Pflichtverletzung an. [...] Dagegen erfasst § 280 Abs. 1, die Grundnorm des neuen Leistungsstörungenrechts, nur die Verletzung von Pflichten aus bereits bestehenden Schuldverhältnis. Abs. 2 ist daher eine selbständige, nicht mit § 280 Abs. 2 verknüpfte Anspruchsgrundlage.*

nicach dodatniego interesu umowy. W dalszym ciągu pozostają jednak wątpliwości natury dogmatycznej. Pojawia się pytanie, jak uzasadnić koncepcję odpowiedzialności w granicach dodatniego interesu umowy z § 311a ust. 2 BGB, który opiera ją w przypadku obiektywnej niemożliwości początkowej na niewykonaniu przez dłużnika skutecznie złożonego przyrzeczenia świadczenia.

Zarzuty H. Altmeppena pozostają trafne w tym zakresie, że sama okoliczność niewykonania przyrzeczonego świadczenia nie może jako fakt obiektywny uzasadniać odpowiedzialności dłużnika, chyba że przypadek ten potraktowany zostanie jako wyjątek w postaci odpowiedzialności gwarancyjnej³³, a więc niezależnej od winy³⁴. Odpowiedzialność z § 311a ust. 2 BGB nie jest jednak odpowiedzialnością gwarancyjną, ale – zgodnie z ustawą – odpowiedzialnością opartą na domniemanej winie dłużnika. Oznacza to – zdaniem autora – że przesłanką tej odpowiedzialności powinno być (przynajmniej) naruszenie wskutek niedbalstwa obowiązku określonego zachowania ze strony dłużnika. Znamiona zawinienia posiadać może z kolei tylko zachowanie w rozumieniu pozytywnego działania lub zaniechania, nigdy zaś obiektywny brak świadczenia. Jeśli zatem dłużnik odpowiada na zasadzie winy, to zachowanie to musi pozostawać w związku przyczynowo-skutkowym z powstaniem szkody lub przynajmniej być bezprawne. Przesłanki tej brakuje w przypadku początkowej obiektywnej niemożliwości, ponieważ zgodne z obowiązkiem zachowanie strony, która wskutek niedbalstwa nie wiedziała, że przyrzeczone przez nią świadczenie już w chwili zawarcia umowy przez nikogo nie może być spełnione i tak, w obecnej regulacji, nie stoi na przeszkodzie powstaniu roszczenia o wykonanie, a tym samym dodatniego interesu drugiej strony³⁵.

Stosownie do § 311a ust. 2 wierzyciel może domagać się od dłużnika odszkodowania w miejsce świadczenia, jeśli ten nie udowodni, że w chwili zawar-

³³ Posługiwanie się w niniejszym artykule pojęciem odpowiedzialności gwarancyjnej jako równoważnikiem odpowiedzialności niezależnej od winy jest uzasadnione określonym przez ustawodawcę niemieckiego w § 276 ust. 1 zd. 1 BGB (treść tego paragrafu, zob. przyp. 21, s. 129) zakresem odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

³⁴ **H. Altmeppen**, *Nochmals...*, s. 1823.

³⁵ *Ibidem*; **H. Altmeppen**, *Untaugliche...*, s. 1399 i n.; **R. Knütel**, *Zur Schuldrechtsreform*, Neue Juristische Wochenschrift [dalej: **NJW**] 2001, s. 2520; **U. Huber**, *Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, ZIP 2000, s. 2149 i n. Por. **E. v. Olshausen**, *Die Haftung der Insolvenzverwalters für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten und das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (§ 311a Abs. 2 BGB n.F.)*, ZIP 2002, s. 239.

cia umowy o niemożliwości nie wiedział i za swoją niewiedzę nie odpowiada. Problem tej regulacji polega przede wszystkim na tym, że odpowiedzialność w granicach dodatniego interesu umowy oraz zwolnienie z odpowiedzialności mają w § 311a ust. 2 BGB różne punkty odniesienia³⁶. Podczas gdy przy zwolnieniu z odpowiedzialności chodzi o wykazanie niezawinionego błędu dłużnika, to jego odpowiedzialność wynika z naruszenia pozytywnego interesu w spełnieniu świadczenia³⁷. Jeśli przyjąć – zgodnie z koncepcją ustawodawcy – że podstawą odpowiedzialności, w § 311a ust. 2 BGB jest wina, to dłużnik powinien zwolnić się z odpowiedzialności, udowadniając jej brak³⁸. To natomiast, że dowód braku winy nie opiera się na dostatecznym dążeniu dłużnika do spełnienia przyrzeczonego świadczenia, ale na jego niewiedzy o niemożliwości, decyduje o dogmatycznej niespójności omawianej koncepcji³⁹.

Regulacja z § 311a ust. 2 BGB przedstawia się wobec powyższego jako konstrukcja, w której odnaleźć można zarówno elementy odpowiedzialności gwarancyjnej, jak i elementy odpowiedzialności na zasadzie winy⁴⁰. W literaturze przedmiotu określa się ją na przykład: jako „osobliwy melanz przyrzeczenia gwarancyjnego i przedumownego zawinienia”⁴¹, jako „figure

³⁶ Tak m.in. **P. Huber/F. Faust**, *Schuldrechtsmodernisierung...*, nb. 12, s. 210; **B. Gsell**, *Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler [dalej: **JbJZ**] 2001, s. 119 i n.; **R. Schwarze**, *Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht*, Juristische Ausbildung [dalej: **Jura**] 2002, s. 81; **J. Kohler**, *Probleme der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung gemäß § 311a Abs. 2 BGB*, Jura 2006, s. 242; **P.W. Tettinger**, *Anfänglich oder Nachträglich? – Das zwischen Angebot und Vertragsschluss eintretende Leistungshindernis-*, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht [dalej: **ZGS**] 2006, s. 452 i n.; **R. Schulze**, [w:] **R. Schulze** (Schriftleitung), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, [dalej: **Hk-BGB/autor**], 6. Aufl., Baden-Baden 2009, § 311a, nb. 1; **W. Ernst**, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* [dalej: **MüKo/Ernst**], 4. Aufl., München 2003, § 311a, nb. 15.

³⁷ Dłużnik nie wykonuje skutecznie złożonego przyrzeczenia świadczenia; BT-Drs. 14/6040, s. 165; **C.-W. Canaris**, *Schadensersatz...*, s. 1819.

³⁸ Tak **Palandt/Heinrichs**, § 311a, nb. 2.

³⁹ Tak **MüKo/Ernst**, § 311a, nb. 15. Jak podnosi W. Ernst, wskazanie w § 311a ust. 2 zd. 1 BGB różnych punktów odniesienia dla odpowiedzialności w granicach interesu umowy oraz zwolnienia z odpowiedzialności ma ten skutek, że dłużnik za niespełnienie świadczenia obiektywnie niemożliwego ponosi w nowym prawie odpowiedzialność w zasadzie bezwzględna.

⁴⁰ Zob. **P.A. Windel**, *Was nie sich fügt, was nie gelingt – Systematisierungsversuche zu § 311a BGB*, Juristische Rundschau [dalej: **JR**] 2004, s. 265 i n.

⁴¹ **E. v. Olshausen**, *Die Haftung...*, s. 239.

złagodzonej odpowiedzialności gwarancyjnej⁴², „zawężoną gwarancję”⁴³ czy wreszcie jako „hybrydę odpowiedzialności gwarancyjnej i odpowiedzialności na zasadzie winy”⁴⁴.

Niespójna dogmatycznie koncepcja odpowiedzialności obarcza jednocześnie orzecznictwo oraz doktrynę koniecznością znalezienia dla niej rozsądnej interpretacji. Przedstawiciele doktryny nie zadają sobie już pytania, czy obie zasady odpowiedzialności wzajemnie się wykluczają, ponieważ wobec aktualnego stanu prawnego twierdzeniu takiemu należałoby zaprzeczyć. Zastanawiają się natomiast nad tym, w jakim kontekście można wyobrazić sobie kombinację obu zasad odpowiedzialności i jaki nadać jej sens. Pojawia się zadane przez J. Schappa pytanie, czy sensem gwarancji może być niezawinione przez gwaranta naruszenie obowiązku umownego⁴⁵. Uzasadnieniem odpowiedzialności wydaje się być jednocześnie odwołanie się do obu zasad, z których przecież każda dla siebie stanowić powinna odrębną podstawę odpowiedzialności. Jan Schapp proponuje następującą zależność. Zgodnie z obowiązującym prawem, dłużnik „gwarantuje” zwrot interesu dodatniego w przypadku naruszenia wskutek niedbalstwa obowiązku informacji, ponieważ zgodnie z podstawowymi zasadami dogmatyki naruszenie takie prowadzić mogłoby tylko do zwrotu interesu zaufania. „Gwarancja” uzasadnia tym samym wykraczające poza interes zaufania odszkodowanie w granicach interesu dodatniego. Z drugiej strony, dłużnik gwarantuje odszkodowanie w granicach dodatniego interesu nie bezwarunkowo, a tylko w przypadku naruszenia wskutek niedbalstwa obowiązku informacji. Zasada winy ogranicza tym samym w istotny sposób odpowiedzialność gwarancyjną. Kombinacja obu zasad odpowiedzialności wyraża się zatem w tym, że zasada winy ogranicza zasadę gwarancji, a zasada gwarancji zobowiązuje do naprawienia szkody, której istnienia nie dałoby się wykazać na zasadzie winy⁴⁶.

