

Rozdział II

Odpowiedzialność z tytułu czynów niedozwolonych w prawie niemieckim

I. Uwagi ogólne

Na tle unormowań odnoszących się do odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych przede wszystkim zwraca uwagę, że w prawie niemieckim doniosłą rolę wśród zasad odpowiedzialności odgrywa wina. Według większości autorów jest ona najważniejszą z tych zasad, mającą najważniejsze znaczenie, pomimo stałego rozwoju odpowiedzialności opartej na innych zasadach, w tym zwiększania się liczby przypadków odpowiedzialności na zasadzie ryzyka²⁴⁰.

Rzeczywiście, przynajmniej w obrębie odpowiedzialności deliktowej uregulowanej w obrębie BGB, zasada winy odgrywa dominującą rolę²⁴¹. Prawodawca niemiecki zrezygnował z modelu jednej klauzuli generalnej²⁴², wprowadzając w BGB aż trzy klauzule generalne²⁴³, nazywane niekiedy „małymi”²⁴⁴. Chodzi tu mianowicie o unormowa-

²⁴⁰ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil*, München 1994, s. 352; D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München 2004, s. 152.

²⁴¹ Przypadki odpowiedzialności absolutnej oraz odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka funkcjonują tylko w ramach pozakodeksowych ustaw szczególnych (z jedynym wyjątkiem w zakresie zasady ryzyka w postaci § 833 zd. 1 BGB).

²⁴² Wskazuje się przy tym przede wszystkim, że wprowadzenie takiej jednej klauzuli generalnej ustanawiającej odpowiedzialność za każdą formę bezprawnego i zawinionego wyrządzenia szkody niosłoby ze sobą przynajmniej dwa poważnie niekorzystne następstwa. Po pierwsze, wymagałoby to sprecyzowania cech charakterystycznych bezprawności, jako że nie można po prostu wyjść z założenia, że każde szkoderzenie innemu jest samo w sobie bezprawne, a po drugie powodowałoby trudności w zakresie określenia kręgu podmiotów uprawnionych do występowania z roszczeniami odszkodowawczymi (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, München 2000, s. 364-365).

²⁴³ Co jest uważane za ewenement w skali europejskiej wśród krajów posiadających skodyfikowane prawo cywilne (Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, Oxford 1998, s. 25).

²⁴⁴ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*..., s. 366; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*..., s. 354 -355.

nia zawarte w § 823 ust. 1 BGB, § 823 ust. 2 BGB i § 826 BGB. Pierwsze z nich obejmuje zawinione naruszenia wymienionych w nim praw i dóbr prawnych, drugie zawinione naruszenia ustaw ochronnych, a trzecie – przypadki umyślnego szkodenia sprzeciwiającego się dobrem obyczajom. Wszystkie zatem trzy klauzule generalne hołdują zasadzie winy. Ta ostatnia znajduje także wyraz i w innych przepisach dotyczących odpowiedzialności deliktowej zawartych w regulacji kodeksowej, przy czym niekiedy jest ona wyrażona wprost, kiedy indziej stosuje się co do niej domniemanie. W szczególności zagadnienia te zostaną omówione w dalszej części rozdziału.

W tym miejscu należy jedynie zaznaczyć, że odpowiedzialność na zasadzie winy niewątpliwie odgrywa w niemieckim prawie deliktowym niezwykle doniosłą rolę²⁴⁵. Niesie ona ze sobą element moralnej oceny zachowania. Niekiedy wskazuje się też, że uzasadnienie dla obowiązku kompensaty szkód spowodowanych przez określoną osobę na skutek jej zawinionego zachowania leży w tym, że wykorzystała ona przysługującą jej wolność działania w sposób fałszywy lub zbyt swobodny²⁴⁶. Zasada zawinienia odgrywa przy tym nie tylko funkcję czynnika uprawniającego do nałożenia odpowiedzialności, ale także w znacznym stopniu ograniczającego możliwość jej ustalenia²⁴⁷.

Mimo jednak tego znaczenia zasady winy w doktrynie zauważa się coraz większą doniosłość odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka i przewiduje się dalszy wzrost jej znaczenia w przyszłości²⁴⁸, czy wręcz taką potrzebę²⁴⁹. Właściwie przedstawiciele doktryny określają tę ostatnią mianem odpowiedzialności z tytułu niebezpieczeństwa bądź zagrożenia (*Gefährdungshaftung*), niemniej nie ulega wątpliwości, że rozumieją przez nią to, co w polskiej literaturze przedmiotu nazywane jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka. Stąd też w dalszym toku rozważań terminy te będą używane zamiennie dla określenia tej odpowiedzialności.

²⁴⁵ W doktrynie w związku z tym podnosi się, że przypadki odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka nie mieszczą się właściwie w zakresie wąsko pojmowanych czynów niedozwolonych i zakwalifikowuje się je do pojęcia czynów niedozwolonych w szerszym znaczeniu, podczas gdy przez czyny takie w ścisłym znaczeniu rozumie się tylko delikty statuujące odpowiedzialność za bezprawne i zawinione zachowanie (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 363).

²⁴⁶ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil*, Heidelberg 1991, s. 637.

²⁴⁷ Np. przy wykazaniu dochowania przez sprawcę szkody wymaganej staranności w działaniu przy delikcie opierającym odpowiedzialność na zasadzie winy (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 352).

²⁴⁸ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 638.

²⁴⁹ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 150.

O ile w niemieckim prawie czynów niedozwolonych zasada winy znajduje przejaw w trzech wskazanych powyżej kodeksowych klauzulach generalnych, o tyle brak jest takiego jednego czy kilku przepisów, które stanowiłyby odpowiednio klauzulę lub klauzule generalne dotyczące odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka. W ogóle BGB zawiera tylko jedno unormowanie ustanawiające odpowiedzialność na tej zasadzie, a mianowicie § 833 zd. 1, który konstruuje jednakże jedynie jeden z deliktów określonych w tym kodeksie, nie mogąc w żaden sposób pretendować do miana klauzuli generalnej. Rozwinięte unormowania odnoszące się do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka znajdują się poza kodeksem, w szeregu uregulowań zawartych w ustawach szczególnych. W związku z tym w doktrynie przyjmuje się, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka kształtowana jest przez ustawodawcę na zasadzie enumeratywnego wskazania przypadków, w których ma ona znajdować zastosowanie²⁵⁰. Na tym tle można spróbować wskazać kilka cech wspólnych znamionujących w obrębie niemieckiego prawa cywilnego odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka.

Przede wszystkim uzasadnienia dla funkcjonowania takiej odpowiedzialności w porządku prawnym upatruje się w tym, że ten, kto panuje nad źródłem niebezpieczeństwa i w czym interesie działa przedsiębiorstwo niosące ze sobą niebezpieczeństwo, musi ponosić ryzyko, które jest z tym związane²⁵¹. Decydujące znaczenie przypisuje się więc elementowi narażania innych na niebezpieczeństwo (np. ze strony trzymanyh zwierząt luksusowych), w tym powodowania ryzyka typu technicznego²⁵². Wskazuje się przy tym, że jest to reguła określająca sposób rozłożenia ciężaru szkód powstałych w wyniku nieszczęśliwych zdarzeń („*Unglückschaden*”)²⁵³, które co prawda muszą być akceptowane, jeśli chce się osiągnąć postęp techniczny i społeczny, ale w których przypadku pozostawienie poszkodowanych ofiar bez ochrony stanowiłoby przejaw oczywistej niesłuszności²⁵⁴. Stąd też podnosi się, że ryzyko, jakie łączy się z uruchomieniem źródła zagrożenia, musi ponieść ten, w czym interesie akceptowany jest dany stan zagrożenia i kto jest w najlepszym położeniu do tego, aby zapanować nad tym źródłem niebezpieczeństwa, w szczególności je zabezpieczyć²⁵⁵. Nadto jest to uzasadnione dlate-

²⁵⁰ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 352.

²⁵¹ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 637.

²⁵² D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...* s. 363; R. Schmidt, *Schuldrecht, Besonderer Teil II*, Bremen 2006, s. 322.

²⁵³ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 637.

²⁵⁴ V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil*, Heidelberg 2003, s. 331.

²⁵⁵ *Ibidem*.

go, że to właśnie podmiot prowadzący niebezpieczną działalność lub eksploatujący także urządzenie czerpie z tego korzyści²⁵⁶. Z powyższych względów jest on najbardziej predestynowany do ponoszenia ciężaru odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza, jeśli się weźmie pod uwagę, że może związane z tym koszty w kalkulować w cenę wytwarzanych przez siebie produktów lub po prostu odpowiednio się ubezpieczyć²⁵⁷. Podkreśla się też, że dla powstania odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka nie ma znaczenia, czy zachowanie będące w takim przypadku przyczyną szkody było bezprawne czy też zgodne z prawem. W ogóle kwalifikowanie go jako bezprawnego lub zgodnego z prawem, bądź też dokonywanie jego oceny pod kątem zawinienia, byłoby tu bezprzedmiotowe. Nie miałyby to bowiem żadnego wpływu na kwestię poniesienia lub uniknięcia odpowiedzialności przez wskazany ustawowo podmiot. Przykładowo można wskazać, że w literaturze przedmiotu podnosi się, iż co prawda ruch drogowy uważany jest w Niemczech za źródło niebezpieczeństwa, w sposób nieodłączny związanego z tą w pełni zgodną z prawem aktywnością człowieka, jest ona jednak tolerowana pomimo niesionych przez nią zagrożeń (§ 7 StVG zapewnia kompensatę wynikających z niej szkód na zasadzie ryzyka)²⁵⁸. Co więcej, doszukiwanie się na gruncie odpowiedzialności opartej na wskazanej zasadzie takich elementów jak bezprawność czy wina nie znajduje uzasadnienia także dlatego, że w licznych przypadkach źródłem powstania obowiązku odszkodowawczego może być zdarzenie, które w ogóle nie znajduje swej etiologii w działaniu człowieka²⁵⁹. Odpowiedzialność deliktowa oparta na zasadzie ryzyka służy bowiem zapewnieniu kompensaty szkód powstałych na skutek funkcjonowania określonego źródła zagrożenia, na którego istnienie prawo dozwala²⁶⁰.

Do cech charakterystycznych dla przypadków odpowiedzialności deliktowej opartej na zasadzie ryzyka w prawie niemieckim zaliczano także z reguły istnienie ustawowego określenia maksymalnej kwoty odszkodowania, jakie może być dochodzone z tego tytułu oraz brak możliwości dochodzenia zadośćuczynienia za ból i cierpienie. Odnosnie do pierwszej z tych kwestii zauważyć należy, że istotnie większość uregulowań przewidujących odpowiedzialność opartą na tej zasadzie przewiduje takie kwoty najwyższe,

²⁵⁶ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht*, München 1999, s. 411.

²⁵⁷ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law of Torts. A comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon 2002, s. 717.

²⁵⁸ J. Fedtke, *The Reform of German Tort Law*, *European Review of Private Law* 2003, nr. 4, s. 498.

²⁵⁹ V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 331.

²⁶⁰ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 208; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 410.

aczkolwiek nie jest tak zawsze. Niezwykle istotny wyłom tworzy tu niezastrzegająca takiej kwoty, uregulowana w niemieckim kodeksie cywilnym w § 833 zd. 1 BGB odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta luksusowe, oparta na zasadzie ryzyka. Co znamienne, jest to, jak już wspomniano powyżej, jedyny przypadek odpowiedzialności na zasadzie ryzyka objęty unormowaniem kodeksowym, wszystkie pozostałe znajdują się bowiem w ustawach szczególnych. Wskazany przepis jest także o tyle specyficzny, że przez bardzo długi czas stanowił on również jedyną konstrukcję, w ramach której dopuszczalne było dochodzenie zadośćuczynienia z tytułu uszczerbków niemajątkowych w sytuacji, gdy odpowiedzialność deliktowa podmiotu pozwanego oparta była na zasadzie ryzyka. Sytuacja ta uległa obecnie zmianie, a dokładniej rzecz ujmując nastąpiło to z momentem wejścia w życie ustawy zmieniającej prawo odszkodowań z dnia 19 lipca 2002 r.²⁶¹, na mocy której zmianie uległ § 253 BGB i w związku z tym dopuszczalne stało się dochodzenie roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę również w każdej sytuacji, w której pozwany ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka²⁶²

²⁶¹ BGBl. I 2674; ustawa ta weszła w życie z dniem 1 sierpnia 2002 r.

²⁶² Dokładniej rzecz ujmując, na mocy tej ustawy nastąpiło generalne wprowadzenie możliwości występowania z roszczeniem o zadośćuczynienie w przypadkach uszczerbków na osobie (ciele lub zdrowiu), a także naruszeń wolności i swobody do samostanowienia w sferze seksualnej. Przepis § 249 BGB dopuszcza co do zasady pełne zadośćuczynienie za szkody niemajątkowe, ale § 253 BGB wyłączał dotąd możliwość kompensaty takich szkód w pieniądzu, chyba że przepis ustawy wyraźnie stanowi inaczej. Takich przepisów funkcjonowało niewiele (np. § 847 BGB). Wspomniana ustawa nowelizująca uzupełniła tę lukę przez dodanie ust. 2 do § 253 BGB, który pozwala powodowi na dochodzenie stosownego zadośćuczynienia w postaci pieniężnej za szkody na osobie (krzywdę na ciele lub zdrowiu), jak również za naruszenia wolności i prawa do samostanowienia w sferze seksualnej. W związku z tym § 847 BGB został uchylony. W wyniku tych zmian poszkodowani mogą dochodzić zadośćuczynienia nie tylko w ramach przypadków, gdy odpowiedzialność oparta jest na zasadzie winy, ale także wówczas, gdy w grę wchodzi zasada ryzyka. O ile na gruncie odpowiedzialności kontraktowej ten ostatni efekt osiągany jest dzięki samemu brzmieniu § 253 BGB, o tyle w ramach odpowiedzialności deliktowej opartej na zasadzie ryzyka ten sam skutek uzyskany został poprzez dokonanie dodatkowych zmian w poszczególnych ustawach szczególnych (§ 87 AMG, § 117 (1) BBergG, § 11 StVG, § 6 HaftPflG, § 36 LuftVG, § 32 (5) GenTG, § 8 ProdHaftG, § 13 UmweltHG i § 29 (2) AtG). W innych ustawach stanowiących źródło odpowiedzialności na zasadzie ryzyka natomiast dotychczasowe odwołanie do § 847 BGB zostało zastąpione przez odesłanie do nowego § 253 ust. 2 (J. Fedtke, *The Reform...*, s. 490-491). W doktrynie zauważono, że ustawodawca nie dokonał stosownego odwołania w § 22 ust. 1 ustawy o gospodarce wodnej, jednak wskazuje się, że jest to jedynie pozorny wyjątek w ramach nowo wprowadzonych rozwiązań, z uwagi na to, że ustawa ta obliuguje do nałożenia obowiązku odszkodowawczego nie tylko, tak jak pozostałe ustawy szczególne ustanawiające zaostrzoną odpowiedzialność, z tytułu naruszenia określonych dóbr prawnych, lecz zobowiązuje do odszkodowania za wszystkie szkody, w związku z czym § 253 ust. 2 BGB powinien mieć tu bezpośrednie zastosowanie (R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 322). M.in. w związku z tym dodano do § 11 ustawy o ruchu drogowym z 19 grudnia 1952 r. (BGBl. III 9231-1), traktującego o zakresie obowiązku odszkodowawczego w przypadku uszkodzenia ciała w wypadku drogowym, na podstawie ustawy nowelizującej z 19 lipca 2002 r. (BGBl. I 2674) zdanie drugie, zgodnie z którym w przypadku doznania szkody, która nie ma charakteru szkody majątkowej, można żądać słusznego odszkodowania pieniężnego.

Prócz powyższego jako cechę odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka wyróżnia się to, że poszkodowany, który nie uzyskał pełnej kompensaty wszystkich poniesionych przez siebie uszczerbków z uwagi na ograniczenia wynikające z określonej w danej ustawie szczególnej maksymalnej kwoty odszkodowania, jakie może być przyznane na jej podstawie, zachowuje prawo do występowania z dalszymi roszczeniami odszkodowawczymi na podstawie unormowań niemieckiego kodeksu cywilnego ustanawiających odpowiedzialność deliktową opartą na zasadzie winy. Możliwość taka często zastrzeżona jest bowiem wprost w przepisach ustaw szczególnych ustanawiających odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (np. § 16 StVG, § HaftPflG). Nadto dla szeregu tych ustaw (m. in. § 4 HaftPflG, § 27 AtG) znamienne jest też to, że rozmiar obowiązku odszkodowawczego ciążącego na podmiocie ponoszącym odpowiedzialność może tu ulegać zredukowaniu na skutek dopuszczalności uwzględniania elementu przyczynienia się poszkodowanego²⁶³. Rozstrzygnięcia w tym zakresie podejmowane są w oparciu o § 254 BGB, z tym, że tu przeciwstawia się wielkość winy poszkodowanego w stosunku do typowego zagrożenia związanego z działalnością opartą na zasadzie ryzyka, z której wypływa odpowiedzialność wchodząca w grę w rozważanym przypadku²⁶⁴.

Charakterystyczne jest także to, że w niemieckim porządku prawnym uznaje się wyłączną kompetencję ustawodawcy w zakresie określania przypadków odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka²⁶⁵. Nie mogą być one zatem kreowane w drodze twórczej praktyki orzeczniczej w razie pojawienia się szczególnego źródła niebezpieczeństwa nieprzewidzianego przez ustawodawcę jako podstawa dla takiej odpowiedzialności²⁶⁶.

Nadto należy zauważyć, że zakres odpowiedzialności na zasadzie ryzyka doznaje specyficznego ograniczenia wynikającego niejako z jej natury. Mianowicie obejmuje ona tylko takie szkody, które zostały poniesione wskutek zrealizowania się właśnie tego niebezpieczeństwa, z uwagi na które ustawodawca wprowadził w danym przypadku od-

²⁶³ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 717-718.

²⁶⁴ BGHZ 2, 355. Ostatecznie mogą w wyniku tego zapaść nawet takie rozstrzygnięcia, w których poszkodowanemu zostanie w ogóle całkowicie odmówione prawo do uzyskania odszkodowania (BGH VersR 1963, 874), albo przeciwnie podmiot odpowiedzialny będzie musiał w pełni zrekompensować uszczerbki poniesione przez poszkodowanego pomimo przyczynienia się przez tego ostatniego w sposób zawiniony do powstania szkody (BGH VersR 1969, 736).

²⁶⁵ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 715.

²⁶⁶ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 382; BGHZ 63, 234, 237.

powiedzialność opartą na zasadzie ryzyka²⁶⁷. Istotne jest tu zatem ustalenie celu ochrony naruszonej normy, bowiem odszkodowanie może być tu przyznane jedynie wówczas, gdy rodzaj szkody, której dotyczy roszczenie oraz sposób jej wyrządzenia odpowiada temu, przed jakim dane unormowanie ustawowe ma zapewniać ochronę²⁶⁸.

Obok odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, przejawów odpowiedzialności niezależnej od winy upatruje się w literaturze przedmiotu także i w innych przypadkach. Należy tu przede wszystkim wskazać na problematykę ingerencji równej wywłaszczeniu (*Enteignungsgleicher Eingriff*), odpowiedzialności na podstawie art. 5 V Konwencji Praw Człowieka oraz odpowiedzialności za przypadek (*Zufallshaftung*) uregulowanej np. w § 945 ZPO²⁶⁹. Pojęcie ingerencji o skutkach analogicznych do wywłaszczenia zostało wypracowane w orzecznictwie²⁷⁰, gdzie przyjęto, że zachodzi ona wówczas, gdy jakiś określony akt władczy, jak np. ustawa, akt administracyjny czy nawet działanie faktyczne, ingeruje w czyjąś sferę prawnie chronioną w taki sposób, że wyrządza uszczerbek w prawach majątkowych tego podmiotu. W takim przypadku przyjęto odpowiedzialność odszkodowawczą państwa wówczas, gdy możliwe jest stwierdzenie, że taka władcza ingerencja w prawa majątkowe jednostki miała charakter bezprawny²⁷¹. Podobnie w odniesieniu do odpowiedzialności wynikającej ze wskazanej powyżej konwencji podnosi się, że do nałożenia obowiązku odszkodowawczego wystarcza tu ustalenie bezprawności, natomiast zawinienie nie jest wymagane²⁷². Najwięcej jednak kontrowersji budzi w doktrynie problem określenia zasady, na jakiej oparta jest odpowiedzialność statuowana w § 945 ZPO. Zgodnie z tym unormowaniem w sytuacji,

²⁶⁷ B. S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 719. Niekiedy w literaturze przedmiotu mówi się tu o tzw. *Gefährdungszusammenhang*, czyli korelacji zagrożenia czy też związku z niebezpieczeństwem (V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil...*, s. 331). Dlatego też np. w orzecznictwie odmówiono przyznania odszkodowania na podstawie unormowania ustanawiającego odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za szkody wynikające z ruchu pojazdu mechanicznego (§ 7 StVG) z uwagi na to, że sposób, w jaki został spowodowany uszczerbek na zdrowiu, nie stanowił przejawu niebezpieczeństwa, jakie wiąże się z ruchem takiego pojazdu (BGH NJW 1989, 2616 [w:] H. Schack, H.P. Ackmann, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht*, München 1993, s. 252-256).

²⁶⁸ B. S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 719-720.

²⁶⁹ H. Thomas [w:] P. Bassenge, W. Edenhofer, A. Heldrich, H. Sprau, U. Diederischen, H. Heinrichs, H. Putzo, H. Thomas, *Beck – Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch*, München 1999, s. 942.

²⁷⁰ BGH NJW 1971, 1172 – 1174.

²⁷¹ L. Bosek, *Odpowiedzialność państwa za legislacyjne bezprawie w prawie niemieckim*, PiP 2003, z. 1, s. 87.

²⁷² BGH 45, 58.

gdy okaże się, że zastosowanie aresztu lub wydanie zarządzenia tymczasowego było od początku bezpodstawne albo gdy taki zastosowany środek zostanie uchylony na podstawie § 926 ust. 2 ZPO lub § 942 ust. 3 ZPO, to strona, która wywołała jego zastosowanie, zobowiązana jest do odszkodowania za szkody poniesione przez stronę przeciwną, które ta poniosła w wyniku wykonania zastosowanych środków bądź wskutek tego, że dała ona zabezpieczenie, by zapobiec egzekucji lub które poniosła, by uzyskać uchylenie takiego środka. Wprowadzenie takiej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej w niemieckim kodeksie postępowania cywilnego wynika z tego, że jego unormowania pozwalają wierzycielowi uzyskać tymczasową ochronę prawną już w przypadku uwiarygodnienia przez niego przesłanek roszczenia. Z uwagi jednak na to, że powoduje to niejednokrotnie bardzo daleko idącą ingerencję w sferę praw i dóbr dłużnika, ustawodawca obarcza wierzyciela ryzykiem tego, że wysuwane przez niego roszczenia okażą się nieuzasadnione. Dlatego też niekiedy w orzecznictwie wskazuje się, że korzystając ze środków tymczasowej ochrony prawnej wierzyciel działa niejako na własne ryzyko (*auf eigene Gefahr*)²⁷³. Podkreśla się przy tym, że do powstania odpowiedzialności na podstawie przytoczonego unormowania nie wymaga się żadnej winy (*kein Verschulden*) ze strony wierzyciela²⁷⁴. W doktrynie wysuwa się tu różnorodne koncepcje zakwalifikowania tej odpowiedzialności, uznając ją bądź to za przejaw funkcjonującej w prawie cywilnym teorii poświęcenia (*Aufopferung*)²⁷⁵ bądź odpowiedzialności za zagrożenie (*Gefährdungshaftung*)²⁷⁶, bądź też za bezprawne zachowanie (*einer Haftung für rechtswidriges Verhalten*)²⁷⁷ wierzyciela. Niekiedy wprost wskazuje się, że tak właściwie to żadna z tych propozycji nie jest zupełnie przekonująca, albowiem omawiana odpowiedzialność wymyka się spod tych modeli i wykazuje własne znamienne dla niej cechy²⁷⁸.

²⁷³ BGH NJW 1970, 1459, 1461; BGH NJW 1986, 1107, 1108.

²⁷⁴ RGZ 67, 365, 368; BGH NJW 1966, 1513, 1514; BGH NJW 1970, 1459, 1460; BGH NJW-RR 1992, 998.

²⁷⁵ F. Baur, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen 1967, s. 110-115; M. Minnerop, *Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz*, Köln 1973, s. 46-47.

²⁷⁶ W. Grunsky, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, JuS 1976, s. 277 i s. 285.

²⁷⁷ W. Henckel, *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, s. 268.

²⁷⁸ R.C. Thümmel [w:] R.C. Thümmel, B. Wiczorek, R.A. Schütze, *Zivilprozeßordnung und Nebengesetze. 5. §§ 916 – 1048 ZPO*, Berlin 1995, s. 242-243. Autor ten wskazuje jednak przy tym, że powszechne uznanie znajduje traktowanie tego przypadku jako przejawu odpowiedzialności niezależnej od winy i analogiczne stosowanie do niego rozwiązań BGB dotyczących deliktów i odszkodowań w zakresie przedawnienia, określenia rozmiarów szkody, kwestii związanych z uwzględnieniem przyczynienia się poszkodowanego i wielkości odszkodowania.

Oprócz powyższego niezależna od winy jest także odpowiedzialność absolutna, wprowadzona w kilku ustawach szczególnych, o których będzie szerzej mowa w dalszej części tego rozdziału. W doktrynie podkreśla się, że jest to odpowiedzialność odrębna od odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, będąca prawdziwie absolutną, to znaczy niedopuszczająca możliwości zwolnienia się od odpowiedzialności nawet przy wykazaniu, że przyczyną szkody była siła wyższa (np. przy odpowiedzialności za szkody atomowe lub lotnicze)²⁷⁹. Należy jednak zauważyć, że większość autorów nie wyróżnia odpowiedzialności absolutnej, uważając, że wszystkie przypadki zaostrożonej odpowiedzialności zawarte w ustawach szczególnych opierają się na zasadzie ryzyka²⁸⁰.

Stosunkowo niewielką rolę odgrywa na gruncie niemieckiego prawa deliktowego odpowiedzialność na zasadzie słuszności (*Billigkeitshaftung*). Pojawia się ona tylko w jednym przepisie kodeksowym regulującym odpowiedzialność deliktową, a mianowicie w § 829 BGB, dotyczącym przypadku, w którym dopuszczalne jest dochodzenie odszkodowania od sprawcy szkody, któremu z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego odpowiedzialności przypisać nie można. Odpowiedzialność ta ma przy tym charakter subsydiarny.

Co istotne, zauważyć należy, że generalnie przyjmuje się, iż w razie gdyby dany stan faktyczny dawał możliwość wystąpienia zarówno z roszczeniem z tytułu odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej (niezależnie od tego, na jakiej zasadzie byłaby ona oparta), wybór podstawy prawnej powództwa należy do poszkodowanego²⁸¹.

II. Klauzula generalna zawinionego naruszenia dóbr (§ 823 ust. 1 BGB)

Zgodnie z § 823 ust. 1 BGB osoba, która umyślnie albo wskutek niedbalstwa dokonuje w sposób sprzeczny z prawem ingerencji w zakresie cudzego życia, ciała, zdrowia, wolności, własności lub innego prawa, obowiązana jest do naprawienia szkody, jaka wynika z tego dla tego podmiotu. Przewidziana została tu zatem odpowiedzialność deliktowa z tytułu bezprawnego, zawinionego naruszenia dóbr życiowych (*Lebensgüter*). Podkreśla się przy tym zazwyczaj, że zakres zastosowania tego unormowania jest ograniczony poprzez to, że obowiązek naprawienia wyrządzonych szkód dotyczy tylko tych

²⁷⁹ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 716.

²⁸⁰ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 637-666; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 425-430; V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 331-345.

²⁸¹ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 439; BGHZ 67, 359, 362-363.

dóbr, które zostały *expressis verbis* wymienione we wskazanym przepisie²⁸². Należy jednak zauważyć, że ustawodawca objął omawianą odpowiedzialnością także przypadki naruszenia „innych praw”. Wobec ogólnikowości i niedookreśloności tego użytego tu sformułowania uznać należy, że wskazanie tych praw pozostawione zostało orzecznictwu i doktrynie, przez co trudno uznać katalog praw chronionych na podstawie § 823 ust. 1 BGB za mający charakter zamknięty. Nie ulega także wątpliwości, że pewnego otwarcia, choć już bardziej ograniczonego niż w przypadku wykładni zwrotu odwołującego się do „innych praw”, doznaje on także za sprawą doprecyzowywania w praktyce tego, co powinno być uznawane za naruszenie czyjegoś życia, ciała, zdrowia, wolności czy też własności skutkujące powstaniem obowiązku naprawienia szkody. Stąd też niezbędne będzie, przynajmniej na pewnym stopniu ogólności, scharakteryzowanie obszaru naruszeń dóbr innych podmiotów, kwalifikowanych jako powodujące powstanie odpowiedzialności na podstawie § 823 ust. 1 BGB. Umożliwi to zresztą nie tylko zarysowanie zakresu zastosowania tego unormowania, ale będzie także wysoce przydatne przy charakteryzowaniu przyjmowanego na jego gruncie pojęcia bezprawności. To ostatnie traktowane jest bowiem w doktrynie w sposób odmienny, w zależności od tego, czy rozpatruje się je na tle naruszenia któregoś z dóbr wyraźnie wymienionych we wspomnianym przepisie, czy też w odniesieniu do ingerencji dotyczącej prawa zaliczanego do wskazanej w nim kategorii „innych praw”. Problematyka ta jest niezwykle istotna, albowiem dopiero ustalenie bezprawności danego zachowania czyni zasadnym prowadzenie rozważań co do zawinienia, a w konsekwencji – możliwości nałożenia obowiązku naprawienia szkody na gruncie § 823 ust. 1 BGB.

1. Dobra chronione na podstawie § 823 ust. 1 BGB

1.1. Życie, ciało, zdrowie

Na tle wspomnianego przepisu przyjmuje się, że ingerencja dotycząca cudzego życia oznacza pozbawienie innej osoby życia. Z natury rzeczy ewentualne roszczenia będą tu przysługiwały pozostałym przy życiu osobom, w szczególności tym, które pokryły koszty pogrzebu zmarłego lub wobec których był on albo mógł być zobowiązany

²⁸² W literaturze przedmiotu zauważa się, że wśród krajów europejskich, w których funkcjonuje skodyfikowane prawo cywilne, tylko BGB zawiera deliktową klauzulę generalną, w ramach której znajduje się ostateczna lista prawnie chronionych interesów (Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 26).

do dostarczania środków utrzymania (§ 844 BGB) bądź w stosunku do których obowiązany był do świadczenia usług (§ 845 BGB).

Z kolei naruszenie ciała oznacza dokonanie fizycznej ingerencji w stosunku do ciała innej osoby, naruszającej jej nietykalność cielesną, np. w postaci zranienia, złamania kości itp., prowadzącej niekoniecznie tylko do skutków w postaci określonego uszkodzenia ciała, ale możliwe, że także do reperkusji w zakresie odczuć czy emocji, jak choćby bólu czy cierpienia. Natomiast przez spowodowanie uszczerbku na zdrowiu rozumie się przypadki zakłócenia prawidłowego wewnętrznego funkcjonowania organizmu danej osoby przez wywołanie określonego schorzenia fizycznego lub psychicznego, przy czym wystarczy tu samo spowodowanie choroby skutkujące koniecznością jej leczenia, choćby nie wystąpiły żadne jej objawy²⁸³. Wskazać należy, że przyjmuje się tutaj dosyć szeroką interpretację, zaliczając do wspomnianych naruszeń ciała między innymi zniszczenie lub uszkodzenie części ciała, płynu ustrojowego lub wydzieliny oddzielonej od organizmu danego człowieka, jeśli ma być przywrócona do niego albo wykorzystana do funkcji, jakie zwykle spełnia organizm ludzki²⁸⁴. Jako naruszenia zdrowia traktuje się natomiast wywoływanie infekcji, zaburzeń układu pokarmowego lub układu oddechowego np. przez szkodliwe opary, a także między innymi zakłóceń snu²⁸⁵. Nadto zalicza się tu również schorzenia psychiczne powstałe u danej osoby jako skutek określonego zdarzenia, przy czym chodzi tu jedynie o przypadki medycznie stwierdzalnych chorób psychicznych, daleko przekraczających przebieg smutku i cierpienia, jaki typowo wystąpiłby u zwykłego, niebędącego nadmiernie wrażliwym, człowieka, którego dotyczyłoby takie zdarzenie. W grę wchodzi tu przede wszystkim sytuacja, gdy dana osoba była świadkiem wypadku lub została o nim powiadomiona²⁸⁶, przy czym prawnie

²⁸³ V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 260. W orzecznictwie uznano np. że zaliczyć tu należy już samo zakażenie wirusem HIV na skutek transfuzji krwi, choćby u danej osoby nie rozwinęło się ono w AIDS (BGH NJW 1991, 1948; BGHZ 114, 28).

²⁸⁴ Tak orzecznictwo np. w stosunku do spermy przechowywanej w celu użycia do zapłodnienia (BGH NJW 1994, 127; BGHZ 124, 52).

²⁸⁵ BGH MDR 1971, 37.

²⁸⁶ Np. doznanie szoku na skutek otrzymania wiadomości o śmierci małżonka (BGHZ 56, 163). W orzecznictwie przyjęto przy tym, że niekoniecznie dotyczy to tylko przypadków gwałtownych schorzeń psychicznych pojawiających się u danej osoby na skutek zobaczenia lub usłyszenia o jednym nagłym zdarzeniu, ale także zakwalifikowuje się tu sytuacje, w których uszczerbek na zdrowiu tego typu rozwijał się przez dłuższy czas – m. in. uznano, że odpowiedzialność na podstawie § 823 ust. 1 BGB ponosi lekarz, który niepotrzebnie utrzymywał swojego pacjenta w strachu przed nowotworem przez okres ponad dwudziestu lat (OLG Karlsruhe VersR 1988, 1134).

relewantne są przypadki dotyczące nie uszkodzenia lub zniszczenia rzeczy²⁸⁷, lecz ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub śmierci człowieka i to raczej bliskiego krewnego, ewentualnie osoby pozostającej w narzeczeństwie lub innym poważnym związku miłosnym²⁸⁸. W judykaturze dopuszczono też stosunkowo szeroko możliwość występowania z roszczeniami na podstawie § 823 ust. 1 BGB przez *nasciturusa*²⁸⁹. Znaczne rozbieżności poglądów powstają natomiast w praktyce co do możliwości występowania na gruncie wspomnianego przepisu z roszczeniami w sytuacjach określanych angielskojęzycznymi terminami jako „*wrongful conception*”, „*wrongful birth*” i „*wrongful life*”, a więc poczęcia dziecka na skutek tego, że przeprowadzony zabieg sterylizacji okazał się nieskuteczny, powstania niechcianej ciąży w wyniku innych zarzucalnych działań lekarza, w tym nienależytego poinformowania pacjentki, urodzenia dziecka upośledzonego, obciążonego chorobą niewykrytą podczas badań prenatalnych itp.²⁹⁰ Zgoda panuje natomiast w przedmiocie niedopuszczalności występowania z roszczeniami odszkodowawczymi przez dzieci przeciwko ich rodzicom z powodu chorób, jakie ci ostatni przekazali im, płodząc je pomimo świadomości, że są obciążeni określoną chorobą dziedziczną²⁹¹.

²⁸⁷ LG Hildesheim VersR 1970, 720.

²⁸⁸ LG Frankfurt NJW 1969, 2286.

²⁸⁹ Np. z tytułu uszczerbku na zdrowiu doznanego przez niego na skutek transfuzji krwi zakażonej chorobą weneryczną matce, kiedy była z nim w ciąży (BGHZ 8, 243) albo w wyniku przedwczesnego porodu wywołanego spowodowaniem przez kogoś silnego szoku psychicznego u jego ciężarnej matki (BGH NJW 1985, 1391).

²⁹⁰ Szerzej na ten temat m. in.: H. Engelhardt, *Kind als Schaden?*, VersR 1988, 540; A. Roth, *Kindesunterhalt als Schaden*, NJW 1995, 2399; E. Picker, *Schadenersatz für das unerwünschte Kind* („*Wrongful birth*”), AcP 195 (1995) 483; tenże, *Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben* : „*Wrongful life*”, 1995; M. Kowalski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza lekarza z tytułu wrongful birth w prawie niemieckim*, Prawo i Medycyna 2002, Nr 11, s. 72-73. Ten ostatni autor wskazuje m. in., że „Działanie lekarza w takim przypadku (*wrongful birth*) może być wprawdzie uznane za czyn niedozwolony, jednakże reżim odpowiedzialności *ex delicto* nie daje wystarczających podstaw przypisania lekarzowi odpowiedzialności za szkody majątkowe w obrębie *wrongful birth*.”

W orzecznictwie sądów niemieckich wskazano m. in., że jeżeli istniało niebezpieczeństwo uszczerbku na zdrowiu nienarodzonego dziecka (wskutek zachorowania przez matkę we wczesnej ciąży na różyczkę), które uzasadniałoby życzenie matki co do przerwania ciąży, co nie zostało zdiagnozowane w sposób zawiniony przez lekarza doradzającego matce, to lekarz ten obowiązany jest w stosunku do rodziców dziecka do odszkodowania za dodatkowe nakłady uwarunkowane przez upośledzenie dziecka. Samemu dziecku jednak żadne roszczenia odszkodowawcze z tego tytułu przeciwko lekarzowi nie przysługują (BGH NJW 1983, 1371 [w:] H. Schack, H.P. Ackmann, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht*, München 1993, s. 240-246).

²⁹¹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 379.

W praktyce precyzyjne oddzielanie od siebie naruszeń ciała i zdrowia nie odgrywa doniosłej roli, albowiem wywołują one w omawianym zakresie identyczne konsekwencje prawne.

1.2. Wolność

Wolność jako dobro, którego naruszenie skutkuje odpowiedzialnością deliktową z § 823 ust. 1 BGB, pojmowana jest bardzo wąsko. Zalicza się tu bowiem właściwie jedynie przypadki pozbawienia danej osoby możliwości fizycznego przemieszczania się, na przykład w postaci zamknięcia jej w jakimś pomieszczeniu, bezpodstawnego pozbawienia wolności czy nawet udzielenia policji fałszywej informacji, co doprowadziło do aresztowania danej osoby. W literaturze podkreśla się przy tym, że ochronie na podstawie tego unormowania podlega wolność do zmiany miejsca pobytu. Obowiązek naprawienia szkody może być więc nałożony wówczas, gdy ktoś chciał opuścić konkretne miejsce i zostało mu to uniemożliwione, ale już nie w sytuacji, w której zmuszono go tylko do opuszczenia pewnego miejsca lub uniemożliwiono dotarcie do niego²⁹². Tym bardziej nie są tu kwalifikowane ograniczenia wolności w innych sferach, na przykład w zakresie działania, wypowiedzi czy religii. Ochroną deliktową nie jest tu także objęta ogólna swoboda działania ani wolność podejmowania decyzji²⁹³. Co więcej, nawet rzeczywiste ograniczenie swobody przemieszczania się nie zawsze będzie rodziło odpowiedzialność deliktową, w szczególności jeśli chodzi o sytuacje objęte powszechnym ryzykiem życiowym, jak chociażby utknięcie w ulicznym korku²⁹⁴.

1.3. Własność

Zakresem odpowiedzialności deliktowej mogącej powstać na podstawie § 823 ust. 1 BGB objęte są różnorodne naruszenia prawa własności w takim kształcie, w jakim odzwierciedlone jest ono w § 903 BGB. Ten ostatni przepis wskazuje na prawo właściciela do władania jego rzeczą, ruchomą lub nieruchomą, według własnego uznania, z wyłączeniem wpływu innych osób w tym zakresie. Dlatego też za prawnie relewantne na gruncie § 823 ust. 1 BGB naruszenie tego prawa uważa się różnorodne przypadki uzurpowania sobie przez osobę trzecią wykonywania cudzego prawa własności, ingerencje dotyczące substancji rzeczy, w tym jej zniszczenie, uszkodzenie lub oszpecenie,

²⁹² R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 211.

²⁹³ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 385.

²⁹⁴ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 379.

jak też pozbawienie właściciela rzeczy poprzez odebranie mu jej lub niezwrócenie. Dotyczy to zarówno działań faktycznych, jak i prawnych, takich jak na przykład przeniesienie własności danej rzeczy na działającą w dobrej wierze osobę trzecią (§ 929 BGB i § 932 BGB), zmieszanie jej z innymi rzeczami, przerobienie lub obciążenie prawem zastawu (§ 892 BGB, § 1138 BGB, § 1207 BGB). Zalicza się tu także przypadki uniemożliwienia właścicielowi używania jego rzeczy, przy czym zwłaszcza takie, w których to pozbawienie możliwości korzystania z danej rzeczy ma charakter zupełny²⁹⁵ i długotrwały²⁹⁶.