⁴² B. Dauner-Lieb, A. Arnold, W. Dötsch, V. Kitz, *Fälle zum neuen Schuldrecht*, Heidelberg 2002, s. 35.

⁴³ R. Schwarze, *Unmöglichkeit...*, s. 80 i n.

⁴⁴ P. v. Wilmowsky, *Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts*, Juristische Schulung [dalej: **JuS**], Beilage zu Heft 2002/1, s. 12.

⁴⁵ J. Schapp, *Der anfängliche unbehebbarer Sachmangel beim Stückkauf*, [w:] R. Bork, T. Hoeren, P. Pohlmann (Hrsg.), *Recht und Risiko, Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag*, Bd. 2: *Zivilrecht*, Karlsruhe 2004, s. 621 i n.

⁴⁶ Tak J. Schapp, *Der anfängliche...*, s. 622. Zob. ponadto stanowisko G. Wagnera (G. Wagner, *Ansprüche auf unmögliche*, JZ 1998, s. 493), który proponuje zintegrowanie elementów odpo-

Niezależnie od tego, w jaki sposób uzasadnia się koncepcję odpowiedzialności z § 311a ust. 2 BGB, na podkreślenie zasługuje fakt, że dogmatycznie spójną alternatywą dla tego rozwiązania mogłaby być w zasadzie tylko niezależna od winy odpowiedzialność gwarancyjna dłużnika. Wówczas sam fakt, że dłużnik nie spełnia przyrzeczonego świadczenia z powodu początkowej obiektywnej niemożliwości, wystarczyłby do tego, by uzasadnić jego odpowiedzialność w granicach interesu dodatniego. Podczas gdy przyjęcie takiego rozwiązania dopuszczała regulacja historyczna, to w nowej sprzeciwiałoby się ono celom stawianym przez ustawodawcę. Wyraźnie opowiedział się on przeciw odpowiedzialności gwarancyjnej jako tej, która nierzadko prowadzi do „wątpliwych z punktu widzenia sprawiedliwości rezultatów” i przyjął odpowiedzialność na zasadzie winy, którą „cehuje zarówno wyższa względem tej ostatniej prawno-etyczna siła przekonywania, jak również większa elastyczność”⁴⁷.

4. Paragraf 311a ust. 2 BGB a sprzedaż nieistniejącej wierzytelności lub innego prawa

Konieczność wprowadzenia w § 311a ust. 2 BGB odpowiedzialności w granicach dodatniego interesu umowy uzasadniano w projekcie rządowym także w ten sposób, że odpowiedzialność taka miała miejsce w BGB 1900 w przypadku sprzedaży nieistniejących w chwili zawarcia umowy wierzytelności lub innego prawa (§ 437 ust. 1 starej wersji BGB⁴⁸)⁴⁹.

Paragraf 437 ust. 1 starej wersji BGB przewidywał w przypadku sprzedaży nieistniejących praw wyjątek od skutku nieważności (§ 306 starej wersji BGB) i odpowiedzialności w granicach interesu zaufania (§ 307 starej wersji BGB). Innymi słowy, umowa o nieistniejącą wierzytelność lub nieistniejące prawo

wierzytelności gwarancyjnej w ramach zasady winy. Podkreśla, że niedbalstwo z § 276 BGB stawia do dyspozycji elastyczną i dostosowującą się do okoliczności konkretnego przypadku skalę odpowiedzialności i można nim objąć również obowiązek gwarancyjny dłużnika. Por. **H. Koziol**, *Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs im Schadensersatzrecht?*, Archiv für civilistische Praxis [dalej: **AcP**] 1996/196, s. 593 i n.

⁴⁷ BT-Drs. 14/6040, s. 165; **C.-W. Canaris**, *Die Reform...*, s. 506.

⁴⁸ § 437 BGB 1900: (1) *Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes.*

⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, s. 164.

była ważna, choć świadczenie było od początku obiektywnie niemożliwe do spełnienia⁵⁰. Odstępstwo od reguły nieważności uzasadniano w starym prawie w ten sposób, że – inaczej niż w przypadku sprzedaży rzeczy – kupujący mógł opierać się w przedmiocie istnienia wierzytelności lub innego prawa wyłącznie na twierdzeniu sprzedawcy⁵¹. W związku z powyższym, sprzedawca odpowiadał względem kupującego na podstawie § 437 ust. 1 starej wersji BGB za istnienie wierzytelności lub za istnienie innego prawa. Oznaczało to, że ciążył na nim obowiązek odszkodowawczy w granicach dodatniego interesu umowy, jeśli w chwili jej zawarcia sprzedana wierzytelność lub inne prawo nie istniały, choć teoretycznie mogły istnieć i mogły zostać przeniesione na kupującego⁵². W ten sposób, w kwalifikowanym jako początkowa obiektywna niemożliwość świadczenia przypadku sprzedaży nieistniejącej wierzytelności lub innego prawa, można było w starym prawie domagać się odszkodowania w granicach dodatniego interesu umowy⁵³.

⁵⁰ W przedmiocie wniosku zgłoszonego przez C. Jacubezky'ego w toku postępowania ustawodawczego, który dotyczył skreślenia § 306 i n. z BGB 1900 r. ze względu na istnienie w obrocie wskazanego powyżej typu umów, jak również argumentacji członków drugiej Komisji Kodyfikacyjnej, zob. **D. Skrzywanek-Jaworska**, *Historyczne...*, s. 119 i n.

⁵¹ Zob. m.in. **I. Koller**, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen. Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der materiellen Leistungerschwerung, Zweckstörung sowie Schadensersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen*, München 1979, s. 104 i n.; **W. Fikentscher**, *Schuldrecht*, 9. Aufl., Berlin, New York 1997, s. 425 i n.

⁵² Tak **U. Huber**, [w] **Hs.Th. Soergel**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* [dalej: **Soergel/autor**], Bd. 3: *Schuldrecht II*, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1990, § 437, nb. 3.

⁵³ Inaczej kształtowała się w BGB 1900 odpowiedzialność sprzedawcy za sprzedaż rzeczy dotkniętej w chwili zawarcia umowy niedającą się usunąć wadą. Odpowiedzialność sprzedawcy podporządkowana była przepisom o rękojmi za wady rzeczy – § 459 i n. starej wersji BGB [§ 459 (1): *Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.* (2): *Der Verkäufer haftet auch dafür, dass die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.*], które jako *lex specialis* wypierały § 306 i n. starej wersji BGB (zob. szerzej wraz z orzecnictwem **R. Battes**, [w:] **W. Erman**, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden* [dalej: **Erman/autor**], Bd. 1, 10. Aufl., Münster 2000, § 306, nb. 8; **Palandt/Heinrichs**, 60. Aufl., München 2001, § 306, nb. 6). Zgodnie z § 462 i 459 ust. 1 BGB 1900 [*Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der § 459 i 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.*], kupujący mógł domagać się odstąpienia od umowy (*actio redhibitoria*) albo obniżenia ceny (*actio quanti minoris*), jeśli sprzedawca odpowiadał w rozumieniu § 459, 460 [*Der Verkäufer hat*

Odpowiedzialność sprzedawcy z § 437 starej wersji BGB była jednakże – zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny – niezależną od winy odpowiedzialnością gwarancyjną⁵⁴.

Paragraf 437 starej wersji BGB został uchylony w wyniku nowelizacji kodeksu, a sprzedaż nieistniejącej wierzytelności lub innego prawa – jako

einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.] za wadę rzeczy sprzedanej. W przypadku, gdy rzecz nie miała właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, a także, gdy sprzedawca podstępnie zataił wadę, kupujący mógł żądać w miejsce odstąpienia od umowy lub obniżenia ceny odszkodowania za niewykonanie umowy – § 463, § 459 ust. 2 starej wersji BGB [*Fehler der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.*]. Zmiany w nowej regulacji odnośnie do sprzedaży rzeczy od początku dotkniętej niedającą się usunąć wadą wynikają z jednej strony – z zastosowania § 275 ust. 1 BGB do przypadków niemożliwości początkowej, a z drugiej – z wprowadzenia do kodeksu § 311a BGB, który obejmuje swoim zakresem wszystkie początkowe przeszkody w świadczeniu, w tym świadczenie rzeczy, która w chwili zawarcia umowy dotknięta jest taką wadą, że nie jest możliwa ani jej naprawa ani wymiana – tzw. „jakościowa” (*qualitative*) niemożliwość (§ 434, § 437 nr 1, § 439 ust. 3, § 437 nr 3, § 311a BGB). Oznacza to, że § 311a BGB znajdzie zastosowanie także wtedy, gdy zobowiązanie nakłada na dłużnika obowiązek zachowania określonych jakości rzeczy i gdy w chwili zawarcia umowy okaże się, że dłużnik zgodnie z § 275 BGB nie musi świadczyć (zob. m.in. **Palandt/Heinrichs**, 67. Aufl., München 2008, § 311a, nb. 7; **B. Dauner-Lieb**, [w:] **B. Dauner-Lieb, T. Heidel, M. Lepa, G. Ring**, *Anwaltkommentar Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht, Mietrecht*, [dalej: **AnwKomm-BGB/autor**], Bonn 2002, § 311a, nb. 7). Różnica pomiędzy starym i obowiązującym prawem polega na tym, że podczas gdy § 463 zd. 2 starej wersji BGB wymagał dla przyjęcia odpowiedzialności w granicach dodatniego interesu umowy podstępnego zatajenia wady, to nowy § 311a ust. 2 BGB nakłada na sprzedawcę obowiązek odszkodowawczy już wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy sprzedawca nie wiedział o wadzie na skutek niedbalstwa. Zob. szerzej m.in.: **W. Schur**, *Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen eines Sachmangels*, ZGS 2002, s. 243 i n.; **P. Derleden**, *Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht*, NJW 2004, s. 969 i n.; **H. Ehmann, H. Sutschet**, *Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehftung?*, JZ 2004, s. 62 i n.; **P. Gröschler**, *Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht*, NJW 2005, s. 1601 i n.; **T. Tröger**, *Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht*, JuS 2005, s. 503 i n. Zob. także: **J.D. Harke**, *Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Hinsicht*, AcP 2005, s. 67 i n.

⁵⁴ **Palandt/Putzo**, 60. Aufl., München 2001, § 437, nb. 6; **Erman/Grunewald**, 10. Aufl., Münster 2000, § 437, nb. 2 i n.; zob. także: **R. Knütel**, *Zur Schuldrechtsreform*, s. 2520; **W. Flume**, *Zu dem Vorhaben...*, s. 1498.

przeszkoda w świadczeniu o charakterze początkowym – podporządkowana została regulacji z § 311a BGB. Oznacza to, że sprzedawca nie odpowiada już na zasadzie niezależnej od winy, ale na podstawie przesłanek z § 311a ust. 2 BGB. Jak zauważa S. Klausch, zmiana ta krytykowana była w trakcie postępowania ustawodawczego przez Bundesrat, który zgłosił propozycję oparcia odpowiedzialności za sprzedaż nieistniejącej wierzytelności lub innego prawa na § 280 ust. 1, § 283 BGB po to, by przez odwołanie do § 276 ust. 1 zd. 1 BGB przyjąć dla wskazanych przypadków odpowiedzialność gwarancyjną⁵⁵. Bundesregierung odrzucił tę propozycję z uzasadnieniem, że także § 311a ust. 2 BGB opiera odpowiedzialność na winie dłużnika, przez co odwołuje się do wskazanego w § 276 BGB zakresu odpowiedzialności i pozwala ją zaostrzyć, przyjmując w okolicznościach konkretnego przypadku odpowiedzialność gwarancyjną⁵⁶.

Powyższe uzasadnienie można podważyć z tego samego powodu, o którym wielokrotnie była już mowa. Paragraf 311a ust. 2 BGB stanowi, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za skutki niewiedzy o początkowej przeszkodzie w świadczeniu. Innymi słowy, w przypadku zaostrzenia odpowiedzialności na podstawie § 276 ust. 1 BGB, udzielona przez dłużnika gwarancja odnosi się wyłącznie do jego wiedzy o niemożliwości⁵⁷. Gwarancja tego, że sprzedana wierzytelność lub inne prawo rzeczywiście istnieją, a to – zdaniem S. Klauscha – miał na myśli Bundesregierung wobec wniosku Bundesratu, z regulacją § 311a ust. 2, § 276 ust. 1 BGB nie daje się pogodzić⁵⁸. Powstanie obowiązku odszkodowawczego w granicach interesu dodatniego uzasadnia się bowiem w ten sposób, że dłużnik odpowiada za niewiedzę o niemożliwości świadczenia, co – z punktu widzenia dogmatyki – z gwarancją nie ma nic wspólnego⁵⁹.

⁵⁵ Tak S. Klausch, *Unmöglichkeit...*, s. 201 i n., z odwołaniem do BT-Drs. 14/6857, s. 17 i n.

⁵⁶ *Ibidem*, z odwołaniem do BT-Drs. 14/6857, s. 54.

⁵⁷ E. Wieser, *Schuldrechtsreform – die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht*, Monatsschrift für Deutsches Recht [dalej: MDR] 2002, s. 859.

⁵⁸ S. Klausch, *Unmöglichkeit...*, s. 202. Autor stwierdza, że dogmatyczna niespójność nowej regulacji nie zmienia jednakże faktu, że w związku z dyspozytywnym charakterem normy 311a ust. 2 BGB dłużnik, który zgodnie z § 276 ust. 1 BGB udzielił gwarancji w zakresie istnienia sprzedanej wierzytelności lub innego prawa, zobowiązany będzie w przypadku początkowej obiektywnej niemożliwości – niezależnie od winy – do świadczenia odszkodowania w granicach dodatniego interesu umowy.

⁵⁹ Zob. m.in. J. Kohler, *Probleme...*, s. 246; P. Huber, F. Faust, *Schuldrechtsmodernisierung...*, nb. 22 i n., s. 214.

5. Paragraf 311a ust. 2 BGB a podmiotowe prawo uchylenia się od skutków czynności prawnej (§ 119 i n. BGB)

Dogmatyczna niespójność nowej koncepcji odpowiedzialności dłużnika z tytułu początkowej obiektywnej niemożności świadczenia jest także doskonale widoczna na tle regulacji podmiotowego prawa uchylenia się od skutków czynności zawartych pod wpływem błędu, § 119 i n. BGB. Zależność, jaka zachodzi pomiędzy wskazanym powyżej prawem podmiotowym a regulacją początkowych przeszkód w świadczeniu, polega na tym, że w chwili zawarcia umowy jedna lub druga strona może znajdować się w błędzie co do możliwości świadczenia. Zależność ta nie dotyczy wprowadzie roszczeń pierwotnych, ponieważ zgodnie z § 275 ust. 1–3, § 326 ust. 1 BGB są one wyłączone, i to niezależnie od tego, która ze stron, wierzyciel czy dłużnik, była w błędzie, ale inaczej kształtuje się sytuacja na płaszczyźnie roszczeń odszkodowawczych. Dłużnik powinien zgodnie z § 311a ust. 2 BGB świadczyć odszkodowanie w granicach interesu dodatniego (lub zwrot nakładów, § 284 BGB), jeśli przy zawarciu umowy wiedział o niemożności lub o niej nie wiedział na skutek okoliczności, za które odpowiada. Oznacza to, że błąd dłużnika, który powstał na skutek okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada, zwalnia go z obowiązku świadczenia, bez konieczności zapłaty odszkodowania.

W przeciwieństwie do postanowień § 311 ust. 2 BGB, błąd, który uprawnia zgodnie z § 119 BGB⁶⁰ do uchylenia się od skutków czynności prawnej, prowadzi do nieważności umowy (§ 142 ust. 1 BGB⁶¹). Oznacza to, że umowa taka nie rodzi ani roszczeń pierwotnych, ani też i wtórnych. Strona, która chce skorzystać z prawa do uchylenia się, może to uczynić, jednakże tylko wówczas, jeśli będzie świadczyć drugiej stronie odszkodowanie w granicach interesu zaufania (§ 122 ust. 1 BGB)⁶². Roszczenie o odszkodowanie przysługuje po-

⁶⁰ § 119 BGB: (1) *Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.* (2) *Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.*

⁶¹ § 142 BGB: (1) *Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.*

⁶² § 122 BGB: (1) *Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der § 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzuge-*

nadto niezależnie od tego, czy błąd co do niemożliwości świadczenia powstał na skutek okoliczności, za które uchylający się ponosi odpowiedzialność.