1.4. Inne prawa

Jak już wspomniano, § 823 ust. 1 BGB obejmuje obowiązkiem naprawienia szkody także przypadki naruszenia „innych praw”. Ze względu na niedookreślony charakter tego zwrotu nazywany on bywa w doktrynie „małą klauzulą generalną”²⁹⁷. Podkreśla się jednak przy tym, że swoboda orzecznictwa w uznawaniu poszczególnych praw za należące do tej kategorii jest ograniczona ze względu na to, że mogą być tu zaliczane jedynie prawa o charakterze bezwzględnym. Wynika to z dość powszechnie przeprowadzanej w doktrynie wykładni tego przepisu, w ramach której powołuje się na to, iż wymienienie w omawianym przepisie „innych praw” zaraz po własności przemawiać ma za tym, że prawa te powinny być podobne do prawa własności, w szczególności w zakresie ich bezwzględnego charakteru²⁹⁸.

Z tego względu zalicza się tu przede wszystkim ograniczone prawa rzeczowe oraz przypadki, w których istnieje uprawnienie do zawłaszczenia ruchomej rzeczy niczyjej (§ 958 ust. 2 BGB), w tym przede wszystkim regulowane prawami: łowieckim, rybołówstwa czy górniczym. Poza tym przyjmuje się, że obowiązek naprawienia szkody wynikający z omawianego unormowania obejmuje też naruszenia dotyczące praw autor-

²⁹⁵ BGH NJW 1977, 2264; BGHZ 55, 153.

²⁹⁶ BGH NJW 1977, 2264.

²⁹⁷ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*..., s. 390.

²⁹⁸ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht*..., s. 343; R. Schmidt, *Schuldrecht*..., s. 218; V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht*..., s. 275. Niekiedy jednak przyjmuje się tu szerszą interpretację, rozumiejąc pod sformulowaniem „inne prawa” takie prawa, które są zbliżone w zasadniczych kwestiach w ogóle do któregośkolwiek z dóbr i praw wymienionych w § 823 ust. 1 BGB. Jednak i wówczas przyjmuje się, że prawa te powinny odznaczać się: kryterium kwalifikacyjnym (tj. być objęte ochroną przez porządek prawny), funkcją wyłączającą (tzn. że wszyscy inni oprócz uprawnionego są wyłączeni od oddziaływania na dane dobro prawne lub prawo i obowiązani są je respektować) oraz typowo społeczną jawnością, czyli dostrzegalnością dla osób trzecich istnienia czyjegoś prawa (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*..., s. 375).

skich, patentów, znaków towarowych i tym podobne, jak również firmy przedsiębiorcy oraz ekspektatywy²⁹⁹. Co więcej, wchodzi tu w grę nawet prawo do opieki rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi³⁰⁰ oraz tak zwany przestrzenno-przedmiotowy zakres małżeństwa, to znaczy zdradzany małżonek może występować przeciwko drugiemu małżonkowi w oparciu o omawianą podstawę prawną na przykład z roszczeniami co do zaniechania sprowadzania lub wprowadzenia się nowego partnera współmałżonka do ich małżeńskiego mieszkania³⁰¹. Odmawia się natomiast objęcia ochroną deliktową w ogóle wierności małżeńskiej i niezakłóconego funkcjonowania wspólnoty małżeńskiej, wobec czego nie uwzględnia się roszczeń związanych ze szkodami wynikającymi z cudzołóstwa małżonka, ani wysuwanych w stosunku do niego³⁰², ani też osoby trzeciej, która doprowadziła do rozbitcia związku małżeńskiego³⁰³.

Wspomnieć należy, że niekiedy za przynależące do grupy „innych praw” z § 823 ust. 1 BGB uważa się też prawa członkowskie w spółkach lub stowarzyszeniach³⁰⁴, jest to jednakże podawane w wątpliwość³⁰⁵. Jeszcze bardziej sporna w doktrynie jest kwestia dopuszczalności zakwalifikowania tutaj posiadania samoistnego i zależnego, zwłaszcza że nie jest ono prawem rzeczowym. Istnieje tu znaczna rozbieżność poglądów, z których zdaje się wyłaniać ogólna tendencja do obejmowania omawianym przepisem przypadków uprawnionego posiadania na przykład przez najemcę czy dzierżawcę³⁰⁶, a niekiedy czasem także posiadania w dobrej wierze³⁰⁷.

²⁹⁹ BGHZ 114, 161.

³⁰⁰ Uznano, że wchodzi tu w grę m. in. koszty poniesione przez jedno z rodziców w związku ze skorzystaniem przez niego z usług detektywistycznych celem odnalezienia dziecka zabranego przez drugie z rodziców (BGHZ 111, 168).

³⁰¹ H. Rieger, *Grenzen des Schutzes des räumlichgegenständlichen Bereichs der Ehe*, NJW 1989, 2798.

³⁰² BGHZ 23, 216; BGH NJW 1990, 706.

³⁰³ BGHZ JZ 1973, 668; BGHZ 23, 279; E. von Hippel, *Schadensersatz bei Ehestörung*, NJW 1965, 664. Trzeba jednak zauważyć, że w literaturze przedmiotu zasadność wyłączenia możliwości występowania przeciwko takiej osobie trzeciej jest kwestionowana (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 393).

³⁰⁴ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 218.

³⁰⁵ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 392.

³⁰⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 219.

³⁰⁷ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 51.

Nie budzi natomiast wątpliwości to, że odpowiedzialność deliktowa nie dotyczy tutaj przypadków naruszeń dotyczących wierzytelności ani też majątku danego podmiotu jako całości.

1.5. Prawa ramowe

Szczególnego podkreślenia wymaga jednak to, że judykatura wykreowała także samodzielnie dwa prawa, a mianowicie ogólne prawo do osobowości oraz prawo do zakładania i prowadzenia działalności gospodarczej, uznając je również za „inne prawa” w rozumieniu § 823 ust. 1 BGB. W związku jednak z tym, że stanowią one wytwór praktyki orzeczniczej, a nie aktywności prawodawcy, ich wyróżnianie nie opiera się na określonych przepisach prawnych i w związku z tym nie mają one jakiejś ściśle określonej treści. Judykatura i doktryna starają się jedynie zarysować ogólne granice tych praw, niemniej jednak ich dookreślanie odbywa się każdorazowo na tle poszczególnych rozpatrywanych spraw. Stąd też określane bywają one „prawami ramowymi”³⁰⁸. Przy tym charakterystyczne jest w ich przypadku to, że ostateczne rozstrzygnięcie opiera się tu zawsze na rozważeniu i wzajemnym porównaniu praw i interesów obydwu stron sporu. Wynik sprawy nigdy zatem nie jest z góry przewidywalny.

1.5.1. Ogólne prawo do osobowości

Przechodząc do szczegółów, wskazać należy, że do wyróżnienia pierwszego ze wskazanych praw ramowych, to jest ogólnego prawa do osobowości, doszło na tle krytyki dotyczącej braku kompleksowej ochrony osobistych praw jednostki w niemieckim prawie cywilnym. Istniały tu bowiem jedynie uregulowania o charakterze fragmentarycznym, dotyczące na przykład prawa do nazwiska (§ 12 BGB) czy też prawa do własnego wizerunku (§ 22 i § 23 KUG). Poza nimi pozostawała jednak znaczna sfera naruszeń różnorodnych dóbr osobistych, nieobjętych odpowiedzialnością deliktową. Lukę tę postanowiła wypełnić judykatura już w latach 50. XX wieku³⁰⁹, uznając za „inne prawo” w świetle § 823 ust. 1 BGB ogólne prawo do osobowości. Ujmuje się je jako prawo każdego człowieka do poszanowania jego godności osobistej oraz do swobodnego rozwoju jego osobowości, oczywiście w granicach obowiązującego prawa. Za jego naruszenie uznaje się przede wszystkim przypadki zbyt daleko idącego wtargnięcia do cu-

³⁰⁸ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 395.

³⁰⁹ BGHZ 13, 334.

dziej sfery prywatnej, naruszenia czyjejsz czci czy też kreowania fałszywego wizerunku danej osoby na forum publicznym. Odpowiedzialnością deliktową objęte są tu zatem różnorodne przypadki nieposzanowania cudzej prywatności, jak przykładowo nieuprawnione podanie do publicznej wiadomości informacji o stanie zdrowia danej osoby³¹⁰ albo drogi dojazdu do prywatnego miejsca zamieszkania znanej osoby³¹¹, upublicznianie czyichś prywatnych listów lub zapisków w pamiętniku³¹², bezprawnie nagranej rozmowy telefonicznej pomiędzy ważnymi politykami³¹³, a także opublikowanie informacji na temat nieuniknionego rozwodu członka arystokratycznej rodziny³¹⁴ czy też fikcyjnego wywiadu³¹⁵ albo inne, przedstawiające daną osobę w negatywnym świetle, zwłaszcza sfałszowane, przedstawienie faktów z życia lub zdjęć danej osoby w środkach masowego przekazu³¹⁶ albo fałszywe przypisanie znanej współczesnej osobowości niewypowiedzianych przez nią twierdzeń³¹⁷.

1.5.2. Prawo do rozpoczęcia i prowadzenia działalności gospodarczej

Podobnie jak w przypadku ogólnego prawa do osobowości, judykatura dostrzegła także luki w zakresie prawnej ochrony funkcjonowania przedsiębiorców i w związku z tym ustaliła, że za „inne prawo” z rozumieniu § 823 ust. 1 BGB należy również uznać prawo do zakładania i prowadzenia działalności gospodarczej w sposób wolny od nieuprawnionych, wywołujących szkody ingerencji³¹⁸. To prawo również, podobnie jak omówione powyżej ogólne prawo do osobowości, jest prawem ramowym, a więc o nieodkreślonej ściśle treści, która będzie doprecyzowywana w obrębie praktyki orzeczni-

³¹⁰ BGHZ 24, 72, 75; BGH NJW 1996, 984, 985.

³¹¹ BGH NJW 2004, 762.

³¹² BGHZ 15, 249, 255; BGHZ 13, 334, 337. Przy czym odpowiedzialność deliktową powstaje już z tytułu samego otworzenia cudzej zaklejonej lub w inny sposób zamkniętej dla osób postronnych korespondencji, co narusza zarówno prawa nadawcy, jak i adresata (BGH VersR 1990, 531).

³¹³ BGHZ 73, 120.

³¹⁴ Mimo że sprawa dotyczyła osoby publicznie znanej, członka rodziny Hohenzollernów, sąd uznał, że kwestie dotyczące życia rodzinnego także w tym przypadku powinny być chronione i przyjął, że nie ma wystarczających podstaw do odstąpienia od tej reguły w odniesieniu do osób z historii współczesnej (OLG Hamburg NJW 1970, 1325).

³¹⁵ BGHZ 128, 1.

³¹⁶ BGHZ 31, 308, 311; BGHZ 50, 133, 135.

³¹⁷ BVerfGE NJW 1980, 2070.

³¹⁸ BGHZ 45, 307; BGHZ 58, 24, 30.

czej. Podkreślić należy, że ma ono charakter subsydiarny, to znaczy, że jego zastosowanie może wchodzić w grę tylko w zakresie nieobjętym obowiązującymi unormowaniami regulującymi tę problematykę³¹⁹.

Przede wszystkim musi istnieć podjęta i rzeczywiście wykonywana działalność gospodarcza. Na tym tle odpowiedzialnością deliktową początkowo obejmowano działania godzące w ogóle w istnienie przedsiębiorstwa. Obecnie jednak nakłada się ją w szerszym zakresie, mianowicie w przypadkach ingerencji dotyczących przedsiębiorstwa, skierowanych przeciwko funkcjonowaniu danego zakładu jako całości lub godzących w wolność podejmowania przez przedsiębiorcę decyzji co do prowadzonej przez niego działalności. Nie podpadają tu natomiast przypadki naruszeń innych poszczególnych interesów lub dóbr podlegających ochronie prawnej³²⁰ ani też zachowania mające jedynie charakter pewnej dokuczliwości czy też nieprzekraczające miary społecznie akceptowanych zwykłych utrudnień³²¹. Podkreśla się, że relewantne w tym zakresie powinny być tylko bezpośrednie³²² lub odnoszące się do przedsiębiorstwa³²³ ingerencje godzące w daną działalność gospodarczą. Przy tym ochronie podlega nie tylko samo istnienie tej działalności, lecz także forma jej wykonywania³²⁴. Decydujące znaczenie przy ocenie konkretnego zachowania przypisuje się temu, czy wola podmiotu dokonującego naruszenia była ukierunkowana na dokonanie naruszenia dotyczącego przedsiębiorstwa³²⁵ oraz czy zachowanie to stanowiło naruszenie obowiązków dotyczących obrotu, których zadaniem jest właśnie ochrona przedsiębiorstwa przed ingerencją danego rodzaju³²⁶.

³¹⁹ BGHZ 36, 252, 257; BGHZ 38, 200, 204; BGHZ 45, 296, 307; BGHZ 69, 128, 138; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 220; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 346.

³²⁰ BGHZ 86, 152, 156; BGHZ 69, 128, 139; BGHZ 29, 65, 74. Częściowo odmiennie V. Emmerich, który podnosi, że deliktowa ochrona przedsiębiorstwa na podstawie § 823 ust. 1 BGB nie obejmuje ingerencji, które dotyczą właściciela przedsiębiorstwa lub jego pracowników (V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 277).

³²¹ BGH NJW 1999, 279, 281.

³²² BGHZ 29, 65; BGHZ 69, 128, 138.

³²³ BGHZ 69, 128, 138.

³²⁴ BGHZ 3, 270.

³²⁵ BGHZ 59, 30, 35; BGHZ 69, 128, 139; BGHZ 86, 152, 156.

³²⁶ BGHZ 69, 128, 139; BGHZ 86, 152, 156.

2. Bezprawność

2.1. Naruszenie dóbr i praw wymienionych *expressis verbis* w § 823 ust. 1 BGB a naruszenie praw ramowych

Znaczenie wyraźnego wyodrębnienia praw ramowych od innych dóbr i praw podlegających ochronie na podstawie § 823 ust. 1 BGB staje się szczególnie widoczne w kontekście kryteriów oceny bezprawności zachowania. Przedstawiają się tu one bowiem odmiennie.

Mianowicie w razie naruszenia przez określony podmiot dóbr wymienionych *expressis verbis* we wskazanym przepisie, kwestia ustalenia, czy stanowi ono działanie bezprawne, jest stosunkowo prosta. Za bezprawne jest tu bowiem uznawane takie zachowanie, które stanowi urzeczywistnienie pewnego stanu faktycznego, będące spełnieniem obiektywnie określonego zespołu przesłanek odpowiedzialności. Inaczej rzecz ujmując, granice prawnej ochrony tych dóbr uważa się za jasno i wyraźnie oznaczone, tak, że dokonanie ingerencji w obszar objęty tą ochroną skutkuje automatycznie koniecznością przyjęcia, iż była to ingerencja bezprawna. Ujmuje się to w ten sposób, że samo wypełnienie prawnie określonych przesłanek odpowiedzialności wskazuje na bezprawność³²⁷. Wówczas bezprawność takiego zachowania może być wyłączona jedynie wyjątkowo, jeżeli zachodzi określona okoliczność usprawiedliwiająca (*Rechtfertigungsgrund*)³²⁸. Uwagi te *mutadis mutandis* należy odnieść także do pozostałych, wskazanych wcześniej praw, uznawanych za „inne prawa” w rozumieniu § 823 ust. 1 BGB, z wyjątkiem jednak praw ramowych³²⁹.

Taki tok rozumowania okazuje się nieadekwatny w przypadku naruszeń dotyczących ogólnego prawa do osobowości oraz prawa do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Są to bowiem prawa, których zakres nie jest jasno i precyzyjnie określony, w związku z czym samo zrealizowanie określonego zachowania nie decyduje jeszcze o jego bezprawności. O wystąpieniu tej ostatniej przesądza się dopiero w oparciu o okoliczności danej sprawy, na podstawie rozważenia, jakie dobra, prawa lub interesy

³²⁷ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 368; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 337; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 27.

³²⁸ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 363; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 236.

³²⁹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 395.

prawne znalazły się w danym przypadku w kolizji³³⁰, jaka jest waga każdego z nich i któremu w związku z tym należy przyznać pierwszeństwo. Jeśli sąd dojdzie do przekonania, że prawu powoda, to pozwany zostanie obciążony odpowiedzialnością deliktową. Przeciwny wniosek skutkować natomiast będzie oddaleniem powództwa.

Przechodząc do szczegółów, wskazać należy, że w przypadku zachowania naruszającego ogólne prawo do osobowości stwierdzenie jego bezprawności jest o tyle problematyczne, że wspomniane prawo stanowi prawo ramowe o niedookreślonej treści, będąc właściwie pojęciem zbiorczym, obejmującym cały konglomerat praw chroniących jednostkę w różnych aspektach jej dość szeroko pojmowanej prywatności. Stąd też sytuacja nie jest tu tak klarowna, jak przy innych wymienionych *expressis verbis* w § 823 ust. 1 BGB dobrach, takich jak życie, ciało, zdrowie, wolność czy własność. W ich przypadku bowiem zrealizowanie przez dany podmiot okoliczności danego stanu faktycznego sprawia, że jego zachowanie traktowane jest z samego tego tytułu jak bezprawna ingerencja w dobra innej osoby. Natomiast na tle ingerencji w obrębie cudzego ogólnego prawa do osobowości sytuacja przedstawia się odmiennie. Tu o możliwości uznania takiej ingerencji za mającą charakter bezprawny nie przesądza samo dopuszczenie się danego zachowania, ale konieczne jest dokonanie rozważenia interesów stron i zrównoważenia dóbr prawnych, które na tle danego przypadku znalazły się ze sobą w kolizji. Szczególnie uwidacznia się to na styku osobistej sfery jednostki z jednej strony i prawa do informacji oraz wolności słowa, w tym prasy, z drugiej. W tym zakresie Federalny Sąd Konstytucyjny rozwinął nawet tak zwaną teorię sfer, w ramach której wyodrębnił trzy obszary funkcjonowania człowieka i w zależności od tego, w zakresie jakiej z nich nastąpiła ingerencja ze strony innego podmiotu, poddawał ocenie jej dopuszczalność, nakładając odpowiedzialność tam, gdzie tolerowana granica została przekroczona. Sąd ten wyróżnił mianowicie sfery: intymną, prywatną i społeczną (publiczną). Pierwszą z nich uznał za nienaruszalną, a więc taką, gdzie jakakolwiek ingerencja z zewnątrz jest zabroniona. Wobec tego w przypadku dokonania ingerencji zawsze będzie tu powstawał obowiązek naprawienia szkody wynikłej z tego tytułu bez dokonywania jakichkolwiek rozważań dotyczących stosunku wagi naruszonych dóbr wobec interesu podmiotu je naruszającego czy też opinii publicznej. Z kolei do sfery prywatnej zaliczone zostały fakty z życia osobistego, głównie rodzinnego, danej osoby i tu już stwierdzono pod pewnymi ściśle określonymi warunkami możli-

³³⁰ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 353; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 359 i s. 363.

wość czynienia naruszeń, ale tylko wtedy, gdy przemawia za tym interes opinii publicznej oraz przy zachowaniu w tym zakresie zasady proporcjonalności. Natomiast ostatnia z wymienionych sfer, czyli publiczna, obejmuje obszar funkcjonowania danej jednostki w społeczeństwie, w związku z czym zakaz ingerencji traktuje się tu znacznie mniej restrykcyjnie, akceptując je w stosunkowo szerokim zakresie. Ostatnio jednak wspomniany sąd zdaje się odchodzić od praktyki ścisłego oddzielania tych trzech sfer i skupia się raczej na tym, czy naruszenie ogólnego prawa do osobowości może być pod określonymi warunkami uznane za dopuszczalne na tle okoliczności danego przypadku³³¹.

W związku z powyższym judykaty wydawane na gruncie poszczególnych spraw dotyczących takich kolizji pomiędzy ogólnym prawem do osobowości a interesem podmiotu dokonującego naruszenia bądź interesem publicznym wykazują silne zdywersyfikowanie i trudno byłoby wskazać na jakieś przyjmowane tu reguły. Ogólnie można jedynie zauważyć, że w sprawach, w których rozstrzygnięcie zależy od wyważenia racji wynikających z prawa do prywatności z jednej strony, a wolności słowa z drugiej, sądy najczęściej biorą pod uwagę takie czynniki, jak między innymi: stopień aktywności danej osoby w obrębie życia publicznego³³², sposób zdobycia danych informacji jej dotyczących przez pozwanego³³³, ich prawdziwość i dokładność³³⁴, zakres rozpowszechnienia³³⁵, motywy podmiotu dokonującego publikacji³³⁶ oraz kontekst, w jakim dana

³³¹ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 227, z powołaniem się m.in. na orzeczenia: BVerfGE 6, 32, 41; BVerfGE 80, 367, 373; BVerfGE 101, 361, 386; BVerfG NJW 2001, 594, 595.

³³² Przyjmuje się tu, że im większą aktywność dana osoba wykazuje na płaszczyźnie publicznej, to tym mniejsze szanse powodzenia mają wysuwane przez nią roszczenia związane z naruszeniem jej prywatności za sprawą krytyki jej zachowań podejmowanych w tym zakresie (BGHZ 36, 77, 80; BGH NJW 1964, 1471).

³³³ Np. uzyskanie jej w sposób niezgodny z prawem skutkuje powstaniem obowiązku naprawienia szkody (BVerfGE 66, 116).

³³⁴ Odpowiedzialność będzie tu zwłaszcza nakładana w przypadku rozpowszechnienia zarówno informacji nieprecyzyjnych lub niesprawdzonych, które nie odpowiadają rzeczywistości, jak i zupełnie fałszywych, sfabrykowanych przez dziennikarzy (BVerfGE 34, 269; BVerfGE 54, 208).

³³⁵ BVerfGE 35, 202; OLG Saarbrücken NJW 1997, 1376, 1379.

³³⁶ Np. przesądzone, że jeżeli opublikowanie określonych informacji miało na celu zarobienie kosztem powoda, to temu ostatniemu powinno być przyznane odszkodowanie z tego tytułu i to w takiej wysokości, która pozbawi pozwanego zdobytych w ten sposób zysków (BGHZ 35, 363, 369; BGHZ 128, 14-16).

wiadomość jest ujawniana³³⁷. Niekiedy, gdy w danych okolicznościach faktycznych wskazane powyżej interesy zdają się równoważyć, istnieje tendencja do przyznawania pierwszeństwa raczej takim wartościom jak wolność słowa i wyrażania opinii, w tym wolność prasy gwarantowana przez art. 5 GG³³⁸.

Tak jak ogólne prawo do osobowości, także prawo do zakładania i prowadzenia działalności gospodarczej jest tak zwanym prawem ramowym. Ma ono chronić przedsiębiorców przed zakłóceniami uderzającymi z zewnątrz w prowadzoną przez nich działalność. Zakres tej ochrony, a więc i treść wskazanego prawa nie zostały jednak apriorycznie ustalone. Dlatego też stwierdzenie jego naruszenia i, co za tym idzie, nakładanie na sprawcę takiego naruszenia obowiązku naprawienia szkody, odbywać się będzie na podstawie oceny sądu dokonywanej każdorazowo na tle okoliczności faktycznych poszczególniej sprawy. Jest to zatem prawo o niedookreślonej treści i niewytyczonych ściśle granicach, które będzie wypełniane treścią dopiero w praktyce orzeczniczej. Wynika z tego, że także i w tym przypadku, podobnie jak na gruncie ogólnego prawa do osobowości, możliwość uznania danego zachowania naruszającego omawiane prawo za bezprawne nie jest uzależniona od stwierdzenia, że urzeczywistnione zostały określone przesłanki odpowiedzialności z tego tytułu. Ocena takiego zachowania jako bezprawnego jest tu bowiem dokonywana w inny sposób, a mianowicie poprzez rozważenie na tle okoliczności danej sprawy, jakie w jej ramach interesy i dobra prawne pozostają ze sobą w kolizji oraz odpowiednie ich zbalansowanie, w wyniku czego priorytetowe znaczenie przyznane zostaje jednemu z nich. Jeśli za ważniejszy uznany zostanie interes powoda, to na pozwanego nałożony zostanie obowiązek naprawienia szkody, jeżeli natomiast pierwszeństwo przyznane zostanie interesom reprezentowanym przez pozwanego, to też ostatni wolny będzie od ciężaru odpowiedzialności deliktowej. Przykładowo blokada lub demonstracja, która dotyka interesów przedsiębiorstwa, zakłócając jego funkcjonowanie, może nie zostać uznana za bezprawną z uwagi na to, że służy realizacji praw

³³⁷ Tu warto wskazać, że np. o ile upublicznienie informacji o wniesieniu przeciwko danej osobie aktu oskarżenia generalnie mogłoby dawać podstawy do rozważania, czy nie zachodzi tu przypadek, który powinien być objęty odpowiedzialnością odszkodowawczą, to już na tle sprawy, w której zarzuty powiązane były m.in. z wielokrotnymi aktami cudzołóstwa ze strony oskarżonego, sąd uznał, że nie ma tu podstaw do przypisywania odpowiedzialności, albowiem upowszechnienie takiej informacji znajdowało swoje uzasadnienie w tym, że oskarżony będący powodem w procesie cywilnym kreował uprzednio swój publiczny wizerunek jako moralisty (BGH NJW 1964, 1471).

³³⁸ BGHZ 24, 72; BGH NJW 1994, 127; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 77-78.

podstawowych zagwarantowanych w art. 5 GG i art. 8 GG (wolności przekonań, wolności zgromadzeń)³³⁹.

2.2. Doktryna bezprawności skutku a doktryna bezprawności zachowania

Od lat w niemieckiej doktrynie cywilistycznej toczy się dyskusja co do tego, czy przedmiotem oceny z punktu widzenia bezprawności (*Rechtswidrigkeit*) powinny być następstwa danego zachowania czy też może to zachowanie samo w sobie. Zwolennicy pierwszego z tych poglądów, starszego i tradycyjnego, nazywanego teorią bezprawności skutku (*Erfolgsunrecht*) przyjmują, że o bezprawności można mówić już wtedy, gdy jedno z praw lub dóbr prawnych wymienionych w § 823 ust. 1 BGB zostało naruszone (sytuacja staje się bardziej skomplikowana w przypadku naruszenia prawa ramowego, o czym była już mowa powyżej). Inaczej rzecz ujmując, wystąpienie szkodliwego następstwa w postaci naruszenia któregoś ze wspomnianych dóbr lub praw przesądzać ma o istnieniu bezprawności. Jedyna możliwość wyłączenia bezprawności leży tu wówczas w zaistnieniu którejś z okoliczności usprawiedliwiających (*Rechtfertigungsgründe*)³⁴⁰, które bardziej szczegółowo omówione zostały poniżej. Koncepcja ta nadal cieszy się znaczną popularnością, tak w doktrynie, jak i orzecznictwie. Opowiadał się za nią między innymi Niemiecki Trybunał Federalny³⁴¹.

Odmienne podejście prezentują zwolennicy zyskującej coraz większe uznanie teorii bezprawności zachowania (*Verhaltensunrecht, Handlungsunrecht*), podnoszący, że o bezprawności nie powinien przesądzać rezultat poddawanego ocenie zachowania, lecz samo to zachowanie. W konsekwencji przyjmują oni, że samo nieumyślne³⁴² naruszenie prawa lub dobra prawnego nie zawsze jest bezprawne. Jako takie może być ono według nich oceniane tylko wtedy, jeżeli pozwany sprawca takiego naruszenia nie przestrzegał przy tym wymaganej od niego staranności w zachowaniu (*Nichtbeachtung*

³³⁹ BVerfG NJW 2002, 1031.

³⁴⁰ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 952; H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 215; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 557.

³⁴¹ Np. BGH 74, 9.

³⁴² W tym miejscu należy zaznaczyć, że w literaturze przedmiotu panuje właściwie całkowita zgoda co do tego, że teoria ta ma znajdować zastosowanie jedynie do naruszeń nieumyślnych. Wynika to z tego, że umyślne naruszenia któregoś z wymienionych w ustawie praw lub dóbr prawnych nie mogą być akceptowane przez porządek prawny (B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 81), a przy tym każde takie umyślne naruszenie traktowane jest powszechnie jako implikujące zarazem bezprawność zachowania.

dem im Verkehr erforderlichen Sorgfalt)³⁴³. Może to polegać na tym, że uchybił on określonej wynikającej z porządku prawnego specjalnej regule zachowania znajdującej zastosowanie w rozważanym stanie faktycznym (*Verhaltensnorm*) albo też dopuścił się naruszenia generalnego obowiązku ciążącego na każdym członku społeczeństwa, nakazującego działania z taką starannością, aby nie wyrządzać szkód w dobrach innych podmiotów (*allgemeine Sorgfaltspflicht*)³⁴⁴. Ten ostatni obowiązek uznawany jest za normę, która w sposób oczywisty powinna funkcjonować w każdym cywilizowanym społeczeństwie. Podstawy prawnej dla jej obowiązywania upatruje się w § 276 BGB. Definiowana jest ona w ten sposób, że każda osoba w wykonywaniu swoich zwykłych codziennych spraw życiowych (*im Verkehr*) zobligowana jest do działania ze starannością, jakiej wymagają dane okoliczności, tak, by jej poczynania nie generowały powstawania uszczerbków w dobrach należących do innych. Kryteria oceny mają tu mieć charakter obiektywny. Często oprócz okoliczności danego przypadku bierze się także pod uwagę względy polityki społecznej, jak również istnienie i stopień społecznej użyteczności aktywności podjętej przez osobę, której zachowanie podlega ocenie pod kątem bezprawności³⁴⁵ oraz stosunek tej użyteczności do wartości dóbr innych podmiotów, które mogą doznać uszczerbku wskutek tej aktywności³⁴⁶. Podkreśla się tu również to, że właściwie powinno się ustanawiać istnienie obowiązku staranności dopiero przy określonym pułapie prawdopodobieństwa wystąpienia danego niebezpieczeństwa. Wskazuje się też na znaczenie ogólnej społecznej aprobaty dla określonych działań, która właściwie powinna wykluczać możliwość uznania ich za bezprawne³⁴⁷.

Często w literaturze przedmiotu wskazuje się, że przy dokonywaniu oceny, czy dana osoba nie dochowała należytego stopnia staranności w swoim zachowaniu, powinno się brać pod uwagę to, co przeciętnie rozsądny i porządny człowiek (*ein durchschnittlicher besonnener und rechtschaffener Mensch*) zrobiłby, gdyby znajdował się w takich szczególnych okolicznościach dotyczących wykonywanego zawodu i ciążących na nim

³⁴³ Dokonywane w ten sposób przesunięcie rozważań dotyczących naruszenia staranności wymaganej w zachowaniu z etapu oceny zawinienia już na moment oceny bezprawności rodzi w literaturze przedmiotu wątpliwości co do zasadności i sensowności takiego toku rozumowania (Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 237).

³⁴⁴ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 951; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 81.

³⁴⁵ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 81.

³⁴⁶ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 559.

³⁴⁷ *Ibidem*.

obowiązków, jak osoba, której zachowanie poddawane jest ocenie. Oczywiście dostrzeżę się przy tym, że formuła ta ma charakter ogólny i wymaga dokonywania jej konkretyzacji przez sędziego w procesie stosowania prawa przy uwzględnieniu okoliczności poszczególnego przypadku. Pozostawia to miejsce poczuciu słuszności i intuicji sędziego, co jednak nie powinno prowadzić do dowolności i odmiennych rozstrzygnięć na tle podobnych stanów faktycznych z uwagi na to, że istnieje w wielu przypadkach możliwość sięgania do już ukształtowanego, bogatego i stabilnego orzecznictwa sądowego. W jego ramach wypracowane zostały rozliczne wzorcowe standardy staranności w zachowaniu, jakiej powinno się wymagać w wielu dziedzinach życia, często łączone w tak zwane grupy przypadków („*fallgruppen – weise*”). Bierze się tu jednak także pod uwagę, że w związku z postępującym rozwojem społecznym, naukowym i technicznym pewne obowiązki dotyczące zachowania uznawane dotąd przez judykaturę za adekwatne dla określonych stanów faktycznych mogą z czasem stać się przestarzałe i zajdzie potrzeba określenia odpowiedniego nowego standardu³⁴⁸.

Niekiedy przeprowadza się tutaj nieco odmienny tok rozumowania, upatrując zasadniczego kryterium uzasadniającego zróżnicowanie sytuacji prawnej w bezpośrednim lub pośrednim charakterze naruszenia dobra prawnego³⁴⁹. Wówczas przyjmuje się, że bezpośrednio naruszenie (*direkte Verletzung*) dobra prawnego z § 823 ust. 1 BGB stanowiące zrealizowanie obiektywnych przesłanek odpowiedzialności z tego deliktu wskazuje na bezprawność, to znaczy przesądza o jej istnieniu w takim przypadku. Brakuje natomiast takiego wskazania przy naruszeniach pośrednich, zwłaszcza gdy skutek występuje w znacznym odstępstwie czasowym oraz przestrzennym, jak ma to miejsce na przykład przy odpowiedzialności cywilnej producenta. Dlatego też w takich przypadkach bezprawność wyprowadzana jest z naruszenia obowiązku. Chodzi tu o takie obowiązki, które zobowiązują każdego do starania się o zapobieżenie naruszenia dóbr innych (*Verkehrssicherungspflichten, Verkehrspflichten*³⁵⁰). Wyróżnia się przy tym szereg podstaw, z których wynikać ma istnienie takich obowiązków. Wśród nich wskazuje się

³⁴⁸ *Ibidem*, s. 559-561 i s. 565.

³⁴⁹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 370; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 365.

³⁵⁰ W zasadzie z terminów tych korzysta się zamiennie, choć w literaturze pojawiają się głosy wskazujące na to, że pierwszy z nich używany jest właściwie tylko w odniesieniu do ulic, działek, budynków i innych nieruchomości, a ponadto nie niesie on ze sobą samodzielnej zawartości merytorycznej, w związku z czym należy zrezygnować ze stosowania go i posługiwać się jedynie drugim z tych terminów, stanowiącym pojęcie nadrzędne (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 401).

przede wszystkim fakt podjęcia przez daną osobę określonej aktywności, z czym wiąże się to, że musi się ona odtąd starać, by związane z tą aktywnością niebezpieczeństwo utrzymywać, o ile to możliwe, na jak najniższym poziomie. To samo dotyczy podmiotu podejmującego działalność, która niesie ze sobą zagrożenie dla już istniejącego ruchu na przykład poprzez branie udziału w nim (jak uczestniczenie w ruchu drogowym) lub oddziaływanie na niego w inny sposób (między innymi prowadzenie prac budowlanych na drodze). Źródło wspomnianych obowiązków stanowić też może posiadanie władztwa nad niebezpiecznymi rzeczami (na przykład bronią, toksynami czy - z kwestii uregulowanych w niemieckim kodeksie cywilnym – zwierzętami domowymi [§ 833 zd. 2 BGB] bądź budowlami [§ 836 – 838 BGB]) lub obciążenie obowiązkiem nadzoru nad określonymi osobami (§ 831 BGB, § 832 BGB), jak również wykonywanie takiego zawodu bądź działalności gospodarczej, w stosunku do których inni korzystając z usług danej osoby działają w zaufaniu do tego, że będą one prawidłowo wykonywane, a co za tym idzie, narażeni są na ujemne skutki braku staranności po stronie wykonawcy takiej usługi³⁵¹. Niekiedy wskazuje się też syntetycznie, że obowiązki odpowiedniego zachowania się mającego zabezpieczać dobra osób trzecich przed naruszeniem mogą wynikać ze stwarzania lub trwałego utrzymywania źródła niebezpieczeństwa (na przykład nieruchomości gruntowych, przedsiębiorstwa czy też wymienianych już rzeczy ruchomych, takich jak broń czy materiały wybuchowe), a także z przejęcia zadania lub z poprzedniego działania³⁵². Intensywności działań zmierzających do zabezpieczenia innych przed wyrządzeniem im szkód przez określoną osobę, a zatem wymaganego od niej poziomu staranności w zachowaniu, nie da się określić ogólnie w sposób adekwatny dla wszystkich sytuacji. Decydujące znaczenie będą tu miały raczej okoliczności poszczególnego przypadku, w tym przede wszystkim rozmiar zaufania wzbudzanego u innych i tworzonego zagrożenia³⁵³.

³⁵¹ RGZ 102, 372; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 410; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 565-566.

³⁵² K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 407-411.

³⁵³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 370-371. Nieco od innej strony ujmują to zagadnienie K. Larenz i C.W. Canaris, którzy wskazują, że przy bezpośrednich naruszeniach dóbr prawnych (np. zabicie człowieka przez podanie mu zastrzyku ze śmiertelną dawką leku) grozący negatywny skutek czynu powoduje z zasady nieograniczony nakaz jego uniknięcia, a więc działający właśnie z uwagi na ujemne następstwa swoich poczynąń powinien zachować się inaczej (np. odstąpić od zastrzyku). Natomiast w przypadku naruszeń pośrednich (jak np. wprowadzenia do obiegu samochodu czy broni) działający może zasadniczo zachowywać się w dany sposób, dokładnie tak, jak postąpił, pomimo przewidywalnych negatywnych następstw jego działania, albowiem tu fakt powodowania w wyniku tego zagrożenia dla cudzych dóbr prawnych nie może skutkować oceną przyjmującą istnienie obowiązku uniknięcia tych ujemnych skutków, z wyjątkiem przypadków zaistnienia „braku”, przykładowo w postaci wady produktu (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 367).

Jak wynika z powyższego, zasadniczą różnicą pomiędzy teorią bezprawności skutku a teorią bezprawności zachowania, obok odmienności przedmiotu oceny, jest różne określenie w ich ramach wzajemnego stosunku bezprawności i winy. W myśl bowiem pierwszej ze wskazanych teorii problem bezprawności rozpatrywany jest odrębnie od kwestii zawinienia, tak, że wina jest rozważana dopiero i tylko wtedy, gdy uprzednio ustalona zostanie bezprawność zachowania. Natomiast w obrębie drugiej z tych teorii niedochowanie przez daną osobę wymaganej od niej należytej staranności rzutuje zarówno na zakwalifikowanie jej zachowania jako bezprawnego, jak również i zawinionego, w tym ostatnim przypadku zwłaszcza w kontekście jego zarzucalności.

Nadto w ramach teorii bezprawności skutku decydujące znaczenie ma ochrona naruszonego dobra prawnego jako takiego, podczas gdy zwolennicy teorii bezprawności zachowania skupiają uwagę na szczególnym sposobie, w jaki sprawca deliktu obchodzi się z dobrem prawnym³⁵⁴.

Niekiedy w literaturze przedmiotu podnosi się, że przeciwstawianie dwóch wskazanych teorii na podstawie kryterium przedmiotu oceny jako pozwalającego na przesądzenie o bezprawności odbywa się za sprawą zastosowania pewnego uproszczenia, podczas gdy w istocie także zwolennikom koncepcji bezprawności skutku chodzi o poddanie ocenie czynu, a więc czyn ten, a nie jego skutek jako taki, oceniany jest pod kątem bezprawności, w związku z czym skutek nie jest przedmiotem, lecz powodem stwierdzenia bezprawności. Oczywiście jest bowiem, że w sposób sensowny mogą być kwalifikowane jako bezprawne tylko ludzkie zachowania, a nie skutki, stany itp.³⁵⁵

Zdaniem większości przedstawicieli doktryny obydwie te teorie w praktycznym zastosowaniu prowadzą w większości przypadków do takiego samego wyniku³⁵⁶. Niekiedy wskazuje się, że różnica pomiędzy nimi staje się doniosła jedynie w przypadku powództw o zaniechanie i usunięcie, odpowiedzialności za podwładnych (§ 831 BGB)³⁵⁷ oraz prawa do obrony koniecznej (§ 227)³⁵⁸.

Próbę pogodzenia obydwu tych teorii stanowi pojawiająca się w literaturze przedmiotu koncepcja, zgodnie z którą raz powinno się stosować jedną z nich, kiedy indziej znów drugą. Dokładniej rzecz ujmując, wskazuje się, że teoria bezprawności skutku

³⁵⁴ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 367.

³⁵⁵ *Ibidem*, s. 365.

³⁵⁶ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 81.

³⁵⁷ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 352; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 951.

³⁵⁸ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 951.

może prawidłowo znajdować zastosowanie w większości przypadków, przy czym jest ona najbardziej odpowiednia tam, gdzie dochodzi do naruszenia w zakresie jasno, precyzyjnie określonych poszczególnych deliktów, jak np. w razie naruszenia ciała drugiego człowieka lub jego własności (§ 823 ust. 1 BGB). Tu bowiem samo popełnienie takiego czynu wskazuje na jego bezprawność, jeżeli nie zachodzi okoliczność usprawiedliwiająca. Według zwolenników tej koncepcji istnieją jednak też takie przypadki, w których niewątpliwie należy kierować się teorią bezprawności zachowania. Miałyby to być przede wszystkim delikty o przesłankach odpowiedzialności określonych w sposób otwarty („*offenen*” *Tatbestände*), zawierające klauzule generalne, a nadto także delikty polegające na zaniechaniu (*Unterlassungsdelikte*). W takich przypadkach samo dopuszczenie się takiego zachowania nie przesądza o jego bezprawności, lecz konieczne jest stwierdzenie tej ostatniej w sposób pozytywny przez ustalenie naruszenia obowiązku staranności przez sprawcę deliktu³⁵⁹.

2.3. Bezprawność zaniechania

Wobec braku wprowadzenia przez ustawodawcę ograniczeń w tym zakresie czyn niedozwolony z § 823 ust. 1 BGB może mieć postać zarówno działania, jak i zaniechania. W tym ostatnim przypadku czyni się jednak w doktrynie przedmiotu pewne ograniczenie. Wskazuje się mianowicie, że zaniechanie może być uznane za przejaw zachowania bezprawnego tylko wówczas, gdy dana osoba poprzez to zaniechanie dopuściła się uchybienia przeciwko ciężącemu na niej prawnemu obowiązkowi działania. Przyjmuje się, że obowiązek taki może wynikać z ustawy, umowy bądź uprzednio dokonanego czynu³⁶⁰.