Jeśli mylne wyobrażenie o początkowej niemożliwości świadczenia pozwala dłużnikowi w okolicznościach konkretnego przypadku na uchylenie się zgodnie z § 119 i n. BGB od skutków czynności prawnej, to w aktualnie obowiązującym stanie prawnym powstać może sprzeczność względem regulacji z § 311a ust. 2 BGB. Jak wskazują S. Cekovic-Vuletic oraz S. Klausch, regulacja ta może okazać się przy tym dla dłużnika albo bardziej, albo mniej korzystna od tej, która zawarta jest w § 119 i n. BGB⁶³.

Bardziej korzystna sytuacja może wynikać z faktu, że zgodnie z § 275 ust. 1 BGB, dłużnik *ipso iure* zwolniony jest z obowiązku świadczenia i nie musi składać wierzycielowi w określonym terminie oświadczenia o uchyleniu się od skutków czynności prawnej⁶⁴. Ponadto w przypadku, gdy dłużnik nie odpowiada za powstanie błędu, § 311a ust. 2 BGB zwalnia go z obowiązku świadczenia, bez konieczności zapłaty odszkodowania, podczas gdy zgodnie z § 122 BGB, musi świadczyć wierzycielowi odszkodowanie w granicach interesu zaufania.

Sytuacja mniej korzystna dla dłużnika ma natomiast miejsce wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy nie wiedział on o niemożliwości i za swoją niewiedzę odpowiada. Podczas gdy zgodnie z § 311a ust. 2 BGB dłużnik świadczy wierzycielowi w takiej sytuacji odszkodowanie w granicach interesu dodatniego (lub zwrot nakładów, § 284 BGB), to w przypadku, gdy mógłby skorzystać z prawa do uchylenia się od skutków złożonego oświadczenia woli zgodnie z § 122 BGB, świadczyć musiałby tylko do wysokości interesu zaufania.

Zagadnienie wzajemnego stosunku odpowiedzialności z § 311a ust. 2 BGB do § 119 i n. BGB koncentruje się wobec powyższego – zdaniem S. Cekovic-Vuletic oraz S. Klauscha⁶⁵ – wokół dwóch problemów. Po pierwsze – czy

ben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat. (2) Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).

⁶³ S. Cekovic-Vuletic, *Haftung wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, München 2002, s. 70; S. Klausch, *Unmöglichkeit...*, s. 205.

⁶⁴ § 121 BGB [*Anfechtungsfrist*], § 143 BGB [*Anfechtungserklärung*].

⁶⁵ S. Cekovic-Vuletic, *Haftung...*, s. 69 i n.; S. Klausch, *Unmöglichkeit...*, s. 205 i n.

dłużnik może uchylić się od złożonego oświadczenia woli ze skutkiem nieważności z § 142 ust. 1 BGB⁶⁶ w sytuacji, gdy za niewiedzę o niemożliwości świadczenia odpowiada⁶⁷. Po drugie – czy § 122 ust. 1 BGB można *per ana-*

⁶⁶ Treść tego paragrafu, zob. przyp. 61, s. 140.

⁶⁷ Warunkiem skorzystania z tego prawa jest, jak podnoszą S. Cekovic-Vuletic (**S. Cekovic-Vuletic**, *Haftung...*) oraz S. Klauscha (**S. Klausch**, *Unmöglichkeit...*), uznanie w takim przypadku błędu co do możliwości świadczenia jako jednej z kategorii błędów wskazanych w § 119 BGB. Błędem, który wchodzi w rachubę w przypadku niemożliwości świadczenia, może być błąd co do właściwości rzeczy lub osoby, które to właściwości w rozumieniu § 119 ust. 2 BGB, postrzegane są w obrocie jako istotne (zob. szerzej **O. Jauernig**, [w:] **O. Jauernig**, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar* [dalej: **Jauernig/autor**], 12. Aufl., München 2007, § 119, nb. 13 i n.). Należy zwrócić ponadto uwagę na fakt, że nie ma podstaw do twierdzenia o istnieniu sprzeczności pomiędzy § 311a ust. 2 BGB, a § 119 i n. BGB, jeśli błąd dotyczący możliwości świadczenia traktuje się jako zwykły błąd co do motywu. Niezależnie od tego, czy dłużnik odpowiada za powstanie błędu, czy nie, zastosowanie znajdują w tym przypadku od początku przepisy dotyczące niemożliwości, ponieważ błąd tego rodzaju jest błędem nieistotnym w rozumieniu § 119 BGB (zob. **H. Wieling**, *Der Motivirrtum ist unbeachtlich! Entwicklung und Dogmatik des Irrtums im Beweggrund*, Jura 2001, s. 577 i n.). W toku postępowania ustawodawczego C.-W. Canaris podnosił, że § 119 ust. 2 BGB znajdzie w nowym prawie zastosowanie do przypadków niemożliwości początkowej, z których jako najbardziej prawdopodobny wskazywał mylne wyobrażenie dłużnika o przysługującym mu prawie własności w chwili zawarcia umowy (**C.-W. Canaris**, *Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen*, [w:] **R. Schulze**, **H. Schulte--Nölke** (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Münster 2001, s. 62). W takim przypadku, zdaniem tego autora (*ibidem*, s. 62), sprzedawcy rzeczy cudzej przysługiwałoby podmiotowe prawo do uchylenia się od skutków złożonego oświadczenia, ponieważ przynajmniej z jego punktu widzenia własność stanowiła właściwość istotną w obrocie. Regulacja ta wchodziłaby w rachubę jednak dopiero wtedy, gdy przedmiot umowy w chwili jej zawarcia w ogóle nie istniał lub już nie istniał, ponieważ brak przedmiotu umowy ma dla wierzyciela – zdaniem C.-W. Canarisa (*ibidem*, przyp. 75, s. 62) – równie istotne znaczenie, jak brak własności dla dłużnika. Pod wpływem C.-W. Canarisa, także ustawodawca dopuścił możliwość klasyfikowania własności jako właściwości istotnej w obrocie w rozumieniu § 119 ust. 2 BGB (BT-Drs. 14/6040, s. 165). Powyższe stanowisko oraz argumentację C.-W. Canarisa i ustawodawcy zanegowali w oparciu o wypracowaną linię orzecznictwa dotyczącą rozumienia błędu z § 119 ust. 2 BGB, zarówno S. Cekovic-Vuletic (**S. Cekovic-Vuletic**, *Haftung...*, s. 70), jak i S. Klausch (**S. Klausch**, *Unmöglichkeit...*, s. 206 i n.). Wątpliwości nie budzi natomiast – zdaniem obojga autorów (**S. Cekovic-Vuletic**, *Haftung...*, s. 71; **S. Klausch**, *Unmöglichkeit...*, s. 207) – pytanie o to, czy świadczenie przez dłużnika rzeczy dotkniętej wadą stanowić może właściwość istotną w obrocie w rozumieniu § 119 ust. 2 BGB. Pod rządami starej regulacji często pojawiała się bowiem kwestia, czy sprzedawca rzeczy dotkniętej wadą może uchylić się od skutków złożonego oświadczenia woli z uzasadnieniem mylnego wyobrażenia o zgodności cech rzeczy z przyrzeczonymi w umowie. Zdecydowana większość doktryny oraz orzecznictwo

logiam zastosować do przypadku niewiedzy dłużnika o niemożliwości, która powstała na skutek okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada.