2.4. Bezprawność względna

W doktrynie niemieckiego prawa cywilnego funkcjonuje specyficzne ujęcie bezprawności, w ramach którego uznaje się, że do stwierdzenia bezprawności wymagane jest nie tylko ustalenie naruszenia prawa przedmiotowego, ale także prawa podmiotowego podmiotu poszkodowanego. Ten ostatni wymóg wyprowadza się z brzmienia § 823 ust. 2 BGB w obrębie tak zwanej *Schutznormtheorie*. Takie ujęcie bezprawności znajduje jednak szerokie zastosowanie na gruncie całego reżimu odpowiedzialności

³⁵⁹ V. Emmerich, *BGB Schuldrecht...*, s. 257.

³⁶⁰ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 354-355; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 361.

deliktowej. Wskazuje się między innymi, że funkcjonuje ono w praktyce na gruncie odpowiedzialności urzędniczej, gdzie wymaga się zaistnienia naruszenia obowiązku urzędowego mającego na celu ochronę zindywidualizowanego podmiotu, jak również w obrębie odpowiedzialności za ingerencję o skutkach podobnych do wywłaszczenia, gdzie „wymóg naruszenia prawa podmiotowego jest spełniony poprzez kwalifikację dóbr, przeciwko którym ingerencja jest wymierzona – dóbr majątkowych”³⁶¹.

2.5. Okoliczności usprawiedliwiające (*Rechtfertigungsgründe*)

2.5.1. Obrona konieczna

Okolicznością wyłączającą bezprawność jest zgodnie z niemieckim kodeksem cywilnym obrona konieczna. W myśl § 227 ust. 1 BGB zachowanie podjęte w obronie koniecznej nie jest bezprawne. Przy tym przez obronę konieczną rozumie się tu obronę, która jest niezbędna do odparcia od siebie lub od kogoś innego istniejącego w chwili podejmowania obrony bezprawnego ataku (§ 227 ust. 2 BGB).

Za atak uważa się jedynie sytuacje, w których istnieje zagrożenie naruszenia prawnie chronionych interesów przez człowieka³⁶². Kwalifikuje się tu tylko aktywne działanie, natomiast zaniechanie nie jest nigdy uznawane za atak, choćby nawet istniał prawny obowiązek podjęcia działania³⁶³. Nie jest przy tym wymagane, aby zachowanie atakującego było zawinione, wobec czego za atakującego może być też uznane dziecko lub osoba chora umysłowo³⁶⁴. Prawnie relewantny jest tu atak skierowany przeciwko dobrom wszelkiego rodzaju, w tym przede wszystkim życiu, zdrowiu, wolności³⁶⁵ i własności³⁶⁶. Obrona może być przy tym podjęta zarówno w stosunku do ataku skierowane-

³⁶¹ L. Bosek, *Odpowiedzialność państwa za legislacyjne bezprawie w prawie niemieckim*, PiP 2003, z. 1, s. 86-87.

³⁶² H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 214. Stąd też przepis ten nie znajduje zastosowania w przypadku ataku ze strony zwierzęcia (wtedy wchodzi w rachubę § 228 BGB), chyba że zwierzę jest jedynie wykorzystywane jako narzędzie do ataku przez człowieka.

³⁶³ RG St 19, 298; RG Warn 33 Nr 116.

³⁶⁴ BayObLG NJW 91, 2031.

³⁶⁵ Rozumianej szeroko, także jako wolność poruszania się w ruchu drogowym (Schlesw NJW 84, 2471) i odwiedzania miejsca pracy (M. Löwisch, S. Krauß, *Die rechtliche Bewertung von Betriebsblockaden nach der Sitzblockadenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, DB 1995, 1330).

³⁶⁶ Także przeciwko np. godności (BGH St 14, 361), ogólnemu prawu do osobowości i do własnego wizerunku (Hbg NJW 72, 1290) czy gospodarstwu domowemu (Düss NJW 97, 3383), ale już nie przeciw małżeństwu-w postaci cudzołóstwa (Köln NJW 75, 2344).

go na dobra podmiotu broniącego, jak i w celu przeciwdziałania uszczerbkowi w dobrach kogoś innego. W tym drugim przypadku określana jest ona mianem pomocy koniecznej (*Nothilfe*). Jednakże w orzecznictwie przyjmuje się, że samo zakłócenie porządku publicznego nie daje podstawy do podjęcia obrony koniecznej, z wyjątkiem sytuacji, gdy jednocześnie stanowi ono atak na chronione interesy o charakterze indywidualnym³⁶⁷.

Do podjęcia obrony koniecznej uprawnia zaistnienie ataku bezprawnego i aktualnego, to jest takiego, który istnieje w momencie podjęcia działań obronnych. Za wystarczającą uznaje się sytuację, w której występuje bezpośrednie zagrożenie, że zachowanie danej osoby może się gwałtownie zmienić w naruszenie prawnie chronionych dóbr innego podmiotu³⁶⁸. Stąd też obrona konieczna nie przysługuje wówczas, gdy atak został już zakończony, a także jest nieudany, bądź już zrealizowany, czy też gdy sprawca z niego zrezygnował.

Działający w obronie koniecznej powinien kierować się wolą obrony (*Verteidigungswillen*), a przynajmniej wymaga się, żeby był to jeden z motywów jego działania³⁶⁹. Musi on ograniczyć się do niezbędnej obrony (*erforderliche Verteidigung*). Przez to ostatnie określenie rozumie się konieczność odpierania ataku przy użyciu jak najmniej szkodliwych i niebezpiecznych środków³⁷⁰. Dlatego też posłużenie się bronią palną jest dopuszczalne jedynie przy wyjątkowo poważnych zagrożeniach i to z umiarem³⁷¹. Podkreśla się jednak, że podejmujący obronę nie potrzebuje narażać się przy tym na ryzyko niedostateczności działań obronnych³⁷² i jedynie w szczególnych sytuacjach za właściwe uznaje się ustąpienie przez zaatakowanego³⁷³. Przyjmuje się, że o tym, jakie środki są w danym przypadku niezbędne dla obrony koniecznej, decyduje siła i nieustę-

³⁶⁷ BGH 64, 180. W związku z tym odmówiono prawa do obrony koniecznej przeciwko osobie palącej w przedziale dla niepalących (LG Bln NJW 78, 2343).

³⁶⁸ BayObLG NJW 85, 2601. Wskazywać na to może np. chwylenie za broń (BGH NJW 73, 255) lub ruszenie na daną osobę (BGH VersR 71, 630).

³⁶⁹ BGH St 3, 198.

³⁷⁰ BGH VersR 67, 478; BGH St NJW 72, 1822.

³⁷¹ BGH NSTZ 87, 322.

³⁷² BGH NJW 76, 42; BGH NJW 91, 504. Jednak o tym, czy podjęte w danym przypadku działania obronne mogą być uznane za niezbędne, decydować będzie nie to, czy napadnięty za takie je uważał lub mógł uważać, lecz będzie to rozstrzygane przez sąd w oparciu o obiektywnie ustalony stan rzeczy (BGHSt NJW 74, 154; RG 84, 306).

³⁷³ Mianowicie wtedy, kiedy może on to uczynić bez rezygnowania ze swoich uzasadnionych interesów (RG 84, 308). Zaleca się to także w sytuacjach, w których podjęcie działań obronnych niesłoby ze sobą niebezpieczeństwo dla osób trzecich (BGH NJW 78, 2028).

pliwość ataku, a nie wartość zaatakowanych dóbr³⁷⁴. Dlatego też może być nawet ewentualnie uznana za dopuszczalną obrona dóbr materialnych mogąca zagrażać ciału, a nawet życiu atakującego³⁷⁵. Prawo do obrony koniecznej nie jest przy tym limitowane przez zasadę proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeit*)³⁷⁶. Właściwie jedynie istnienie skrajnej dysproporcji (*krassus Mißverhältnis*) może prowadzić do uznania, że prawo do obrony koniecznej było wykonywane niezgodnie z jego przeznaczeniem (*missbräuchlich*) i jako takie stanowiło działanie niedopuszczalne³⁷⁷.

Ciężar udowodnienia tego, że w danym przypadku zachodziły przesłanki uprawniające do podjęcia obrony koniecznej, spoczywa na tym, kto się na taką obronę jako okoliczność usprawiedliwiającą mającą wyłączać bezprawność jego zachowania powołuje. W orzecznictwie przyjmuje się przy tym w sposób konsekwentny, że jeżeli osoba taka sama umyślnie doprowadziła do stanu obrony koniecznej, w celu zranienia atakującego pod pretekstem działania w obronie koniecznej, a zatem działała z zamiarem prowokacji (*Absichtsprovokation*), to nie przysługuje jej prawo do obrony koniecznej, a wszelkie działania podjęte przez nią pod takim pretekstem są bezprawne³⁷⁸. Nieco inaczej sytuacja przedstawia się wówczas, gdy taki zaatakowany spowodował sytuację obrony koniecznej co prawda nie umyślnie, jednak w sposób bezprawny i zarzucalny (*vorwerfbar*). Wówczas przyznaje się ograniczone prawo do obrony koniecznej, w ramach którego broniący powinien, na ile to możliwe, powstrzymać się przed wyrządzeniem uszczerbku atakującemu, znosić niewielkie naruszenia z jego strony, ustępować mu, kiedy jest to możliwe, i wykorzystywać wszelkie dostępne sposoby dla zapobieżenia grożącemu niebezpieczeństwu³⁷⁹.

Ponadto działanie broniącego się jest bezprawne także wówczas, gdy przekroczy on granice obrony koniecznej (*Notwehrexzeß*). Obowiązek odszkodowawczy z tytułu wyrządzonych przy tym szkód może być na niego nałożony jednak tylko wtedy, kiedy działał on w sposób zawiniony³⁸⁰. W związku z tym obowiązek ten może ulec stosownemu zmniejszeniu lub nawet zupełnie odpaść w przypadku współzawinienia atakujące-

³⁷⁴ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 215.

³⁷⁵ RG 111, 370; BGHSt NJW 56, 920.

³⁷⁶ BGH NJW 76, 42.

³⁷⁷ Hamm NJW 72, 1827.

³⁷⁸ BGH NJW 83, 2267.

³⁷⁹ BGHSt NJW 75, 1423.

³⁸⁰ BGH NJW 76, 42.

go³⁸¹. Podobnie jako bezprawne traktowane jest działanie podjęte przy błędnym przyjęciu, że zachodzi sytuacja uprawniająca do obrony koniecznej, a zatem w stanie urojonej obrony koniecznej (*Putativnotwehr*). Także tu broniący się jest zobowiązany do naprawienia wyrządzonych szkód tylko, jeśli może mu być przypisana wina. W związku z tym nie ponosi on odpowiedzialności odszkodowawczej wówczas, gdy jego błąd był usprawiedliwiony³⁸².

Poza tym należy wskazać, że w doktrynie niemieckiej, wychodząc z założenia jednolitości systemu prawnego, przyjmuje się, że również okoliczności wyłączające bezprawność przewidziane w przepisach prawa karnego należy traktować jako wywierające taki sam skutek na gruncie cywilnoprawnym³⁸³. W przypadku obrony koniecznej nie prowadzi to zresztą do wprowadzenia jakiegoś istotnego *novum*, albowiem brzmienie § 32 StGB jest właściwie tożsame ze sformułowaniem § 227 BGB. W myśl pierwszego z tych unormowań ten, kto popełnił czyn wymagany przez obronę konieczną, nie działa bezprawnie (§ 32 ust. 1 StGB), przy czym za obronę konieczną uznawana jest obrona, która jest niezbędna do tego, aby od siebie lub od kogoś innego odwrócić istniejący bezprawny atak. Odmiennej od cywilnoprawnej regulację wprowadza dopiero § 33 StGB, na mocy którego nie podlega karze sprawca, który przekroczy granice obrony koniecznej z powodu zamieszania, obawy lub strachu. Tu już pojawia się istotna różnica, ponieważ nawet w takim przypadku, a zatem wtedy, gdy zaatakowany jest zgodnie z § 33 StGB wolny od kary, to i tak jeżeli przekroczył on granice obrony koniecznej z § 227 BGB, jego działanie będzie uznawane na płaszczyźnie prawa cywilnego za bezprawne³⁸⁴.

2.5.2. Stan wyższej konieczności (*Notstand*)

W doktrynie wyróżniane są dwie odmiany stanu wyższej konieczności, a mianowicie defensywna unormowana w § 228 BGB oraz ofensywna uregulowana w § 904 BGB. Nadto, w związku z wcześniej poczynionymi uwagami, wskazać należy, że za prawnie relewantny uważa się też na gruncie prawa cywilnego stan wyższej konieczności z § 34 StGB³⁸⁵. Co więcej, często podnosi się, iż ta ostatnia zależność działa w obie strony, to znaczy, że, zgodnie z ideą jednolitości porządku prawnego, jak § 34 StGB prowa-

³⁸¹ BGH VersR 67, 478.

³⁸² BGH NJW 87, 2509; Hamm OLGZ 78, 73.

³⁸³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 371.

³⁸⁴ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 215.

³⁸⁵ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 371.

dzi do wyłączenia bezprawności także w ramach prawa cywilnego, tak też odwrotnie § 228 BGB i § 904 BGB odnoszą skutek jako okoliczności usprawiedliwiające również w prawie karnym³⁸⁶.

Zgodnie z § 228 BGB ten, kto uszkadza lub niszczy cudzą rzecz po to, by odwrócić od siebie lub od kogoś innego grożące z jej strony niebezpieczeństwo, nie działa bezprawnie, jeżeli to uszkodzenie lub zniszczenie jest niezbędne do odwrócenia niebezpieczeństwa i szkoda nie jest nieproporcjonalna do tego niebezpieczeństwa. Jeśli działający zawinił w zakresie spowodowania niebezpieczeństwa, to jest on zobowiązany do odszkodowania za szkody.

Chodzi tu zatem o sytuacje, w których istnieje niebezpieczeństwo naruszenia czyichś dóbr prawnie chronionych przez cudze rzeczy³⁸⁷. Dokładniej rzecz ujmując, od tych cudzych rzeczy pochodzi niebezpieczeństwo, którego przeciwdziałaniu służyć będzie podjęcie działań w stanie wyższej konieczności. W grę wchodzi tu wszelkiego rodzaju dobra prawne. Nie ma też znaczenia, czy podejmujący działanie w stanie wyższej konieczności zmierza do ochrony dóbr własnych czy też innej osoby. Nie musi tu także istnieć, tak jak w przypadku obrony koniecznej z § 227 BGB, aktualnie występujące zagrożenie. Wystarczy, że będzie to potencjalnie grożące niebezpieczeństwo wynikające z tego, że z powstałymi okolicznościami faktycznymi wiąże się prawdopodobieństwo nastąpienia szkód³⁸⁸.

Podjęcie działania w stanie wyższej konieczności będzie tu polegać na uszkodzeniu lub zniszczeniu takiej cudzej rzeczy, z której wypływa niebezpieczeństwo wyrządzenia szkód w dobrach innych podmiotów. Wymaga się przy tym, aby działający kierował się wolą odparcia takiego zagrożenia, a podjęte przez niego środki były niezbędne do jego odwrócenia. Ta niezbędność podlega ocenie w świetle obiektywnych kryteriów. Co istotne, istnienie możliwości uniknięcia niebezpieczeństwa dzięki ucieczce lub jego odwrócenia w inny sposób niż poprzez uszkodzenie lub zniszczenie cudzej rzeczy, wyłącza możliwość powołania się na działanie w warunkach określonych w § 228 BGB³⁸⁹. Ponadto zgodnie z wolą ustawodawcy szkody wyrządzone przez działania podjęte w stanie wyższej konieczności nie mogą być nieproporcjonalne w stosunku do odwróconego niebezpieczeństwa. W tym zakresie miarodajne będą

³⁸⁶ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 216.

³⁸⁷ Panuje zgodność co do tego, że kwalifikować należy tu także przypadki, gdy niebezpieczeństwo zagraża ze strony rzeczy niczych.

³⁸⁸ BGHSt 18, 272.

³⁸⁹ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 216.

sądy wartościujące funkcjonujące w obrębie wspólnoty prawnej. Z zasady życie i zdrowie człowieka będą o wiele wyżej cenione aniżeli dobra majątkowe, choć niekiedy w przypadku szczególnie cennych rzeczy dopuszcza się ewentualne spowodowanie niewielkich zranień ciała. W zakresie samych dóbr majątkowych decydujące znaczenie będzie miał wzajemny stosunek ich wartości, jednakże pozostawia się także miejsce dla uwzględnienia względów duchowych i emocjonalnych³⁹⁰.

Działanie w ramach stanu wyższej konieczności wyłącza bezprawność. Ciężar udowodnienia, że w danym przypadku zachodziły przesłanki takiego stanu, spoczywa na tym, kto się na niego powołuje. Do przekroczenia granic i urojenia sobie stanu wyższej konieczności odnoszą się odpowiednio uwagi poczynione powyżej w tym zakresie na tle obrony koniecznej z § 227 BGB. Do sytuacji tych nie ma zastosowania § 228 zd. 2 BGB. Ten ostatni przepis wprowadza bowiem odpowiedzialność odszkodowawczą działającego w ramach stanu wyższej konieczności, jeżeli stan ten on sam w sposób zawiniony spowodował³⁹¹.

Odmienne z kolei, regulujący ofensywny stan wyższej konieczności § 904 BGB stanowi, że właściciel rzeczy nie jest uprawniony do zabrania oddziaływania innej osobie na jego rzecz, jeżeli oddziaływanie to jest konieczne do odparcia aktualnie istniejącego niebezpieczeństwa i grożąca szkoda jest nieproporcjonalnie duża (*unverhältnismäßig groß*) w porównaniu do szkody wyrządzonej właścicielowi wskutek tego oddziaływania. Właściciel może żądać odszkodowania za poniesione przez siebie szkody.

Wprowadzenie takiego unormowania opiera się na przyjęciu słuszności koncepcji poświęcenia (*Aufopferungsgedanke*)³⁹² rzeczy należących do danego podmiotu, w sytuacji gdy nie stanowią one żadnego zagrożenia dla działającej osoby, wtedy, gdy użycie lub inne oddziaływanie na taką rzecz jest jej niezbędne dla odparcia grożącego jej skądinąd niebezpieczeństwa. Doktryna jest zgodna co do tego, że unormowanie to powinno znajdować zastosowanie także do przypadków oddziaływania na inne absolutne prawa majątkowe, ale już nie odnośnie do oddziaływania na własne rzeczy w ramach samopoświęcenia.

Podjęcie działań w ramach ofensywnego stanu wyższej konieczności jest możliwe wówczas, gdy istnieje aktualne niebezpieczeństwo dla dóbr prawnych działającego. Z reguły zachodzi ono wtedy, gdy potrzeba jest zastosowania natychmiastowych środ-

³⁹⁰ Np. za uzasadnione działanie w stanie wyższej konieczności uznano zabicie agresywnego rasyowego psa w sytuacji, gdy było to niezbędne dla ratowania kundla (Kblz NJW-RR 89, 541).

³⁹¹ RG JW 26, 1145.

³⁹² P. Bassenge [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1110.

ków zaradczych dla odparcia grożących szkód³⁹³, choć przyjmuje się też, że stan uzasadniający podjęcie takich działań może trwać nawet przez dłuższy czas, jeśli w jego trakcie w każdej chwili można liczyć się z doznaniem szkody³⁹⁴. Działanie w stanie wyższej konieczności może polegać na różnych formach zarówno bezpośredniego, jak i pośredniego oddziaływania na cudzą rzecz, np. na skorzystaniu z niej, uszkodzeniu czy zniszczeniu. Działający musi przy tym kierować się wolą obrony przed zagrożeniem³⁹⁵, a dokonane przez niego oddziaływanie na cudzą rzecz powinno być konieczne. Konieczność ta podlega obiektywnej ocenie. Pod uwagę bierze się jednak realną przydatność takiego oddziaływania dla obrony przed określonym niebezpieczeństwem, a nie faktycznie osiągnięty rezultat. Niemniej jednak w przypadku stwierdzenia, że istniejące w rozpatrywanej sytuacji zagrożenie mogło być odwrócone w inny sposób aniżeli poprzez oddziaływanie na cudzą rzecz, wyłączona będzie możliwość powołania się na działanie w warunkach określonych w § 904 BGB. Ponadto, jak wynika ze wspomnianego unormowania, bezprawność będzie wyłączona wówczas, gdy grożące powołującemu się na stan wyższej konieczności szkody są nieproporcjonalnie duże w stosunku do tych, jakie wystąpią wskutek oddziaływania przez niego na cudzą rzecz. Tu, podobnie jak w przypadku omówionej już regulacji, życie i z reguły zdrowie ludzkie cenione są wyżej niż uszczerbki w rzeczach, natomiast przy zestawieniu szkód majątkowych kwestia ta rozstrzygana jest na podstawie szacowania wzajemnego stosunku ich wartości. Ciężar udowodnienia przesłanek stanu wyższej konieczności leży po stronie tego, kto się na niego powołuje. Zgodnie z § 904 zd. 2 BGB właścicielowi służy w takim przypadku roszczenie o odszkodowanie za wyrządzone mu szkody, niezależnie od winy działającego w tym stanie³⁹⁶. W orzecznictwie przyjęto jednak, że właściciel nie ma prawa do występowania z takim roszczeniem, jeżeli sam w sposób zawiniony spowodował, że działający znalazł się w położeniu, w którym zaczął działać w stanie wyższej konieczności³⁹⁷.

Jak już wspomniano, prawnie relewantna na gruncie prawa cywilnego będzie tu też regulacja § 34 StGB. Określa ona tak zwany usprawiedliwiający stan wyższej konieczności (*Rechtfertigender Notstand*). Zgodnie z nią ten, kto przy aktualnie istniejącym

³⁹³ RG 57, 187.

³⁹⁴ Hamm NJW 72, 1374.

³⁹⁵ BGH 92, 357.

³⁹⁶ Przysługuje ono nawet wtedy, gdy właściciel wyraził zgodę na to oddziaływanie (BGH LM Nr 2).

³⁹⁷ BGH 6, 102; LG Fbg NJW-RR 89, 683.

i niemożliwym inaczej do odwrócenia niebezpieczeństwa dla życia, ciała, wolności, godności, własności lub innego dobra prawnego popełnia czyn, by odwrócić od siebie lub kogoś innego niebezpieczeństwo, nie działa bezprawnie, jeżeli przy rozważeniu stojących ze sobą w sprzeczności interesów, szczególnie dotkniętych dóbr prawnych i stopnia grożącego im niebezpieczeństwa, chroniony interes ujemnie oddziałującego znacznie przeważa. To obowiązuje jednakże tylko wtedy, jeśli ten czyn jest odpowiednim sposobem, by odwrócić niebezpieczeństwo.

2.5.3. Samopomoc (*Selbsthilfe*)

Okoliczność usprawiedliwiającą w postaci działania w ramach prawa do samopomocy przewiduje § 229 BGB. Zgodnie z tym przepisem ten, kto w celu samopomocy zabiera, niszczy lub uszkadza rzecz lub w celu samopomocy zatrzymuje zobowiązanego, u którego podejrzewa zamiar ucieczki lub usuwa opór zobowiązanego przeciwko działaniu, które ten obowiązany jest znosić, nie działa bezprawnie, jeżeli nie jest możliwe uzyskanie na czas pomocy ze strony władz albo gdy istnieje niebezpieczeństwo, że bez jego natychmiastowej ingerencji realizacja roszczenia zostanie udaremniona lub znacznie utrudniona.

Tak określone prawo do samopomocy stanowi wyjątek od obowiązującej w państwie prawa reguły dochodzenia roszczeń w odpowiednim postępowaniu sądowym. Dlatego też takie działanie na własną rękę, prowadzące przede wszystkim do tymczasowego zabezpieczenia roszczeń, rzadziej do ich przeforsowania, jest dopuszczalne tylko w ścisłych granicach wskazanych w § 229 BGB.

W szczególności samopomoc może zostać zastosowana tylko przez tego, komu rzeczywiście przysługuje dane roszczenie i to obiektywnie, gdyż samo jedynie przekonanie działającego i jego dobra wiara co do istnienia tego roszczenia nie są tu wystarczające. Możliwe musi być ponadto skuteczne dochodzenie takiego roszczenia w toku postępowania sądowego. Oznacza to, że działanie w formie samopomocy będzie niedopuszczalne w celu zabezpieczenia roszczeń niezaskarżalnych, przedawnionych czy uprzednio prawomocnie oddalonych³⁹⁸. Przy tym samopomoc może być zastosowana tylko dla ochrony własnych roszczeń, a nie roszczeń osoby trzeciej, choć możliwe jest korzystanie ze wsparcia innych osób przy działaniach samopomocowych.

³⁹⁸ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 217.

Ustawodawca dopuszcza zastosowanie samopomocy wówczas, gdy zachodzi jedna z dwóch okoliczności. Po pierwsze wskazuje na sytuację, w której nie ma możliwości uzyskania we właściwym czasie pomocy ze strony organów władzy. Dlatego też skorzystanie z prawa do samopomocy jest wyłączone, kiedy wierzyciel nie wykorzystał istniejącej sposobności do uzyskania państwowej pomocy prawnej do zabezpieczenia roszczenia, w tym przede wszystkim ze strony sądu, wyjątkowo także policji. Po drugie, samopomoc została prawnie dozwolona również wówczas, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że bez natychmiastowej własnej ingerencji realizacja roszczenia zostanie udaremniona lub znacznie utrudniona. Nie stawia się przy tym w praktyce wymogu, aby wierzycielowi musiała z tego tytułu grozić niepowetowana strata (*unwiederbringlich Verlust*). Wystarczy, że wystąpiłoby istotne utrudnienie w zakresie przeforsowania realizacji danego roszczenia w drodze pomocy prawnej, na przykład z powodu zamierzeń dłużnika co do wyjazdu za granicę lub wyprowadzenia tam przez niego znacznej części jego majątku³⁹⁹.

Unormowanie zawarte w § 229 BGB dopuszcza kilka sposobów samopomocy. Może ona między innymi polegać na odebraniu, zniszczeniu lub uszkodzeniu rzeczy. Zgodnie z panującym poglądem doktryny działania takie mogą dotyczyć wyłącznie rzeczy należących do dłużnika, a przy tym takich, które nadają się do przeprowadzenia zabezpieczenia sądowego i egzekucji. W przypadku, gdy wierzycielowi przysługuje roszczenie o wydanie rzeczy, jego prawo do samopomocy ogranicza się do możliwości odebrania przez niego dłużnikowi tylko tej właśnie rzeczy, która powinna być wydana. Natomiast już wtedy, gdyby miał on po prostu roszczenie o zapłatę, może on zabrać dłużnikowi każdą podlegającą zajęciu rzecz. Z kolei w razie podejrzenia zamiaru ucieczki po stronie dłużnika wierzycielowi przysługuje inna metoda samopomocy, pozwalająca mu na zatrzymanie osoby dłużnika, jednakże pod warunkiem, że zachodzą przesłanki zabezpieczenia mienia przez sądowy areszt dłużnika. Ostatnim środkiem samopomocowym wymienionym przez ustawodawcę jest możliwość przełamania oporu dłużnika w sytuacji, gdy jest on zobowiązany do znoszenia określonego działania. Dopuszcza się tu zastosowanie działań siłowych zarówno w stosunku do rzeczy, jak i osób⁴⁰⁰.

Ciężar udowodnienia okoliczności wskazujących na to, że w danej sytuacji zachodziły przesłanki do zastosowania samopomocy, spoczywa na tym, kto powołuje się na

³⁹⁹ Nie stanowią natomiast uzasadnienia dla samopomocy: grożąca niewypłacalność dłużnika czy też mogące wystąpić trudności dowodowe (BGHSt 17, 328).

⁴⁰⁰ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 217.

działanie w jej ramach. Natomiast w przypadku przekroczenia granic oraz urojonej samopomocy odpowiednie zastosowanie znajdują uwagi poczynione na tle § 227 BGB odnośnie do przekroczenia granic i urojonej obrony koniecznej, z zastrzeżeniem różnic wynikających ze wskazanej poniżej regulacji § 231 BGB.

Dla określenia granic dozwolonej samopomocy miarodajny jest przede wszystkim § 230 BGB. Zgodnie z jego ust. 1 samopomoc nie może iść dalej niż jest to konieczne do odparcia zagrożenia. W przypadku zabrania rzeczy, dopóki egzekucja nie zostanie wyjednana, niezbędne jest zgodnie z § 230 ust. 2 BGB złożenie wniosku o rzeczowe zabezpieczenie mienia przez sąd (*dinglicher Arrest*). Natomiast § 230 ust. 3 BGB wskazuje, że w przypadku zatrzymania zobowiązanego, o ile nie zostanie on znowu wypuszczony na wolność, należy złożyć wniosek o zabezpieczenie mienia przez areszt dłużnika (*persönliche Sicherheit arrest*) do sądu rejonowego, w którego rejonie miało miejsce zatrzymanie; zobowiązany musi być niezwłocznie doprowadzony przed sąd. Jeżeli taki wniosek o sądowe zabezpieczenie mienia będzie spóźniony lub zostanie odrzucony, to powinien niezwłocznie nastąpić zwrot zabranych rzeczy i uwolnienie zatrzymanego (§ 230 ust. 4 BGB). W świetle przytoczonej regulacji należy generalnie zauważyć, że w ramach prawa do stosowania samopomocy dopuszczalne jest podejmowanie tylko takich działań, które są niezbędne do zapobieżenia niebezpieczeństwu. Nie ma tu potrzeby dbania o zachowanie proporcji pomiędzy grożącym wierzycielowi niebezpieczeństwem a wynikającymi z zastosowania przez niego samopomocy niekorzystnymi skutkami dla dłużnika. Niemniej jednak należy dbać o to, aby nie dopuścić się nadużycia tego prawa⁴⁰¹.

W razie przedsięwzięcia przez kogoś działania określonego w § 229 BGB w błędnym mniemaniu, że istnieją przesłanki wymagane do wyłączenia bezprawności, jest on zobowiązany do odszkodowania za szkody poniesione przez inną stronę, nawet jeśli błąd nie wynikał z niedbalstwa (§ 231 BGB). Na osobie podejmującej takie działanie ciąży więc niezależny od winy obowiązek odszkodowawczy (*eine schuldunabhängige Schadensersatzpflicht*) powstający w przypadku bezprawnego działania. Chodzi tu przede wszystkim o przypadki samopomocy urojonej (*Putativselbsthilfe*) oraz przekroczenia granic samopomocy (*Selbsthilfeexzeß*).

⁴⁰¹ *Ibidem*.

2.5.4. Zgoda poszkodowanego (*Einwilligung des Verletzten*)

Bezprawność zachowania sprawcy deliktu wyłącza uzyskanie przez niego uprzedniej⁴⁰² zgody poszkodowanego na naruszenie jego dóbr prawnych. W doktrynie wskazuje się, że zgoda taka nie stanowi czynności prawnej (*das Rechtsgeschäft*), a skoro tak, to unormowania prawne odnoszące się do czynności prawnych, w tym w szczególności podstawy ich zakwestionowania i unieważnienia, nie obowiązują w odniesieniu do takiej zgody, przynajmniej nie bezpośrednio⁴⁰³. Podnosi się także, że dla skutecznego wyrażenia zgody poszkodowany nie musi posiadać zdolności do czynności prawnych (*Geschäftsfähigkeit*). Stawia się jedynie wymóg odznaczania się przez niego takim stopniem dojrzałości intelektualnej i moralnej, który pozwalałby mu na dokonanie oceny znaczenia mającego nastąpić naruszenia jego dóbr oraz swojego pozwolenia na nie. Stąd też wywodzi się, że tak naprawdę w odniesieniu do naruszeń tak istotnych dóbr prawnych jak ciało czy zdrowie, wymogi te spełnić mogą właściwie jedynie osoby mające pełną zdolność do czynności prawnych. Wynikać ma to logicznie z tezy, w myśl której, jeżeli porządek prawny nie daje komuś prawa do dokonywania choćby drobnych czynności prawnych, to nie sposób uznać, że pozostawiałby w jego gestii decyzję np. co do amputacji kończyny⁴⁰⁴. Należy jednak podkreślić, że wymóg posiadania przez poszkodowanego odpowiedniego stopnia dojrzałości intelektualnej i moralnej stosowany jest w orzecznictwie do oceny skuteczności zgody wyrażonej przez poszkodowanych o ograniczonej zdolności do czynności prawnych⁴⁰⁵. Mogłoby to wskazywać na to, że osoby nieposiadające zdolności do czynności prawnych uważane są za w ogóle niezdolne do samodzielnego wyrażenia takiej zgody. Co więcej, w odniesieniu do poszkodowanych mających ograniczoną zdolność do czynności prawnych, np. szesnastolatka, przyjmuje się, że nawet w wypadku wyrażania przez niego zgody na niecierpiący zwłoki zabieg i tak w poszczególnym przypadku konieczne jest poinformowanie jego rodziców⁴⁰⁶, a już poza sytuacjami pilnej i koniecznej potrzeby zgoda obojga rodziców jest wymagana⁴⁰⁷.

⁴⁰² R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 208.

⁴⁰³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 373.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ BGH 29, 36; BGH NJW 72, 335.

⁴⁰⁶ BGH VersR 72, 153; BGH NJW 70, 511.

⁴⁰⁷ BGH 105, 45.

Nadto zgoda poszkodowanego jest traktowana jako okoliczność usprawiedliwiająca tylko wówczas, gdy była ona wyrażona dobrowolnie (*freiwillig*). O dobrowolności nie może być mowy wtedy, gdy poszkodowany wyraził zgodę pod wpływem przemocy, bezprawnej groźby, przymusu bądź też podstępów lub oszustwa⁴⁰⁸.

Kwestia zgody poszkodowanego jako okoliczności wyłączającej bezprawność rozważana jest w praktyce szczególnie często w ramach ingerencji lekarskich. W tym kontekście podkreśla się przede wszystkim, że skuteczność zgody pacjenta na określone naruszenie jego integralności cielesnej zależy od tego, czy lekarz udzielił mu uprzednio⁴⁰⁹ odpowiedniego wyjaśnienia co do charakteru, znaczenia i doniosłości zamierzonej ingerencji leczniczej, w ogólnym zarysie, choć przy tym na tyle dokładnym, aby stopień jego poinformowania umożliwiał mu samodzielne podjęcie racjonalnej decyzji⁴¹⁰. Ponadto zgoda na dokonanie danej ingerencji przez określonego lekarza nie upoważnia do jej wykonania innego⁴¹¹. Jest ona przy tym traktowana kompleksowo, co oznacza niedopuszczalność jej rozbijania na części skuteczne i nieskuteczne⁴¹². Zakres informacji udzielonych pacjentowi nie musi obejmować wszystkich najdrobniejszych szczegółów dotyczących przebiegu i potencjalnych skutków planowanego zabiegu. Wymaga się, aby pacjent przede wszystkim uzyskał wiedzę o typowych zagrożeniach związanych z leczeniem, jakie ma być wobec niego podjęte⁴¹³. Udzielona informacja ma dawać pacjentowi rozeznanie co do powagi ingerencji i rodzaju towarzyszących jej obciążeń, w tym najcięższych możliwych zagrożeń dla integralności cielesnej i prowadzonego trybu życia,

⁴⁰⁸ Jednakże już zgoda wyrażona pod wpływem błędu uważana jest za dobrowolną (Ffm VersR 92, 572).

⁴⁰⁹ BGH NJW 81, 633. W orzecznictwie ze szczególnym naciskiem podkreśla się konieczność udzielenia przez lekarza pacjentowi wyjaśnień z takim wyprzedzeniem, aby miał on potrzebny czas do namysłu, a jego stan jeszcze umożliwiał mu swobodne podjęcie decyzji przy wolności od presji czasu (Hamm NJW 93, 1583; BGH NJW 94, 3009; BGH NJW 98, 2734), przy czym określenie, z jakim wyprzedzeniem powinno to nastąpić, zależy przede wszystkim od rodzaju i powagi planowanego zabiegu (Bamgb VersR 98, 1025; BGH NJW 98, 1784; BGH VersR 98, 766; Köln NJW 92, 1111; BGH VersR 94, 1235; BGH NJW 95, 2410).

⁴¹⁰ Ffm VersR 96, 101; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 209.

⁴¹¹ BGH LM (Aa) Nr 11.

⁴¹² Köln VersR 90, 489.

⁴¹³ Hamm VersR 94, 815; BGH NJW 96, 776. Obowiązek informowania spoczywa tu na lekarzach wszelkich specjalności, także odnosi się do dentystów (BGH NJW 94, 799; Hbg MDR 98, 906), a nawet osób leczących metodami niekonwencjonalnymi (Hamm VersR 87, 1019) oraz w ograniczonym zakresie do informowania o metodach leczenia zwierzęcia jego właściciela przez weterynarza (BGH NJW 80, 1904; Stgt VersR 96, 1029).

jakich można się w związku z tą ingerencją obawiać⁴¹⁴. W związku z tym decydujące znaczenie dla określenia tego, o czym należy poinformować pacjenta, ma nie statystyczna częstość występowania danego ryzyka, lecz jego specyficzność dla tego rodzaju ingerencji, jaka ma być przeprowadzona oraz wiążące się z nią szczególne obciążenia dla prowadzenia przez pacjenta trybu życia, także wówczas, gdy dane ryzyko rzadko się urzeczywistnia⁴¹⁵. Obowiązek poinformowania obejmuje też istniejące realne możliwości rozszerzenia zakresu operacji⁴¹⁶ oraz alternatywne metody postępowania, jakie w danym przypadku mogą wchodzić w grę⁴¹⁷. Znaczenie dla określenia zakresu niezbędnych wyjaśnień mają również czynniki indywidualne leżące po stronie pacjenta, w tym jego fachowość, wykształcenie, inteligencja, posiadanie doświadczeń związanych z dotychczasowym przebiegiem choroby⁴¹⁸. Mniejsze wymagania stawia się lekarzowi, który informuje pacjenta posiadającego wykształcenie medyczne⁴¹⁹ albo w sytuacji, gdy chodzi o zabieg, którego istota i skutki są powszechnie znane, jak np. w przypadku operacji wycięcia wyrostka robaczkowego⁴²⁰. Wymogi te ulegają natomiast zdecydowanemu podwyższeniu w razie zamiaru zastosowania nowej metody leczenia⁴²¹, zwłaszcza gdy związane z nią zagrożenia jeszcze nie zostały dokładnie zbadane⁴²². Lekarz zobligowany jest do szczegółowych wyjaśnień także w odniesieniu do ingerencji o wysokim stopniu

⁴¹⁴ BGH NJW 91, 2346.

⁴¹⁵ BGH NJW 94, 793; BGH NJW 90, 1528; BGH NJW 96, 777; Köln NJW-RR 92, 984; Hamm VersR 92, 1473.

⁴¹⁶ Przy tym jeśli w czasie trwania operacji lekarz stwierdziłby konieczność przeprowadzenia dodatkowej ingerencji, wykraczającej poza zakres udzielonej zgody, to decydujące znaczenie ma wówczas to, czy wiąże się z nią podwyższone ryzyko. Jeżeli tak, to lekarz powinien przerwać przeprowadzaną operację celem zapytania pacjenta o zgodę na taką dodatkową ingerencję (BGH NJW 77, 337). Może on natomiast kontynuować poszerzając przeprowadzany zabieg o taką ingerencję w sytuacji, gdy takie podwyższone ryzyko nie występuje, a za ingerencją tą przemawiają żywotne wskazania, w związku z czym lekarz może w rozsądny sposób zakładać, że pacjent by się na nią zgodził (Ffm NJW 81, 1322; Köln VersR 88, 1049; Kblz NJW-RR 94, 1370).

⁴¹⁷ BGH NJW 93, 2374; BGH NJW 89, 1538; BGH NJW 92, 741; BGH NJW 93, 1524.

⁴¹⁸ BGH NJW 79, 1933; Stgt 73, 560.

⁴¹⁹ Hamm VersR 98, 322.

⁴²⁰ BGH NJW 80, 633.

⁴²¹ Köln NJW-RR 92, 986. Jednakże lekarz nie ma obowiązku informowania o nowych metodach diagnostycznych lub terapeutycznych, które znajdują się dopiero w fazie badań w klinikach uniwersyteckich i w związku z tym nie ma jeszcze żadnych realnych możliwości zastosowania ich u leczonego aktualnie pacjenta (BGH NJW 84, 1810).

⁴²² Oldbg VersR 97, 491.

ryzyka niepowodzenia⁴²³ oraz związanych z niebezpieczeństwem znacznego pogorszenia się stanu zdrowia pacjenta po operacji⁴²⁴. Konieczność wyjątkowo dokładnego poinformowania dotyczy również ingerencji służących jedynie zdiagnozowaniu pacjenta, a nie bezpośrednio jego leczeniu⁴²⁵.

Przy tym to na lekarzu spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu na to, że pacjentowi udzielone zostało odpowiednie, wystarczające w świetle okoliczności danego przypadku wyjaśnienie⁴²⁶ oraz że wyraził on zgodę na ingerencję po uzyskaniu właściwych informacji o związanym z nią ryzyku i jej skutkach⁴²⁷.

Czasami zgoda poszkodowanego kwalifikowana bywa jako działanie na własne ryzyko (*Handeln auf eigene Gefahr*). Wyłączenie bezprawności ma tu być uzasadnione faktem świadomego narażenia się poszkodowanego na niebezpieczeństwo grożące doznaniem przez niego uszczerbku. Wskazuje się tu np. na wsiadanie do samochodu celem bycia podwieszonym przez widocznie nietrzeźwego lub nieposiadającego prawa jazdy kierowcę bądź też branie udziału w niebezpiecznych dyscyplinach sportowych⁴²⁸. Niemiecki Trybunał Federalny stanął jednak na innym stanowisku, przyjmując, że w większości tego rodzaju przypadków nie można mówić o przyjęciu dopuszczalności zgody poszkodowanego. Aprobata tego ostatniego w stosunku do zagrożenia nie oznacza jeszcze bowiem jego zgody na doznanie zranienia. Godząc się na określone ryzyko ma on nadzieję, że nic mu się nie stanie. Stąd taka zgoda jest możliwa jedynie w ramach brania udziału w określonych niebezpiecznych dyscyplinach sportowych, jak np. rajdach samochodowych, wspinaczce skałkowej, boksie czy zapasach, podczas gdy co do zasady przypadki narażenia się na niebezpieczeństwo z własnej woli rozpatrywane są z uwzględnieniem § 254 BGB, co prowadzi do odpowiedniego zmniejszenia należnego odszkodowania⁴²⁹. Na uwagę zasługuje pogląd wymienionego trybunału dotyczący udziału w sportach zespołowych, np. piłce nożnej. W tym zakresie podniósł on bowiem, że tu

⁴²³ BGH NJW 81, 633.

⁴²⁴ BGH NJW 88, 1515.

⁴²⁵ BGH NJW 79, 1933.

⁴²⁶ BGH NJW 81, 2002.

⁴²⁷ BGH NJW 94, 2414. W orzecznictwie uznano m. in., że ogólnikowo sformułowane pisemne potwierdzenie podpisane przez pacjenta, że otrzymał on wyjaśnienia ze strony lekarza, nie stanowi jeszcze dowodu co do jego treści i zakresu (BGH VersR 85, 361).

⁴²⁸ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 373.

⁴²⁹ BGHZ 34, 355.

także przy przestrzeganiu reguł gry nie da się uniknąć zranień i każdy przystępujący do niej zdaje sobie z tego sprawę, choć oczywiście tego nie chce. Sytuacja ma tu charakter wzajemny, zachowanie sportowe każdego z zawodników może zranić innego z nich. Poszkodowany w konkretnym przypadku równie dobrze mógłby się znaleźć na miejscu sprawcy uszczerbku. Wyłączenie możliwości występowania z roszczeniami odszkodowawczymi nie rozciąga się jednak na takie sytuacje, w których sprawca ten dopuścił się naruszenia reguł danej gry. W literaturze przedmiotu podnosi się, że odpowiedzialność cywilna powinna tu wchodzić w grę nie przy każdym nieznacznym wykroczeniu przeciwko regułom gry, lecz jedynie przy uchybieniach o poważniejszym charakterze⁴³⁰.

2.5.5. Inne okoliczności usprawiedliwiające

W doktrynie oraz w orzecznictwie wskazuje się także niekiedy na inne jeszcze poza wskazanymi powyżej okoliczności usprawiedliwiające, które prowadzą do wyłączenia bezprawności zachowania. Przede wszystkim wymienia się tutaj własne prawo sprawcy szkody do działania, działanie na podstawie przepisów łowiecko-policyjnych⁴³¹ czy prawa ochrony przyrody⁴³², jak również wynikające z przepisów prawa publicznego prawo do ingerencji wynikające z władztwa państwowego przysługujące np. policji, choć w tym ostatnim przypadku stawia się pytania o dopuszczalny zakres takich władczych działań⁴³³. Nadto wymienia się także strzeżenie uzasadnionych interesów (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*)⁴³⁴ oraz działania podejmowane w przypadku istnienia po drugiej stronie obowiązku znoszenia (*Duldungspflicht*)⁴³⁵. Niekiedy wymienia się tu jeszcze dwie dalsze okoliczności. Pierwszą z nich stanowi prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia odpowiadające w znacznej mierze woli tego, kogo sprawa jest prowadzona. Usprawiedliwienia dla działań podejmowanych przez prowadzącego cudzą sprawę upatruje się w § 683 BGB, choć co prawda unormowanie to nic odnośnie do tego jednoznacznie nie stanowi, niemniej jednak uznaje się, że wynika to z jego sensu. Ustawodawca apro-

⁴³⁰ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 374.

⁴³¹ Stgt NJW-RR 86, 1415.

⁴³² BGH 120, 239.

⁴³³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 373. Przy tym przyjmuje się, że powołanie się na akty administracyjne władzy może być podnoszone tylko w ramach procedury sądowoadministracyjnej zgodnie z VwGO (H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 952).

⁴³⁴ Względnie reprezentowanie własnych interesów, rzeczywiste lub domniemane, zgodnie z § 193 BGB (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 363).

⁴³⁵ Zgodnie z § 906 i § 1004 II (BGH MDR 92, 482).

buje tu bowiem postępowanie prowadzącego cudze sprawy, kiedy on w dużym stopniu działa na podstawie zlecenia. Stąd też wskazuje się, że między innymi usprawiedliwione będzie działanie lekarza, który w stosunku do nieprzytomnego pacjenta podejmie konieczne leczenie, które nie może być odłożone w czasie i że w takich warunkach nie można mówić o bezprawności jego działania⁴³⁶. Drugą natomiast ze wspomnianych powyżej okoliczności jest rozpoczęcie ustawowej procedury wymiaru sprawiedliwości (*Einleitung eines gesetzlichen Verfahrens der Rechtspflege*). W jej ramach wywodzi się, że nie działa bezprawnie ten, kto uczciwie i w dobrej wierze, bez podnoszenia świadomie lub lekkomyślnie nieprawdziwych twierdzeń, działa w obrębie tej procedury jako formalny uczestnik, nawet kiedy jej zastosowanie okaże się być nieusprawiedliwione. Uzasadnia się to m. in. tym, że zainteresowany uczestnik postępowania może sam bronić się przed bezprawnymi naruszeniami jego dóbr i interesów⁴³⁷.

3. Zdolność do zawinienia (*Verschuldensfähigkeit*)

Dla przyjęcia odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 823 ust. 1 BGB nie wystarczy jedynie to, żeby zachowanie naruszające któreś ze wspomnianych powyżej dóbr lub praw miało charakter bezprawny. Konieczne jest bowiem, by było ono także zawinione. Dla przypisania winy niezbędne jest, aby podmiot, który dopuścił się takiego naruszenia, był zdolny do zawinienia, a więc by wina w ogóle mogła być mu przypisana. Zgodnie z niemieckim kodeksem cywilnym możliwość przypisania winy może być wyłączona ze względu na stan psychiki sprawcy deliktu (§ 827 BGB) lub jego niski wiek (§ 828 BGB).

Jeśli chodzi o pierwszy z tych przypadków, to wskazać należy, że zgodnie z § 827 BGB osoba, która wyrządza szkodę innemu będąc w stanie nieprzytomności (nieświadomości) lub chorobowego zakłócenia psychiki, wyłączającego swobodne kierowanie wolą, nie ponosi odpowiedzialności za szkodę. Jeżeli jednak osoba ta sama wprowadziła się w tymczasowy stan tego rodzaju przez spożywanie alkoholu lub w inny podobny sposób, to jest ona wtedy odpowiedzialna za każdą szkodę, którą bezprawnie spowodowała będąc w tym stanie, w taki sam sposób jak gdyby można jej było przypis-

⁴³⁶ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 372.

⁴³⁷ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 952. Inaczej już jednak przedstawia się sytuacja w odniesieniu do naruszenia dóbr prawnych osoby trzeciej nieuczestniczącej w postępowaniu (BGH 118, 201). W przeciwieństwie do powyższego bezprawne jest też umyślne wyrządzenie szkody na skutek prowadzenia postępowania przy zastosowaniu nieuczciwych środków (BGH NJW 85, 1959).

sać niedbalstwo; odpowiedzialność ta nie powstanie jednak, jeżeli osoba ta została wprowadzona w ten stan bez swojej winy. W doktrynie wskazuje się, że ten ostatni przypadek może wchodzić w grę zupełnie wyjątkowo, np. w razie niemożliwego do przewidzenia współoddziaływania alkoholu i leków⁴³⁸.

Natomiast zdywersyfikowanie zdolności deliktowej z uwagi na wiek wprowadza § 828 BGB. Zgodnie z jego ust. 1 ten, kto nie ukończył siódmego roku życia, nie odpowiada za szkodę wyrządzoną drugiemu. Z ogólnego sformułowania tego unormowania wyciąga się wniosek, że dzieci, które nie ukończyły jeszcze siedmiu lat nie tylko, że nie ponoszą odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w sposób zawiniony, umyślnie lub też nieumyślnie, ale także wykluczone jest uznanie ich za współwinnych, jak również działających na własne ryzyko⁴³⁹. Jeżeli chodzi natomiast o osoby mające ukończone siedem lat, ale nieukończone lat dziesięć, to w myśl ust. 2 wspomnianego paragrafu nie ponoszą one odpowiedzialności za szkody wyrządzone innym w wyniku wypadku z pojazdem samochodowym, kolejną szynową lub linową, chyba że dopuściły się one naruszenia umyślnie. Potrzebę wprowadzenia regulacji zawartej we wskazanym ust. 2, obowiązującym od 1.08.2002 r., uzasadnia się niemożliwością przewidzenia przez dzieci w tym wieku niebezpieczeństw związanych ze współczesnym ruchem komunikacyjnym⁴⁴⁰. Ta argumentacja nie dotyczy szkód wyrządzonych na skutek działań umyślnych podejmowanych przez osoby w tym wieku, jak np. rzucanie kamieniami w przejeżdżające pojazdy. Jeżeli jednak dane zachowanie było nieumyślne i doprowadziło np. do wypadku samochodowego, w którym poszkodowany został kierowca pojazdu, to dziecko takie nie ponosi względem niego odpowiedzialności deliktowej, a jeżeli samo ponieść jakiś uszczerbek, to nie można mu zarzucić przyczynienia się w sposób zawiniony do jego powstania na podstawie § 254 BGB⁴⁴¹.

Pozostałe kwestie związane ze zdolnością deliktową małoletnich reguluje z kolei § 828 ust. 3 BGB, który stanowi, że ten, kto nie ukończył jeszcze osiemnastego roku życia, a jego odpowiedzialność nie jest wyłączona na podstawie ust. 1 lub ust. 2 tego paragrafu, nie odpowiada za szkodę wyrządzoną drugiemu, jeżeli popełniając czyn, który spowodował szkodę, nie miał on rozeznania potrzebnego do przypisania odpo-

⁴³⁸ D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 154.

⁴³⁹ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 241.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, s. 242-243; V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 258; D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 154; J. Fedtke, *The Reform...*, s. 497.

⁴⁴¹ D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 154; J. Fedtke, *The Reform...*, s. 496.

wiedzialności. Nie ma tu zatem jakiejś sztywnej reguły pozwalającej na aprioryczne określenie, czy dana osoba będzie ponosiła odpowiedzialność czy też nie. Każdy przypadek rozważany jest indywidualnie. Najistotniejszymi czynnikami brany tutaj pod uwagę przez sądy są: stopień dojrzałości sprawcy szkody oraz rodzaj działania, które do powstania tej szkody doprowadziło⁴⁴². Co istotne, z brzmienia § 828 ust. 3 BGB (tj. ze sformułowania go przez ustawodawcę w sposób negatywny), wyprowadza się wniosek, że ciężar dowodu co do braku zdolności rozeznania znaczenia czynu spoczywa na małoletnim sprawcy szkody⁴⁴³.

4. Odpowiedzialność na zasadzie słuszności

W wyjątkowych przypadkach, mimo że po stronie sprawcy szkody występuje z powyżej wskazanych przyczyn brak zdolności do zawinienia, może on jednak ponosić odpowiedzialność deliktową. Możliwość taką przewiduje bowiem § 829 BGB. Zgodnie z nim osoba, która w którychkolwiek z okoliczności wskazanych w § 823 - § 826 BGB⁴⁴⁴ z tytułu § 827 BGB lub § 828 BGB nie ponosi odpowiedzialności za żadną spowodowaną przez siebie szkodę, musi pomimo to w takim zakresie, w jakim odszkodowanie nie może być uzyskane od osoby trzeciej obowiązanej do nadzoru nad nią, naprawić szkodę tak dalece, jak na to wskazują okoliczności, w szczególności porównanie sytuacji stron, jeżeli słuszność wymaga naprawienia szkody i nie będzie ona wskutek zapłacenia odszkodowania pozbawiona środków, których potrzebuje dla swojego utrzymania zgodnie z jej pozycją życiową oraz do wypełnienia ciężących na niej ustawowych obowiązków zapewnienia utrzymania innym.

Wskazany sprawca szkody będzie tu zatem ponosił odpowiedzialność wówczas, gdy odszkodowanie nie może zostać uzyskane od osób, które miały sprawować nad nim nadzór. Ten brak możliwości otrzymania od tych osób odszkodowania może wynikać zarówno z przyczyn prawnych, jak i faktycznych, a więc także z uwagi na ich

⁴⁴² D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 154-155.

⁴⁴³ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 242.

⁴⁴⁴ Choć w literaturze przedmiotu wskazuje się, że w praktyce przepis ten stosuje się nie tylko odnośnie do przypadków odpowiedzialności z § 823 BGB - § 826 BGB, lecz także z § 831 BGB (Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 103, z powołaniem się na orzecznictwo sądów niemieckich, w tym: RG JW. 1915, 580; RG JW. 1917, 38, 39; OLG Hamm VersR 1977, 531, 532).

niewypłacalność⁴⁴⁵. Dlatego też wskazuje się, że odpowiedzialność sprawcy szkody na podstawie § 829 BGB ma charakter subsydiarny w stosunku do obowiązku naprawienia szkody ciążącego na zobowiązanym do nadzoru zgodnie z § 832 BGB⁴⁴⁶.

Ponadto należy przy tym podkreślić, że zastosowanie § 829 BGB wchodzi w grę jedynie w takich przypadkach, w których normalne roszczenie skierowane przeciwko sprawcy szkody dotyczące jego odpowiedzialności cywilnej nie powiodłoby się tylko i wyłącznie z powodu braku możliwości przypisania mu winy. Inaczej rzecz ujmując, muszą być tu spełnione wszystkie pozostałe przesłanki odpowiedzialności. Obowiązek naprawienia szkody na podstawie wskazanego unormowania nie będzie zatem mógł być nałożony, kiedy np. w ogóle brak jest czynu lub gdy zachowanie sprawcy szkody nie było bezprawne.

Nałożenie odpowiedzialności musi być poza tym uzasadnione względami słuszności. Wskazuje się tu na potrzebę uwzględnienia okoliczności poszczególnego przypadku, w tym przede wszystkim sytuacji majątkowej stron, a także ich stosunków i pozycji społecznej, rodzaju i powagi naruszenia oraz posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (*Haftpflichtversicherung*)⁴⁴⁷.

Z reguły określenie znaczenia omawianego unormowania w systematyce prawa deliktowego nie nastręcza większych trudności. Kwalifikuje się je jako przypadek odpowiedzialności cywilnej opartej na zasadzie słuszności (*Billigkeitshaftung*). Należy jednak zauważyć, że w literaturze przedmiotu pojawia się także pogląd, w myśl którego chodzi tu o absolutną odpowiedzialność cywilną za własną osobę, którą ustanowił ustawodawca po stanięciu przed wyborem pozostawienia ciężaru szkody przy niewinnej ofercie bądź nałożenia obowiązku jej skompensowania na sprawcę, w sytuacji, gdy nie będzie to prowadziło do ruiny finansowej tego ostatniego i konieczności korzystania przez niego z pomocy opieki społecznej⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 562.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, s. 596; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 109.

⁴⁴⁷ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 103-104; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 563. Ci ostatni autorzy wskazują, że fakt posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ma znaczenie dla istnienia, a w każdym razie dla rozmiarów odszkodowania przyznawanego na podstawie § 829 BGB. Chodzi tu o wszelkie przypadki, w których wynika to z ustawowego obowiązku jego posiadania, a być może także wtedy, gdy jest to ubezpieczenie dobrowolne.

⁴⁴⁸ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 564 z powołaniem się na orzeczenie: BGH NJW 1984, 1958.

5. Wina

BGB nie definiuje pojęcia winy. Terminologia stosowana w obrębie kodeksu wskazuje jednak wyraźnie, że jest to pojęcie nadrzędne w stosunku do form winy przybierających postać umyślności (*Vorsatz*) i nieumyślności (*Fahrlässigkeit*). Dane zachowanie może być przy tym sensownie poddawane ocenie co do tego, czy było ono zawinione czy też nie, dopiero wówczas, gdy uprzednio zostanie ustalone, że było ono bezprawne⁴⁴⁹. Następnie konieczne jest też ustalenie możliwości przypisania winy danemu sprawcy (*Zurechnungsfähigkeit*).

Brak definicji legalnej pojęcia winy sprzyja aktywności doktryny na tym polu. Za zawinione uważa się w literaturze przedmiotu zachowanie, które jest obiektywnie bezprawne i subiektywnie zarzucalne⁴⁵⁰.

Przy definiowaniu umyślności szczególny nacisk kładziony jest zazwyczaj na element wiedzy i woli. Oba one muszą wystąpić łącznie. Co do bliższych określeń ujęcia funkcjonujące w doktrynie różnią się nieco od siebie. Raz wskazuje się bowiem, że poprzez działanie umyślne rozumie się wolę urzeczywistnienia naruszenia przesłanek czynu niedozwolonego przy posiadaniu wiedzy co do wszystkich jego obiektywnych okoliczności oraz odnośnie do jego bezprawności⁴⁵¹. Wystarczające ma być przy tym jednak, że sprawca deliktu na możliwy skutek godził się (akceptował go) lub lub się z nim liczył, także wtedy, kiedy jego wystąpienia nie pragnął (zgodnie z teorią zgody lub teorią aprobaty – *Einwilligungs- oder Billigungstheorie*)⁴⁵². Kiedy indziej znów podnosi się, że umyślność zachodzi wtedy, gdy u sprawcy wystąpiła wiedza i wola wyrządzenia bezprawnych skutków, a więc wówczas, kiedy przewidywał wystąpienie bezprawnego skutku i go w swojej woli przyjmował⁴⁵³. Także i tu wskazuje się, że nie jest wymagane, aby sprawca deliktu pragnął tego skutku lub go planował czy zamierzał⁴⁵⁴. W reżimie odpowiedzialności deliktowej z reguły zamiar nie musi rozciągać się na wystąpienie szkody, wystarczy, że po stronie sprawcy wystąpi wiedza i wola naruszenia chronionego

⁴⁴⁹ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 351; D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 153.

⁴⁵⁰ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 331.

⁴⁵¹ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 249. Podobnie D. Medicus, który podnosi, że umyślność zachodzi w razie wystąpienia wiedzy i woli odnośnie do okoliczności odpowiadających ustawowemu przesłankom deliktu (D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 155).

⁴⁵² R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 249.

⁴⁵³ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 331; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 338.

⁴⁵⁴ RG 57, 241. Także motywy jego działania nie mają tu znaczenia.

prawa lub dobra prawnego (§ 823 ust. 1 BGB), wiedza i wola naruszenia ustawy ochronnej (§ 823 ust. 2 BGB) czy też wiedza i wola naruszenia obowiązku urzędowego (§ 39 BGB). Od tej reguły istnieją jednak pewne odstępstwa, przede wszystkim na tle § 26 BGB, gdzie wymaga się, aby zamiar rozciągał się na skutek zachowania w postaci szkody. Nadto generalnie według dominującego w prawie cywilnym poglądu dla przypisania umyślności konieczne jest także zaistnienie po stronie sprawcy świadomości bezprawności (*das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit*)⁴⁵⁵. Tu znów jednak wyjątek czyni § 826 BGB, na gruncie którego nie wymaga się żadnej świadomości bezprawności, lecz jedynie znajomości okoliczności przesądzających o sprzeczności zachowania z dobrymi obyczajami⁴⁵⁶.

Umyślność jest wyłączona zarówno w przypadku wystąpienia błędu co do okoliczności faktycznych, jak i błędu co do prawa⁴⁵⁷. Oczywiście ciężar udowodnienia takiego błędu spoczywa na tym, kto się na niego powołuje⁴⁵⁸. Wyłączenie umyślności powoduje także niepoczytalność, nawet jeśli wystąpiła ona w wyniku spożycia alkoholu⁴⁵⁹. Skutku takiego nie wyprowadza się już jednak z ograniczonej poczytalności⁴⁶⁰.

W doktrynie prawa cywilnego, podobnie jak w prawie karnym, wyróżnia się dwie formy zamiaru, mianowicie zamiar bezpośredni (*dolus directus*) i ewentualny (*dolus eventualis*)⁴⁶¹, określane także mianem zamiaru bezwarunkowego (*unbedingt*) oraz warunkowego (*bedingt*)⁴⁶². Ten pierwszy występuje wówczas, gdy działający chce wystąpienia określonego bezprawnego skutku i podejmuje czynności zmierzające do jego osiągnięcia, natomiast o tym drugim można mówić wtedy, kiedy działający bierze pod uwagę jako możliwe pojawienie się bezprawnych skutków swego zachowania i ryzykuje ich wystąpienie⁴⁶³. Rozróżnienie tych dwóch postaci zamiaru nie odgrywa jednak właściwie żadnej roli na gruncie prawa cywilnego, gdzie w każdym wypadku, w którym dla przypisania odpowiedzialności wymaga się działania umyślnego, wystarczy wystąpie-

⁴⁵⁵ BGH 69, 149; BGH 118, 208; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht*, München 1999, s. 338.

⁴⁵⁶ BGH NJW 51, 597.

⁴⁵⁷ RG 72, 6; RG 84, 194; RG 119, 267.

⁴⁵⁸ BGH 69, 143; Düss LM 95, 1496.

⁴⁵⁹ BGH NJW 68, 1132.

⁴⁶⁰ BGH VersR 67, 126.

⁴⁶¹ D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*..., s. 155.

⁴⁶² H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch*..., s. 332.

⁴⁶³ BGH 7, 313; BGH NJW 84, 801; BGH NJW 8, 6, 180, 182; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law*..., s. 84.

nie którejkolwiek z form zamiaru, a więc także tylko zamiaru ewentualnego⁴⁶⁴. Stąd też ich rozróżnianie może mieć właściwie znaczenie jedynie jako narzędzie pomagające oddzielać przypadki działania umyślnego z zamiarem ewentualnym od zachowania podejmowanego przy świadomej nieumyślności.

Natomiast przy definiowaniu pojęcia nieumyślności (*Fahrlässigkeit*) za miarodajne uznaje się uregulowanie § 276 ust. 1 zd. 2 BGB. O nieumyślności może więc być mowa w przypadku nieprzestrzegania w zachowaniu wymaganej staranności (*Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*). Nieumyślność zakłada przy tym możliwość przewidzenia (*Voraussehbarkeit*) i możliwość uniknięcia (*Vermeidbarkeit*) bezprawnych skutków⁴⁶⁵. Za wystarczające uznaje się przy tym istnienie ogólnej możliwości przewidzenia szkodliwych następstw danego zachowania, nie jest natomiast konieczne, aby był przewidywalny konkretny szczegółowy przebieg procesu prowadzącego do wyrządzenia szkody⁴⁶⁶. Nie jest także wymagane podejmowanie środków zaradczych przeciwko wszystkim abstrakcyjnie wyobrażalnym możliwościom wyrządzenia szkody, lecz raczej przyjmuje się celowość przeciwdziałania tym z nich, które nie są zbyt odległe⁴⁶⁷. Wówczas jednak podjęcie środków zaradczych jest konieczne, choćby miało się to wiązać z niedogodnościami, stratą czasu lub nakładami finansowymi⁴⁶⁸.

Błąd sprawcy szkody co do okoliczności faktycznych wyłącza nieumyślność tylko wtedy, gdy był on nieunikniony. W przypadku błędu co do prawa wyłączenie to może występować jedynie w szczególnych, wyjątkowych przypadkach⁴⁶⁹.

Wyróżniane są dwie formy nieumyślności, a mianowicie świadoma (*bewußte Fahrlässigkeit*) i nieświadoma (*unbewußte Fahrlässigkeit*). Ta pierwsza zachodzi wtedy, gdy działający liczy się z możliwością wystąpienia szkodliwych skutków, lecz mimo to postępuje nieostrożnie, mając nadzieję na to, że szkody nie wystąpią⁴⁷⁰. Natomiast druga z nich przejawia się w tym, że działający nie rozpoznaje możliwości wystąpienia szkodliwych następstw swojego postępowania, mógłby jednak przy należytej staranności je przewidzieć i zapobiec ich pojawieniu się.

⁴⁶⁴ D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 155.

⁴⁶⁵ BGH 39, 285.

⁴⁶⁶ BGH 57, 33; BGH NJW-RR 93, 346; Düss NJW-RR 95, 1482.

⁴⁶⁷ BGH VersR 75, 812.

⁴⁶⁸ BGH NJW 53, 258.

⁴⁶⁹ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 333.

⁴⁷⁰ BGH NJW 71, 460; BGH NJW-RR 98, 34; BAG VersR 71, 528.

W literaturze przedmiotu pojawia się także koncepcja, w myśl której należałoby oddzielać od siebie nawzajem staranność zewnętrzną i wewnętrzną (*äußere und innere Sorgfalt*)⁴⁷¹, niemniej jednak nie spotkała się ona z szerszym uznaniem i nie znajduje przełożenia na praktykę. Wystarczy zatem ogólnie wskazać, że zewnętrznych przejawów niedbalstwa upatruje się w jej ramach w zachowaniu znacząco odbiegającym od wymaganego standardu, natomiast przez niedbalstwo w znaczeniu wewnętrznym rozumie się sytuację, w której sprawca szkody przejawia brak koncentracji, dopuszcza do swojego roztargnienia lub braku ostrożności, tak, że nie zdobywa koniecznych w wymaganym od niego zakresie informacji, w tym zaniedbuje aktualne uzupełnianie swojej wiedzy. W doktrynie zauważa się jednak, że w istocie pierwsze z tych pojęć, a więc niedbalstwo zewnętrzne, jest w niemieckiej cywilistyce kwalifikowane jako składowa pojęcia bezprawności, natomiast drugie, określane jako niedbalstwo wewnętrzne, jest jedną z postaci winy⁴⁷².

W doktrynie rozróżnia się niekiedy także różne stopnie niedbalstwa. Wśród nich trzeba wskazać przede wszystkim na grube niedbalstwo (*grobe Fährlassigkeit*), zachodzące wówczas, gdy staranność wymagana w zachowaniu doznaje naruszenia w szczególnie poważnym stopniu⁴⁷³, oraz na niedbalstwo proste, inaczej określane mianem lekkiego lub zwykłego (*einfache, leichte, gewöhnliche*), które definiuje się zazwyczaj w sposób negatywny, a więc jako przypadek nieumyślności niewykazujący cech znamienych dla grubego niedbalstwa. Nadto wyróżniano też czasami najlżejszą (*leichteste*) postać niedbalstwa, choć miało to miejsce głównie na gruncie prawa pracy i od czego się jednak w ostatnim czasie odchodzi⁴⁷⁴. Pojawiają się za to próby przeprowadzenia dyferencjacji pomiędzy niedbalstwem grubym a szczególnie grubym (*besonders grober*)⁴⁷⁵. Jak się jednak wydaje, rozróżnianie tylu postaci niedbalstwa nie znajduje podstaw na gruncie regulacji prawa deliktowego, albowiem w przepisach tych w zakresie zawinienia pojawiają się jedynie pojęcia umyślności i nieumyślności (niedbalstwa), w tym to ostatnie jest zawsze powoły-

⁴⁷¹ M.E. Fabarius, *Äußere und innere Sorgfalt*, Herausgegeben von Professoren d. Fachbereichs Rechtswissenschaften d. Universität Osnabrück 1991, s. 61-76 i s. 89-102.

⁴⁷² Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 255-256.

⁴⁷³ W orzecznictwie podkreśla się przy tym, że obok elementu obiektywnego przy kwalifikowaniu przypadku niedbalstwa jako grubego powinny być brane pod uwagę także komponenty subiektywne, to znaczy, czy w danym przypadku sprawcy może być postawiony szczególnie ciężki zarzut (BGH VersR 1985, 730, 731).

⁴⁷⁴ D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 160.

⁴⁷⁵ BAG VersR 98, 895.

wane ogólnie, bez żadnych towarzyszących mu dookreśleń. Stąd też na gruncie odpowiedzialności deliktowej zasadne wydaje się być mówienie jedynie o niedbalstwie w ogóle, a więc o niedochowaniu należytej staranności. W literaturze przedmiotu podnosi się przy tym, że na tle § 276 ust. 1 zd. 2 BGB nie chodzi o zwykłą staranność, lecz o surowsze od niej kryterium oceny w postaci staranności należytej⁴⁷⁶.

W prawie cywilnym, odmiennie niż w prawie karnym, przy ocenie winy nieumyślnej nie bierze się pod uwagę elementów zindywidualizowanych. Stosowane kryterium staranności ma charakter obiektywny (*objektiver Sorgfaltmaßstab*)⁴⁷⁷. Jego przyjęcie na gruncie prawa deliktowego uzasadnia się przede wszystkim ideą ochrony zaufania, której upatruje się w tym, że w obrocie prawnym zasadniczo każdy musi móc polegać na tym, że inni posiadają wymagane do wypełnienia ich obowiązków zdolności i wiedzę⁴⁷⁸. Dlatego też sprawca szkody nie będzie mógł się zwolnić z odpowiedzialności przez wykazanie, że brakowało mu wiedzy fachowej, mocy intelektu, zręczności czy sił fizycznych⁴⁷⁹. Niemniej jednak zauważyć należy, że kryterium staranności zostało przez ustawodawcę opisane w sposób blankietowy, a zatem wymaga odpowiedniego skonkretyzowania. Czyni się to zazwyczaj poprzez przyjmowanie, że chodzi tu o taką przezorność i staranność, jakiej można oczekiwać od przeciętnego, rozsądnego i sumiennego przedstawiciela grupy, do jakiej należy sprawca, który znalazłby się w takiej samej sytuacji jak on⁴⁸⁰. W związku z tym najczęściej tworzy się wzorce należytej staranności wymagane w obrębie poszczególnych grup zawodowych, czy nawet szerszej,

⁴⁷⁶ D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 156.

⁴⁷⁷ BGH 39, 283; BGH 80, 193; BGH NJW 80, 2465; BGH NJW 88, 909; BGH NJW-RR 96, 980; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 249; D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 156-157; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 85.

⁴⁷⁸ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 332.

⁴⁷⁹ Dla przykładu można wskazać, że w orzecznictwie uznano, że sprawcy nie zwalnia od obowiązku odszkodowawczego powołanie się na m. in.: wadę wzroku przez kierowcę pojazdu mechanicznego (BGH JZ 68, 103), jego niewystarczające wykształcenie lub doświadczenie (BGH VersR 58, 268; BGH VersR 68, 395; BGH VersR 1995, 427, 428), czy też na przemęczenie i zdenerwowanie (BGH VersR 53, 338) lub niedostateczne wykształcenie (BGH NJW 2003, 2311, 2313) przez operującego lekarza, psychiczne pobudzenie przez notariusza (BGH 17, 72) lub brak wiedzy fachowej przez burmistrza małej gminy (RG 152, 140).

Co ciekawe, stosowanie obiektywnego kryterium oceny staranności nie stoi według judykatury na przeszkodzie temu, by jako element obciążający sprawcę szkody traktować jego szczególną wiedzę i zdolności (BGH VersR 64, 831; BGH VersR 67, 777; BGH VersR 68, 1059), jak przykładowo bardzo dobrą znajomość okolicy (BGH VersR 58, 94; BGH VersR 71, 667; Ffm VersR 75, 381).

⁴⁸⁰ BGH NJW 72, 151; Köln NJW-RR 90, 793; BGH NJW 2002, 2232; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 249.

według obszaru działalności, w jakim funkcjonował sprawca szkody. Miarodajne jest tu więc to, co zrobiłby w danej sytuacji przyzwoity handlowiec⁴⁸¹, inwestor⁴⁸², lekarz specjalista⁴⁸³, uczeń w określonym zawodzie⁴⁸⁴ czy też gospodyni domowa⁴⁸⁵. W tym znaczeniu wyodrębnia się również jako odrębne grupy osoby o bardzo niskim lub zaawansowanym wieku, a także niepełnosprawnych, przyjmując, że specyfika osób należących do tych kategorii stanowi czynnik, który powinien wpływać na stosowane do nich kryterium staranności⁴⁸⁶. Dla określenia wymaganej miary staranności bierze się poza tym pod uwagę takie kwestie, jak typ działalności i rozmiary związanego z nią niebezpieczeństwa⁴⁸⁷, szczególne położenie, w jakim znalazł się sprawca szkody czy też nawet elementy ekonomicznej analizy prawa poprzez prowadzenie analizy korzyści i kosztów (*eine Nutzen – Kosten – Analyse*)⁴⁸⁸. Za zasadne uznaje się także dookreślanie blankietowego ujęcia nieumyślności z § 276 ust. 1 zd. 2 BGB poprzez odwołanie się np. do przepisów prawa (np. StVO), przepisów dotyczących zapobiegania wypadkom⁴⁸⁹, norm technicznych⁴⁹⁰, norm DIN, czyli Niemieckiej Normy Przemysłowej⁴⁹¹, czy nawet reguł sportowych⁴⁹² bądź wytycznych stowarzyszenia nadrzędnego banku⁴⁹³.

⁴⁸¹ HGB 347, 408.

⁴⁸² BGH NJW 94, 2233.

⁴⁸³ BGH 113, 304.

⁴⁸⁴ BGH NJW 79, 864.

⁴⁸⁵ Düss NJW 75, 171.

⁴⁸⁶ Tak D. Medicus (tenże, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil...*, s. 158). Niektórzy autorzy wskazują w tym kontekście tylko na grupę osób starszych i niepełnosprawnych (H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 333), inni zaliczają tu jedynie kryterium wieku (R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 249).

⁴⁸⁷ RG 147, 356; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 85.

⁴⁸⁸ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 333; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 85.

⁴⁸⁹ BGH NJW 57, 499.

⁴⁹⁰ Hamm OLGZ 90, 119. Choć trzeba też zauważyć, że nie zawsze przestrzeganie norm obowiązujących w danym zakresie, np. co do dopuszczalnej emisji zanieczyszczeń, przesądzać będzie o braku możliwości przypisania nieumyślności (Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 315; BGHZ 92, 143).

⁴⁹¹ BGH 103, 341.

⁴⁹² BGH 58, 40.

⁴⁹³ Köln NJW 90, 2262.

Należy podkreślić, że znacząca część doktryny przeciwstawia się rozważaniu elementu staranności wymaganej w zachowaniu w aspekcie oceny czyjegoś postępowania pod kątem jego bezprawności, jak ma to miejsce na gruncie teorii bezprawności zachowania, lecz wskazuje, że właściwym miejscem dla prowadzenia rozważań w tej materii jest moment oceny zachowania co do możliwości zarzucenia sprawcy szkody winy w postaci nieumyślności. Podkreśla się tu bowiem, że nieumyślność nie jest żadnym elementem bezprawności, lecz formą winy (*Schuldform*)⁴⁹⁴. Wskazywane tu jednak kryteria oceny zachowania, zwłaszcza w zakresie miary staranności, jaka powinna być w danym przypadku przestrzegana, czynników, jakie należy brać pod uwagę przy jej określaniu oraz tworzeniu grup, np. według wykonywanego zawodu, od członków których wymaga się analogicznego poziomu dbałości w podejmowanych przez nich działaniach, są właściwie takie same, jakie podają autorzy drugiego wspomnianego stanowiska. W związku z tym, aby nie powtarzać tej warstwy rozważań, należy w tym miejscu odesłać do uwag w tym przedmiocie poczynionych już powyżej przy okazji omawiania teorii bezprawności zachowania.

III. Klauzula generalna zawinionego naruszenia ustawy ochronnej

Drugie z unormowań uznawanych za jedną z trzech kodeksowych klauzul generalnych zawiera § 823 ust. 2 BGB. Na jego podstawie osoba, która narusza przepisy ustawowe mające na celu ochronę innych, obowiązana jest do naprawienia tym podmiotom wszelkich wynikających z tego szkód. Jeżeli zgodnie z treścią ustawy dokonanie takiego naruszenia jest możliwe nawet bez winy po stronie podmiotu naruszającego, to obowiązek naprawienia szkody na gruncie wskazanego przepisu kodeksowego powstanie tylko wówczas, gdy sprawcy deliktu może być przypisana wina.

Odpowiedzialność deliktowa obejmuje więc tutaj przypadki wyrządzenia przez określony podmiot szkody na skutek naruszenia unormowań ustawowych o charakterze ochronnym (*Schutzgesetz*). Zakres tych ostatnich unormowań, których naruszenie traktowane jest jako prawnie relewantne na gruncie § 823 ust. 2 BGB, ujmowany jest stosunkowo szeroko. Wynika to z tego, że w myśl art. 2 EGBGB wchodzi tu w grę wszelkie materialne normy prawne. Stąd też przyjmuje się, że chodzi tu nie tylko o ustawy w sensie formalnym, uchwalone zgodnie z procedurą ustawodawczą przez parlament (*Parlamentsgesetze*), ale także rozporządzenia (*Rechtsverordnungen*) i statuty

⁴⁹⁴ H. Heinrichs [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 332.

(*Satzungen*), np. gminne (*Gemeindesatzungen*)⁴⁹⁵. Nie ma przy tym znaczenia, czy dany akt prawny został wydany na szczeblu federalnym, krajowym (landu) czy też komunalnym⁴⁹⁶. Co więcej, niektórzy autorzy zaliczają tu także prawo zwyczajowe (*das Gewohnheitsrecht*)⁴⁹⁷, jak również dopuszczają możliwość ukształtowania norm prawnych w rozumieniu art. 2 EGBGB w drodze rozwoju prawa (*Rechtsfortbildung*)⁴⁹⁸. Nadto należy podnieść, że za przepisy ochronne w rozumieniu § 823 ust. 2 BGB uważane są nie tylko poszczególne unormowania z zakresu prawa cywilnego, ale także m. in. uregulowania konstytucyjne, inne normy prawa publicznego, jak również niektóre przepisy prawa handlowego, prawa pracy, ustawy o ruchu drogowym czy procedury cywilnej, a przede wszystkim - w szerokim zakresie unormowania prawnokarne⁴⁹⁹. Dużą rolę w kwalifikowaniu określonych przepisów jako mających charakter ochronny lub w odmawianiu im tego przymiotu odgrywa praktyka orzecznicza⁵⁰⁰.

Odpowiedzialność odszkodowawcza będzie tu nakładana wówczas, gdy naruszenie określonego unormowania ochronnego będzie miało charakter bezprawny i zawniony. Bezprawność odnosi się tu nie do naruszenia określonych dóbr lub interesów jak w przypadku § 823 ust. 1 BGB, lecz unormowania ochronnego. W literaturze przedmiotu podkreśla się przy tym z dużym naciskiem, że ocena danego zachowania jako bezprawnego powinna być dokonywana w kontekście naruszenia określonego unormowania, to znaczy, że o bezprawności przesądzać będzie już sam fakt działania wbrew danemu uregulowaniu ochronnemu. Nie bierze się tu natomiast pod uwagę konsekwencji tego naruszenia w postaci powstałej szkody w tym sensie, że co prawda dopiero wystąpienie szkody wskutek wspomnianego zachowania uzasadnia nałożenie obowiązku jej naprawienia, jednak to wyrządzenie szkody nie jest już poddawane ocenie pod kątem tego, czy może być ono uznane za bezprawne czy też nie. Odpowie-

⁴⁹⁵ V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht...*, s. 301; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 255.

⁴⁹⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 255; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 885.

⁴⁹⁷ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 255; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 433.

⁴⁹⁸ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 433.

⁴⁹⁹ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 256; V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht...*, s. 302-303.

⁵⁰⁰ Np. z przepisów niemieckiego kodeksu karnego za będące unormowaniami ochronnymi w myśl § 823 ust. 2 BGB uznaje się m. in. § 163 StGB (krzywoprzysięstwo), § 231 StGB (bójka), § 263 StGB (oszustwo) czy § 266 StGB (nadużycie zaufania), ale już nie § 267 StGB dotyczący fałszerstwa dokumentów (BGHZ 100, 13).

działność deliktowa na podstawie § 823 ust. 2 BGB będzie bowiem uzasadniona wówczas, gdy jako bezprawne ocenione zostanie naruszenie przez sprawcę deliktu poszczególnego unormowania ochronnego, a nie spowodowanie szkody⁵⁰¹.