W związku z tym, że ustawodawca odniósł się *expressis verbis* do drugiego ze wskazanych powyżej problemów, uzasadnione wydaje się jego przybliżenie. Analogiczne stosowanie § 122 BGB w przypadkach wyłączenia odpowiedzialności dłużnika zgodnie z § 311a ust. 2 BGB zaproponował jeszcze w toku postępowania ustawodawczego C.-W. Canaris⁶⁸. Autor ten wskazywał na niewłaściwe rozłożenie interesu umownego w sytuacji, gdy dłużnik wzbudza w będącym w dobrej wierze – zgodnie z § 122 ust. 2 BGB – wierzycielu zaufanie co do ważności umowy, a ten pozbawiony zostaje jednocześnie roszczenia o wykonanie oraz roszczenia o odszkodowanie w miejsce świadczenia⁶⁹. Propozycja analogicznego stosowania § 122 ust. 2 BGB pozwalałaby zniwelować pojawiającą się sprzeczność. Ustawodawca przychylił się do stanowiska C.-W. Canarisa; określił to rozwiązanie jako możliwe do przyjęcia, ale musiał zrezygnować z uregulowania tej kwestii w ustawie, ponieważ wymagałoby to zreformowania § 119 i n. BGB, co z kolei przekraczało ramy reformy prawa zobowiązań. Postanowił więc pozostawić rozwiązanie tego problemu orzecznictwu, które – jak się wyraził – mogłoby go rozwiązać w rozumieniu teorii C.-W. Canarisa⁷⁰.

wykluczyły taką możliwość w sytuacji, jeśli jedynym celem sprzedawcy uchylającego się od skutków prawnych oświadczenia było uniknięcie odpowiedzialności z tytułu rękojmi zgodnie z § 459 i n. starej wersji BGB (zob. m.in. **Palandt/Putzo**, 60. Aufl., München 2001, Vorbem. § 459, nb. 20; **Erman/Grunewald**, 10. Aufl., Münster 2000, Vorbem. § 459, nb. 17). Ustawodawca niemiecki wykorzystał tę argumentację w nowym prawie, stanowiąc, że możliwość uchylecia się przez dłużnika od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli na podstawie § 119 ust. 2 BGB będzie zawsze wyłączona w sytuacji, jeśli wskutek takiego uchylecia dłużnik mógłby uniknąć odpowiedzialności w granicach interesu dodatkiego z § 311a ust. 2 BGB (Tak BT Drs. 14/6040, s. 165; por. **C.-W. Canaris**, *Zur Bedeutung...*, s. 63; **idem**, *Die Reform...*, s. 506. Zob. także **B. Dauner-Lieb**, *Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 2002, nb. 89, s. 119; AnwKomm-BGB/**Dauner-Lieb**, § 311a, nb. 16).

⁶⁸ **C.-W. Canaris**, *Zur Bedeutung...*, s. 65; **idem**, *Die Reform...*, s. 507 i n.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ BT Drs. 14/6040, s. 166: *Der Entwurf hält das für einen gangbaren Lösungsansatz. Dieser soll aber nicht gesetzlich festgeschrieben werden, weil dazu auch die Regelung des § 119 Abs. 2 überprüft werden müsste, was den Rahmen dieses Gesetzgebungsvorhabens sprengen würde. Diese Frage soll deshalb der Rechtsprechung überlassen bleiben, die sie aber im Sinne von Canaris lösen könnte.* Zob. stanowiska krytyczne, **B. Dauner-Lieb**, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Wissenschaft und Praxis – Versuch einer Bestandsaufnahme*, [w:] **B. Dauner-Lieb**, **H. Konzen**, **K. Schmidt** (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*.

Tymczasem – zgodnie niemalże z jednogłównym stanowiskiem doktryny – odrzucić należy we wskazanych przypadkach dopuszczoną przez C.-W. Canaris i zaakceptowaną przez ustawodawcę możliwość analogicznego stosowania § 122 BGB⁷¹. Doktryna podaje tu co najmniej trzy argumenty. Pierwszy – to argument systematyczny. Jak podnosi B. Dauner-Lieb, w aktualnym modelu regulacji niemożliwości świadczenia brak jest luki prawnej dla zastosowania *per analogiam* § 122 BGB⁷². Zgodnie z § 311a ust. 2 BGB, przesłanką zarówno roszczenia w miejsce świadczenia, jak i roszczenia o zwrot nakładów z § 284 BGB jest wina dłużnika. Roszczenie o zwrot nakładów obejmuje istotne elementy szkody wierzyciela w granicach interesu zaufania, co oznacza, że § 311a ust. 2 BGB zawiera już jego częściową regulację⁷³. Analogiczne stosowanie § 122 BGB jest niedopuszczalne zarówno ze względu na wynikający z § 284 BGB zakres roszczenia o zwrot nakładów, jak i przyjętą przez ustawodawcę w § 311a ust. 2 BGB podstawę odpowiedzialności dłużnika⁷⁴. Zasada winy

Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, s. 22: *merkwürdige Entstehungsgeschichte*; **R. Knütel**, *Zur Schuldrechtsreform*, s. 2520: *gesetzgeberischer Offenbarungseid!*; **H. Otto**, *Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrecht*, Jura 2002, s. 5: *erstaunlicher Vorgang*; **U. Huber**, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, [w:] **W. Ernst, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen 2001, s. 64 i n.; **J. Kohler**, *Probleme...*, s. 247 i n.

⁷¹ **B. Dauner-Lieb**, *Das neue...*, nb. 91, s. 120; **B. Dauner-Lieb, W. Dötsch**, *Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?*, DB 2001, s. 2539; **P. Huber, F. Faust**, *Schuldrechtsmodernisierung...*, nb. 38, s. 220; **B. Gsell**, *Der Schadensersatz...*, przyp. 25, s. 120; **P.A. Windel**, *Was nie...*, s. 270; **J. Kohler**, *Probleme...*, s. 241; *AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb*, § 311a, nb. 17 i n.; *MüKo/Ernst*, 4. Aufl., München 2003, § 311a, nb. 41; **Palandt/Heinrichs**, 67. Aufl., München 2008, § 311a, nb. 15. Stanowisko odmienne, *Hk-BGB/Schulze*, 6. Aufl., Baden-Baden 2009, § 311a, nb. 9. Por. **M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II/1, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007, § 311a, nb. 15; **H. Dörner, A. Staudinger**, *Schuldrechtsmodernisierung. Systematische Einführung und synoptische Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., Baden-Baden 2002, s. 36, s. 61; **S. Lorenz, T. Rhiem**, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München 2002, nb. 334, s. 166 i nb. 337, s. 168; **S. Klausch**, *Unmöglichkeit...*, s. 208 i n.; **S. Cekovic-Vuletic**, *Haftung...*, s. 71 i n.

⁷² **B. Dauner-Lieb**, *Das neue...*; *AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb*; **A. Fehre**, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung. Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, Berlin 2005, s. 146 i n.

⁷³ Tak **B. Dauner-Lieb**, *Das neue...* Por. BT-Drs. 14/6040, s. 165; **C.-W. Canaris**, *Die Reform...*, s. 507.

⁷⁴ Tak *AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb*, § 311a, nb. 18.

zakłada, że przy braku winy każda ze stron sama ponosi ciężar doznanej szkody. Jeśli dłużnik w niezawiniony sposób napotyka na przeszkody w spełnieniu świadczenia, to wierzyciel także i wtedy poniesie ciężar szkody, gdy przeszkoda świadczenia pojawia się po zawarciu umowy. W tym ostatnim przypadku, niezależne od winy roszczenie o zwrot poniesionych nakładów również nie jest przewidziane⁷⁵.

Drugi – to argument dogmatyczny. Jednym z celów reformy prawa przeszkód w świadczeniu było ujednoczenie w sferze skutków prawnych niemożliwości początkowej z następczą (obiektywną i subiektywną). Potwierdzenie analogicznego stosowania § 122 BGB w przypadku niemożliwości początkowej oznaczałoby, że dłużnik – w przeciwieństwie do niemożliwości następczej – odpowiada także wówczas, gdy nie można mu przypisać winy. Fakt, że przełamana zostanie w tym momencie zasada równorzędności wszystkich przeszkód w świadczeniu, należy – zgodnie ze stanowiskiem C.-W. Canarisa – potraktować jako „mniejsze zło”⁷⁶. Stanowisko to pozostaje wobec wskazanych przez ustawodawcę postulatów co najmniej wątpliwe, ponieważ analogiczne stosowanie § 122 BGB spowodować musiałoby powrót do ostro krytykowanej pod rządami starej regulacji i wyraźnie odrzuconej przez współczesnego ustawodawcę gwarancyjnej odpowiedzialności dłużnika w przypadkach przeszkód w świadczeniu o charakterze początkowym⁷⁷.

Podkreślić należy ponownie, że gdyby regulacja odpowiedzialności z tytułu niemożliwości początkowej była dogmatycznie spójna, to pytanie o analogiczne zastosowanie § 122 BGB w ogóle by się nie pojawiło. Należy przyznać raczej twierdzeniu H. Altmeppena, że wynikająca w niedbalstwa niewiedza dłużnika o obiektywnej początkowej niemożliwości ma wiele wspólnego z błędem przy składaniu przyrzeczenia świadczenia, oraz że odszkodowanie powinno w obu przypadkach obejmować wyłącznie interes zaufania⁷⁸. Przesłanką odpowiedzialności jest tu bowiem godne ochrony zaufanie drugiej strony co do ważności czynności prawnej, z tą jednakże różnicą, że uchylający się od skutków czynności odpowiada w granicach interesu zaufania na zasadzie ryzyka, a strona umowy o świadczenie obiektywnie niemożliwe – tak, jak to przewi-

⁷⁵ MüKo/Ernst, 4. Aufl., München 2003, § 311a, nb. 41.