Od razu należy jednak zastrzec, że nie każde zachowanie niezgodne z daną normą ochronną będzie oceniane jako bezprawne. Przyjmuje się tu bowiem dalej idące ograniczenia. Przede wszystkim bierze się pod uwagę to, czy celem ustanowienia danej normy przez prawodawcę było zagwarantowanie ochrony prawnej pojedynczym podmiotom lub określonym ich kategoriom⁵⁰². Jeżeli poszkodowany do nich by należał, to pozwany, który wskutek naruszenia tej normy prawnej wyrządziłby mu szkodę, powinien ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą. Dalsze obwarowanie stanowi tu nadto uzupełniająca powyższe reguła, w myśl której nałożenie na pozwanego obowiązku naprawienia szkody jest zasadne wówczas, gdy z „otoczenia” (*Umfeld*) danej normy kwalifikowanej jako ochronna wynika, że osiągnięcie celu jej ochrony powinno być realizowane też przez prywatnoprawne roszczenia o odszkodowanie⁵⁰³. Uznawanie jednak kryterium woli prawodawcy jako miarodajnego dla oceny bezprawności zachowania pozwanego spotyka się z krytyką w doktrynie. Ta ostatnia koncentruje się wokół problemów, jakie wiążą się z trudnościami w ustalaniu zamierzonego celu ochrony określonej normy. Wynikać mają one z tego, że w przypadku starszych aktów prawnych wola historycznego prawodawcy bywa w większości przypadków niemożliwa do odtworzenia, a nawet jeśli w danej sytuacji możliwość taka istnieje, to pojawiają się wątpliwości, czy może być ona traktowana także w chwili obecnej jako właściwa podstawa do dokonywania rozstrzygnięć. Z kolei przy nowszych unormowaniach, gdzie najczęściej opinie podmiotów biorących udział w procedurze ustawodawczej bywają diametralnie odmienne od siebie, budzi daleko idące wątpliwości to, którą z nich i dlaczego należałoby uznawać za miarodajną i rozstrzygającą⁵⁰⁴. Niemniej jednak odwoływanie się do zamierzeń prawodawcy jest powszechne w praktyce orzeczniczej i literaturze przedmiotu.

⁵⁰¹ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 885.

⁵⁰² BGHZ 103, 196, 199; BGHZ 125, 366, 373, 377; BGHZ 46, 17, 23; V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht...*, s. 301; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 580.

⁵⁰³ BGH NJW 1980, 1972; H. Schlosser, *Deliktischer Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. II BGB und eigenständiger Interessenschutz des Verkehrsopfers* – BGH NJW 1980, 1792, JuS 1982, 657.

⁵⁰⁴ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 402.

Ostatecznie więc, celem uzyskania precyzyjniejszych kryteriów oceny zachowania pozwanego pod kątem jego bezprawności, przyjmuje się, że odpowiedzialność deliktowa powinna wchodzić w grę wtedy, gdy zachowanie to mieściło się w zakresie ochrony naruszonej przez tego pozwanego normy. Zakres ten precyzuje się według trzech kategorii, które można określić mianem podmiotowej, przedmiotowej i funkcjonalnej. Jeśli chodzi o pierwszą z nich, to opiera się ona na założeniu, że poszczególne unormowania ochronne zakładają ograniczony podmiotowo zakres zapewnianej przez siebie ochrony. Powód musi zatem wykazać, że należy do klasy podmiotów, które ustawodawca chciał objąć zakresem ochrony danej normy naruszonej przez pozwanego i, co za tym idzie, przyznać im możliwość występowania z roszczeniami cywilnoprawnymi z tego tytułu. Dlatego też postępowanie pozwanego godzące w normę mającą na celu jedynie ochronę interesów ogółu, to jest społeczeństwa jako całości, względnie funkcjonowania państwa (jak np. zdrada stanu) nie stanowi podstawy do wywodzenia wspomnianych roszczeń, nawet wtedy, gdy pośrednio taka naruszona norma działa także na korzyść danej jednostki⁵⁰⁵. Nie można bowiem uznawać, że każda norma ustanowiona w celu ochrony interesu publicznego ma zarazem za zadanie stać na straży interesów poszczególnych członków danego społeczeństwa⁵⁰⁶. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, by móc w niektórych przypadkach przyjąć, że naruszona przez pozwanego regulacja obok ochrony ogółu ma równolegle na celu również zapewnienie określonej jednostce ochrony przed naruszeniem jej praw, dóbr prawnych czy prawnie chronionych interesów⁵⁰⁷. Poza tym, jak wskazano powyżej, zachowanie pozwanego może być zakwalifikowane jako bezprawne wówczas, kiedy mieści się także w przedmiotowym oraz funkcjonalnym zakresie ochrony naruszonej przez niego normy, a więc odpowiednio, gdy godzi w dobra lub interesy prawne, których ochrona stanowiła cel ochrony tej normy⁵⁰⁸, a przy tym szkoda,

⁵⁰⁵ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 255. W literaturze przedmiotu podkreśla się bowiem, że nie wystarcza tu wykazanie naruszenia ustawy ochronnej, której unormowanie ma na celu ochronę ogółu, choćby nawet skutkami refleksów tej ochrony objęta była określona jednostka (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 580).

⁵⁰⁶ M. in. w judykaturze uznano, że naruszenie spokoju publicznego (§ 125 StGB) nie stanowi zachowania, które byłoby skierowane przeciwko unormowaniu nastawionemu na ochronę indywidualną i wobec tego penalizujący je przepis kodeksu karnego nie ma charakteru prawa ochronnego w rozumieniu § 823 ust. 2 BGB (BGHZ 89, 383, 400).

⁵⁰⁷ BGHZ 12, 146, 148; BGHZ 116, 7, 13; BGH NJW-RR 2005, 247, 248; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 433; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 887.

⁵⁰⁸ V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht...*, s. 302.

która w wyniku jej naruszenia powstała była właśnie tą, której pojawieniu się to unormowanie ustawowe miało zapobiec⁵⁰⁹.

W przypadku stwierdzenia bezprawności danego zachowania należy następnie zbadać, czy było ono zawinione. O tym, czy do nałożenia odpowiedzialności wymagana jest umyślność zachowania sprawcy deliktu, czy też wystarczy, żeby postępował on nieumyślnie, przesądza treść unormowania ochronnego, które zostało w danym stanie faktycznym naruszone. Wystąpienie wymaganej tym unormowaniem postaci winy przesądza o możliwości zaistnienia odpowiedzialności deliktowej. Przykładowo jeżeli naruszona norma prawa karnego penalizuje jedynie umyślne wypełnienie przez sprawcę znamion czynu zabronionego, to obowiązek naprawienia szkody będzie mógł być nałożony na podstawie § 823 ust. 2 BGB tylko w razie stwierdzenia umyślności po stronie sprawcy deliktu. Natomiast w tych wszystkich sytuacjach, w których unormowania ochronne nie odnoszą się w ogóle w swej treści do kwestii umyślności czy też nieumyślności zachowania, a więc gdy mogą zostać naruszone mimo braku winy, o tym, czy w grę będzie mogła wchodzić odpowiedzialność deliktowa, przesądza § 823 ust. 2 zd. 2 BGB. Przepis ten wskazuje jednoznacznie, że w takim przypadku nałożenie obowiązku naprawienia szkody na gruncie omawianego unormowania kodeksowego jest możliwe tylko wtedy, gdy sprawcy może być przypisana wina. Wobec faktu, że ustawodawca ustanowił tu ogólnie wymóg zawinienia, nie wprowadzając żadnych ograniczeń co do postaci tej winy, przyjmuje się, że po stronie sprawcy nie musi zachodzić umyślność, lecz wystarczające jest, jeżeli może być mu zarzucona nieumyślność. Przy tym, w związku z poczynionymi uwagami, w literaturze przedmiotu podnosi się, że zawinienie to powinno się odnosić tylko do naruszenia ustawy ochronnej, a nie do spowodowanych przez to szkód⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 886 i s. 888; E. Deutsch, *Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung zum Haftungsrecht*, JZ 1990, 733; BGHZ 66, 388; BGHZ 19, 114, 125. Przykładowo można tu wskazać, że w orzecznictwie odrzucone zostało powództwo przeciwko władzom lokalnym wytoczone z powodu pojawienia się pęknięć w budynku, którego fundamenty nie były poddane właściwemu nadzorowi. Rozstrzygnięcie to uzasadnione zostało tym, że przepisy ustawowe nakładające na wspomniane władze obowiązek dokonywania inspekcji fundamentów mają na celu zapobieganie śmierci i zranieniom ludzi oraz szkodom w innych (niż budynek) rzeczach, które w rozpatrywanym przypadku nie powstały, a nie zabezpieczenie potencjalnych nabywców przed ryzykiem zapłacenia nadmiernie wygórowanej ceny za bezwartościowy budynek (BGHZ 39, 358).

⁵¹⁰ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 400; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 581; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 364; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 259; V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 302.

Z powyższego wynika, że odpowiedzialność deliktowa wynikająca z § 823 ust. 2 BGB jest oparta na zasadzie winy, tak jak w przypadku tej ustanowionej w § 823 ust. 1 BGB. Jednak w praktyce orzeczniczej wyłania się tu znacząca różnica w obrębie rozkładu ciężaru dowodu. O ile bowiem w przypadku ostatniego powołanego unormowania ciężar wykazania winy sprawcy deliktu spoczywa zgodnie z regułami ogólnymi na powodzie, o tyle w sprawach, w których roszczenia wywodzone są z § 823 ust. 2 BGB, przyjmuje się częstokroć domniemanie winy pozwanego sprawcy deliktu. Oznacza to w istocie odwrócenie ciężaru dowodowego, w wyniku czego w razie wykazania przez powoda pozostałych przesłanek odpowiedzialności wina pozwanego jest domniemywana i zostanie na niego nałożony obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody, chyba że zdoła on udowodnić, że nie ponosi żadnej winy⁵¹¹. Podnosi się przy tym, że przyjmowanie takiego domniemania winy znajduje uzasadnienie przede wszystkim w sytuacjach, gdy pozwany dopuścił się naruszenia normy ochronnej, w której dane nakazane lub zakazane zachowanie zostało możliwie precyzyjnie opisane⁵¹².

W literaturze przedmiotu zauważa się, że wskazana odpowiedzialność deliktowa powstająca na podstawie § 823 ust. 2 BGB na skutek naruszenia ustawy ochronnej nie ma charakteru wyłącznego, to znaczy nie wyklucza ustalenia obowiązku naprawienia szkody wynikającego z innej podstawy prawnej. Powołany przepis uznawany jest bowiem za dodatkową podstawę odpowiedzialności, która może współistnieć z obowiązkami odszkodowawczymi wypływającymi z innych źródeł⁵¹³. Odmienne na tę problematykę wydaje się jednak zapatrywać Niemiecki Trybunał Federalny, opowiadający się za posiłkowym charakterem roszczeń opartych na § 823 ust. 2 BGB w stosunku do „innego rodzaju zabezpieczenia” poszkodowanego. Trybunał ten stwierdził bowiem, że w sytuacji, w której interesy poszkodowanego są „wystarczająco dostatecznie” zabezpieczone, przyznawanie obok tego także deliktowej ochrony tego samego interesu na podstawie § 823 ust. 2 BGB jest zbędne⁵¹⁴. Zastrzegł on przy tym jednak, że ta teza

⁵¹¹ BGHZ 51, 91; BGH NJW 1968, 1279.

⁵¹² V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 302; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 582.

⁵¹³ B. S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 886.

⁵¹⁴ BGHZ 84, 312, 314; BGHZ 110, 342, 360; BGH NJW 1980, 1792, 1793. Np. w tym ostatnim orzeczeniu odmówiono ofierze wypadku drogowego uznania zasadności roszczeń odszkodowawczych wywodzonych przez nią z § 823 ust. 2 BGB w zw. z § 29 d StVZO z uwagi na to, że powód także bez tego roszczenia jest wystarczająco chroniony, zwłaszcza z uwagi na odpowiedzialność ubezpieczyciela na podstawie § 3 Nr 5 PflVG i. V. w zw. z § 158 c III – V VVG oraz odpowiedzialność państwa z § 839 BGB.

o subsydiarności wskazanego unormowania powinna niewątpliwie obowiązywać tylko dla norm, których przekroczenie stanowi jedynie wykroczenie porządkowe⁵¹⁵ albo w ogóle pozbawione jest sankcji prawnokarnej⁵¹⁶, natomiast jest przez Trybunał wyraźnie odrzucana w przypadkach naruszenia norm prawa karnego materialnego⁵¹⁷.

IV. Klauzula generalna umyślnego wyrządzenia szkody w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami

Ostatnią, trzecią „małą” klauzulę generalną przewiduje § 826 BGB. Zgodnie z nim ten, kto umyślnie wyrządził szkodę innemu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, zobowiązany jest do naprawienia tej szkody. Przede wszystkim zwraca uwagę, że chodzi tu tylko o przypadki, w których po stronie sprawcy szkody występować będzie umyślność. Przy tym o ile na gruncie § 823 BGB zawinienie odnosi się do zachowania sprawcy deliktu, a nie spowodowania szkody, o tyle z brzmienia § 826 BGB wywodzi się, że dla powstania na jego podstawie odpowiedzialności deliktowej to wyrządzenie szkody musi nastąpić w sposób umyślny⁵¹⁸. Często wskazuje się też, że umyślność powinna obejmować te okoliczności, z których wynika ocena szkodzenia jako niezgodnego z dobrymi obyczajami⁵¹⁹. Sprawca musi tu mieć świadomość występowania okoliczności, które oceniane z zewnątrz, np. w toku postępowania sądowego, wskazywać będą na sprzeczność wyrządzenia przez niego określonej szkody z dobrymi obyczajami⁵²⁰. Nie stawia się tu natomiast wymogu, aby musiał on mieć świadomość w przedmiocie wska-

⁵¹⁵ BGHZ 84, 312, 317.

⁵¹⁶ BGHZ 110, 342, 360.

⁵¹⁷ BGHZ 116, 7, 14.

⁵¹⁸ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 262; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 585; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 367; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 454; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 57-58.

⁵¹⁹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 585; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 455; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 986. W komentarzu tym wskazuje się ponadto, że sprzecznie z dobrymi obyczajami zachowuje się nie tylko ten, kto posiada wiedzę o okolicznościach uzasadniających odpowiedzialność, lecz także i ten, kto tę wiedzę świadomie odrzuca (podobnie: BGH NJW 94, 2289; BGH NJW – RR 86, 1150; BGH WM 89, 1047).

⁵²⁰ Dlatego też np. judykatura przyjmuje, że nie ma podstaw do nałożenia odpowiedzialności na podstawie § 826 BGB w sytuacji, gdy sprawca szkody z powodu błędu co do stosunków faktycznych (rzeczywistego stanu rzeczy) mógł uważać swoje zachowanie za dozwolone (RG 159, 227), a z kolei istnieją one w stosunku do pozwanego mającego pełną wiedzę o okolicznościach stanu faktycznego, pomimo że wyrządzenie przez niego szkody było następstwem tego, iż posłuchał on rady swego adwokata (BGH 74, 281).

zanej sprzeczności z dobrymi obyczajami⁵²¹, to znaczy, że dla przypisania mu odpowiedzialności deliktowej nie jest konieczne, aby sam we własnym przekonaniu oceniał spowodowanie przez siebie danej szkody jako niezgodne z dobrymi obyczajami. Nie jest zatem wymagane, aby miał on świadomość tej sprzeczności z dobrymi obyczajami (*ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit*)⁵²². Uzasadnia się to tym, że w przeciwnym wypadku przed poszkodowanymi postawione zostałyby trudności dowodowe właściwie niemożliwe do przewyciężenia⁵²³, a nadto obowiązek naprawienia szkód na podstawie § 826 BGB nie obejmowałby tych ich sprawców, którzy wyznawaliby niskie standardy moralne, co prowadziłoby w efekcie do powstania w ten sposób po ich stronie niczym nieuzasadnionej korzyści⁵²⁴.

Odpowiedzialność deliktowa na gruncie omawianego unormowania powstawać będzie zarówno w przypadku wystąpienia po stronie sprawcy deliktu zamiaru bezpośredniego, jak i warunkowego⁵²⁵, a więc odpowiednio zarówno wtedy, kiedy chce on wyrządzić szkodę, jak i wówczas, gdy przewidując możliwość jej wyrządzenia godzi się na to. W tym ostatnim przypadku wyobrażenie o istnieniu wspomnianej możliwości nie powstrzymuje sprawcy od podjęcia działania, które w efekcie może spowodować powstanie szkody. Podnosi się tu, że dla przypisania zamiaru warunkowego nie ma potrzeby, aby sprawca przewidywał wszelkie szczegóły co do szkody, jaką może wyrządzić, a zwłaszcza dokładne jej rozmiary. Wystarczające jest, że przewidywał on jej rodzaj oraz kierunek, w jakim będzie ona przebiegać, to jest w którym następstwa w postaci szkód będą wyrządzone⁵²⁶, względnie ten kierunek i sposób, w jaki prawdopodobnie może zostać wyrządzona szkoda⁵²⁷.

⁵²¹ Tak m. in. BGH WM 62, 579.

⁵²² J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 585.

⁵²³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406.

⁵²⁴ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 367; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406.

⁵²⁵ RGZ 143, 51; OLG Oldenburg VersR 1981, 88.

⁵²⁶ BGH NJW 2000, 2896, 2897; V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 304; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406. Ten ostatni autor wskazuje tu np., że jeżeli pracodawca kończąc stosunek pracy z pracownikiem, który dopuścił się malwersacji, wystawia mu mimo tego korzystne dla niego świadectwo pracy ukrywając ten fakt, to dla przypisania mu omawianej odpowiedzialności nie ma potrzeby, aby wyobrażał on sobie konkretnie, kiedy i na jaką kwotę pracownik ten wyrządzi szkodę nowemu pracodawcy, lecz wystarczy jego ogólne wyobrażenie, że to mylące świadectwo pracy może stwarzać sposobność do wyrządzenia szkody.

⁵²⁷ BGH WM 66, 1152; Hamm NJW 97, 2121.

Ponadto w orzecznictwie pojawia się także, aczkolwiek od razu trzeba zaznaczyć, że jedynie sporadycznie, koncepcja, w myśl której do nałożenia odpowiedzialności na podstawie omawianego unormowania niekiedy wystarcza, że pozwanemu sprawcy szkody może być przypisana gruba nieumyślność w formie niedbalstwa lub lekkomyślności (*grobe Fahrlässigkeit in Form der Rücksichtslosigkeit oder Leichtfertigkeit*)⁵²⁸. Podstawę dla przyjęcia takiego stanowiska stanowić miałyby trudności, jakie pojawiają się nieraz w związku z płynnością granicy pomiędzy zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością. Niemniej jednak doktryna zdecydowanie oponuje przeciwko takiej praktyce orzeczniczej, wskazując słusznie, że nie jest ona możliwa do pogodzenia z literalnym brzmieniem § 326 BGB⁵²⁹. Co najwyżej dopuszcza się możliwość, że niedbalstwo lub lekkomyślność mogą w określonych warunkach służyć jako podstawa oceny danego przypadku wyrządzenia szkody jako sprzecznego z dobrymi obyczajami i przez to, właśnie ze względu na sposób naruszenia tych obyczajów, tworzyć poszlakę dla ustalenia, że po stronie sprawcy szkody występował warunkowy zamiar szkodzenia⁵³⁰. Należy przy tym zauważyć, że jako sprzeczne z dobrymi obyczajami mogą być tu oceniane zarówno działania, jak i zaniechania, z tym, że te drugie kwalifikuje się jako takie wtedy, gdy w danej sytuacji podjęcie działania służyłoby realizacji wskazań moralnych i etycznych⁵³¹.

Umyślne wyrządzenie szkody powinno przy tym nastąpić sprzecznie z dobrymi obyczajami. To ostatnie określenie, ze względu na swoją ogólnikowość, wymaga pewnego dookreślenia. Zgodnie z zamierzeniami prawodawcy, jako niezgodne z dobrymi obyczajami powinno być traktowane to, co narusza poczucie przyzwoitości wszystkich słusznie i sprawiedliwie myślących (*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*)⁵³².

⁵²⁸ BGH NJW 1992, 3167.

⁵²⁹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406; podobnie BGH, który uznał, że nawet grube niedbalstwo nie jest tu wystarczające (BGH NJW 62, 1766).

⁵³⁰ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 447-448; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 406; BGH NJW 1991, 634, 636; BGHZ 129, 136, 177; BGH NJW 95, 882, 895; BGH WM 75, 559; BGH WM 86, 904.

⁵³¹ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 985; BGH NJW 63, 149. Np. w orzecznictwie przyjęto, że dopuszcza się naruszenia dobrych obyczajów osoba, która pomimo sfalszowania przez kogoś innego jej podpisu nie podejmuje żadnych kroków celem wykazania tego faktu i przez to chroni fałszerza (RG JW 35, 34).

⁵³² Mot. II, 727.

Takie ujęcie spotkało się z aprobatą w orzecznictwie⁵³³, co nie dziwi wobec faktu, iż formuła taka cechuje się dużą elastycznością, pozwalającą na dostosowanie oceny prawnej do specyfiki poszczególnych stanów faktycznych, w szczególności powstających na tle spraw rodzinnych⁵³⁴. Praktyczne jej stosowanie budzi jednak szereg wątpliwości, zwłaszcza dotyczących tego, które wartości oraz jak ustaloną ich hierarchię należy tu przyjmować za miarodajne kryterium oceny rozważanych sytuacji. Jako podstawę takiej oceny bezspornie odrzuca się wskazania etyczne wynikające z określonej religii czy też etyki, albowiem byłoby to nie do pogodzenia z zasadą pluralizmu prawnego i społecznego. Stąd też uwagę koncentruje się tu raczej na zasadach moralności społecznej. Zauważa się jednak słusznie, że także i w tym przypadku należy zachować daleko idącą ostrożność z uwagi na to, że społeczeństwo nie jest homogeniczne i rozstrzygać trzeba o tym, którą z funkcjonujących w nim moralności uznawać należy za miarodajną w danej sprawie. Przy tym wskazuje się, że aprioryczne opieranie się na tej z nich, która jest dominująca, nie jest właściwe, gdyż byłoby to sprzeczne z ideą sprawiedliwości⁵³⁵. Nie ulega jednak wątpliwości, że pojęcie dobrych obyczajów implikuje dokonywanie przez sądy pewnego wartościowania moralnego. W literaturze przedmiotu podnosi się przy tym, że miarodajne nie powinny tu być szczególnie rygorystyczne zasady moralne właściwe określonym kręgom osób ani też własne poczucie przyzwoitości sędziego rozstrzygającego daną sprawę. Dominuje bowiem pogląd, zgodnie z którym należy brać pod uwagę poglądy uczciwego przeciętnego człowieka (*anständigen Durchschnittsmenschen*)⁵³⁶. Jeżeli przy tym poddawane ocenie zachowanie ma znaczenie jedynie dla ograniczonego kręgu osób (np. działanie konkurencyjne), to powinny zostać uwzględnione właśnie ich poglądy (np. rzemieślników), czyli panujące wśród nich poczucie przyzwoitości, o tyle, o ile ogół nie przyjmuje surowszych norm. Ostatnie zastrzeżenie czyni się po to, aby uniknąć rozbieżności orzecznictwa w sytuacji, gdyby ukształtowane w obrębie danej branży zwyczaje różniły się od siebie⁵³⁷. Oczywiście przy dokonywaniu oceny pod kątem zgodności z dobrymi obyczajami brane są pod uwagę wszystkie okoliczności dane-

⁵³³ BGHZ 129, 137, 172.

⁵³⁴ RGZ 58, 248; BGH NJW 1962, 958.

⁵³⁵ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 449-450.

⁵³⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 260; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 365.

⁵³⁷ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 365.

go przypadku⁵³⁸. Stwierdzenia zaistnienia sprzeczności z tymi obyczajami dokonuje się zazwyczaj z uwagi na cel działania lub zastosowane do jego osiągnięcia środki⁵³⁹. Niekiedy także wyprowadza się ją z połączenia dozwolonych środków z niekwestionowanym celem, z uwagi na relację środek – cel⁵⁴⁰ albo też ze sposobu zachowania się sprawcy szkody (np. wprowadzenie w błąd) lub motywu, jakim się kierował (chęć zysku, zemsta, zazdrość)⁵⁴¹. Niezależnie jednak od tego, który z tych czynników został w danym przypadku wzięty pod uwagę, główną rolę odgrywa tu przede wszystkim stwierdzenie określonego zła moralnego, jakie w ten sposób zostało przejawione. Chodzi tu bowiem o zachowania godzące w poczucie przyzwoitości, wykraczające przeciwko zasadom etycznym. Niekiedy wskazuje się nawet, że pod pojęcie dobrych obyczajów w rozumieniu § 826 BGB należy zaliczać tylko takie reguły, których respektowania oczekuje się od każdego, a więc ich konkretyzacja na tle poszczególnych rozstrzyganych przypadków powinna się odbywać poprzez odniesienie do prawnie-etycznego minimum⁵⁴². Wydaje się to jednak pogląd zaniżający wymagane standardy postępowania w stosunku do preferowanego w doktrynie odwoływania się do poczucia przyzwoitości zwykłego, uczciwego człowieka.

⁵³⁸ BGHZ 70, 277. W tym kontekście warto wskazać, że rozróżnia się dwa odmienne rodzaje sytuacji wpływających na ocenę pod kątem zgodności lub sprzeczności z dobrymi obyczajami. Mianowicie przyjmuje się, że wówczas, gdy danej osobie przysługuje określone szczególne prawo, to może je ona co do zasady wykonywać, choćby nawet prowadziło to do powstania szkód w dobrach innych podmiotów (BGH DB 88, 226). Nie można jej z tego tytułu czynić zarzutu uchybienia przeciwko dobrym obyczajom, ewentualnie z wyjątkiem sytuacji, kiedy ze względu na szczególne okoliczności powstanie takich szkód nie pokrywałoby się z uzasadnionymi interesami podmiotu uprawnionego (BGHZ 129, 136, 172). Z kolei w ramach drugiego typu przypadków, gdzie szkoda zostaje wyrządzona przez sprawcę nielegitymującego się takim szczególnym prawem, przyjmuje się, że powoływanie się przez niego na ogólną wolność działania nie usprawiedliwia jego umyślnego, sprzecznego z dobrymi obyczajami szkodenia innym (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 407).

⁵³⁹ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 366; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 260; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 985. W ostatniej ze wskazanych pozycji literatury przedmiotu wskazuje się, że sprzeczne z dobrymi obyczajami może być m. in. nadużycie formalnego stanowiska prawnego, np. przez skorzystanie z prawa wypowiedzenia w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem poprzez wypowiedzenie umowy o dzierżawę zupełnie w ostatnim momencie, co odbiera dzierżawcy możliwość zapobieżenia szkodzie, czy też przez podniesienie zarzutu przedawnienia przez tego, kto poprzez swe własne zachowanie powstrzymywał drugą stronę od punktualnego przerwania przedawnienia (podobnie: BGH 9, 5).

⁵⁴⁰ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 366; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 260.

⁵⁴¹ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 452-453.

⁵⁴² *Ibidem*, s. 451; podobnie BGH NJW 1981, 2184, 2185; BGH WM 1993, 2205, 2207.

Jeszcze dalej idące rozbieżności pojawiają się odnośnie do zaklasyfikowania użytego w omawianej regulacji terminu „dobre obyczaje”. Zazwyczaj jest ono co prawda traktowane jako pojęcie autonomiczne i w związku z tym omawiane odrębnie, niektórzy autorzy próbują jednak określić poza tym jego stosunek do bezprawności (*Rechtswidrigkeit*). Ci ostatni albo wprost utożsamiają omówione powyżej uchybienie przeciwko dobrym obyczajom z wystąpieniem bezprawia⁵⁴³, albo też idą jeszcze dalej, podnosząc, że jest to kwalifikowana – z uwagi na podwyższoną zawartość bezprawia (*durch einen erhöhten Unrechtsgehalt*) - forma bezprawności⁵⁴⁴. Niektórzy z kolei zajmują stanowisko nieco bardziej zachowawcze, podnosząc, że chodzi tu o nieetyczne zachowania stanowiące specjalny rodzaj bezprawności⁵⁴⁵.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wprowadzenie do treści § 826 BGB pojęcia „dobrych obyczajów” zapewnia kodeksowej regulacji odpowiedzialności deliktowej niezbędną elastyczność, dając judykaturze możliwość każdorazowego uwzględniania specyficznych okoliczności poszczególnych poddawanych ocenie przypadków, a także dynamiczne i permanentne dostosowywanie praktyki stosowania prawa do następujących zmian poglądów społecznych odnośnie do uznawanych wartości i ocen. Umożliwia to tym samym realizowanie zadań, którym ustawodawca mógłby na czas nie podołać⁵⁴⁶. Należy jednak zauważyć, że czasami wykształcenie się pewnej praktyki orzeczniczej uznającej konsekwentnie określone sposoby wyrządzania szkód za sprzeczne z dobrymi obyczajami wpływa na ustawodawcę, który poglądom tym nadaje niekiedy formę przepisu ustawowego.

V. Poderwanie zaufania co do zdolności kredytowej

Uregulowania niemieckiego kodeksu cywilnego przewidują także specyficzny delikt polegający, najogólniej rzecz ujmując, na negatywnym oddziaływaniu na sytuację gospodarczą innego podmiotu poprzez wypowiedzi przedstawiające go w ujemnym świetle. Mianowicie, zgodnie z § 824 ust. 1 BGB, ten kto utrzymuje lub rozpowszechnia

⁵⁴³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 407.

⁵⁴⁴ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 451. Autorzy ci wskazują, że na rzecz takiego poglądu przemawia także dobór słów użytych przez ustawodawcę, który posłużył się nie pojęciem złamania prawa, lecz naruszenia sprzecznego z dobrymi obyczajami, co ma według nich przemawiać za tym, iż przez to ostatnie określenie rozumie on jawnie coś innego i coś więcej niż tylko proste złamanie prawa.

⁵⁴⁵ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 51.

⁵⁴⁶ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 448-449.

niebędące prawdziwymi twierdzenia, które są w stanie zagrozić kredytowi kogoś innego lub spowodować inne pogorszenie dla jego zarobków lub powodzenia, ma temu innemu naprawić wszelkie powstałe w wyniku tego szkody, także wtedy, gdy wprowadzie nieprawdziwości tych twierdzeń nie znał, ale znać powinien. Należy jednak zaznaczyć, że w myśl § 824 ust. 2 BGB w przypadku wiadomości, której nieprawdziwość nie jest znana komunikującemu, nie będzie on zobowiązany do odszkodowania za szkody, kiedy on lub adresat wiadomości ma w niej uzasadniony interes.

Delikt ten ma na celu ochronę szacunku, jakim cieszy się dana osoba lub przedsiębiorstwo w stosunkach gospodarczych poprzez objęcie odpowiedzialnością ujemnych oddziaływań na ich funkcjonowanie w obrocie w drodze wygłaszania lub rozpowszechniania nieprawdziwych twierdzeń o nich⁵⁴⁷. Chodzi tu zarówno o prezentowanie samemu takich twierdzeń, jak i o wszelkie formy ich przekazywania innym osobom⁵⁴⁸.

Odpowiedzialnością objęte są tu jedynie twierdzenia o faktach, a nie wypowiedzi będące ocenami czy stanowiące wyrażenie poglądów⁵⁴⁹. Przyjmuje się, że kryterium pozwalającym na odróżnienie ich od siebie jest to, że w przypadku twierdzenia o faktach, w przeciwieństwie do ocen czy wartościowań, można mówić o ich prawdziwości lub nieprawdziwości, albowiem możliwe jest sprawdzenie za pomocą środków dowodowych, czy określony fakt znajduje potwierdzenie w rzeczywistym wydarzeniu lub stanie rzeczy⁵⁵⁰. Twierdzenia o faktach cechuje także obiektywny stosunek wypowiadającego je do treści danej wypowiedzi⁵⁵¹. W sytuacji, gdyby określona wypowiedź zawierała elementy zarówno twierdzeń o faktach, jak i przejawy dokonywania zarazem ich oceny, wskazuje się na celowość rozważania charakteru nie wyrwanych z kontekstu fragmentów tej wypowiedzi, lecz całej jej treści i ustalanie, jaki ma ona wydźwięk w ogólnym obrazie i czy jako taka może być uważana za piętnującą⁵⁵². Punkt odniesienia powinno tu stanowić to, jak wypowiedź ta jest odbierana przez jej przeciętnego adresata⁵⁵³.

⁵⁴⁷ BGH NJW 78, 2151.

⁵⁴⁸ DÜSS NJW 78, 704.

⁵⁴⁹ BGH NJW 1987, 2225; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 468; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 388; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 997; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 983; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 64.

⁵⁵⁰ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 388; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 997; H. Brox, op.cit., s. 983.

⁵⁵¹ BVerfG NJW 96, 1529.

⁵⁵² BGH NJW 97, 2513.

⁵⁵³ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 468.

Te twierdzenia o faktach pociągają za sobą odpowiedzialność określoną w § 824 ust. 1 BGB już wówczas, gdy tylko potencjalnie mogą stanowić zagrożenie dla kredytu lub interesów ekonomicznych podmiotu, którego dane twierdzenie dotyczyło. Nie musi tu zatem nastąpić wyrządzenie rzeczywistego uszczerbku w czyjejś reputacji w stosunkach biznesowych, wystarcza już sam fakt możliwości narażenia jej na szwank. W związku z tym przyjmuje się jednak, co logiczne, że obowiązek naprawienia szkody może być na podstawie wskazanej powyżej regulacji nałożony na podmiot wygłaszający lub rozpowszechniający takie twierdzenie tylko wówczas, gdy odnosi się ono do wprost nazwanego lub identyfikowalnego na podstawie treści takiej informacji podmiotu, a nie wtedy, gdy dotyczy szerszej kategorii podmiotów, do której dana osoba lub przedsiębiorstwo należy⁵⁵⁴. Niemniej jednak przyjmuje się, że odpowiedzialność powinna być nakładana już w sytuacji, kiedy dana wypowiedź w nadanym jej kształcie będzie zrozumiana w obiegu jako odnosząca się właśnie do konkretnego podmiotu albo gdy kwestionowane twierdzenie odwołuje się do faktu, który pozostaje w tak bliskim związku z działalnością lub osiągnięciami gospodarczymi danego podmiotu, że dla opinii publicznej jasne będzie kogo ta wypowiedź dotyczy, np. dlatego że jest on uprawniony do wyłącznej sprzedaży danego produktu⁵⁵⁵.

Należy przy tym podkreślić, iż omawiane unormowanie nie ma na celu zapewnienia ochrony przed wszystkimi zagrażającymi danemu podmiotowi niesłusznymi czy dyskredytującymi wypowiedziami dotyczącymi wszelkich sfer jego aktywności i mogącymi zrażać do niego osoby postronne, opinię publiczną czy nawet władze urzędowe, lecz tylko przed takimi, które pociągają za sobą lub mogą potencjalnie powodować niekorzystne skutki na gruncie istniejących lub przyszłych powiązań biznesowych z aktualnymi lub potencjalnymi partnerami w interesach⁵⁵⁶. W związku z tym przyjmuje się, że odpowiedzialność na gruncie § 824 ust. 1 BGB będzie z reguły wchodziła w grę wów-

⁵⁵⁴ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 892; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 470. Tym bardziej odpowiedzialność na postawie tego przepisu nie będzie wchodziła w grę w przypadku wypowiedzi stanowiącej ogólną krytykę całego systemu niezawierającą żadnych odwołań do określonych osób (BGH NJW 65, 37; BGH NJW 78, 2151; Ffm BB 85, 293; Hgb NJW 88, 3211).

⁵⁵⁵ BGH DB 89, 921. Dane twierdzenie musi tu więc odnosić się wprost do samego poszkodowanego lub pozostawać w ścisłym związku z jego bezpośrednim otoczeniem, działalnością zawodową lub wynikami gospodarczymi (BGH JZ 1964, 509; BGH JZ 1966, 26).

⁵⁵⁶ BGH 90, 121; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 388; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 586.

czas, gdy wygłoszenie danego twierdzenia lub jego rozpowszechnienie dotrze do osoby trzeciej, a nie tylko do samego zainteresowanego, którego ono dotyczy⁵⁵⁷.

Obowiązek naprawienia szkody będzie mógł być przy tym nałożony na podstawie wskazanego powyżej przepisu tylko wtedy, gdy fakt powołany w wygłoszonym lub rozpowszechnionym twierdzeniu jest nieprawdziwy. Nieprawdziwość ta może polegać nie tylko na bezpośredniej niezgodności podanej informacji z obiektywnym stanem rzeczy, lecz także na przemilczeniu istotnych kwestii związanych z danym faktem⁵⁵⁸. Ciężar przeprowadzenia dowodu co do nieprawdziwości głoszonego przez pozwanego faktu spoczywa na powodzie.

Pozwany będzie ponosił odpowiedzialność zarówno wtedy, gdy wygłosił lub rozpowszechnił dane nieprawdziwe twierdzenie umyślnie, jak i nieumyślnie⁵⁵⁹. Ten ostatni przypadek zachodzi przede wszystkim wtedy, gdy autor wypowiedzi nie sprawdził z wystarczającą starannością prawdziwości faktów, na które się w jej ramach powołuje⁵⁶⁰. W doktrynie podkreśla się przy tym, że zgodnie z wyraźną wolą ustawodawcy chodzi o każde niedbalstwo⁵⁶¹.

Uniknięcie wskazanej odpowiedzialności jest możliwe w myśl § 824 ust. 2 BGB w przypadku wygłoszenia lub przekazania przez komunikującego wiadomości, będącej twierdzeniem o fakcie, o którego nieprawdziwości nie będzie on wiedział, a przy tym on sam lub adresat tego przekazu ma w jej wygłoszeniu lub przekazaniu uzasadniony interes. Według dominującego poglądu doktryny przepis ten wskazuje na przyczynę usprawiedliwiającą, pozwalającą uniknąć odpowiedzialności⁵⁶². Aby mogła ona w ogóle wchodzić w rachubę, komunikujący dane twierdzenie nie może sobie zdawać sprawy z jego nieprawdziwości. Stąd też § 824 ust. 2 BGB nie będzie znajdował zastosowania w przypadku, gdy będzie miał on świadomość nieprawdziwości wygłaszanej wiadomości lub gdy nie będzie miał żadnego pewnego przekonania co do jej prawdziwości i będzie przy tym świadomy niepewności swej wiedzy, jak również wtedy, kiedy w komuni-

⁵⁵⁷ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch*..., s. 997; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht*..., s. 983.

⁵⁵⁸ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*..., s. 468.

⁵⁵⁹ B. S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law*..., s. 892.

⁵⁶⁰ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*..., s. 470.

⁵⁶¹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*..., s. 388.

⁵⁶² *Ibidem*, s. 389; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law*..., s. 892; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*..., s. 472-474. Ci ostatni autorzy wskazują przy tym jednak na szereg wątpliwości metodologicznych związanych z zakwalifikowaniem tego unormowania.

kowanym przez siebie twierdzeniu umyślnie zniekształca rzeczywisty stan faktyczny poprzez celowe zatajenie istotnych jego okoliczności czy też przez przesadzone podkoloryzowanie okoliczności towarzyszących. Przepis ten nie dotyczy także sytuacji, w których z formy wypowiedzi lub okoliczności towarzyszących wynika, że była ona zamierzona jedynie na znieważenie określonej osoby lub jej szkalowanie⁵⁶³.

Nadto wskazane uregulowanie wymaga istnienia po stronie komunikującego lub odbiorcy wiadomości uzasadnionego interesu. Jest to rozumiane stosunkowo szeroko, tak, że bardzo często powołują się na ten przepis media, podnosząc, że rozpowszechnienie danej informacji znajduje uzasadnienie w poważnym interesie opinii publicznej⁵⁶⁴. Niemniej jednak nie ma tu jakiejś jednej precyzyjnej reguły, która pozwalałaby określić, kiedy może być mowa o uzasadnionym interesie komunikującego określone treści lub je odbierającego. Dlatego też konieczne jest przeprowadzenie szczegółowego rozważenia na tle okoliczności poszczególnego przypadku występujących w danej sytuacji interesów z jednej strony tych podmiotów, a z drugiej tego, kogo dana wypowiedź dotyka. Zazwyczaj zachodzić tu będzie ewidentna kolizja pomiędzy ochroną godności danej osoby i jej poważania w społeczności, a prawem do wolnego wyrażania poglądów. Bierze się tu pod uwagę zarówno fakt zasługiwanie na ochronę naruszonych dóbr prawnych, jak i zachowanie dotkniętego atakiem krytyki przed jej dokonaniem⁵⁶⁵. Przedmiotem szczegółowych rozważań jest *de facto* to, jaki poziom staranności jest w danym przypadku wymagany od wygłaszającego określone twierdzenie, kiedy można uznać, że komunikując je dążył do realizacji uzasadnionego interesu swojego lub odbiorcy, gdzie interes ten przeważał nad chronionymi prawem interesami tego, kogo twierdzenie to dotyczy. Zazwyczaj przyjmuje się, że wyższa miara staranności wymagana jest od komunikującego dane twierdzenie wówczas, gdy cieszy się on dużym zaufaniem, jego wypowiedź zostanie szeroko rozpowszechniona czy też wówczas, kiedy jej treść może wyrządzić duże szkody, niewspółmierne do interesu, na który powołuje się komunikujący lub też w sytuacji, w której forma przekazania wiadomości jest niewłaściwa⁵⁶⁶. Nie wymaga się jednak od komunikującego określoną informację zachowywania takiego

⁵⁶³ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch*..., s. 997; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht*..., s. 984.

⁵⁶⁴ Düss VersR 85, 247.

⁵⁶⁵ BGH 31, 308.

⁵⁶⁶ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*..., s. 389; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*..., s. 471.

szczególnie wysokiego poziomu staranności w przypadku nagłości doniesienia i istnienia silnego interesu w rozpowszechnieniu danej wiadomości, w szczególności publicznego⁵⁶⁷. Generalnie zauważyć można, że sądy dla zastosowania § 824 ust. 2 BGB wymagają przynajmniej wypełnienia przez komunikującego określone twierdzenie o faktach wypełnienia pewnego minimum obowiązków dla zachowania staranności, przy czym oscyluje ono wokół staranności na poziomie przeciętnym, zapewniającym wolność procesów komunikacji społecznej przy zachowaniu optymalnego stopnia ochrony przed naruszeniami czci i majątku, choć nietraktującego tych ostatnich wartości jako absolutnych⁵⁶⁸. Od prasy i innych mediów wymaga się przy tym profesjonalnego sprawdzenia rzetelności źródła informacji. Dla określenia wypracowanego w orzecznictwie standardu staranności wymaganego od mediów w tym zakresie używa się nawet specjalnego określenia „staranności na miarę prasy” (*pressegemäßer Sorgfalt*)⁵⁶⁹. Ciężar udowodnienia istnienia uzasadnionego interesu w wygłoszeniu lub rozpowszechnieniu określonego twierdzenia o faktach spoczywa tu na podmiocie komunikującym to twierdzenie.

VI. Naruszenie wolności seksualnej

Regulacja niemieckiego kodeksu cywilnego dotycząca czynów niedozwolonych przewiduje także szczególną ochronę przed niegodziwymi naruszeniami wolności seksualnej drugiej osoby. Jest ona zawarta w § 825 BGB. Początkowe brzmienie tego przepisu przewidywało, że ten, kto skłania kobietę przez podstęp, groźbę lub przez nadużycie stosunku zależności do zgody na pozamałżeńskie spółkowanie, jest zobowiązany do odszkodowania za szkody, jakie z tego dla niej wynikły. Delikt ten polegał więc na bezprawnym nakłonieniu kobiety do współżycia pozamałżeńskiego.

Istoty bezprawności upatruje się tutaj zarówno w tym, że naruszona zostaje wymagająca szczególnej ochrony prawnej wolność samostanowienia w dziedzinie życia seksualnego, jak i w tym, że ma miejsce urzeczywistnienie którejś z wymienionych w powołanym przepisie metod w celu zaingerowania w naganny sposób w sferę wolności kobiety w tym zakresie⁵⁷⁰. Sprawca deliktu oddziałuje na decyzję woli kobiety za pomocą podstępu, groźby lub przez nadużycie stosunku zależności w sytuacji, gdy bez zasto-

⁵⁶⁷ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 389.

⁵⁶⁸ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 471-472.

⁵⁶⁹ BGHZ 132, 13, 23; BGH NJW 82, 2225; BGH NJW 96, 1131; BGH NJW 97, 1148.

⁵⁷⁰ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 474; B. S. Markesinis, H. Unbehath, *The German Law...*, s. 893.

sowania przez niego któregoś z tych środków nie podjęłaby ona współżycia z nim. Ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywa na poszkodowanej kobiecie.

Pod pojęciem podstępów rozumiane jest tutaj rozmyślne działanie pozwanego sprawcy deliktu, bezwzględnie ukierunkowane na osiągnięcie celu w postaci realizacji swoich zamiarów, poprzez działanie z zaskoczenia i wykorzystywanie wykreowanej sytuacji, np. przez podanie środków odurzających lub symulowanie zamiaru ożenienia się z poszkodowaną po to tylko, aby zgodziła się ona na współżycie. Groźba polega z kolei na wywieraniu wpływu na decyzję woli kobiety przez przedstawianie jej perspektywy określonego zła, jakie zostanie jej wyrządzone przez sprawcę w przypadku, gdyby nie poddała się jego woli. Natomiast nadużycie stosunku zależności ma miejsce tam, gdzie nie tylko, że stosunek taki istnieje, ale zostaje on nadto wykorzystany w ten sposób, że poprzez wynikającą z niego faktyczną przewagę sprawcy deliktu na podłożu finansowym lub innym, wywiera on wpływ na wolę kobiety w taki sposób, że wyraża ona zgodę na współżycie z nim, przy czym pomiędzy tym nadużyciem a wyrażeniem zgody zachodzi związek przyczynowo-skutkowy. Sprawca musi przy tym celowo oddziaływać na ograniczenie wolności podejmowania decyzji przez kobietę w tym zakresie, aczkolwiek nie jest wymagane, aby musiał bezpośrednio przedstawiać jej przy tym niekorzystne skutki, jakie pociągnąć może za sobą jej odmowa. Stosunek zależności może mieć charakter bezpośredni, jak przykładowo pomiędzy pracodawcą a pracownicą czy nauczycielem a uczennicą, albo też pośredni, gdy choćby krewny kobiety pozostaje w takim stosunku zależności od sprawcy, że oddziałuje to na decyzję woli kobiety⁵⁷¹.

Funkcjonowanie takiego odrębnego deliktu w obrębie niemieckiego kodeksu cywilnego poddawane jest krytyce w literaturze przedmiotu, jako że ma on marginalne znaczenie w praktyce. Wskazuje się, iż z powodzeniem jest on zastępowany przez § 823 ust. 1 BGB, na gruncie którego czyn tego typu kwalifikowany jest jako naruszenie cudzego prawa do osobowości⁵⁷² lub też przez § 823 ust. 2 BGB w zw. z § 177 StGB⁵⁷³.

⁵⁷¹ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 997; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 985.

⁵⁷² W związku z czym w projekcie z 1967 r. postulowano w ogóle wykreślenie § 825 BGB (*Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzlicher Vorschriften*, BMJ 1967, I S. 3, II S. 70). Takie uzasadnienie mające przemawiać za zbędnością tego przepisu jest jednak podawane w wątpliwość wobec faktu, że ogólne prawo do osobowości nie ma dokładnie określonych konturów (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 588).

⁵⁷³ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 997; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 984; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 893.

Z drugiej strony od dłuższego czasu pojawiały się także propozycje znowelizowania tego przepisu w taki sposób, aby objąć nim też przypadki podejmowania wskazywanych w nim oddziaływań w stosunku do mężczyzn⁵⁷⁴. Ostatecznie spotkało się to z uznaniem ustawodawcy, który w 2002 r. znowelizował brzmienie § 825 BGB⁵⁷⁵, czyniąc zadość postulatowi wysuwanemu w tym zakresie w doktrynie. Obecnie zgodnie ze wskazanym unormowaniem ten, kto nakłania inną osobę przez podstęp, groźbę lub nadużycie stosunku zależności do podjęcia lub znoszenia czynności seksualnych, jest w stosunku do niej zobowiązany do odszkodowania za wynikające z tego szkody. Ochroną objęci zostali zatem także mężczyźni, a nie jedynie kobiety, jak to miało miejsce na gruncie uprzedniej redakcji tego przepisu. Wobec aktualnego brzmienia przepisu stwierdza się ponadto, że zakres jego ochrony obejmuje osoby obojga płci włącznie z dziećmi, a także współmałżonkami⁵⁷⁶.

VII. Odpowiedzialność zwierzchnika za szkody wyrządzone przez pomocników

Niemiecki kodeks cywilny przewiduje odpowiedzialność zwierzchnika (*Geschäftsherr*) za szkody wyrządzone przez osoby, które zaangażował on do wykonania określonej czynności, czyli powołanych przez niego pomocników w jej zrealizowaniu (*Verrichtungsgehilfen*). Mianowicie zgodnie z § 831 ust. 1 BGB ten, kto wyznacza kogoś innego do określonej czynności, jest zobowiązany do naprawienia szkody, którą podmiot ten przy wykonywaniu tej czynności bezprawnie wyrządził osobie trzeciej. Obowiązek odszkodowawczy nie powstaje, jeżeli zwierzchnik przy wyborze wyznaczonej osoby oraz, jeśli miał on dostarczyć urządzenia lub sprzęt lub kierować wykonaniem czynności, to przy tym dostarczaniu lub kierowaniu, przestrzegał należytej staranności lub kiedy szkody też przy zastosowaniu takiej staranności byłyby powstały. Zakres tej odpowiedzialności doznaje rozszerzenia podmiotowego na mocy § 831 ust. 2 BGB, jako że przepis ten stanowi, że taka sama odpowiedzialność dotyczy tego, który wykonanie za zwierzchnika działalności określonej w ust. 1 zd. 2 przejął na mocy umowy.

Generalnie należy więc zauważyć, że ustawodawca ustanowił tu odpowiedzialność zwierzchnika za szkody wyrządzone przez jego pomocnika przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, nie precyzując jednak, kogo należy uważać za takiego

⁵⁷⁴ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 893.

⁵⁷⁵ Przepis znowelizowany przez drugą ustawę zmieniającą przepisy dotyczące odszkodowań (*Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*) z 19 lipca 2002 r. (BGBl. I S. 2674), która weszła w życie z dniem 1 sierpnia 2002 r.

⁵⁷⁶ J. Fedtke, *The Reform...*, s. 495.

pomocnika ani też jaki zakres czynności może tu wchodzić w grę. Odnosnie do tego ostatniego zagadnienia wskazać trzeba, że z uwagi na posłużenie się przez prawodawcę ogólnym pojęciem czynności bez użycia żadnych bliższych określeń doprecyzowujących, przyjmuje się właściwie powszechnie szerokie ujęcie czynności, których powierzenie przez zwierzchnika podwładnemu skutkować będzie powstaniem obowiązku naprawienia szkody na podstawie § 831 ust. 1 BGB. Tak też kwalifikuje się tutaj zarówno czynności natury faktycznej, jak i prawnej, realizowane odpłatnie, jak i nieodpłatnie, równie dobrze o charakterze bardzo skomplikowanym, jak zupełnie prostym, wykonywane przez czas nieokreślony lub określony, a także jednorazowe⁵⁷⁷. Z kolei pojęcie pomocnika w wykonaniu takiej czynności definiuje się w ten sposób, że zalicza się tu te osoby, które zostały przez kogoś innego, występującego jako zwierzchnik, wybrane i zaangażowane do wykonania określonej czynności. Pomocnik znajduje się więc generalnie lub też jedynie w ramach konkretnego przypadku (np. danej czynności) w obszarze wpływów zwierzchnika i jest od niego w określonym stopniu uzależniony, przede wszystkim poprzez to, że jest zobligowany do stosowania się do wskazówek i poleceń zwierzchnika⁵⁷⁸. Dlatego też częstokroć właśnie istnienie tego stosunku zależności (*Abhängigkeitsverhältnis*) pomiędzy pomocnikiem a jego zwierzchnikiem uznawane bywa za zasadniczy wyznacznik tego, iż w danym przypadku ma miejsce podporządkowanie pozwalające zaklasyfikować wykonawcę danej czynności jako pomocnika określonego zwierzchnika⁵⁷⁹. Podkreślany jest tu także aspekt włączenia pomocnika w sferę organizacyjną zwierzchnika, od którego poleceń jest on uzależniony⁵⁸⁰. Wobec jednak spostrzeżenia

⁵⁷⁷ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 282.

⁵⁷⁸ BGH WM 98, 257; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 478.

⁵⁷⁹ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 282; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 589; V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht...*, s. 314; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 369. Niekiedy wspomina się tu o tzw. społecznej zależności, o czym wzmiankuje D. Medicus (tenże, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 412).

⁵⁸⁰ BGHZ 45, 311; BGHZ 103, 298, 303. Należy podkreślić, że w konsekwencji według dominującego poglądu § 831 BGB nie znajduje zastosowania w przypadku wyrządzenia szkody przez niezależnego, samodzielnego przedsiębiorcę (*selbständig Unternehmer*). Tak np. za pomocników w rozumieniu omawianego unormowania nie są uważani samodzielny przedsiębiorca budowlany i mistrz rzemiosła, ani też podwykonawca w stosunku do głównego wykonawcy (BGH NJW 94, 2756). Co prawda w orzecznictwie pojawiła się koncepcja dopuszczająca wyjątkowo uznawanie samodzielnego przedsiębiorcy za pomocnika wówczas, kiedy znajduje się on w obszarze wpływów zwierzchnika i pozostaje wobec niego w pewnym stosunku zależności (BGH ZIP 1989, 830, 833; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 478), jednak zostało to podane w wątpliwość w literaturze przedmiotu (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 412).

z czasem, że miernik ten traktowany w sposób ścisły nie przystaje do skomplikowanych nieraz więzów pracowniczych i ekonomicznych funkcjonujących w dzisiejszym społeczeństwie, zwrócono uwagę na potrzebę jego bardziej elastycznego ujmowania, tak, aby omawianą regulacją objęta została także np. odpowiedzialność szpitala za szkody wyrządzone przez jego lekarzy, nad których działaniami podmiot prowadzący szpital siłą rzeczy nie jest w stanie wykonywać bezpośredniej i szczegółowej kontroli. W tym celu zaczęto przyjmować, że dla zastosowania § 831 BGB wystarczające jest, że zwierzchnik jest władny do tego, aby w każdej chwili ograniczyć zakres czynności swego pomocnika, zakazać mu jej wykonywania lub określić jej czas i zakres⁵⁸¹. Stąd też dziś coraz częściej mówi się o tym, że dla określenia, czy istnieje relacja typu zwierzchnik – pomocnik w rozumieniu omawianego unormowania, miarodajny jest test badający istnienie „kierownictwa i kontroli” pierwszego z tych podmiotów nad drugim⁵⁸².

Odpowiedzialność deliktowa zwierzchnika za szkody wyrządzone przez tak określonego pomocnika powstawać będzie przy tym tylko wtedy, gdy ten ostatni dopuścił się ich w wykonywaniu powierzonej mu czynności, a nie jedynie przy okazji jej wykonywania oraz uczynił to bezprawnie⁵⁸³. Odróżnienie szkód wyrządzonych przy wykonywaniu danej czynności (*in Ausführung der Verrichtung*) powierzonej przez zwierzchnika od tych, które pomocnik powoduje jedynie przy okazji tej czynności (*bei Gelegenheit der Verrichtung, gelegentlich*) nie zawsze jest łatwe. Jest to jednakże niezwykle istotne, albowiem jedynie w przypadku tych pierwszych wchodzić będzie w grę odpowiedzialność zwierzchnika na podstawie § 831 BGB. Celem ułatwienia przeprowadzenia wspomnianej dyferencjacji na gruncie praktyki przyjęto w judykaturze, że obowiązek naprawienia szkody powinien być nakładany na zwierzchnika wówczas, gdy istniał wewnętrzny (niekiedy dodaje się, że także bezpośredni) związek pomiędzy określonym

⁵⁸¹ BGH 45, 313; BGHZ 103, 303; BGH NJW 1988, 2298; BGH NJW 1956, 1834.

⁵⁸² B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 695. Orzecznictwo w tym zakresie jest niezwykle bogate. Przykładowo można wskazać, że za zwierzchnika w rozumieniu § 831 BGB uznano m. in. mandanta w stosunku do jego adwokata (BGH LM (Hb) Nr 5), kasę chorych w stosunku do lekarza zaufania, czyli lekarza uprawnionego do sprawdzania zasadności wypłacania świadczeń wypłacanych przez kasę chorych (RG 131, 73), lekarza w stosunku tymczasowo zastępującego go pod nieobecność innego lekarza (BGH NJW 56, 1834) czy też przedsiębiorcę budowlanego w stosunku do jego pracowników, nawet wówczas, gdyby powołany był kierownik budowy uprawniony do ich nadzorowania i wydawania im poleceń (BGH VersR 74, 243). Należy podkreślić, że w przypadku „podnajmu” pracowników, np. wynajmu przez jednego przedsiębiorcę koparki wraz z kierowcą od drugiego przedsiębiorcy, przy ustalaniu odpowiedzialności za szkody wyrządzone podczas wykorzystywania tej koparki na rzecz pierwszego z nich, kierowca koparki uważany jest za pomocnika nie wynajmującego, lecz najemcy (Düss VersR 79, 674; BauR 96, 136).

⁵⁸³ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 590.

co do rodzaju i celu zadaniem, którego wykonanie powierzone zostało przez zwierzchnika pomocnikowi a zachowaniem tego ostatniego, które spowodowało wyrządzenie szkody w dobrach innego podmiotu⁵⁸⁴. Generalnie zatem póki zachowanie pomocnika nie wykracza poza zakres, a przynajmniej ogólne ramy powierzonego mu zadania, póty wchodzi w grę odpowiedzialność zwierzchnika za wyrządzone przez tego pomocnika szkody⁵⁸⁵. Dopuszczenie się zatem przez tego ostatniego umyślnego czynu karalnego, jak np. kradzieży, dla którego dokonania fakt realizowania określonej czynności stwarzał jedynie sposobność, wyklucza zaistnienie omawianej odpowiedzialności⁵⁸⁶. Z reguły także świadome i samowolne postępowanie pomocnika w sposób sprzeczny ze wskazówkami czy poleceniami zwierzchnika pozwala na zakwalifikowanie aktywności tego pierwszego jako mieszczącej się poza kręgiem zleconych mu zadań⁵⁸⁷. Jednakże jeżeli działanie pomocnika stanowi nieprawidłowy sposób wykonania powierzonej mu czynności, wpisując się w nią jednak i niestanowiąc działania zupełnie od niej rodzajowo odmiennego, to, przy spełnieniu pozostałych przesłanek odpowiedzialności, obowiązek naprawienia szkody przez zwierzchnika może wchodzić w grę. Na tym tle szczególnie dużo problemów praktycznych rodzą sytuacje, w których pomocnik dopuszcza się określonego odstępstwa od wytyczonego mu przez zwierzchnika sposobu działania, co prowadzi do wyrządzenia szkody. Orzecznictwo w tym przedmiocie jest bardzo partykularne, a rozstrzygnięcia w znacznej mierze zależą od okoliczności poszczególnego przypadku⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ BGH NJW 1971, 31; BGHZ 11, 151; BGH NJW-RR 1989, 723.

⁵⁸⁵ BGH WM 77, 1169.

⁵⁸⁶ Ffm ZIP 97, 18; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 284. Trzeba jednak zauważyć, że reprezentowane jest też stanowisko odmienne, zgodnie z którym do przypisania odpowiedzialności zwierzchnikowi wystarcza, że powierzone pomocnikowi zajęcie znacznie ułatwiało wyrządzenie przez tego ostatniego szkody. Przejawem tego poglądu mogą być np. orzeczenia, w których uznano, że możliwa jest odpowiedzialność właściciela firmy rozbiórkowej za szkodę wyrządzoną przez to, że jej pracownik dopuścił się kradzieży materiałów rozbiórkowych (BGHZ 11, 151; podobnie OLG Hamburg VersR 1983, 352). Niekiedy wprost uważa się, że odpowiedzialność zwierzchnika za czyny przestępcze jego pomocników, np. działania zmierzające do oszustwa, stanowi istotny zakres zastosowania § 311 BGB (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 480).

⁵⁸⁷ BGH 49, 19.

⁵⁸⁸ Np. nie zawsze korzystanie przez pomocnika z pojazdu w zakazany przez zwierzchnika sposób będzie skutkować wyłączeniem odpowiedzialności tego ostatniego (BGH VersR 1966, 1074; BGH NJW 1971, 31). § 311 BGB będzie znajdował zastosowanie jeszcze wtedy, gdy pomocnik będący kierowcą poczyni odstępstwa od poleceń udzielonych mu odnośnie do trasy jazdy, jednakże już nie wówczas, kiedy wbrew uprzedniemu wyraźnemu zakazowi zwierzchnika podwozi on swojego znajomego samochodem należącym do tego zwierzchnika, co prowadzi do wyrządzenia szkody (BGH NJW 1965, 391).

Nadto, jak już zasygnalizowano powyżej, zgodnie z brzmieniem § 831 ust. 1 zd. 1 BGB szkoda musi tu zostać wyrządzona przez pomocnika bezprawnie. Ustawodawca nie postawił tu natomiast wymogu, aby musiało to nastąpić także w sposób zawiniony⁵⁸⁹. W doktrynie właściwie zgodnie wskazuje się, że bezprawność wchodzi tu w grę wówczas, gdy wypełnione zostały przez pomocnika obiektywne znamiona określonego czynu niedozwolonego⁵⁹⁰. Da się jednak w literaturze przedmiotu zaobserwować dwa odmienne ujęcia bezprawności, omawiane już powyżej. Mianowicie niektórzy autorzy odnoszą bezprawność do rezultatu działania pomocnika, natomiast inni poddają ocenę pod kątem bezprawności jego zachowanie. Pierwszy z tych poglądów można określić jako tradycyjny⁵⁹¹, natomiast drugi z nich zdaje się coraz częściej pojawiać w nowszej literaturze. Niemniej jednak wskazuje się, że najczęściej na tle innych deliktów rozróżnienie to nie ma aż tak istotnego znaczenia praktycznego, albowiem rozumowanie z uwzględnieniem obydwu tych teorii prowadzi do zbliżonych rezultatów. Co istotne, podkreśla się, że właśnie § 831 BGB stanowi taki przypadek, w którym zastosowanie tych teorii może prowadzić do zupełnie odmiennych rezultatów. Zgodnie bowiem z pierwszą z nich wystarczy, że pomocnik dopuści się naruszenia któregoś z prawnie chronionych interesów, czyli że poszkodowany dowiedzie, że doznał szkody wskutek działania pomocnika określonego zwierzchnika i wówczas już samo to wystarczy do przyjęcia domniemania winy tego ostatniego zgodnie z § 831 BGB. Wtedy to już na zwierzchniku spoczywać będzie ciężar ewentualnego przeprowadzenia dowodu co do okoliczności ekskulpujących go od odpowiedzialności. Odmienne, w razie posłużenia się drugą ze wspomnianych teorii bezprawności, naruszenie przez pomocnika któregoś z prawnie chronionych interesów powoda nie będzie samo w sobie skutkowało przyjęciem, że było ono bezprawne. Do tego konieczne jest tu ponadto, aby pomocnik nie dopełnił standardu staranności wymaganego w danych okolicznościach. O bezprawności będzie tu więc można mówić dopiero wówczas, gdy zachowanie pomocnika stano-

⁵⁸⁹ Stąd również w doktrynie wskazuje się, że zawinienie pomocnika nie jest tu wymagane (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 479).

⁵⁹⁰ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 412; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 997; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 369; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 83.

⁵⁹¹ Co nie oznacza wcale, że nadal nie jest on reprezentowany, np. V. Emmerich na tle § 831 ust. 1 zd. 1 BGB wskazuje właśnie, że zwierzchnik jest tu zobowiązany do naprawienia szkody wówczas, gdy jego pomocnik przy wykonywaniu powierzonej mu czynności wyrządzi bezprawnie szkodę osobie trzeciej (tenże, *BGB - Schuldrecht...*, s. 314).

wiło złamanie któregoś z ciążących na nim obowiązków staranności, a przy tym naruszenie określonego prawnie chronionego dobra poszkodowanego. W konsekwencji przyjęcia drugiej ze wskazanych teorii, poszkodowany będzie musiał zatem dowieść obydwu tych okoliczności i dopiero gdy to uczyni będzie mogło wchodzić w grę domniemanie winy zwierzchnika⁵⁹². Judykatura, podobnie jak doktryna, także zdaje się coraz częściej przychylić do drugiej z tych teorii⁵⁹³, przyjmując, że zgodnie z celem ochronnym normy (*Schutzzweck der Norm*) zwierzchnik nie ponosi wobec poszkodowanego odpowiedzialności na podstawie § 831 BGB pomimo bezprawności wyrządzenia szkody przez pomocnika tego zwierzchnika, kiedy tenże pomocnik działał obiektywnie bezbłędnie, to znaczy gdy zachowywał on się tak, jak każda właściwie i rozsądnie postępująca osoba ze starannością wybrana i nadzorowana⁵⁹⁴.

Odpowiedzialność zwierzchnika na gruncie omawianego przepisu opiera się na zasadzie domniemanej winy, które to domniemanie jest przyjmowane przy wypełnieniu wskazanych powyżej przesłanek tej odpowiedzialności. Dokładniej rzecz ujmując w istocie ustawodawca ustanowił tu dwa domniemania. Pierwszym z nich jest domniemanie własnej winy zwierzchnika⁵⁹⁵ przy wyborze⁵⁹⁶, nadzorze i kierowaniu pomocnikami lub przy dostarczeniu im niezbędnych urządzeń i sprzętu. Drugim natomiast jest domniemanie istnienia związku przyczynowego pomiędzy zawinieniem zwierzchnika

⁵⁹² B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 698-699.

⁵⁹³ BGHZ 24, 21, choć w tym przypadku specyficznie z oryginalnym ukształtowaniem ciężaru dowodu. Mianowicie przychyliając się do koncepcji badania bezprawności zachowania wymagano od poszkodowanego powoda udowodnienia tylko naruszenia przez pomocnika któregoś z jego prawnie chronionych dóbr, natomiast to zwierzchnik chcąc się zwolnić z odpowiedzialności miał wykazać, że zachowanie jego pomocnika było prawidłowe w tych okolicznościach i co za tym idzie, nie może być uznane za bezprawne (co mu się nota bene nie powiodło).

⁵⁹⁴ BGH VersR 75, 447; BGH NJW-RR 88, 38.

⁵⁹⁵ W literaturze przedmiotu pojawia się też stanowisko, zgodnie z którym ustanowione jest tu nie tylko domniemanie zawinienia zwierzchnika, ale także domniemanie zaistnienia po jego stronie naruszenia obowiązku zachowania się. Wówczas przyjmuje się, że obowiązek zachowania się polegałby na tym, że nie można angażować do wykonania poszczególnych zadań pracowników, którzy są zawodni albo z innych przyczyn powierzanie im określonych czynności nie jest wskazane. W sytuacji, w której zwierzchnik nie mógł rozpoznać takiej wady pomocnika, gdyż np. ten ostatni sfałszował poprzednie świadectwo pracy, to wprowadzie zwierzchnik narusza obowiązek zachowania się, niemniej jednak nie można postawić mu zarzutu zawinienia i w związku z tym nie będzie on wtedy ponosił odpowiedzialności na podstawie § 831 BGB (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 475-476).

⁵⁹⁶ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 202.

a wyrządzoną podmiotowi trzeciemu szkodą⁵⁹⁷. Obydwa te domniemania mogą być obalone przez zwierzchnika. Mianowicie zgodnie z § 831 ust. 1 zd. 2 BGB nie będzie on ponosił odpowiedzialności wówczas, gdy wykaże jedną z dwóch okoliczności. Może on to uczynić dowodząc, że wykazywał należyłą staranność przy wyborze pomocnika, kierowaniu nim oraz dostarczaniu mu odpowiedniego sprzętu albo też że szkoda byłaby powstała także wówczas, gdyby dopełnił on należycie tych wskazanych, ciężących na nim obowiązków staranności. Będzie on tym samym zmierzał odpowiednio albo do obalenia domniemania winy, albo domniemania istnienia związku przyczynowego. Skuteczne przeprowadzenie przez zwierzchnika któregoś z tych dowodów odciążających (*Entlastungsbeweis*) skutkować będzie niemożliwością nałożenia na niego obowiązku naprawienia szkody na podstawie omawianego unormowania.

O ile wymogi, jakie muszą być spełnione celem wzruszenia drugiego z tych domniemań, nie budzą większych wątpliwości w praktyce, o tyle przeprowadzenie dowodu ekskulpującego prowadzącego do obalenia domniemania winy zwierzchnika rodzi szereg problemów. Przede wszystkim należy bowiem zauważyć, że nie istnieje jeden wzorzec postępowania z należyłą starannością, który pozwalałby na ocenę zachowania zwierzchników we wszystkich rozpatrywanych sprawach. Przeciwnie, właściwie za każdym razem dopełnienie odmiennych obowiązków uważane będzie za właściwe zrealizowanie wymogów staranności. Miara i wielkość obowiązku staranności ciężącego na zwierzchniku zależna jest bowiem od obiegowych opinii w tej kwestii oraz od specyfiki poszczególnego przypadku⁵⁹⁸. Generalnie można jedynie poczynić spostrzeżenie, że im większe jest niebezpieczeństwo wiążące się z wykonaniem określonego zadania, tym wyższe są wymagania stawiane w odniesieniu do obowiązków staranności, jakich powinien dopełnić zwierzchnik⁵⁹⁹. Obowiązki te wzrastają tym bardziej, im bardziej skomplikowane i odpowiedzialne jest zajęcie wykonywane przez pomocnika⁶⁰⁰. Dlatego też wszędzie tam, gdzie okoliczności te występują, np. w zawodzie lekarza, kierowcy czy konwojenta wartościowych przedmiotów, nie wystarczy, że osoby

⁵⁹⁷ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 996.

⁵⁹⁸ BGH NJW-RR 96, 867. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zakres wymaganej od zwierzchnika staranności zależy nie tylko od rodzaju czynności powierzonej pomocnikowi, ale także od wieku, doświadczenia, samodzielności i niezawodności tego ostatniego (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 594).

⁵⁹⁹ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 370.

⁶⁰⁰ Köln NJW-RR 97, 471.

wykonujące daną czynność będą posiadały konieczną znajomość rzeczy i techniczną zręczność, lecz stawia się tu ponadto wymóg, aby miały one również określone cechy moralne, takie jak roztropność, siłę charakteru czy poczucie odpowiedzialności, co zapewnić ma wyeliminowanie z ich zachowania pochopnych poczynań i zabezpieczyć przed wyrządzeniem przez nich szkód innym⁶⁰¹. Stąd też dobór właściwych osób do wykonania określonego zadania jest tak istotny, a wymagania stawiane zwierzchnikowi, jeśli chce on wykazać staranne dokonanie tego wyboru, bywają nieraz bardzo restrykcyjne. Niekiedy uznaje się nawet za konieczne uprzednie sprawdzenie kompetencji danej osoby w praktyce⁶⁰². Co więcej, wykazanie przez zwierzchnika staranności przy angażowaniu danej osoby nie jest jeszcze uznawane za wystarczające, zwłaszcza wtedy, gdy pomiędzy momentem zatrudnienia pomocnika a chwilą wyrządzenia szkody istnieje znacznie większa odległość czasowa. Wówczas decydujące znaczenie będzie miało to, czy także w czasie wyrządzenia szkody był on właściwie obserwowany i kontrolowany przez zwierzchnika. Od tego ostatniego wymaga się bowiem, aby nieustannie, a przynajmniej wielokrotnie i regularnie, poddawał weryfikacji to, czy dany pomocnik jest nadal zdolny do wykonywania określonej działalności. Ma to między innymi polegać na prowadzeniu przez zwierzchnika planowego, dyskretnego nadzoru i przeprowadzaniu niespodziewanych kontroli działań pomocnika⁶⁰³. Na tym tle zauważono jednak, że w przypadku większych przedsiębiorstw osobiste sprawowanie przez osobę je prowadzącą takiego ciągłego nadzoru nad wszystkimi zatrudnionymi przez nią pracownikami byłoby niezwykle trudne czy częstokroć wręcz niemożliwe. Dlatego też uznaje się za właściwe, żeby osoba taka wyznaczała pracowników średniego szczebla, tzw. pośredników lub łączników („*Zwischenpersonen*”, *Zwischenglieder*), jak np. dyrektorzy personalni, kierownicy działów czy majstrowie, którzy mieliby wybierać i nadzorować pozostałych pracowników. W związku z tym w praktyce dopuszczono możliwość zwolnienia się przez podmiot prowadzący takie duże przedsiębiorstwo z ponoszenia odpowiedzialności na podstawie

⁶⁰¹ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 998.

⁶⁰² BGH I, 383.

⁶⁰³ BGH LM (Dc) Nr 23; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 593-594. Może to polegać np. odniesieniu do pomocnika będącego kierowcą pojazdu mechanicznego na nadzorowaniu sposobu jego jazdy albo poprzez od czasu do czasu jechanie w prowadzonym przez niego pojeździe, albo przez dyskretnie obserwowanie jego jazdy z innego pojazdu mechanicznego (BGH VersR 84, 67). Niekiedy towarzyszy też temu wymóg okresowego poddawania pomocników lekarskiej kontroli ich stanu zdrowia pod kątem zachowywania przez nich należytej sprawności do wykonywania określonej działalności, np. pracy jako motorniczy tramwaju (BGH NJW 64, 2401).

§ 831 BGB dzięki wypracowanej w orzecznictwie konstrukcji tak zwanego zdecentralizowanego dowodu odciażającego (*dezentralisierter Entlastungsbeweis*). W jego ramach zwierzchnik będący podmiotem prowadzącym sporych rozmiarów zakład będzie zwolniony od odpowiedzialności już wówczas, gdy wykaże, że z należytą starannością wybrał, a następnie obserwował i nadzorował pracę jedynie tych pracowników średniego szczebla⁶⁰⁴. Natomiast już nienależyte dokonanie przez takiego pracownika wyboru innych, podległych mu „szeregowych” pracowników albo też niedostateczne nadzorowanie ich przez niego nie będzie już mogło prowadzić do jego odpowiedzialności na gruncie § 831 BGB⁶⁰⁵. Konstrukcja zdecentralizowanego dowodu odciażającego została jednak oceniona zdecydowanie negatywnie w literaturze przedmiotu. Z uwagi bowiem na stosunkową łatwość przeprowadzenia w jej ramach dowodu zwalnianego zwierzchnika z odpowiedzialności w sposób nieuzasadniony i uznawany za niesprawiedliwy społecznie faworyzowała duże przedsiębiorstwa, przez co § 831 BGB tracił walor unormowania nastawionego na ochronę poszkodowanego⁶⁰⁶. Ten ostatni łatwo mógł stracić w ten sposób możliwość dochodzenia odszkodowania od zwierzchnika i pozostawało mu wysuwanie roszczeń w stosunku do z reguły nieposiadającego zbyt dużych zasobów finansowych pracownika, który wyrządził szkodę. Podnoszono także, że wspomniana konstrukcja jest nieracjonalna z ekonomicznego punktu widzenia, ponieważ to zwierzchnik ma największą możliwość ubezpieczenia się, w tym niezbędne ku temu środki, a także rozłożenia kosztów ubezpieczenia w ramach prowadzonej przez siebie działalności przy minimalnej ich dystrybucji społecznej⁶⁰⁷.

Z powyższych powodów zaczęto poszukiwać alternatywnych rozwiązań, które pozwalałyby uniknąć wszystkich tych negatywnych konsekwencji zastosowania zdecentralizowanego dowodu odciażającego. Odbywało się to przede wszystkim w drodze dużej aktywności judykatury, która poszukiwała innych podstaw prawnych do rozstrzygania sporów omawianego typu. Przede wszystkim zaczęto obchodzić § 831 BGB przez od-

⁶⁰⁴ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 481-482; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 592; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 204.

⁶⁰⁵ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 370.

⁶⁰⁶ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 414; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 285; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 371; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 482. Ci ostatni autorzy podkreślają jednak przy tym, że *de lege lata* satysfakcjonujące rozwiązanie tego problemu nie zostało dotychczas odnalezione.

⁶⁰⁷ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 701.

woływanie się do tzw. braków w organizacji (*Organisationsmängel*). Mianowicie w przypadku, w którym do wyrządzenia szkody w prawnie chronionych dobrach podmiotu trzeciego doprowadziły nieprawidłowości w strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa, przyjmuje się, że obowiązany do naprawienia szkody jest zwierzchnik prowadzący to przedsiębiorstwo, z tym, że podstawą prawną jego odpowiedzialności deliktowej jest w tym przypadku już nie § 831 BGB, lecz § 823 ust. 1 BGB. Zwierzchnik odpowiada zatem za własne zawinione zachowanie, które przejawiało się w tym, że nie zadbał on należycie o właściwą organizację pracy w swoim przedsiębiorstwie, co w efekcie doprowadziło do wyrządzenia szkody. Nałożenie na niego odpowiedzialności uzasadnia się tu tym, że to właśnie na zwierzchniku spoczywa ciężar zatroszczenia się, między innymi poprzez wydawanie odpowiednich poleceń pracownikom, o to, by na skutek działalności zakładu i przebiegu pracy jego pracowników nie został poszkodowany podmiot trzeci⁶⁰⁸. Tu już zwierzchnikowi o wiele trudniej jest się zwolnić od odpowiedzialności, zwłaszcza że w przypadku, gdy nie jest możliwe ustalenie, który z jego pomocników wyrządził szkodę, musi on przeprowadzić dowód odciążający za wszystkie osoby będące jego pomocnikami, które mogły mieć styczność ze zdarzeniem, jakie doprowadziło do powstania szkody⁶⁰⁹. Ponadto unika się też możliwości przeprowadzenia przez zwierzchnika zdecentralizowanego dowodu odciążającego na gruncie § 831 BGB przez to, że rozstrzyga się sprawę w ogóle na podstawie prawa pracy, gdzie, najogólniej rzecz ujmując, pracownik, który wskutek niedbalstwa wyrządził szkodę osobie trzeciej ponosi wobec niej odpowiedzialność odszkodowawczą, zachowując możliwość wystąpienia następnie z roszczeniem regresowym z tego tytułu przeciwko swojemu pracodawcy, jeżeli szkoda wyrządzona została w ramach wykonywania pracy i przy spełnieniu określonych dalszych warunków. Innym sposobem jest tutaj wdrożenie odpowiedzialności osoby prawnej – prawa prywatnego (§ 31 BGB) lub publicznego (§ 89 BGB). Jest to możliwe wówczas, gdy dany czyn niedozwolony może być przypisany organowi takiej osoby prawnej (np. gdy został dokonany przez członków jej zarządu) albo innemu ważnie powołanemu jej reprezentantowi. Co istotne, osoba prawna nie ma tu możliwości przeprowadzenia dowodu odciążającego. Rozstrzyganie na tej podstawie prawnej znajduje coraz szersze zastosowanie, zwłaszcza z uwagi na to, że sądy stosują rozszerzającą wykładnię pojęcia „innego ważnie powołanego reprezentanta”, przypisując osobie prawnej nie tylko działania jej organów mających prawne umocowanie do dokonywania

⁶⁰⁸ BGH MDR 68, 139; BGH NJW 1956, 1106; BGH NJW 1971, 1313.

⁶⁰⁹ BGH VersR 71, 1021.

czynności prawnych, ale także poczynania innych jej reprezentantów, mających prawo do podejmowania samodzielnych decyzji w ich własnej sferze pracy i podległych instrukcjom o generalnym jedynie charakterze, choćby nawet akt założycielski osoby prawnej nie zawierał specyfikacji zakresu ich uprawnień do jej reprezentowania⁶¹⁰, a nawet skutki zachowań osób powołanych do działania *ad hoc* w zastępstwie osób, które powinny reprezentować osobę prawną zgodnie z jej statutem⁶¹¹. Bardzo często sądy podejmują także rozstrzygnięcia w oparciu o § 278 BGB, zgodnie z którym dłużnik jest odpowiedzialny za zawinione zachowanie jego statutowego przedstawiciela oraz osób, które zatrudnił do wykonania swojego zobowiązania, w takim samym zakresie, jak za swoją własną winę. Nie znajduje tu przy tym zastosowania § 276 ust. 2 BGB, na mocy którego dłużnik nie mógłby być zwolniony uprzednio od odpowiedzialności za lekkoomyślność. Oczywiście z uwagi na to, że § 278 BGB dotyczy odpowiedzialności kontraktowej, znajduje on jedynie odpowiednie zastosowanie w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej, przy czym jako dłużnik traktowany jest zwierzchnik pomocnika, który wyrządził szkodę. Nadto szerokie ujęcie zakresu podmiotowego we wspomnianym unormowaniu umożliwia przypisanie zwierzchnikowi odpowiedzialności także za szkody wyrządzone przez osoby pomagające mu, ale niebędące w sensie ścisłym pomocnikami w rozumieniu § 831 BGB. W przeciwieństwie do tego ostatniego przepisu korzystniejsze bywa także dla poszkodowanego ukształtowanie ciężaru dowodu na tle § 278 BGB⁶¹². Niemniej jednak możliwość zastosowania na gruncie deliktowym tego unormowania jest ograniczona z uwagi na to, iż warunkowana jest ona istnieniem pomiędzy stronami więzi kontraktowej, a właściwie relacji kreującej zobowiązanie (*Schuldverhältnis*). W praktyce sądowej wychodzi się mimo to poza te ograniczenia poprzez przyjmowanie istnienia takiej więzi często już na etapie przedkontraktowym⁶¹³ oraz rozszerzanie zastosowania wskazanego przepisu także na inne osoby niż bezpośrednio kontraktujące ze sobą strony⁶¹⁴. Należy przy tym zauważyć, że odwoływanie się w tym zakresie do § 278 BGB spotyka się ostatnio z coraz mniejszym uznaniem⁶¹⁵.

⁶¹⁰ BGHZ 49, 19, 21.

⁶¹¹ RGZ 157, 228, 235.

⁶¹² BGHZ 66, 51; BGH NJW 1976, 712.

⁶¹³ Np. w przypadku żądania okazania towaru, którego zakup się rozważa i pokazania tego towaru przez sprzedawcę (RGZ 78, 239).

⁶¹⁴ Tak m.in. w stosunku do córki potencjalnej nabywczyni towaru, pomagającej jej w zakupach (BGH NJW 1976, 712).

⁶¹⁵ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 205.