⁷⁶ Tak C.-W. Canaris, *Zur Bedeutung...*, s. 64: *Dass dadurch die angestrebte Gleichbehandlung von Leistungshindernissen vor und nach Vertragsschluss in diesem Punkt durchbrochen wird, ist das kleinere Übel hinzunehmen.*

⁷⁷ BT-Drs. 14/4060, s. 165.

⁷⁸ H. Altmeppen, *Nochmals...*, s. 1823.

dywał § 307 starej wersji BGB – na zasadzie winy. Paragraf 311a ust. 2 BGB gwarantuje tymczasem wierzycielowi w przypadku początkowej obiektywnej niemożliwości roszczenie do wysokości interesu dodatkiego za – typowy dla przypadku odpowiedzialności gwarancyjnej – obiektywny brak świadczenia⁷⁹.

Trzeci wreszcie – to argument ekonomiczny. Analogiczne zastosowanie § 122 BGB nie daje się uzasadnić – jak twierdzi S. Cekovic-Vuletic – z ekonomicznego punktu widzenia⁸⁰. To, iż dłużnik nie odpowiada za swoją niewiedzę co do niemożliwości, zakłada, że podjął wszelkie konieczne kroki do tego, by upewnić się w kwestii swojej zdolności do świadczenia. Nie ma zatem – zdaniem autorki – potrzeby gwarantowania niezależnego od winy obowiązku odszkodowawczego z § 122 BGB jako bodźca mobilizującego dłużnika do zgromadzenia wymaganych informacji. Obowiązek ten można ewentualnie uzasadnić w ten sposób, że już przed zawarciem umowy dłużnik zmuszony jest do przedsięwzięcia kroków zmierzających do uzyskania i przygotowania przedmiotu przyszłej umowy. Z drugiej jednakże strony, dłużnik i bez takiego obowiązku podejmuje wskazane działanie, gdyż w przeciwnym razie naraża się na bezpowrotną utratę rzeczy i traci zgodnie z § 326 BGB roszczenie o świadczenie wzajemne⁸¹.

6. Paragraf 311a ust. 2 BGB a PECL i UNIDROIT-Principles

Do pokąźnego już bagażu niepowodzeń współczesnego ustawodawcy niemieckiego w zakresie regulacji początkowej niemożliwości świadczenia dorzucić można wreszcie następujące. Jednym z celów reformy prawa zobowiązań był szeroko nagłaśniany postulat⁸² zbliżenia nowej regulacji prawa umów do postanowień tzw. *soft law*, przede wszystkim Zasad Europejskiego

⁷⁹ *Ibidem*. Autor podkreśla tamże, iż skoro podstawą odpowiedzialności dłużnika jest zawiniony w chwili zawarcia umowy błąd co do obiektywnej możliwości uzyskania przyrzczonego świadczenia, to skutek prawny – tak jak w przypadku uchylenia się od skutków czynności prawnej z § 122 BGB – objąć musi tylko interes zaufania. Postępowanie zgodne z programem obowiązków dłużnika pozwala bowiem na uniknięcie błędu i czynność prawna w ogóle nie zostanie zawarta.

⁸⁰ S. Cekovic-Vuletic, *Haftung...*, s. 74.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Zob. H. Däubler-Gmelin, *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform*, NJW 2001, s. 2288.

Prawa Umów (PECL)⁸³ oraz Zasad Międzynarodowych Umów Handlowych UNIDROIT (UP)⁸⁴. Postulat ten odnosił się do dwóch kwestii.

Pierwsza dotyczyła ważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia⁸⁵. Sformułowanie § 311a ust. 1 BGB, który *expressis verbis* mówi o skuteczności takiej umowy⁸⁶, opiera się w swym brzmieniu na art. 4:102 PECL, zgodnie z którym umowa nie jest nieważna tylko dlatego, że w chwili jej zawarcia spełnienie przewidzianego świadczenia nie było możliwe⁸⁷. Oznacza to, że roszczenie o *specific performance* jest (zgodnie z zasadą *Impossibilium*) wyłączone (art. 9:102 ust. 2 (a) PECL⁸⁸), a umowa taka rodzi jedynie roszczenie odszkodowawcze. Regulacja w UP kształtuje się podobnie. Początkowa niemożliwość świadczenia nie wpływa na ważność umowy (art. 3.3. ust. 1 UP⁸⁹), a wyłącza jedynie roszczenie o świadczenie niemożliwe (art. 7.2.2. (a) UP⁹⁰).

Kwestia druga – to podnoszone przez C.W. Canarisa podobieństwo koncepcji analogicznego stosowania § 122 BGB w przypadku zwolnienia dłużnika z odpowiedzialności na podstawie § 311a ust. 2 BGB do regulacji zawartej

⁸³ **O. Lando, H. Beale** (eds), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by The Commission on European Contract Law, The Hague 2000; **O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann** (eds), *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague, London, Boston 2003; **R. Schulze, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Privatrecht. Teile I, II und III. Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2005.

⁸⁴ UNIDROIT Principles of International Commercial Contract, www.unilex.info; **R. Schulze, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Grundregeln der internationalen Handelsverträge. Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2005.

⁸⁵ BT-Drs. 14/4060, s. 164; **C.-W. Canaris**, *Die Reform...*, s. 505.

⁸⁶ Treść tego paragrafu, zob. przyp. 18, s. 128.

⁸⁷ Art. 4:102 PECL: *A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.*

⁸⁸ Art. 9:102 PECL: (2) *Specific performance cannot, however, be obtained where: (a) performance would be unlawful or impossible.*

⁸⁹ Art. 3.3 UP: (1) *The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.*

⁹⁰ Art. 7.2.2 UP: *Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) performance is impossible in law or in fact.*

w Principles⁹¹. Zgodnie z art. 9:501 i n. PECL⁹², niemożliwość świadczenia prowadzi do odpowiedzialności dłużnika w granicach dodatniego interesu umowy, a niemożliwość początkowa – w odróżnieniu od następczej – do odpowiedzialności dłużnika co do zasady również wtedy, gdy dłużnik nie odpowiada za przeszkodę⁹³. Z kolei, na podstawie art. 4:103 PECL⁹⁴ (art. 3.4 UP⁹⁵), dłużnik może w pewnych okolicznościach uchylić się od obowiązku świadczenia oraz od odszkodowania w miejsce świadczenia, a możliwość uchylenia się od skutków umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia prowadzi do zwrotu uchylającemu się interesu zaufania, jeśli druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o jego błędzie (art. 4:117 ust. 1

⁹¹ C.-W. Canaris, *Die Reform...*, s. 508.

⁹² Art. 9:501 PECL (1) *The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.* (2) *The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss ; and (b) future loss which is reasonably likely to occur.*

Art. 9:502 PECL: *The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.*

⁹³ Art. 8:108 (w zw. z art. 9:501 PECL) stanowi, że dłużnik zwolniony jest z obowiązku świadczenia odszkodowania, jeżeli nie odpowiada za niemożliwość świadczenia. Dłużnik nie może jednak w przypadku niemożliwości początkowej powołać się na okoliczności wyłączające odpowiedzialność z art. 8:108 PECL, bo te nie dotyczą przeszkód istniejących na etapie przygotowania umowy. Zob. C. Bar, R. Zimmermann (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Privatrecht. Teil I und II*, München 2002, Art. 8:108 PECL: komentarz B. Krytycznie P. Schlechtriem, *Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung*, JbJZ 2001, s. 18, który traktuje oficjalny komentarz jako niewiążący.

⁹⁴ Art. 4:103 PECL: (1) *A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or (iii) the other party made the same mistake, and (b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.* (2) *However a party may not avoid the contract if: (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.*

⁹⁵ Art. 3.4 UP: *Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.*

PECL⁹⁶ oraz 3.18 UP⁹⁷). Podobieństwo tego modelu do sytuacji, jaka powstanie w przypadku proponowanego przez C.-W. Canarisa stosowania *per analogiam* § 122 BGB, przy wyłączeniu odpowiedzialności na podstawie § 311a ust. 2 BGB, jest – zgodnie ze stanowiskiem doktryny – jedynie powierzchowne⁹⁸, a regulacja dotycząca możliwości uchylecia się od skutków czynności zawartej pod wpływem błędu w Principles opiera się na zasadniczo odmiennej koncepcji niż w BGB⁹⁹.