Wszystkie te sposoby mają służyć zapewnieniu większej ochrony poszkodowanego przez niedopuszczenie do tego, aby zwierzchnik mógł się zwolnić od odpowiedzialności za pomocą zdecentralizowanego dowodu odciążającego dopuszczalnego na gruncie § 831 BGB. Należy jednak wskazać, że dotychczasowe rozważania toczyły się na tle początkowej części § 831 ust. 1 zd. 2 BGB. W odniesieniu do niej przyjmuje się, że z założenia ciąży na zwierzchniku obowiązek należytego wyboru osoby pomocnika, a następnie, o czym już była mowa, właściwego obserwowania i nadzorowania jego pracy. Należy jeszcze raz to przywołać, aby uwypuklić istotną różnicę, jaka ujawnia się w obszarze obowiązku dowodowego. Mianowicie w dalszej części powołanego przepisu jest jeszcze mowa o obowiązku dostarczenia przez zwierzchnika sprzętu i urządzeń oraz o obowiązku kierowania wykonaniem zadania. Zwraca uwagę, że ustawodawca stawia tu zwierzchnikowi wymogi co do staranności tylko, jeśli miał on dostarczyć urządzenia lub sprzęt bądź kierować wykonaniem czynności. Sformułowanie to interpretuje się w ten sposób, że obowiązki te nie ciąży na zwierzchniku zawsze, lecz ich istnienie rozważane powinno być na tle każdej sprawy osobno. Decydujące znaczenie mają tu okoliczności poszczególnego przypadku oraz zwyczaj postępowania w danej sytuacji. Co jeszcze bardziej istotne, ciężar udowodnienia, że któryś z tych obowiązków spoczywał na zwierzchniku, ciąży na poszkodowanym⁶¹⁶.

VIII. Odpowiedzialność zobowiązanego do nadzoru za szkody wyrządzone przez jego podopiecznych

Kwestię odpowiedzialności deliktowej osób zobowiązanych do nadzoru reguluje z kolei § 832 BGB. Zgodnie z jego ust. 1 ten, kto jest z mocy ustawy zobowiązany do sprawowania nadzoru nad osobą, która z powodu małoletniości lub z powodu jej stanu umysłowego lub cielesnego wymaga nadzoru, ma obowiązek naprawienia szkód, które osoba ta bezprawnie wyrządzi podmiotowi trzeciemu. Obowiązek odszkodowawczy nie powstaje, kiedy zobowiązany do nadzoru uczynił zadość obowiązkowi nadzoru albo kiedy szkoda powstałaby także przy należyтым sprawowaniu nadzoru. Taka sama odpowiedzialność ciąży na podstawie ust. 2 § 832 BGB na tym, kto przejął sprawowanie nadzoru w drodze umowy.

Dominujący pogląd przyjmuje, że ustawodawca ustanowił w ten sposób dwa domniemania, a mianowicie domniemanie winy nadzorującego i domniemanie istnienia

⁶¹⁶ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 998; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 413.

związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zawinionym zachowaniem nadzorującego a wyrządzeniem szkody przez osobę nadzorowaną. Pierwsze z tych domniemań odnosi się zatem do naruszenia przez zobowiązanego do nadzoru ciężącego na nim obowiązku nadzoru w sposób zawiniony w ten sposób, że w konkretnym przypadku całkowicie lub częściowo zaniechał on podjęcia wymaganych działań. Drugie natomiast nakazuje przyjmować, że to właśnie naruszenie obowiązku nadzoru jest w danej sytuacji przyczyną powstania szkody. Obydwa te domniemania są przy tym wzruszalne, wobec każdego z nich otwarta jest możliwość prowadzenia przez zobowiązanego do nadzoru dowodu odciążającego, mogącego uwolnić go od obowiązku naprawienia szkody.

Należy zauważyć, że w literaturze przedmiotu pojawia się jednak także dalej idący pogląd, zgodnie z którym w § 832 BGB ustanowione zostało nie tylko domniemanie winy podmiotu zobowiązanego do nadzoru, lecz także domniemanie naruszenia przez niego ciężącego na nim obowiązku zachowania się (*eine Vermutung für die Pflichtverletzung und das Verschulden des Sicherungspflichtigen*). Uzasadnia się to tym, że osoba wymagająca nadzoru z uwagi na jej cechy, które przesądzają o potrzebie sprawowania nad nią tego nadzoru, stanowi zasadniczo źródło zagrożenia, przejawiające się przede wszystkim w możliwości wyrządzenia szkód w dobrach podmiotów trzecich. Obowiązek troszczenia się o przeciwdziałanie urzeczywistnieniu się tego zagrożenia spoczywa na zobowiązanym do nadzoru, jako osobie z reguły predestynowanej do jego opanowania ze względu na możliwości oddziaływania na osobę poddaną nadzorowi. Domniemane w tej sytuacji byłoby więc w stosunku do sprawującego nadzór naruszenie przez niego obowiązku zachowania się (*Verkehrspflichtverletzung*) poprzez nieczynienie, to jest nieuczynienie zadość obowiązkowi nadzoru⁶¹⁷.

Odpowiedzialność deliktowa ciąży tutaj na podmiocie zobowiązanym do sprawowania nadzoru nad inną osobą, która takiego nadzoru wymaga ze względu na swą małoletniość albo też stan psychiczny lub cielesny. W odniesieniu do małoletnich nadzór ten obowiązuje zawsze i jego istnienie nie jest uzależnione od okoliczności faktycznych poszczególnego przypadku⁶¹⁸, które mogą co najwyżej wpływać na modyfikację zakresu i rodzaju wymaganego w określonej sytuacji nadzoru⁶¹⁹. Natomiast stan psychiczny lub

⁶¹⁷ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 485.

⁶¹⁸ BGH NJW 76, 1145.

⁶¹⁹ Choć w orzecznictwie wskazano, że np. korzystanie przez dziecko z publicznego placu zabaw nie powoduje żadnego szczególnego zwiększenia obowiązków w zakresie dbania o jego bezpieczeństwo ze strony jego przedstawicieli ustawowych (BGH NJW 1988, 2667 [w:] H. Schack, H.P. Ackmann, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht*, München 1993, s. 247-252).

cielesny danej osoby wskazuje na konieczność poddania jej nadzorowi kogoś innego wówczas, gdy przemawia za tym choroba, na którą cierpi, upośledzenie umysłowe lub fizyczne, w tym fakt, że jest np. epileptykiem czy osobą niewidomą⁶²⁰. Taki obowiązek sprawowania nadzoru może obciążać określony podmiot z mocy ustawy albo umowy. Ten pierwszy przypadek dotyczy przede wszystkim rodziców w stosunku do ich małoletnich dzieci⁶²¹, opiekuna sądowego i kuratora w stosunku do podopiecznego⁶²² oraz nauczycieli zawodu wobec małoletnich uczniów w tym zawodzie⁶²³. W tej ostatniej sytuacji czyni się jednak zastrzeżenie, że nauczyciel zawodu jest zobowiązany do pełnego nadzoru nad uczniem tylko wtedy, gdy przyjął on go do swojej wspólnoty domowej, zakwaterował i objął nad nim opiekę, natomiast gdy nie ma to miejsca, jego obowiązek nadzoru ogranicza się jedynie do godzin otwarcia zakładu i zakresu jego działań⁶²⁴. Oprócz tego, jak już wspomniano, źródłem obowiązku nadzoru może być także umowa. Nie jest istotne, czy jest ona odpłatna czy nieodpłatna, zawarta na krótki odcinek czasu czy też na dłużej⁶²⁵. Przyjmuje się, że może być ona zawarta także w sposób dorozumiany, byleby dany podmiot wykazywał właściwości przejmującego opiekę, a więc by zakładane było sprawowanie nadzoru o dłuższym czasie trwania i znaczących możliwościach oddziaływania na nadzorowanego. Dotyczy to między innymi rodziców zastępczych, domów dziecka, opiekunek do dzieci, krewnych, u których dziecko dłużej przebywa⁶²⁶, lekarzy i personelu pielęgniarskiego w klinice psychiatrycznej⁶²⁷, przed-

⁶²⁰ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 998; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 999.

⁶²¹ § 1626 BGB, § 1631 BGB, § 1671 BGB, § 1757 BGB, § 1765 BGB. Obowiązek nadzoru odpada jednak w razie odebrania prawa do osobistej opieki nad małoletnim (Düss NJW 59, 2120).

⁶²² § 1793 BGB, § 1797 BGB, § 1800 BGB, § 1909 BGB, § 1915 BGB. Obowiązek nadzoru tych dwóch podmiotów w stosunku do małoletniego trwa tak długo, jak przekazane im są opieka i wychowanie go, nie obejmują natomiast czasu, kiedy małoletni z uwagi na udzielony mu urlop, urlop naukowy, lub też jego zawieszenie albo ucieczkę z zakładu powrócił do zobowiązanych do nadzoru np. rodziców (RG 98, 247).

Należy podkreślić, że w przeciwieństwie do powyżej wskazanych, żaden obowiązek nadzoru nad dzieckiem nie spoczywa ani na doradcy prawnym, ani na opiece nadzorującym (§ 1712 BGB, § 1792 BGB).

⁶²³ § 6 i § 9 BerufsbildungG.

⁶²⁴ BGH VersR 58, 549; Köln MDR 57, 227. Przy tym należy zauważyć, że w razie naruszenia obowiązku nadzoru przez nauczyciela szkoły publicznej zastosowanie znajdzie nie § 832 BGB, lecz § 839 BGB (BGH 13, 25).

⁶²⁵ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 998; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 1000.

⁶²⁶ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 486-487.

⁶²⁷ BGH NJW 85, 677; BGH NJW 84, 2574.

szkoli, internatów szkolnych, szpitali⁶²⁸, poprawczaków⁶²⁹, sanatoriów czy zakładów opiekuńczych⁶³⁰. Do przejścia obowiązku nadzoru nie wystarcza jednak jedynie jego faktyczne przejęcie, przykładowo podczas krótkotrwałej wizyty dziecka u krewnych czy w domu rodziców innego dziecka, z którym się bawi⁶³¹.

Zgodnie z brzmieniem § 832 BGB osoba wymagająca nadzoru musi wyrządzić szkodę bezprawnie. Jej zachowanie powinno więc wypełniać obiektywne znamiona któregoś z czynów niedozwolonych w § 823 i n. BGB⁶³². Ustawa natomiast nie wymaga, aby jego zachowanie musiało być zarazem zawinione. Wymogu takiego nie stawia się wobec tego ani w doktrynie⁶³³, ani w orzecznictwie⁶³⁴. Dlatego też wskazuje się, że bez znaczenia jest tutaj brak zdolności do ponoszenia odpowiedzialności cywilnoprawnej z tytułu czynów niedozwolonych (*Deliktsunfähigkeit*)⁶³⁵.

W takim przypadku bezprawnego wyrządzenia szkody przez osobę wymagającą nadzoru wchodzi w grę odpowiedzialność podmiotu zobowiązanego do nadzoru oparta na wskazanych powyżej domniemaniach. Zobowiązany do nadzoru może uwolnić się od obowiązku naprawienia szkody albo przez obalenie domniemania jego winy w nadzorze, a więc dzięki wykazaniu, że spełnił on w sposób należyty ciężący na nim obowiązek nadzoru, albo też poprzez wykazanie braku przyczynowej roli zawinienia, to jest za sprawą dowiedzenia, że szkoda powstałaby także przy należyтым sprawowaniu nadzoru⁶³⁶. O ile obalenie tego drugiego domniemania nie rodzi większych problemów w praktyce, o tyle sytuacja w przypadku pierwszego z nich jest dużo bardziej skomplikowana. Przyjmuje się,

⁶²⁸ BGH Fam RZ 76, 210.

⁶²⁹ Hgb NJW-RR 88, 799.

⁶³⁰ Kblz NJW-RR 97, 345.

⁶³¹ BGH DB 68, 1446; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 486. Ci ostatni autorzy wskazują, że w takiej sytuacji może ewentualnie wchodzić w grę odpowiedzialność na podstawie § 823 BGB.

⁶³² V. Emmerich, *BGB - Schuldrecht...*, s. 317; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 486; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 286; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 72; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 594.

⁶³³ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 486.

⁶³⁴ MüFamRZ 97, 740.

⁶³⁵ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 998; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 1000.

⁶³⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 287; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 998; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 1001. W tym ostatnim miejscu podkreśla się, że tu samo wskazanie na możliwość, że wypadek powodujący szkodę zdarzyłby się też przy wypełnieniu obowiązku nadzoru, nie jest wystarczające.

że wówczas zobowiązany do nadzoru powinien szczegółowo i konkretnie wykazać, jakie kroki przedsięwziął celem wypełnienia spoczywającego na nim obowiązku nadzoru⁶³⁷. To, jaki poziom nadzoru sąd uzna za wystarczający w danym przypadku, zależy od szeregu różnorodnych czynników, przede wszystkim takich jak: wiek osoby podlegającej nadzorowi, cechy jej osobowości, charakter, przewidywalność możliwości dopuszczenia się przez nią szkodzącego zachowania. Bierze się też pod uwagę to, co rozsądni rodzice zgodnie z racjonalnymi wymaganiami powinni przedsięwziąć w ramach niezbędnych i dostosowanych do możliwości działań celem zapobieżenia wyrządzeniu przez ich dziecko szkody osobie trzeciej⁶³⁸. Istotne jest tu także usposobienie nadzorowanego oraz jego uprzednie zachowanie, przy czym znaczenie ma zarówno to, czy było ono nienaganne, czy też sprawiał on już wcześniej problemy⁶³⁹. Przy tym nadzór powinien być tym intensywniejszy, im mniejszy jest osiągany w stosunku do dziecka sukces wychowawczy⁶⁴⁰. Nie bez znaczenia jest tu również rodzaj czynności podejmowanej przez dziecko. Stawiane rodzicom wymagania co do pouczenia i czuwania nad poczynaniami tego ostatniego są bowiem tym wyższe, im większe ryzyko spowodowania szkody niesie ze sobą aktywność dziecka⁶⁴¹. Ostatecznie ocena tego, czy nadzór sprawowany był należyście, dokonywana

⁶³⁷ BGH NJW-RR 87, 13.

⁶³⁸ BGH NJW 93, 1003.

⁶³⁹ K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 486.

⁶⁴⁰ BGH NJW 84, 2574; BGH NJW 80, 1044; Düss NJW-RR 97, 343. W orzecznictwie wskazuje się w związku z tym m. in., że wymagany poziom nadzoru jest zdecydowanie podwyższony w odniesieniu do dzieci, u których na podstawie konkretnych poczynionych obserwacji stwierdzone zostały niebezpieczne skłonności (BGH NJW 97, 2047), np. do robienia złośliwych żartów czy nawet czynów karalnych, jak również wobec dzieci z zaburzeniami zachowania i skłonnością do agresji (BGH NJW 95, 3385) oraz ze skłonnościami do bawienia się niebezpiecznymi przedmiotami, np. zapalkami (BGH NJW 96, 1404).

⁶⁴¹ Wskazuje się m. in., że niezbędne jest pouczenie dziecka o niebezpieczeństwach związanych z posługiwaniem się pistoletem zabawką (Düss NJW-RR 98, 98), ogniem (MüVers 98, 723; BGH NJW 76, 1684; Nürnbg FamRZ 92, 549), zapalkami i zapalniczką (BGH NJW 90, 2553; BGH NJW 93, 1003) czy zimnymi ogniami (Hamm VersR 98, 722), a także sprawowanie szczególnego nadzoru w przypadku prowadzenia przez dziecko pojazdu mechanicznego (BGH VersR 52, 238; Mü MDR 84, 757; w tym odebranie dziecku dokumentów pojazdu niezwłocznie po zezwolonej jeździe – Celle NJW 66, 302), roweru (Oldbg MDR 62, 736) czy hulajnogi (BGH VersR 68, 301). Niekiedy konieczne jest wprost stosowanie zakazów, np. zabronienie używania zabawek zagrażających bezpieczeństwu innych dzieci (BGH FamRZ 64, 84) czy ścigania się przez dziecko na rowerze po drodze publicznej (BGH VersR 61, 838). Należy bowiem zauważyć, że w zależności od okoliczności wymaga się od rodziców raz jedynie pouczenia i upominania, kiedy indziej kontrolowania i towarzyszenia zakazów, a czasem nawet udaremniania określonych zachowań dziecka (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 487).

jest na gruncie okoliczności każdego poszczególnego przypadku⁶⁴². Należy przy tym zauważyć, że ostatnio w judykaturze coraz silniej wyłania się tendencja do stawiania rodzicom realistycznych wymagań, uwzględniających z jednej strony fakt wykonywania pracy zawodowej i związany z tym brak możliwości nieustannego nadzorowania dzieci⁶⁴³, a z drugiej strony biorących też pod uwagę ograniczony zakres wpływu rodziców na prawie pełnoletnie dzieci⁶⁴⁴.

Stosownie do okoliczności poszczególnego przypadku określa się także zakres wymaganego nadzoru w stosunku do osób upośledzonych intelektualnie lub fizycznie. Bierze się tu oczywiście pod uwagę przede wszystkim ich swoiste cechy⁶⁴⁵, jak również skłonność do wyrządzania szkód, agresywnych zachowań oraz możliwe zagrożenia z ich strony dla osób trzecich, choćby nie ujawniły się dotychczas w skonkretyzowany sposób⁶⁴⁶. Podkreśla się jednak słusznie także potrzebę uwzględnienia przy tym konieczności poszanowania godności takiej osoby poddanej nadzorowi⁶⁴⁷.

IX. Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta

Problematyka ta regulowana jest przez § 833 i § 834 BGB. Zgodnie z pierwszym z tych unormowań w przypadku, kiedy zwierzę zabije człowieka, zrani go, spowoduje u niego powstanie uszczerbku na zdrowiu lub szkody na mieniu, obowiązek naprawienia wszelkich tych szkód spoczywa na tym, kto trzyma to zwierzę (§ 833 zd. 1 BGB). Ten obowiązek naprawienia szkody nie powstaje jednak, jeżeli dana szkoda zostanie wyrządzona przez domowe zwierzę, które przeznaczone jest do służenia wykonywaniu zawodu, działalności zarobkowej lub też utrzymaniu trzymającego je, jeśli albo wykazywał on przy nadzorowaniu tego zwierzęcia należyta staranność, albo też szkoda powstałaby także pomimo stosowania przez niego takiej staranności (§ 833 zd. 2 BGB).

⁶⁴² V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 317. Uznano m. in., że nie nastąpiło naruszenie obowiązku nadzoru w przypadku pozostawienia 11-letniego dziecka samego w mieszkaniu (BGH VersR 57, 131), pozwolenia 8-9-letniemu dziecku na zabawę na świeżym powietrzu na otwartej przestrzeni bez ciągłej obserwacji i bez możliwości natychmiastowej ingerencji ze strony rodziców (BGH NJW 84, 2574) czy zezwolenia 6 – letniemu mającemu prawo w jeździe na rowerze dziecku na jazdę tym rowerem bez osoby towarzyszącej po znanej mu okolicy (Celle NJW-RR 88, 216) lub puszczenie także 6-letniego dziecka samego bez osoby towarzyszącej do szkoły znaną mu trasą (Oldbg VersR 72, 54).

⁶⁴³ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 287; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 710.

⁶⁴⁴ BGH NJW 1980, 1044; BGH NJW 1993, 1003; BGHZ 111, 282.

⁶⁴⁵ BGH NJW 85, 677.

⁶⁴⁶ Kblz NJW-RR 97, 345.

⁶⁴⁷ Hamm NJW-RR 94, 863.

Na tle przytoczonego § 833 BGB zwraca uwagę, że w niemieckim porządku prawnym odpowiedzialność deliktowa za szkody wyrządzone przez zwierzęta nie jest oparta we wszystkich przypadkach na jednolitej zasadzie. W zdaniu pierwszym wskazanego unormowania ustanowiona została bowiem odpowiedzialność trzymającego zwierzę z tytułu zagrożenia przez nie powodowanego (*Gefährdungshaftung des Tierhalters*), a więc obowiązek naprawienia szkody znajduje tu uzasadnienie w zasadzie ryzyka. Natomiast już jego zdanie drugie statuuje odpowiedzialność opartą na zasadzie winy, a dokładniej winy domniemanej (*Haftung für vermutetes Verschulden*)⁶⁴⁸.

Taka dyferencjacja zasad odpowiedzialności pociąga za sobą liczne konsekwencje praktyczne. Warto chociażby wskazać na to, że w przypadku, w którym trzymający zwierzę nie posiada zdolności deliktowej, będzie ponosił odpowiedzialność określoną w § 833 zd. 1 BGB, natomiast wykluczona będzie możliwość nałożenia na niego obowiązku naprawienia szkody na podstawie § 833 zd. 2 BGB. W tym ostatnim przypadku ewentualnie znaleźć może zastosowanie § 829 BGB⁶⁴⁹.

Zwraca uwagę, że takie ukształtowanie odpowiedzialności deliktowej w omawianym zakresie stanowi wynik pewnej charakterystycznej ewolucji. Początkowo bowiem w projekcie BGB zakładano, że odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta powinna się opierać tylko na zasadzie winy. Ostatecznie jednak w toku procesu ustawodawczego parlament niemiecki przyjął w tym zakresie odpowiedzialność za zagrożenie, a więc rozwiązanie diametralnie odmienne od uprzednio projektowanego. Ten gwałtowny zwrot odnośnie do koncepcji ukształtowania omawianej odpowiedzialności doprowadził do tego, że po dzień dzisiejszy obowiązek naprawienia szkód wyrządzonych przez zwierzęta oparty na zasadzie ryzyka cechują w porównaniu z innymi przypadkami odpowiedzialności za zagrożenie pewne anomalie. Mianowicie przez długi czas był to jedyny przypadek odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, w którym możliwe było dochodzenie zadośćuczynienia za ból na podstawie § 847 BGB⁶⁵⁰, a nadto, w przeciwieństwie do większości innych reżimów odpowiedzialności opartej na tej zasadzie w prawie niemieckim, nie została tu określona żadna maksymalna kwota odszkodowania, jakie może

⁶⁴⁸ Niektórzy autorzy (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 596) ujmują to w ten sposób, że chodzi tu o odpowiedzialność na zasadzie winy z odwróceniem ciężaru dowodu (*Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr*).

⁶⁴⁹ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1001.

⁶⁵⁰ Należy zauważyć, że sytuacja ta zmieniła się z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 19 lipca 2002 r. (BGBl I 2674), na mocy której zmianie uległ § 253 BGB i w związku z tym dopuszczalne stało się dochodzenie roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę również w sytuacji, gdy pozwany ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

być dochodzone z tego tytułu (co niekoniecznie jest społecznie uzasadnione, jako że obowiązek naprawienia szkody częstokroć dotyczyć tu będzie osób trzymających psy lub koty w miastach, niedysponujących znacznymi zasobami majątkowymi i nieobjętych żadnym obowiązkowym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z tytułu szkód wyrządzonych przez ich zwierzęta trzymane w domu). Co więcej, wprowadzenie przez parlament takiego unormowania ustanawiającego odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka szybko zostało poddane krytyce ze strony przedstawicieli rolnictwa jako rozwiązanie zbyt surowe. W efekcie doprowadziło to do dodania w 1908 r. do § 833 BGB zdania drugiego, pozwalającego pod określonymi warunkami na ekskulpację w przypadku szkód wyrządzonych przez zwierzęta użytkowe⁶⁵¹.

Generalnie dla obu wskazanych przypadków odpowiedzialności należy wskazać, że chodzi tu o odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta. Wobec braku kodeksowej definicji legalnej tego ostatniego terminu przyjmuje się za miarodajne powszechnie przyjmowane językowe jego znaczenie, uznając, że chodzi tu o wszelkie organizmy żywe, niebędące ludźmi ani roślinami. Tak szerokie ujęcie generuje jednak niekiedy problemy, zwłaszcza w związku ze szkodami spowodowanymi przez mikroorganizmy, takie jak np. bakterie⁶⁵². Ponadto również stosunkowo szeroko rozumie się

⁶⁵¹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 419-420; K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 487; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 596; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 123. Ten ostatni autor zauważa jednak, że w ten sposób doszło do ukształtowania sytuacji, w której odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta częściowo opiera się na zasadzie winy, a częściowo na zasadzie ryzyka, co trudno uznać za rozwiązanie satysfakcjonujące, przede wszystkim z uwagi na to, że ta ostatnia dotyczy tylko zwierząt luksusowych i pozostają poza nią najbardziej istotne w praktyce szkody wyrządzane przez zwierzęta użytkowe. Nadto sytuacja taka generuje liczne i różnorodne, niepotrzebne problemy związane z definiowaniem zakresu pojęcia zwierzęcia domowego i tego, jakie zwierzęta powinny być tu zaliczane. Poza tym wskazuje się, że pożądane byłoby raczej równe traktowanie wszystkich przypadków dotyczących odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta, zwłaszcza, że funkcjonujące obecnie rozwiązanie stanowi wyraz koncepcji przeciwnej w stosunku do generalnej tendencji traktowania działalności gospodarczej w sposób bardziej rygorystyczny aniżeli prywatnych przedsięwzięć (Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 230).

⁶⁵² W tym zakresie istnieje znaczna rozbieżność poglądów. Niektórzy autorzy wykluczają w takim przypadku możliwość nałożenia odpowiedzialności na omawianej podstawie (H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1001), inni podnoszą, że może ona zaistnieć np. z tytułu zagrożenia hodującego bakterie w przypadku wydostania się ich z laboratorium w stosunku do osób postronnych (E. Deutsch, *Gefährdungshaftung für laborgezüchtete Mikroorganismen*, NJW 1976, 1137). Generalnie również dopuszczający odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez mikroorganizmy na podstawie § 833 BGB D. Medicus wskazuje, że nie grozi to niewłaściwym nadmiernym rozszerzeniem odpowiedzialności np. na chorych na gripę zarażających inne osoby w ich otoczeniu, albowiem zapobiegnie temu właściwe posługiwanie się pojęciem osoby trzymającej jako podmiotu ponoszącego odpowiedzialność. Wywodzi on bowiem, że za trzymającego zwierzę może być uznawany ten tylko, kto w sposób zamierzony przyjmuje i opiekuje się danym zwierzęciem, a więc za takiego nie można uznać chorego nosiciela bakterii lub wirusów, którymi został on zakażony (tenże, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 420-421).

wyrządzenie szkody przez zwierzę, zaliczając tu zarówno przypadki jego aktywnych zachowań (np. gryzienie), jak i sytuacje, gdy w sposób pasywny spowoduje ono powstanie szkody (np. położy się na drodze i ktoś się o nie potknie, a upadając dozna obrażeń)⁶⁵³. W orzecznictwie przyjmuje się, że należy uznawać, iż szkoda jest wyrządzona przez zwierzę wtedy, kiedy stanowi ona skutek nieprzewidywalnych zwierzęcych zachowań powodujących urzeczywistnienie się niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia i własności osób trzecich⁶⁵⁴. W literaturze przedmiotu kwestionuje się jednak coraz częściej prawidłowość posługiwania się formułą, zgodnie z którą wyrządzenie szkody powinno być wynikiem zwierzęcej nieprzewidywalności czy nieobliczalności (*Unberechenbarkeit*). Uzasadnia się to tym, że trzymający zwierzę ma właśnie dążyć do zapobieżenia wystąpieniu tych niebezpieczeństw, z jakimi powinien się liczyć człowiek przy danym zwierzęciu⁶⁵⁵. Pomimo bowiem, iż nie wynika to *expressis verbis* z treści § 833 BGB, nie budzi wątpliwości, że trzymający ponosi odpowiedzialność tylko za zagrożenie ze strony zwierzęcia (*Tiergefahr*). Chodzi tu zatem o te szkody, których wyrządzenie stanowi następstwo normalnego, typowego zagrożenia, jakie wiąże się z kontaktem z danym zwierzęciem. Dlatego też nawet świadome i dobrowolne narażenie się przez poszkodowanego na normalne niebezpieczeństwo ze strony zwierzęcia, np. przez ucznia szkoły jeździeckiej podczas nauki jazdy konnej⁶⁵⁶, nie wyłącza odpowiedzialności trzymającego zwierzę⁶⁵⁷. Może być ona jednak wykluczona już wtedy, kiedy osoba tymczasowo przejmująca zwierzę od podmiotu je trzymającego ma wiedzę o tym, że skorzystanie przez nią z tego zwierzęcia będzie się wiązało ze szczególnym zagrożeniem z jego strony⁶⁵⁸. Taką dyferencjację uzasadnia się tym, iż w tym drugim przypadku można dopatrywać się przejawu podjęcia przez poszkodowanego działania na własne

⁶⁵³ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 421.

⁶⁵⁴ BGH 67, 129; Köln VersR 93, 616; Hamm VersR 97, 1542; Düss NJW-RR 94, 92. Dlatego też § 833 BGB nie znajdzie zastosowania wówczas, gdy zwierzę zachowywało się posłusznie, zgodnie z wolą osoby, która nim kierowała (BGH NJW 52, 1329; Düss NJW-RR 86, 325). Będzie on natomiast wchodził w grę wtedy, gdy pomimo istnienia ludzkiego kierownictwa przyczyną powstania szkody było samowolne działanie zwierzęcia, np. w postaci skoku, ugryzienia czy uderzenia (BGH VersR 66, 1073; Düss VersR 81, 82; Mü VersR 81, 937).

⁶⁵⁵ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 421.

⁶⁵⁶ Köln NJW 74, 2051.

⁶⁵⁷ BGH NJW 82, 763.

⁶⁵⁸ Np. gdy jeździec uprosiwszy konia od jego posiadacza polepsza na nim swój kunszt jeździecki (BGH NJW 74, 234) lub bierze udział w konkursie skoków przez przeszkody (Ffm VersR 79, 961).

ryzyko, co może prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności trzymającego zwierzę, zwłaszcza wówczas, gdy poszkodowany w przeważającej mierze dla realizacji osobistego interesu przejął określone ryzyko, przekraczające zwykłe niebezpieczeństwo związane z wykorzystaniem danego zwierzęcia, np. normalnie wiążące się z jazdą konną, jak podjęcie jazdy na widocznie wzburzonym koniu itp.⁶⁵⁹ Podobnie przyjmuje się, że odpowiedzialność trzymającego zwierzę nie ma miejsca wówczas, gdy poszkodowany zachowywał bezpośrednią możliwość wpływu na zwierzę i czynił to przy tym głównie we własnym interesie lub celem wykonywania swego zawodu⁶⁶⁰.

Omawiana odpowiedzialność może zostać wyłączona na podstawie umowy, także zawartej w sposób konkludentny. Nadto możliwe jest zastosowanie § 254 BGB w razie wystąpienia nieostrożności po stronie osoby używającej danego zwierzęcia⁶⁶¹. W tym ostatnim przypadku bierze się pod uwagę z jednej strony niebezpieczeństwo grożące ze strony zwierzęcia, a z drugiej miarę winy poszkodowanego. Przyjmuje się przy tym, że zawinione zachowanie poszkodowanego ma miejsce wtedy, gdy nie wykazywał on w swoim zachowaniu staranności, o jakiej przestrzeganie dba zwyczajny rozumny człowiek po to, by uchronić się przed szkodami⁶⁶².

⁶⁵⁹ BGH NJW 92, 2474; BGH NJW 77, 2158.

⁶⁶⁰ Chodzi tu m. in. o trenera, dżokeja, wypożyczającego zwierzę na dłuższy czas. Dlatego też klub jeździecki będący instytucją użyteczności publicznej nie ponosi odpowiedzialności w stosunku do swojego członka (Celle Nds RPfl 82, 11), ale już szkoła jeździecka w stosunku do swojego ucznia korzystającego z jej usług odpłatnie – tak (Düss NJW 75, 1892). Odpowiedzialność trzymającego zwierzę istnieje także np. w stosunku do poszkodowanego weterynarza, pracującego w ramach umowy o pracę opiekuna zwierząt, koniuszego, poganiacza bydła, a także kowala (BGH NJW 68, 1932) i jego pomocnika (Mü NJW-RR 91, 478).

⁶⁶¹ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 422; H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1001. Należy zauważyć, że w orzecznictwie wyraźnie podkreślono, iż dla przyjęcia, że nastąpiło umowne wyłączenie odpowiedzialności nie wystarczy, że na stajni wywieszona była tabliczka z napisem „Jazda konna na własne ryzyko” i zostało wygłoszone tak też brzmiące ustne oświadczenie (KG NJW-RR 86, 326).

⁶⁶² BGH LM Nr 3a. Co więcej, w orzecznictwie wypracowany został pogląd, zgodnie z którym należy stosować redukcję wysokości należnego odszkodowania na podstawie § 254 BGB także w przypadku poranienia się nawzajem zwierząt należących do różnych trzymających lub też zranienia tylko jednego z tych zwierząt przez drugie, jeśli stanowiło to przejaw specyficznego niebezpieczeństwa wiążącego się z pierwszym z tych zwierząt (BGH NJW 76, 2130), przy czym wysokość odszkodowania powinno się tu ustalać stosownie do wagi, z jaką zwierzęce niebezpieczeństwo obydwu tych zwierząt w porównaniu do siebie wystąpiło przy wyrządzeniu szkody (BGH NJW 85, 2416), co niekiedy może się ze sobą równoważyć (Hamm NJW-RR 95, 599). Regułę tę stosuje się także przy zbiegu odpowiedzialności trzymającego zwierzę z inną odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka, np. kierującego pojazdem mechanicznym (Hamm VersR 97, 1542).

Generalnie, gdy żadna taka szczególna okoliczność wyłączająca odpowiedzialność nie występuje, obowiązek naprawienia szkody spoczywa tu na tym, kto trzyma dane zwierzę (*Tierhalter*). Chodzi tu o tego, kto rzeczywiście we własnym interesie włada danym zwierzęciem, ponosi koszty jego utrzymania i ryzyko jego straty, a także odnosi korzyści z jego używania⁶⁶³. Nie jest tu wymagane posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych⁶⁶⁴. Niekoniecznie musi być to właściciel, albowiem za trzymającego zwierzę uznawany też będzie ten, kto dane zwierzę ukradł lub znalazł i zatrzymał dla siebie albo też na dłuższy czas wynajął lub wypożyczył⁶⁶⁵. Musi być to jednak podmiot, na który władztwo nad zwierzęciem przeszło na dłuższy czas, a nie jedynie tymczasowo⁶⁶⁶. Przejściowa utrata posiadania spowodowana przez ucieczkę zwierzęcia nie pozbawia dotychczasowego posiadacza przymiotu trzymającego zwierzę⁶⁶⁷. Tym ostatnim może być także osoba prawna. Nie ma też przeszkód ku temu, aby było to kilka osób jednocześnie. Wówczas odpowiadają oni jako dłużnicy solidarni na podstawie § 840 ust. 1 BGB.

Jak już powyżej zasygnalizowano, odpowiedzialność ta może się opierać na dwóch różnych zasadach. Dokładniej rzecz ujmując, należy wskazać, że w § 833 zd. 1 BGB ustanowiona została odpowiedzialność trzymającego zwierzę na zasadzie ryzyka⁶⁶⁸. Wobec braku pozytywnego wskazania zakresu zastosowania, jaki objęty jest tym unormo-

⁶⁶³ BGH NJW-RR 88, 655. M. in. w judykaturze uznano, że trzymającym zwierzę jest handlarz bydłem (Warn 37, 34), pszczelarz (Bamgb NJW-RR 92, 406) czy też miasto, które utrzymuje na publicznie dostępnym ogrodzonym wybiegu dzikie zwierzęta (BGH VersR 76, 1175), natomiast uznania za takiego odmówiono np. komornika sądowego w odniesieniu do zarekwirowanych i zajętych koni (Hamm NJW-RR 95, 409), jeźdźca podczas jazdy próbnej odbywanej w ramach rokowań co do zakupu konia (Schlesw VersR 97, 634) i osoby, która objęła władztwo nad przybłąkanym zwierzęciem, jeżeli dąży do oddania go właścicielowi, a od chwili znalezienia przez nią tego zwierzęcia nie minęło więcej jak sześć miesięcy (Nürnb MDR 78, 757).

⁶⁶⁴ Według dominującego w doktrynie poglądu odpowiednie zastosowanie znajduje tu wówczas § 27 BGB (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 421); stanowisko mniejszościowe odwołuje się natomiast do § 104 BGB (C.W. Canaris, *Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung*, NJW 1964, 1987, 1990). Pojawia się też koncepcja, zgodnie z którą osoba niemająca pełnej zdolności do czynności prawnych może mieć właściwość trzymającego zwierzę przez swego prawnego przedstawiciela ustawowego lub za jego zgodą stosownie do § 104 BGB, a w razie, gdyby w ramach stosunku faktycznego trzymała dane zwierzę na własną rękę, to odpowiednie zastosowanie powinny tu znajdować § 828 BGB i § 829 BGB (H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1002).

⁶⁶⁵ BGH VersR 1988, 609.

⁶⁶⁶ BGH NJW-RR 1988, 655; BGH DB 71, 333; RGZ 62, 79.

⁶⁶⁷ Chyba że znajdzie się nowy podmiot trzymający to zwierzę (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 596).

⁶⁶⁸ *Ibidem*, s. 651.

waniem, pozostaje ujęcie tego zagadnienia od strony negatywnej. Uznać należy mianowicie, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka dotyczy tych wszystkich szkód wyrządzonych przez takie zwierzęta, które nie kwalifikują się pod § 833 zd. 2 BGB, a więc niebędące zwierzętami domowymi i niesłużące celom wymienionym w tym zdaniu powołanego przepisu⁶⁶⁹. W § 833 zd. 2 BGB ustanowiona została bowiem oparta na winie domniemanej odpowiedzialność trzymającego zwierzę za szkody wyrządzone przez zwierzę domowe, które przeznaczone jest do służenia wykonywaniu zawodu, działalności zarobkowej lub też utrzymaniu trzymającego je. Za zwierzęta domowe uznawane są tu zwierzęta oswojone, trzymane i hodowane przez ludzi w celu ich gospodarczego wykorzystania, jak np. drób, bydło, owce, świnie, psy, koty czy konie. Nie zalicza się tu więc m. in. zwierząt doświadczalnych ani też udomowionych zwierząt dzikich. Określenie, czy dane zwierzę należy uznać za domowe, względnie - według alternatywnej nomenklatury – za użytkowe, o którym mowa w § 833 zd. 2 BGB, czy też za tak zwane zwierzę luksusowe, objęte § 833 zd. 1 BGB, nie zawsze jest kwestią prostą. Niemniej dokonanie w tym zakresie właściwego zakwalifikowania jest niezwykle ważne, zważywszy, że w przypadku zaliczenia go do pierwszej z tych grup zachodzić będzie odpowiedzialność oparta na winie domniemanej, natomiast w razie uznania jego przynależności do drugiej z tych kategorii obowiązek naprawienia szkody będzie się opierał na zasadzie ryzyka. Dlatego też w praktyce wypracowano generalną wytyczną, która przynajmniej w pewnym zakresie ma służyć odpowiedniemu określaniu przynależności poszczególnych zwierząt do odpowiedniej grupy. Przyjęto mianowicie, że odróżnianie zwierząt domowych od luksusowych powinno odbywać się przede wszystkim na tej podstawie, że ze zwierzęciem należącym do pierwszej z tych kategorii ma się do czynienia wtedy, gdy w znacznym zakresie służy ono jednemu z celów wymienionych w § 833 zd. 2 BGB, a więc działalności zawodowej lub zarobkowej albo utrzymaniu podmiotu je trzymającego⁶⁷⁰. Przy tym decydujące znaczenie przypisuje się tutaj ogólnemu określe-

⁶⁶⁹ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 373-374.

⁶⁷⁰ Przykładowo można wskazać, że za zwierzęta służące wykonywaniu pracy zawodowej uznaje się psy policyjne (Düss VersR 95, 173), psy myśliwskie leśniczych (Bamb NJW-RR 90, 735) czy koty trzymane w przedsiębiorstwie rolnym do ochrony zapasów (LG Kiel NJW 84, 2297). Z kolei do zwierząt przeznaczonych do działalności zarobkowej zalicza się np. bydło rzeźne trzymane przez hurtownika mięsa w rzeźni (Düss VersR 83, 543), ogiera pełnej krwi trzymanego do celów hodowania koni lub konia wyścigowego przeznaczonego do udziału w wyścigach (Brdbg VersR 98, 375). Natomiast utrzymaniu podmiotu trzymającego zwierzę służy chociażby dojna krowa, świnia przeznaczona do celów rzeźnych czy też pies przewodnik osoby niewidomej (E. Deutsch, *Zur Haftung des Tierhalters*, JuS 87, 674, 679).

niu takiego celu trzymania danego zwierzęcia, choćby jego chwilowe rzeczywiste wykorzystanie od niego odbiegało⁶⁷¹, chyba że ten ogólnie określony cel generalnie stoi w sprzeczności ze stanem faktycznym⁶⁷². W przypadku ustalenia, że szkoda została w danym przypadku wyrządzona przez zwierzę domowe, służące w przeważającej mierze któremuś z trzech wyróżnionych powyżej celów, powstawać będzie odpowiedzialność deliktowa podmiotu trzymającego to zwierzę oparta na jego winie domniemanej. Precyzyjniej rzecz ujmując, wskazać należy, że w istocie w § 833 zd. 2 BGB ustanowione zostały dwa domniemania: domniemanie winy i domniemanie kauzalności, a więc istnienia związku przyczynowo-skutkowego. Obydwa one są wzruszalne. Wspomniany przepis pozwala bowiem trzymającemu zwierzę na uwolnienie się od odpowiedzialności. Może on to uczynić poprzez obalenie albo domniemania dotyczącego zawinienia, albo przyczynowości zawinienia⁶⁷³, a więc odpowiednio albo przez udowodnienie, że wykazywał on przy nadzorowaniu tego zwierzęcia należyłą staranność, albo tego, iż szkoda powstałaby także pomimo stosowania przez niego takiej staranności. Judykatura stawia przy tym daleko idące i stosunkowo surowe wymagania co do tego, aby sprawowany w danym przypadku nadzór nad zwierzęciem mógł być uznany za należyty⁶⁷⁴.