Dłużnik może zgodnie z art. 4:103 PECL uniknąć odpowiedzialności w granicach interesu dodatniego, jeśli uchyli się od skutków złożonego oświadczenia. Możliwość uchylecia się wyłączona jest przede wszystkim w sytuacji, gdy błąd dłużnika jest błędem niedającym się usprawiedliwić (art. 4:103 ust. 2 (a) PECL), oraz gdy dłużnik przyjął na siebie ryzyko wystąpienia błędu (art. 4:103 ust. 2 (b) PECL)¹⁰⁰. Dłużnik nie będzie jednakże odpowiadał, nawet w granicach interesu zaufania, w tych przypadkach, w których – zgodnie z PECL – skutecznie uchylił się od skutków zawartej czynności prawnej. Nie ma w PECL normy funkcjonalnie odpowiadającej przepisowi § 122 BGB i – jak twierdzi O. Mayer – nie ma takiej potrzeby, ponieważ możliwość uchylecia się jest ograniczona tylko do tych przypadków, w których zaufanie partnera

⁹⁶ Art. 4:117 PECL: (1) *A party who avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage.*

⁹⁷ Art. 3.18 UP: *Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.*

⁹⁸ Tak **S. Cekovic-Vuletic**, *Haftung...*, s.79; **O. Meyer**, *Principles of Contract Law and nationales Recht. Chancen und Wege für eine Nationalisierung der Rechtsanwendung*, Baden-Baden 2007, s. 185.

⁹⁹ Zob. **H.Ch. Grigoleit**, *Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles*, [w:] **R. Schulze, M. Ebers, H.Ch. Grigoleit** (Hrsg.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, s. 201 i n.; **E.A. Kramer**, *Die Gültigkeit der Verträge nach den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [dalej: **ZEuP**] 1999, s. 209 i n.; **M. Wolf**, *Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht*, [w:] **J. Basedow** (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen 2000, s. 85 i n.

¹⁰⁰ Treść tego artykułu, zob. przyp. 94, s. 148. Por. **C. Bar, R. Zimmermann** (Hrsg.), *Grundregeln...*, Art. 4:103 PECL: komentarz G, przykład 7; komentarz J, przykład 10.

umowy ustępuje ochronie składającego oświadczenie o uchyleniu¹⁰¹. Jedyne temu ostatniemu przysługuje roszczenie z art. 4:117 PECL, zgodnie z którym może on żądać zwrotu interesu zaufania, kiedy druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o błędzie. W porównaniu z § 122 BGB chodzi tu zatem o sytuację odwrotną, a więc roszczenie odszkodowawcze strony, która była w błędzie¹⁰².

Z kolei w UP przyczyny wyłączające możliwość uchylenia się od skutków umowy zawartej pod wpływem błędu są ujęte wężej niż w PECL, mianowicie: jeśli uchylającemu się można postawić zarzut rażącego niedbalstwa (art. 3.5 ust. 2 (a) UP¹⁰³) lub jeśli przyjął na siebie ryzyko wystąpienia błędu (art. 3.5 ust. 2 (b) UP). Ponadto, uchylenie się jest wyłączone w sytuacji, gdy druga strona podjęła już działania na skutek zaufania co do istnienia umowy (art. 3.5 ust. 1 (b) UP¹⁰⁴). Ponadto, inaczej niż w PECL, uregulowana jest odpowiedzialność uchylającego się w granicach interesu zaufania. Artykuł 3.18 UP¹⁰⁵ zobowiązuje do odszkodowania tę stronę umowy, która wiedziała lub powinna była wiedzieć o przyczynie uchylenia, co oznacza, że może chodzić w tym przypadku zarówno o uchylającego się, jak i stronę przeciwną¹⁰⁶. Podsumowując, różnica pomiędzy PECL a UP polega na tym, że podczas gdy w PECL w ogóle wyłączona jest możliwość uchylenia się od skutków oświadczenia złożonego pod wpływem zawinionego błędu, to w UP możliwość taka jest wyłączona dopiero wówczas, gdy błąd wystąpił wskutek rażącego niedbalstwa dłużnika.

¹⁰¹ O. Meyer, *Principles...*, s. 187. Por. M. Wolf, *Willensmängel...*, s. 128; N.N. Fischer, *Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht*, Berlin 2001, s. 259 i n.

¹⁰² O. Meyer, *Principles...* Zdaniem autora to, że roszczenie odszkodowawcze drugiej strony jest co do zasady wyłączone, wynika z przykładów komentowanych w PECL. Zob. C. Bar, R. Zimmermann (Hrsg.), *Grundregeln...*, Art. 4:103 PECL: komentarz F, przykład 5; art. 4:117 PECL: komentarz D.

¹⁰³ Art. 3.5 UP: (2) *However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.*

¹⁰⁴ Art. 3.5 UP: (1) *A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and [...]; or (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.*

¹⁰⁵ Treść tego artykułu, zob. przyp. 97, s. 149.

¹⁰⁶ Zob. H.Ch. Grigoleit, *Irrtum...*, s. 206; E.A. Kramer, *Die Gültigkeit...*, s. 226 i n.

Wytyczając granicę dla błędu powstałego wskutek rażącego niedbalstwa, UP obciążają jednocześnie dłużnika myślącego się w sposób zawiniony odpowiedzialnością w granicach interesu zaufania.

Rozważania powyższe pozwalają na sformułowanie następującego wniosku. Podczas gdy postulat zbliżenia BGB do Principles powiódł się w odniesieniu do kwestii ważności umowy o świadczenie od początku niemożliwe do spełnienia, o tyle zawiódł w kwestii analogicznego stosowania § 122 BGB przy wyłączeniu odpowiedzialności dłużnika na podstawie § 311a ust. 2 BGB¹⁰⁷. Zarówno w Principles, jak i w BGB chodzi wprawdzie o uchylenie się od skutków czynności prawnej zawartej pod wpływem błędu, ale sytuacje nimi objęte są inne dla BGB i Principles, a sprowadzić je można do dwóch podstawowych różnic. Pierwsza polega na tym, że podczas gdy w BGB wina uchylającego się nie wpływa na możliwość uchylenia się od skutków czynności prawnej zawartej pod wpływem błędu, to w przypadku Principles wchodzi w rachubę, co do zasady, tylko wtedy, gdy uchylający się za błąd nie odpowiada. Druga ujawnia się na płaszczyźnie odszkodowawczej. Zgodnie z § 119 BGB, to uchylający się zobowiązany jest świadczyć odszkodowanie zgodnie z § 122 ust. 1 BGB, a obowiązek ten odpada w sytuacji, kiedy druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o błędzie. W przypadku natomiast art. 4:117 PECL chodzi o obowiązek odszkodowawczy strony, która powinna była wiedzieć o błędzie względem uchylającego się od skutków czynności prawnej, który za błąd nie odpowiada.

Jak słusznie zauważają S. Cekovic-Vuletic oraz O. Meyer, zgłoszony przez ustawodawcę niemieckiego postulat zbliżenia niemieckiego prawa umów do Principles nie mógł zostać zrealizowany przy zastosowaniu metody polegającej na wprowadzaniu do BGB analogicznych rozwiązań prawnych¹⁰⁸. Różnice między BGB a Principles tylko wydają się być mało znaczące. W rzeczywistości, poza podobieństwem terminologii nie mają ze sobą nic wspólnego i opierają się na różnych zasadach: BGB – teorii woli, Principles – ochronie zaufania. Gdy zatem BGB dopuszcza w przypadku niezawinionego błędu możliwość uchylenia się od skutków umowy, a interes zaufania strony przeciwnej uwzględnia dopiero poprzez roszczenie z § 122 BGB dla Principles owa ochrona zaufania

¹⁰⁷ R. Zimmermann, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligation*, [w:] Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (Hrsg.), Saggi, conferenze e seminari 48, Rom 2002, s. 33 i n.; O. Meyer, *Principles...*, s. 185; S. Cekovic-Vuletic, *Haftung...*, s. 80.

¹⁰⁸ S. Cekovic-Vuletic, *Haftung...*; O. Meyer, *Principles...*

jest zasadą przewodnią, której potrzeba wynika z szeroko pojmowanej różnorodności obszaru Unii Europejskiej¹⁰⁹.

7. Podsumowanie

Niniejszy artykuł wymaga jedynie krótkiego podsumowania. Przyjęcie przez niemieckiego ustawodawcę założenia niezgodnego z dogmatycznie spójnym przekazem historycznym, że zasada *Impossibilium nulla obligatio est* może znaleźć zastosowanie także do przypadków następczej (obiektywnej i subiektywnej) niemożności świadczenia, wystarczyło, by powstał skutek odmienny od zamierzonego. W miejsce postulowanej, wzorcowej dla wspólnej Europy regulacji prawa zobowiązań, powstała w zakresie początkowej niemożności świadczenia konstrukcja obiektywnie niemożliwa do dogmatycznego uzasadnienia. Jakże aktualne pozostaje w tym kontekście twierdzenie prof. H. Kupiszewskiego, o którym pamiętają już niestety tylko romanisci, że to prawo rzymskie jest jedną z tych dziedzin, które wywarły szczególny wpływ na formowanie się oblicza Europy. Także tej współczesnej, zjednoczonej.

Bibliografia

- Altmeppen H.**, *Nochmals, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, DB 2001, s. 1821 i n.
- Altmeppen H.**, *Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf*, DB 2001, s. 1399 i n.
- Bar C., Zimmermann R.** (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Privatrecht. Teil I und II*, München 2002.
- Bundesminister der Justiz** (Hrsg.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln 1992.
- Canaris C.-W.**, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, s. 499 i n.
- Canaris C.-W.**, *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, DB 2001, s. 1815 i n.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

- Canaris C.-W.**, *Zur Bedeutung Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen*, [w:] R. Schulze/H. Schulte-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Münster 2001.
- Cekovic-Vuletic S.**, *Haftung wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, München 2002.
- Däubler-Gmelin H.**, *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform*, NJW 2001, s. 2281 i n.
- Dauner-Lieb B.**, *Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 2002.
- Dauner-Lieb B.**, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Wissenschaft und Praxis – Versuch einer Bestandsaufnahme*, [w:] B. Dauner-Lieb, H. Konzen, K. Schmidt (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick*, Köln, Berlin, Bonn, München 2003.
- Dauner-Lieb B., Arnold A., Dötsch W., Kitz V.**, *Fälle zum neuen Schuldrecht*, Heidelberg 2002.
- Dauner-Lieb B., Dötsch W.**, *Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?*, DB 2001, s. 2535 i n.
- Dauner-Lieb B., Heidel T., Lepa M., Ring G.**, *Anwalthandbuch Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht, Mietrecht*, Bonn 2002.
- Derleden P.**, *Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht*, NJW 2004, s. 969 i n.
- Dörner H., Staudinger A.**, *Schuldrechtsmodernisierung. Systematische Einführung und synoptische Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., Baden-Baden 2002.
- Ehmann H., Sutschet H.**, *Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehaftung?*, JZ 2004, s. 62 i n.
- Erman W.**, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden*, 10. Aufl., Münster 2000.
- Fehre A.**, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung. Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, Berlin 2005.
- Fikentscher W.**, *Schuldrecht*, 9. Aufl., Berlin, New York 1997.
- Fischer N.N.**, *Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht*, Berlin 2001.
- Flume W.**, *Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts*, ZIP 1994, s. 1497 i n.
- Grigoleit H.Ch.**, *Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles*, [w:] R. Schulze, M. Ebers, H.Ch. Grigoleit (Hrsg.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003.
- Gröschler P.**, *Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht*, NJW 2005, s. 1601 i n.
- Gsell B.**, *Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht*, JbJZ 2001, s. 105 i n.
- Harke J.D.**, *Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Hinsicht*, AcP 2005, s. 67 i n.
- Heck Ph.**, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929.
- Huber P., Faust F.**, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München 2002.

- Huber U.**, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, [w:] W. Ernst, R. Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen 2001.
- Huber U.**, *Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, ZIP 2000, s. 2137 i n.
- Jauernig O.**, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 12. Aufl., München 2007.
- Klausch S.**, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung*, Frankfurt am Main 2002.
- Knütel R.**, *Zur Schuldrechtsreform*, NJW 2001, s. 2519 i n.
- Kohler J.**, *Probleme der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung gemäß § 311a Abs. 2 BGB*, Jura 2006, s. 241 i n.
- Koller I.**, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen. Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der materiellen Leistungser schwerung, Zweckstörung sowie Schadensersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen*, München 1979.
- Koziol H.**, *Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs im Schadensersatzrecht?*, AcP 1996/196, s. 593 i n.
- Kramer E.A.**, *Die Gültigkeit der Verträge nach den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, ZEuP 1999, s. 209 i n.
- Lando O., Beale H.** (eds), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by The Commission on European Contract Law, The Hague 2000.
- Lando O., Clive E., Prüm A., Zimmermann R.** (eds), *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague, London, Boston 2003.
- Lorenz S., Rhiem T.**, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München 2002.
- Meyer O.**, *Principles of Contract Law und nationales Recht. Chancen und Wege für eine Nationalisierung der Rechtsanwendung*, Baden-Baden 2007.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., München 2003.
- Olshausen E. v.**, *Die Haftung der Insolvenzverwalters für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten und das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (§ 311a Abs. 2 BGB n.F.)*, ZIP 2002, s. 237 i n.
- Otto H.**, *Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts*, Jura 2002, s. 1 i n.
- Palandt O.**, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 60. Aufl., München 2001; 67. Aufl., München 2008.
- Schapp J.**, *Der anfängliche unbehebbarer Sachmangel beim Stückkauf*, [w:] Bork R., Hoeren T., Pohlmann P. (Hrsg.), *Recht und Risiko, Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag*, Bd. 2: *Zivilrecht*, Karlsruhe 2004.
- Schlechtriem P.**, *Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung*, JbJZ 2001, s. 9 i n.
- Schmoeckel M., Rückert J., Zimmermann R.** (Hrsg.), *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II/1, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Tübingen 2007.
- Schulze R.** (Schriftleitung), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Aufl., Baden-Baden 2009.
- Schulze R., Zimmermann R.** (Hrsg.), *Grundregeln der internationalen Handelsverträge. Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2005.

- Schulze R., Zimmermann R.** (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Privatrecht, Teile I, II und III. Basistexte zum Europäischen Privatrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 2005.
- Schur W.**, *Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen eines Sachmangels*, ZGS 2002, s. 243 i n.
- Schwarze R.**, *Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht*, Jura 2002, s. 73 i n.
- Skrzywanek-Jaworska D.**, *Historyczne tło ustawowego sformułowania zasady Impossibilium nulla obligatio est (D. 50,17,185) w niemieckim kodeksie cywilnym*, SPE 2012/LXXXVI.
- Skrzywanek-Jaworska D.**, *Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim*, SPE 2010/LXXXI.
- Soergel Hs.Th.**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1990.
- Tettinger P.W.**, *Anfänglich oder Nachträglich? – Das zwischen Angebot und Vertragsschluss eintretende Leistungshindernis -*, ZGS 2006, s. 452 i n.
- T. Tröger**, *Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht*, JuS 2005, s. 503 i n.
- Wagner G.**, *Ansprüche auf unmögliche*, JZ 1998, s.... i n.
- Wieling H.**, *Der Motivirrtum ist unbeachtlich! Entwicklung und Dogmatik des Irrtums im Beweggrund*, Jura 2001, s. 577 i n.
- Wieser E.**, *Schuldrechtsreform – die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht*, MDR 2002, s. 858 i n.
- Wilmowsky P. v.**, *Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts*, Jus/Beilage zu Heft 2002/1.
- Windel P.A.**, *Was nie sich fügt, was nie gelingt – Systematisierungsversuche zu § 311a BGB*, JR 2004, s. 265 i n.
- Wolf M.**, *Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht*, [w:] J. Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen 2000.
- Zimmermann R.**, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligation*, [w:] Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (Hrsg.), Saggi, conferenze e seminari 48, Roma 2002.

Dagmara SKRZYWANEK-JAWORSKA

**THE EXTENDING INTERPRETATION OF THE RULE
IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST (D. 50,17,185)
AND THE LUCK OF DOCTRINAL CONSISTENCY
IN THE CONCEPT OF DAMAGE LIABILITY FROM § 311A (2) BGB**

This article is directly connected with the issues presented in the article “The historical background for the legal expression of the rule *Impossibilium nulla obligatio est* (D. 50,17,185) in the German Civil Code”. The mentioned article criticizes, from historical point of view,

the enlargement of the application of the Celsus's rule to the cases of initial subjective and subsequent – both objective and subjective, impossibility of performance. The following article shows some of doctrinal consequences of such an enlargement interpretation. One of them concerns the § 311a (2) BGB, which contains the separate liability regime for the initial impediments of performance. This paragraph entitles the creditor to claim damages in lieu of performance, unless the debtor did know of the impediment when the contract was concluded, and was not responsible for not having known about it. The debtor held liable for the positive interest. This regulations is firstly presented in relation to its doctrinal inconsistency. Afterwards, it is presented in relation to the proposition of the analogy application of § 122 BGB when the debtor is not responsible for not knowing about the impediment, to make him liable at least for the negative interest. Finally this regulation was evaluated in relation to the demand of staying in the line with the Principles of European Contract Law and the UNIDROIT-Principles.