Odpowiedzialność oparta na domniemanej winie i domniemanym związku przyczynowo-skutkowym ciąży także na tak zwanym dozorczy lub stróży zwierzęcia (*Tierhüter*). Jej podstawę prawną stanowi § 834 BGB, zgodnie z którym ten, kto na mocy umowy przejął od trzymającego zwierzę sprawowanie nadzoru nad tym zwierzęciem, jest odpowiedzialny za szkody, które to zwierzę wyrządzi podmiotowi trzeciemu w sposób

⁶⁷¹ Kblz VersR 92, 1017.

⁶⁷² BGH NJW-RR 86, 572.

⁶⁷³ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 375.

⁶⁷⁴ Ffm VersR 82, 908. Wskazuje się tu m. in., że trzymający zwierzę powinien dokonać wyboru odpowiedniego zwierzęcia (Kblz NJW-RR 92, 476), przy wypuszczaniu stada zwierząt na drogę musi on zadbać o to, by były one pod kontrolą właściwej liczby osób pilnujących (Nürnb VersR 68, 285), a nawet zaangażowanie przez niego takich osób oraz wydanie im niezbędnych poleceń i tak nie zawsze wystarcza do tego, aby sąd uznał, że trzymający zwierzę wykazał należyłą staranność (BGH VersR 82, 348; Mü VersR 91, 561). Podkreśla się konieczność używania np. kagańca przez psy policyjne, gdy są używane w tłumie ludzi (Düss VersR 95, 173), zamykania znajdującej się blisko autostrady końskiej stajni na zamek i bezpiecznego przechowywania klucza (BGH NJW-RR 90, 789), instalowania krat na przedniej stronie boksów w stajni szkoły jeździeckiej (Celle VersR 72, 469) czy codziennego sprawdzania całości i sprawności ogrodzenia terenu, na którym znajdują się zwierzęta, w tym pastucha elektrycznego (Hamm MDR 89, 639; Ffm VersR 82, 908).

określony w § 833 BGB. Odpowiedzialność ta nie powstaje, kiedy sprawował on nadzór nad tym zwierzęciem z należytą starannością albo gdy szkoda powstałaby także niezależnie od zachowywania przez niego takiej staranności.

Nałożenie obowiązku naprawienia szkody na dozorcę zwierzęcia będzie zatem możliwe tylko wtedy, gdy przejął on nadzór nad nim na podstawie umowy. Może być ona również zawarta w sposób konkludentny np. przez przekazanie mu tego zwierzęcia na przechowanie, do pielęgnacji czy ujeżdżania. Przymiot osoby dozorującej zwierzę uzyskuje on jednak dopiero wówczas, gdy przeniesione zostaje na niego sprawowanie samodzielnej ogólnej władzy nad zwierzęciem i nadzoru nad nim⁶⁷⁵. Należy podkreślić, że w związku z brakiem w treści § 834 BGB takiego rozróżnienia kategorii zwierząt, jakie jest dokonywane w oparciu o brzmienie § 833 BGB, przyjmuje się, że dozorujący zwierzę może uchylić się od odpowiedzialności deliktowej przez obalenie albo domniemanie jego winy albo domniemanie przyczynowości zawinienia, niezależnie od tego, czy w danym przypadku szkodę wyrządziło zwierzę domowe czy też inne⁶⁷⁶.

X. Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zawalenie się budowli

Niemiecki kodeks cywilny zawiera odrębne unormowanie dotyczące odpowiedzialności za szkody wyrządzone na skutek zawalenia się budowli lub innej konstrukcji bądź też oderwania się ich części. Zgodnie z § 836 ust. 1 BGB, jeżeli na skutek zawalenia się budowli lub innej połączonej z gruntem struktury albo przez odłączenie się części budowli lub struktury zginie człowiek, jego ciało zostanie zranione lub zdrowie naruszone albo uszkodzona zostanie rzecz, o ile zawalenie się lub odłączenie wynika z wadliwego wzniesienia lub niewłaściwego utrzymania, to posiadacz gruntu obowiązany jest do naprawienia poszkodowanemu wszelkich powstałych stąd szkód. Obowiązek odszkodowawczy jednak nie powstaje, jeżeli posiadacz przestrzegał wymaganej staranności w celu zapobieżenia niebezpieczeństwu.

Ustanowienie tego deliktu uważane jest za przejaw powszechnego obowiązku staranności w zachowaniu. Charakteryzuje go specyficzne uregulowanie ciężaru dowodowego⁶⁷⁷. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jest to przypadek odpowiedzialności deliktowej opartej

⁶⁷⁵ W związku z tym za dozorujących w rozumieniu tego przepisu nie można uznać osób zatrudnionych przez trzymającego zwierzę, postępujących według jego poleceń, np. chłopców stajennych czy pracujących jako nauczyciele jazdy konnej (Düss VersR 81, 82), pasterzy i poganiaczy bydła (RG 168, 333).

⁶⁷⁶ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 375; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 416.

⁶⁷⁷ BGH NJW 85, 1076.

na winie, z tym, że zawinienie jest tu domniemane⁶⁷⁸. Dokładniej rzecz ujmując, wskazać należy, że odpowiedzialność opiera się tu na domniemanej winie posiadacza gruntu oraz na domniemanym związku przyczynowym pomiędzy winą tego posiadacza i szkodą⁶⁷⁹. Domniemanie nie rozciąga się jednak na przyczynienie się posiadacza do powstania szkody⁶⁸⁰.

Odpowiedzialność obejmuje tylko te szkody, które mieszczą się w celu ochrony omawianej normy⁶⁸¹. Przy tym chodzi tu tylko o szkody wyrządzone przez zawalenie się całości lub oderwanie się części budowli lub innej struktury połączonej z gruntem⁶⁸². Przez pierwsze z tych pojęć rozumie się nie tylko istniejące i używane obiekty, ale także i ruiny budowli nienadające się do zamieszkania⁶⁸³. Jako części budowli traktuje się natomiast rzeczy włączone do niej w trakcie jej stawiania, jak również inne, które pozostają z nią w trwałym, konstrukcyjnym związku, niebędąc jedynie mechanicznie do niej przyczepionymi, przy czym nie muszą one koniecznie stanowić jej części składowych w kodeksowym rozumieniu⁶⁸⁴. Natomiast jako połączone z gruntem struktury kwalifikuje się przedmioty służące określonej celowi, wytworzone zgodnie z określonymi re-

⁶⁷⁸ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 376; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 248. Niekiedy (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 598) ujmuje się to w ten sposób, że jest to przypadek odpowiedzialności na zasadzie winy zaostrożonej przez odwrócenie ciężaru dowodu (*durch Beweislastumkehr verschärfte Verschuldenshaftung*).

⁶⁷⁹ BGH LM Nr 4.

⁶⁸⁰ W związku z czym przy braku udowodnienia winy posiadacza gruntu przyjmuje się, że uszkodzenie budowli wynika z postępowania samej osoby trzeciej (BGH 79, 259).

⁶⁸¹ W orzecznictwie stwierdzono np., że pod cel ochrony normy nie podpadają tu szkody, jakie poniósł właściciel firmy rozbiórkowej lub jego pracownik w wyniku tego, że pracownik ten ucierpiał na skutek zawalenia się budowli lub odłączenia się jej części (BGH NJW 79, 309; Karlsru VersR 89, 92).

⁶⁸² W doktrynie podkreśla się, że takie sformułowanie przepisu ma wyłączyć odpowiedzialność na podstawie tego uregulowania za szkody powstałe pod wpływem siły wyższej, a więc przede wszystkim wskutek nadzwyczajnych zdarzeń ze świata natury, z którymi nie można się było liczyć, takich jak np. trzęsienie ziemi czy uderzenie pioruna (J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 598).

⁶⁸³ BGH NJW 61, 1670.

⁶⁸⁴ BGH VersR 85, 666; BGH NJW 61, 1670. W judykaturze za części budowli w rozumieniu omawianego przepisu uznano m. in. balkon, komin (Köln NJW-RR 92, 858), dachówkę (Düss NJW-RR 92, 1140), płytę dachową z blachy falistej (BGH VersR 60, 426), papę dachową (BGH NJW 93, 1782), windę, okiennicę, skrzydło drzwiowe, zasuwę okienną (RG 113, 286) i szybę wystawową (Kblz NJW-RR 98, 673), natomiast odmówiono zaliczenia do nich np. ciężkiego lustra powieszonego na ścianie i podpartego na klamrach (RG 107, 337) czy sopli lodu, które oderwały się od domu i śniegu, który spadł z dachu (BGH NJW 55, 300; Hamm NJW-RR 87, 412). Tym bardziej regulacja § 836 BGB nie dotyczy szkód wyrządzonych przez spróchniałe drzewa, spadające luźne odłamki skał czy osuwające się hałdy ziemi (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 488).

gułami sztuki lub doświadczenia w zamiarze połączenia ich z ziemią⁶⁸⁵, niezależnie od tego, na jaki czas przewidziane jest ich istnienie⁶⁸⁶.

Odpowiedzialność powstanie, jeżeli będące przyczyną powstania szkód runięcie budowli lub struktury albo odłączenie się ich części nastąpi wskutek wadliwego zbudowania danej budowli lub struktury bądź nienależytego ich utrzymania. Ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywa na poszkodowanym⁶⁸⁷. W praktyce przyjmuje się, że budowla jest wzniesiona w sposób wadliwy wówczas, gdy nie spełnia wszystkich wymagań niezbędnych do tego, aby nie zagrażała ona życiu i zdrowiu innych⁶⁸⁸. Nie jest przy tym konieczne, żeby wadliwość ta wynikała z czyjejś winy⁶⁸⁹. Dla nałożenia omawianej odpowiedzialności nie wymaga się też, aby stanowiła ona wyłączną przyczynę szkody⁶⁹⁰. Z kolei do obowiązków związanych z utrzymaniem budowli zalicza się kontrolowanie jej stanu budowlanego i technicznego, których to naruszenie przez posiadacza stało się w danym przypadku przyczyną zawalenia się budowli lub oderwania się jej części i których należyte spełnienie w typowej sytuacji mogłoby zapobiec powstaniu szkody⁶⁹¹.

Zwraca uwagę, że dość szeroko określony został zakres podmiotowy odpowiedzialności. Co prawda w § 836 ust. 1 BGB jako obowiązany do naprawienia szkody wskazany został posiadacz gruntu, co przemawiałoby za tym, że chodzi tu o podmiot aktualnie mający dany grunt w posiadaniu, to jednak należy od razu zauważyć, że na podstawie § 836 ust. 2 BGB odpowiedzialność ponosić może także jego wcześniejszy posiadacz. Ten ostatni będzie mianowicie zobowiązany do naprawienia szkody wówczas, gdy zawalenie się budowli lub struktury albo odłączenie się ich części nastąpiło

⁶⁸⁵ BGH NJW 61, 1670. W orzecznictwie wskazano, że chodzi tu m. in. o most (BGH NJW-RR 88, 853), zaporę (BGH 58, 149), śluzę wbudowaną na stałe w grobli (RG HRR 30, 1104), wodociąg gminny (BGH 55, 229), rurociąg w ziemi (BGH 59, 24), słup telegraficzny (Karlsruhe NJW-RR 88, 152), rusztowanie (BGH NJW 97, 1853), zamocowaną w ziemi huśtawkę dla dzieci (Celle VersR 85, 345), kamienie nagrobne (BGH NJW 71, 2308) i ambony myśliwskie (Stgt VersR 77, 384).

⁶⁸⁶ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1005.

⁶⁸⁷ *Ibidem*.

⁶⁸⁸ BGH DRiZ 62, 422.

⁶⁸⁹ BGH LM Nr 4.

⁶⁹⁰ Uznano, że wspomniana odpowiedzialność będzie tu zachodzić nawet, gdyby obok wadliwości współwystępowały inne przyczyny zawalenia się budowli lub oderwania się jej części, jak np. działania ludzkie lub zjawiska pogodowe (BGH 58, 149).

⁶⁹¹ Hamm i BGH VersR 87, 1096. Nie będzie tu więc posiadacz ponosił odpowiedzialności, jeżeli budowla była utrzymana w należytym stanie, a jej runięcie lub oderwanie się jej części nastąpiło w wyniku nadzwyczajnego zjawiska przyrody, jak np. osuwiska lub uderzenia pioruna (H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1005).

w ciągu jednego roku od chwili zakończenia jego posiadania, chyba że podczas trwania swego posiadania przestrzegał on wymaganej staranności lub późniejszy posiadacz mógłby zapobiec niebezpieczeństwu przez przestrzeganie takiej staranności.

Trzeba przy tym wskazać, że posiadaczem, o którym mowa w ust. 1 i ust. 2 § 836 BGB, jest zgodnie z ust. 3 wskazanego paragrafu posiadacz samoistny.

Ponadto na mocy § 837 BGB ten, kto posiada na cudzym gruncie w wykonywaniu prawa budowlę lub inną strukturę, ponosi odpowiedzialność określoną w § 836 BGB, zamiast posiadacza gruntu. Będzie ona obciążała podmiot wskazany w § 837 BGB niezależnie od tego, czy jego posiadanie będzie wynikało z rzeczywiście istniejącego czy też jedynie rzekomego prawa, ani od tego, czy jest to prawo rzeczowe, osobiste lub publicznej natury⁶⁹². Chodzi tu więc np. o użytkownika, uprawnionego z tytułu służebności gruntowej lub z tytułu dziedzicznego prawa zabudowy, najemcę, dzierżawcę czy mającego prawo do miejsca na cmentarzu. Przepis § 837 BGB stanowi więc wyjątek od reguły określonej w § 836 BGB, w ramach którego odpowiedzialność ponosi nie samoistny posiadacz gruntu, na którym znajduje się budowla lub inna związana z gruntem struktura, lecz samoistny posiadacz tej budowli lub struktury⁶⁹³. Wprowadzenie takiego rozwiązania uzasadnia się tym, że w tym szczególnym przypadku z reguły tylko posiadacz budowli lub struktury znajduje się w takim położeniu, które umożliwia mu przedsięwzięcie środków niezbędnych do zapobieżenia niebezpieczeństwu⁶⁹⁴. Niemniej jednak nawet gdy w danej sytuacji też samoistny posiadacz gruntu może podjąć środki konieczne do zapobieżenia niebezpieczeństwu pochodzącemu z budowli lub struktury, to i tak w grę wchodzić będzie odpowiedzialność na podstawie § 837 BGB z wykluczeniem tej z § 836 BGB, oczywiście wtedy, gdy posiadacz samoistny budowli lub struktury i posiadacz samoistny gruntu są dwoma różnymi podmiotami⁶⁹⁵.

W taki sam sposób jak posiadacz, a więc na zasadzie winy domniemanej⁶⁹⁶, do naprawienia szkód wynikających z zawalenia się budowli lub struktury połączonej z gruntem z mocy § 838 BGB obowiązany jest ten, kto podejmuje się dla posiadacza utrzyma-

⁶⁹² BGH NJW 71, 2308; BGH NJW 77, 1392.

⁶⁹³ BGH NJW-RR 90, 1423.

⁶⁹⁴ H. Thomas [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 1006.

⁶⁹⁵ BGH NJW 77, 1392.

⁶⁹⁶ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 257.

nia tej budowli lub struktury⁶⁹⁷ albo musi utrzymywać dany budynek lub strukturę z mocy przysługującego mu prawa używania.

XI. Odpowiedzialność urzędnicza (*Amtshaftung*) i odpowiedzialność państwa (*Staatshaftung*)

W zakresie odpowiedzialności urzędniczej niezwykle istotne znaczenie ma w niemieckim prawie cywilnym wyodrębnienie dwóch sfer działalności podejmowanej przez osoby piastujące urzędy publiczne, a mianowicie obszaru, w którym dokonują one czynności o charakterze władczym oraz takiego, gdzie funkcjonują w ramach zwykłego reżimu prywatnoprawnego.

1. Odpowiedzialność za działania o charakterze władczym

Podstawę prawną odpowiedzialności za szkody wyrządzone na skutek działań o charakterze władczym stanowi § 839 BGB w zw. z art. 34 GG. Ustalenie podmiotu ponoszącego odpowiedzialność odbywa się tu dwustopniowo. Najpierw bada się bowiem przesłanki odpowiedzialności urzędnika określone w art. 839 BGB, a następnie rozważa się przejęcie tej odpowiedzialności przez państwo na mocy art. 34 GG (tzw. pośrednia odpowiedzialność państwa). W doktrynie podkreśla się przy tym, że art. 34 GG jako norma późniejsza, a przy tym wyższej rangi niż § 839 BGB, jest nadrzędna w stosunku do tej ostatniej i może dokonywać jej modyfikacji⁶⁹⁸. Z kolei § 839 BGB stanowi unormowanie szczególne w stosunku do niektórych innych przepisów kodeksowych regulujących odpowiedzialność za czyny niedozwolone, to jest według powszechnie przyjmowanego poglądu do § 823 BGB, a także według niektórych autorów - § 824 BGB⁶⁹⁹, natomiast zdaniem innych wobec § 826 BGB⁷⁰⁰. W związku z tym w przypadku, gdyby z danego zachowania urzędnika powodującego powstanie szkody mogły

⁶⁹⁷ Wskazuje się, że chodzi tu o przejęcie obowiązku utrzymania na mocy umowy, która może być tu także zawarta w sposób dorozumiany (konkludentny). Przyjmuje się, że przepis ten może mieć zastosowanie do przejęcia tego obowiązku przez zarządcę domu lub zarządcę wspólnoty mieszkaniowej, natomiast nie odnosi się już do najemcy, albowiem tego ostatniego nie dotyczy (wniosek *a contrario* z § 536 BGB) obowiązek utrzymania (K. Larenz, C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, s. 489).

⁶⁹⁸ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 440.

⁶⁹⁹ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 893.

⁷⁰⁰ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 264.

wypywać roszczenia z któregoś z tych przepisów lub z kilku z nich i jednocześnie z § 839 BGB, to zastosowanie znajdzie tylko ten ostatni.

W myśl § 839 ust. 1 zd. 1 BGB urzędnik, który umyślnie lub na skutek niedbalstwa naruszy ciężące na nim obowiązki służbowe w stosunku do osoby trzeciej jest zobowiązany do wyrównania szkód, jakie z tego tytułu poniosła ta osoba trzecia. Natomiast art. 34 GG stanowi, że jeżeli ktoś w wykonywaniu powierzonego mu urzędu publicznego naruszy ciężący na nim w stosunku do osoby trzeciej obowiązek służbowy, odpowiedzialność ponosi w zasadzie państwo albo osoba prawna, w której pełni on służbę. Pierwszy ze wskazanych przepisów odnosi się zatem tylko do urzędników, natomiast drugi używa szerszego pojęcia „ktoś”, doprecyzowując jedynie dalej, że chodzi o przypadki wyrządzenia szkody w wykonywaniu powierzonego temu komuś urzędu publicznego. Aby zharmonizować ze sobą te dwie regulacje, przyjmuje się w zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez działania władcze powstającej na podstawie § 839 BGB w zw. z art. 34 GG szerokie prywatno-prawne rozumienie pojęcia „urzędnik”, obejmując nim nie tylko osoby posiadające formalnie status urzędnika w ujęciu publiczno-prawnym, ale także inne podmioty, o tyle, o ile wykonują one zadania publiczne. W grę będą tu więc wchodzić nie tylko urzędnicy, zarówno pełniący funkcje kierownicze, jak i szeregowi, lecz także inni pracownicy urzędów publicznych, jak też tzw. pomocnicy administracji⁷⁰¹ oraz osoby fizyczne lub prawne, którym przekazane zostały do wykonywania określone funkcje administracji państwowej (*beliehener Unternehmer*). Omawiana odpowiedzialność dotyczyć więc będzie nie tylko przypadków działań zwierzchnich z towarzyszącą im możliwością zastosowania wskazanych prawem środków przymusu (jak np. zatrzymania policyjnego, zajęcia składników majątkowych przez komornika sądowego itp.), ale też obejmować będzie obszar funkcjonowania tzw. administracji świadczącej, a więc świadczenia różnego rodzaju usług publicznych, jak choćby przykładowo przez lekarza publicznej służby zdrowia czy też nauczyciela w szkole publicznej. Ze względu jednak na brak ścisłych kryteriów pozwalających na jasne wyznaczenie granicy, gdzie kończy się sfera szeroko pojmowanych działań urzędowych, a zaczynają zachowania o charakterze prywatnoprawnym, nieobjęte omawianą odpowiedzialnością, powstają liczne wątpliwości w praktyce. Celem ułatwienia ich rozwiązywania wypracowano ogólną regułę interpretacyjną, zgodnie z którą dane zachowa-

⁷⁰¹ Taką osobą pełniącą funkcje pomocnicze w stosunku do administracji (*Verwaltungshelfer*) jest np. osoba dysponująca lizakiem lub znakiem stopu, zatrzymująca ruch drogowy na czas przechodzenia dzieci przez jezdnię (*Schülerlotse*).

nie powinno być objęte odpowiedzialnością określoną w § 839 BGB w zw. z art. 34 GG wtedy, kiedy rzeczywisty cel, w którym dany podmiot działa, może być zaliczony do obszaru władczych działań władzy państwowej, a pomiędzy tym celem i działaniem, które spowodowało powstanie szkody, musi istnieć związek. Ocena danego zachowania jako stanowiącego wykonywanie urzędu publicznego dokonywana jest więc nie przez pryzmat fragmentarycznie i w oderwaniu od siebie ocenianych zachowań, lecz całościowo, w kontekście realizacji celu, jakiemu zachowania te służyły⁷⁰². Im bardziej przy tym dominującą rolę odgrywa w danym przypadku zwierzchni charakter działania, wiążąc podmiot je wykonujący i dalece ograniczając swobodę jego decyzji co do sposobu wypełnienia powierzonej czynności, tym bardziej przemawia to za uznaniem, że jest to przejaw wykonywania urzędu publicznego, a wskazany podmiot stanowi jedynie „podwykonawcę” określonych zadań władzy publicznej (tzw. teoria ingerencji)⁷⁰³.

Omawiana odpowiedzialność powstanie przy tym wówczas, gdy podmiot będący urzędnikiem we wskazanym powyżej, szerokim rozumieniu, dopuści się naruszenia ciążącego na nim obowiązku urzędowego. Oczywiście za takie naruszenie uważane jest każde zachowanie stanowiące czyn niedozwolony w świetle unormowań niemieckiego kodeksu cywilnego dotyczących deliktów, o ile nie zaistnieje w danym przypadku prawnie określona okoliczność wyłączająca odpowiedzialność osoby piastującej dany urząd, np. w postaci dozwolonego użycia broni. Oprócz tego obowiązki urzędnicze obejmują także i inne obszary poza tymi określonymi powszechnym kodeksowym prawem deliktowym, albowiem wynikają one także z innych ustaw, w tym dotyczących określonych służb, jak również z unormowań administracyjnych, służbowych wytycznych i poleceń⁷⁰⁴, a nawet według niektórych autorów z zasad ogólnych⁷⁰⁵. Przyjmuje się m. in., że urzędnik obowiązany jest do starannego wykonywania powierzonych mu obowiązków, w tym załatwiania spraw terminowo oraz udzielania petentom prawidłowych, jasnych, jednoznacznych i kompletnych informacji, tak, aby mogli oni z nich odpowiednio sko-

⁷⁰² BGHZ 42, 176; BGHZ 108, 232; BGH NJW 1992, 1227. Praktyka orzecznicza zdaje się tu jednak opowiadać za dość szeroką wykładnią, przyjmując m. in., że nawet wyrządzenie szkody przy wykonywaniu czynności prywatnoprawnych przez osobę odbywającą służbę zastępczą także może powodować powstanie odpowiedzialności urzędniczej (BGH NJW 1997, 2109).

⁷⁰³ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 266.

⁷⁰⁴ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 379.

⁷⁰⁵ V. Emmerich, *BGB Schuldrecht...*, s. 308.

rzystać⁷⁰⁶. Naruszenie wspomnianych obowiązków musi przy tym wystąpić w wykonywaniu powierzonych zadań urzędowych, a więc pozostawać w funkcjonalnym związku z nimi, a nie jedynie zaistnieć przy okazji ich wykonywania.

Działanie urzędowe musi być bezprawne. W doktrynie przyjmuje się przy tym, że naruszenie obowiązku urzędowego właściwie w każdym przypadku stanowi zachowanie bezprawne, z wyłączeniem sytuacji, gdy zachodzi wyjątkowa przyczyna usprawiedliwiająca⁷⁰⁷. Niezbędne jest także, aby takie naruszenie obowiązków urzędowych miało charakter zawiniony, przy czym zgodnie z § 839 ust. 1 zd. 1 BGB wchodzi tu w grę zarówno umyślność, jak i niedbalstwo. Ta pierwsza zachodzi w przypadku, gdy po stronie urzędnika występowała wiedza i wola co do niewypełnienia obowiązków służbowych lub postąpienia w sposób sprzeczny z nimi. W literaturze podkreśla się przy tym, że zawinienie odnosić należy do naruszenia obowiązków służbowych, a nie do spowodowania szkody⁷⁰⁸. Dotyczy to także niedbalstwa. Nadto na tle tego ostatniego podkreślić należy, że do jego oceny stosuje się kryteria o charakterze obiektywnym, dokonując jej przez pryzmat zachowania rozsądnej osoby w ogólności albo też – gdy chodzi o sprawcę deliktu należącego do poszczególnej grupy np. zawodowej – w kontekście szczególnego, wysokiego standardu staranności, jaki może być wymagany od przedstawicieli danej grupy lub zawodu⁷⁰⁹. W literaturze przedmiotu zauważa się przy tym, że stopień obiektywizacji ocen stosowanych przez sądy na tle niedbalstwa jest bardzo daleko idący, a stwierdza się jego istnienie niekiedy nawet wtedy, gdy dany urzędnik działał w ramach przyznanej mu władzy dyskrecyjnej⁷¹⁰. Należy wskazać, że za przejaw niedbalstwa uważa się m. in. brak należytej znajomości prawa przez urzędnika je stosującego, a także z reguły zastosowanie przez niego danego unormowania w sposób sprzeczny z konkretnym rozstrzygnięciem sądu wyższej instancji lub w ogóle z utrwalonym orzecznictwem sądów wyższej instancji w danej kwestii, chyba że urzędnik starannie i należyście przeprowadzi argumentację przemawiającą za słusznością przyjętego przez niego, odmiennego niż prezen-

⁷⁰⁶ BGH VersR 1985, 1186.

⁷⁰⁷ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 379.

⁷⁰⁸ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 380; D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 444. Ten ostatni autor podkreśla przy tym, że błąd co do obowiązku urzędowego wyłącza umyślność.

⁷⁰⁹ Odwołuje się tu niekiedy do „wiernego obowiązkom przeciętnego urzędnika danego urzędu” - *pfllichtgetreuer Durchschnittsbeamter des jeweiligen Amtes* (BGH NVwZ 2001, 1193; BGH NJW 2005, 748, 749; Sandkühler, JA 2001, 414, 419).

⁷¹⁰ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 894-895.

wane przez te sądy, stanowiska⁷¹¹. Niedbalstwo nie może być także przypisane osobie piastującej dany urząd wtedy, gdy podjęta przez nią czynność urzędowa została zaaprobowana i uznana za zgodną z prawem przez sąd orzekający w składzie kolegialnym⁷¹², od czego jednak zastrzega się wyjątki, np. w sytuacji, gdy sąd ten dokonał oczywiście nieprawidłowej wykładni jednoznacznego, niepozostawiającego wątpliwości przepisu⁷¹³.

Prawnie relewantne jest przy tym tylko naruszenie takiego obowiązku służbowego, który ciąży na urzędniku w stosunku do poszkodowanej osoby trzeciej. Inaczej rzecz ujmując, poszkodowany musi znajdować się w podmiotowym zakresie ochrony naruszonego obowiązku urzędowego. Przesądzające znaczenie przypisuje się przy tym celowi, któremu służy istnienie danego, w konkretnym przypadku naruszonego, obowiązku urzędowego. Mianowicie jeżeli został on ustanowiony wyłącznie w interesie publicznym, to w razie jego naruszenia odpowiedzialność deliktowa na podstawie § 839 BGB w zw. z art. 34 GG nie wchodzi w grę. Może ona natomiast powstać, oczywiście przy spełnieniu pozostałych jej przesłanek, wówczas, gdy ten obowiązek urzędowy służy indywidualnie ochronie interesów poszkodowanego lub określonej grupy podmiotów, do której ten poszkodowany należy⁷¹⁴. Ponadto przyjmuje się, że może być ona przypisana także wtedy, gdy naruszony obowiązek urzędowy służy nie tylko realizacji interesów ogółu i dążeniu do osiągnięcia celów publicznych, lecz jednocześnie ma zapewniać ochronę interesów jednostkowych⁷¹⁵.

W praktyce istnienie obowiązku służbowego w stosunku do określonego, indywidualnego podmiotu przyjmuje się w kilku różnych rodzajach sytuacji, w tym przede wszystkim wówczas, gdy temu właśnie konkretnemu podmiotowi przysługuje prawo do żądania wykonania tego obowiązku⁷¹⁶ albo kiedy instytucja publiczna i taki indywidualny podmiot weszły ze sobą w szczególną relację, przy czym tu obowiązek troski ze strony takiej insty-

⁷¹¹ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 274.

⁷¹² BGH NJW 1977, 1148; BGH NVwZ 1998, 878; odmiennie, krytycznie: B. Schmidt, *Der Irrtum des Kollegialgerichts als Entschuldigungsgrund ?*, NJW 1993, 1630.

⁷¹³ BGHZ 27, 338, 343.

⁷¹⁴ BGHZ 110, 1, 9; BGH NJW 1991, 2696.

⁷¹⁵ BGHZ 68, 142, 145.

⁷¹⁶ Np. prawo do żądania wydania pozwolenia budowlanego przysługujące wnioskodawcy, który spełnił wszystkie wymagane prawem warunki niezbędne do uzyskania takiego pozwolenia (BGH NJW 1979, 641, 642; BGH NJW 1994, 1647).

tucji obejmuje nie tylko dobra tego podmiotu, ale także innych osób trzecich, które znajdują się w zakresie tej ochrony (*Schutzwirkung zugunsten Dritter*)⁷¹⁷.

Należy jednak podkreślić, że nie zawsze naruszenie obowiązku urzędowego będzie skutkowało powstaniem omawianej odpowiedzialności. Sam § 839 BGB przewiduje trzy takie sytuacje. Przede wszystkim należy wskazać na tzw. klauzulę subsydiarności przewidzianą w § 839 ust. 1 zd. 2 BGB, zgodnie z którą w przypadku, gdy złamanie obowiązku urzędowego nastąpiło na skutek niedbałego jedynie zachowania, odpowiedzialność urzędnicza będzie nałożona tylko wtedy, gdy poszkodowany nie może w inny sposób uzyskać odszkodowania. Zatem wspomniana odpowiedzialność nie powstanie wówczas, gdy poszkodowanemu przysługuje roszczenie o naprawienie szkody w stosunku do osoby trzeciej. W literaturze przedmiotu podkreśla się przy tym, że to wyłączenie odpowiedzialności urzędniczej powinno skutecznie następować tylko wtedy, kiedy roszczenie odszkodowawcze poszkodowanego wobec osoby trzeciej jest możliwe do przeprowadzenia, w związku z czym przykładowo niewypłacalność takiej osoby niwecząca skuteczność dochodzenia od niej obowiązku naprawienia szkody przywraca możliwość wysuwania roszczeń z tytułu odpowiedzialności urzędniczej. Ta subsydiarnosc odpowiedzialności urzędniczej dotyczy przy tym oczywiście jedynie szkód wyrządzonych na skutek działań o charakterze władczym, w tym polegających na korzystaniu ze szczególnych przyznanych prawem uprawnień⁷¹⁸, nie obejmuje natomiast innych sytuacji, w których osoba wykonująca funkcje urzędowe występuje w takiej samej roli, jak każda inna osoba prywatna⁷¹⁹. W literaturze podnosi się, że uzasadnieniem dla wprowadzenia wspomnianej subsydiarności odpowiedzialności urzędników była chęć zapewnienia im większej łatwości podejmowania decyzji bez konieczności obawiania się za każdym razem o to, że może się z tym wiązać nałożenie na nich obowiązku naprawienia szkody. Argumentacja ta jednak odpadła w wyniku przejęcia odpowiedzialności przez państwo, wobec czego wskazaną klauzulę subsydiarności uważa się za anachroniczną

⁷¹⁷ Na tym tle warto wskazać na orzeczenia, w których uznano, że na szkole ciąży szczególnie obowiązek troski o uczęszczających do niej uczniów (BGH NJW 1982, 37, 38; BGH 1983, FamRZ 1984, 1211).

⁷¹⁸ Np. wówczas, gdy korzysta ze szczególnych uprawnień w ruchu drogowym, jadąc pojazdem z niebieskim sygnałem świetlnym (BGHZ 85, 225; BGHZ 113, 164).

⁷¹⁹ Przykładowo kiedy jedzie pojazdem biorąc udział w ruchu drogowym na równi z innymi uczestnikami tego ruchu, podlegając wszystkim obowiązującym unormowaniom dotyczącym ruchu drogowego (BGHZ 68, 217; BGHZ 113, 164; BGH 268, 217).

i postuluje się jej ograniczone stosowanie oraz odpowiednią ingerencję ustawodawcy w tym zakresie⁷²⁰.

Poza tym, w myśl § 839 ust. 2 BGB jeżeli sędzia przy wydawaniu wyroku dopuści się naruszenia ciążących na nim obowiązków urzędniczych, to poniesie on odpowiedzialność za wyrządzoną przy tym szkodę tylko wtedy, gdy to naruszenie jest ścigane karnie, a więc gdy jest zagrożone sankcją karną nakładaną w drodze sądowego postępowania karnego⁷²¹. Przepis ten nie znajduje jednak zastosowania w przypadku odmowy lub zawinionego opóźnienia funkcjonariusza w wykonywaniu jego zadań.

Odpowiedzialność urzędnicza nie powstanie także, zgodnie z § 839 ust. 3 BGB, gdy poszkodowany w sposób zawiniony zaniechał zapobieżenia szkodzie przez zastosowanie środka prawnego⁷²². Przyjmuje się, że chodzi tu nie tylko o środki prawne w rozumieniu prawa procesowego, takie jak apelacja czy zażalenie, lecz w ogóle o wszelkie środki zaskarżenia skierowane przeciwko działaniu lub zaniechaniu stanowiącemu naruszenie obowiązku urzędowego, w tym zmierzające do jego usunięcia lub sprostowania czy odwrócenia szkody⁷²³.

Poza wskazanymi przypadkami wymienionymi w samym § 839 BGB odpowiedzialność może także doznawać wyłączenia na podstawie unormowań zawartych w ustawach szczególnych. Najczęściej jednak wyłączenia wynikające z tych ustaw dotyczą jedynie przejęcia odpowiedzialności przez państwo, pozostawiając nienaruszoną odpowiedzialność osobistą danego urzędnika⁷²⁴.

⁷²⁰ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 445; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 381; BGHZ 123, 102.

⁷²¹ W grę wchodzi tu właściwie dwa przestępstwa: obejście prawa (*Rechtsbeugung*) z § 336 StGB oraz przekupstwo sędziego (*Richterbestechlichkeit*) z § 332 II StGB.

⁷²² W praktyce dokonuje się rozszerzającej wykładni tego przepisu, stosując go nie tylko wtedy, gdy zawinione (umyślne lub nieumyślne) zaniechanie wniesienia przez poszkodowanego określonego środka prawnego mogło całkowicie zapobiec szkodzie, lecz także wówczas, kiedy prowadziłoby jedynie do częściowego ograniczenia jej rozmiarów. W tym drugim przypadku przyjmuje się wyłączenie odpowiedzialności urzędniczej jedynie w odpowiedniej części (BGH NJW 1986, 1924).

Należy zauważyć, że § 839 ust. 3 BGB stanowi regulację szczególną wyłączającą zastosowanie § 254 BGB; to ostatnie unormowanie znajduje zastosowanie w obszarze nieobjętym § 839 ust. 3 BGB (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 445). Wskazuje się przy tym, że o ile § 839 ust. 3 BGB zawsze prowadzi do całkowitego albo częściowego wyłączenia odpowiedzialności, o tyle § 254 BGB daje jedynie możliwość jego rozważenia (H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 382).

⁷²³ BGHZ 28, 104. W orzecznictwie pojawił się nawet pogląd, że pojęciem „środka prawnego” w rozumieniu wskazanego przepisu należy także obejmować nieformalne skargi (BGH NJW 1974, 639), co jest jednak w literaturze podawane w wątpliwość (D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 445).

⁷²⁴ Np. § 19 BNotO zastrzegający osobistą odpowiedzialność odszkodowawczą notariusza.

Oprócz takich ustawowo zastrzeżonych uregulowań odmiennych, urzędnicy z reguły nie są osobiście obowiązani do naprawienia szkody, albowiem art. 34 GG przewiduje przejęcie tej odpowiedzialności w zasadzie przez państwo albo osobę prawną, w której dany urzędnik pełni służbę. Wskazuje się, że odpowiedzialność powinna przejmować na siebie ta osoba prawna, która osobie piastującej dany urząd powierzyła zadania, przy których wykonywaniu ta ostatnia naruszyła określony ciążący na niej obowiązek urzędowy⁷²⁵, a więc osoba prawna prawa publicznego, która ma prawo zatrudniania urzędników (*Dienstherrn*) i która powierzyła określonej osobie sprawowanie urzędu⁷²⁶. Kryterium to bywa jednak zawodne w sytuacjach, w których sprawowanie funkcji publicznych zostało powierzone danej osobie przez inny podmiot aniżeli wskazana osoba prawna mająca prawo zatrudniania urzędników. Wówczas przyjmuje się, że odpowiedzialność odszkodowawczą przejmuje ten podmiot, który powierzył osobie, która wyrządziła szkodę, wykonywanie danych funkcji urzędowych⁷²⁷. Wspomniany art. 34 GG przewiduje jednak regres podmiotu ponoszącego odpowiedzialność w stosunku do osoby piastującej urząd wówczas, gdy jej zachowanie naruszające obowiązek urzędowy cechowała umyślność lub duże niedbalstwo. *A contrario* przy lżejszym niedbalstwie występowanie z takimi roszczeniami regresowymi jest z mocy konstytucji wyłączone.

2. Odpowiedzialność urzędnika i państwa za działania niemające charakteru władczego

Odpowiedzialność deliktowa za szkody wyrządzone na skutek zachowań niemających charakteru władczego, a więc w sferze prywatnoprawnej, gospodarczej itp., wykazuje zasadnicze różnice w stosunku do przedstawionego powyżej reżimu odpowiedzial-

⁷²⁵ BGHZ 53, 217, 219.

⁷²⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 280; BGHZ 99, 330.

⁷²⁷ D. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil...*, s. 446. Autor ten wskazuje przy tym, powołując się na dominujący pogląd doktryny w tym zakresie, że skoro według art. 34 GG przejęcie odpowiedzialności przez państwo następuje tylko „zasadniczo”, to wyjątki od tej reguły zastrzeżone w ustawie federalnej o odpowiedzialności cywilnej urzędników z 1910 r. obowiązują nadal. Wyjątki te dotyczą przypadków wyrządzenia szkody na skutek naruszenia obowiązków przez urzędników nieotrzymujących żadnego stałego wynagrodzenia, utrzymujących się z zainkasowanych opłat (*Gebührenbeamten*, jak np. *Bezirksschornsteinfegermeister* - rejonowy mistrz kominiarski) oraz członków zagranicznych służb i obcokrajowców, których kraj ojczysty nie gwarantuje wzajemności.

ności odszkodowawczej dotyczącej działań będących przejawem zwierzchnictwa państwowego.

Przede wszystkim wskazać należy, że nie będzie tu znajdował zastosowania art. 34 GG, albowiem dotyczy on jedynie sytuacji sprawowania urzędu publicznego. W związku z tym obowiązany do naprawienia szkody będzie w omawianej sferze osobie urzędnik, przy czym podstawę prawną jego odpowiedzialności stanowić będzie sam § 839 BGB. Należy podkreślić, że chodzi tu już tylko urzędników w wąskim państwo-prawnym rozumieniu. Posiadanie takiego statusu urzędniczego utożsamia się zazwyczaj z formalnym aktem wręczenia dokumentu nominacji kreującej urzędniczy stosunek służbowy (*unter Berufung in das Beamtenbegriffs*)⁷²⁸. Naruszenie przez takiego urzędnika w sposób zawiniony prywatnoprawnego obowiązku urzędowego, który ma on do wypełnienia, np. przez urzędowego lekarza szpitala uniwersyteckiego, powoduje powstanie jego odpowiedzialności deliktowej⁷²⁹. Źródłem obowiązków urzędowych może być ustawa (*Gesetz*), rozporządzenie (*Verordnung*), wewnętrzne instrukcje służbowe (*interne Dienstanweisungen*) wszelkiego rodzaju, a nawet powszechne zasady prawne (*allgemeine Rechtsgrundsätze*)⁷³⁰. Także i tu obowiązuje klauzula subsydiarności⁷³¹ określona w § 839 ust. 1 zd. 2 BGB, a więc w przypadku jedynie nieumyślnego naruszenia przez urzędnika jego obowiązków będzie on zwolniony z obowiązku naprawienia szkody, jeżeli poszkodowany może w inny sposób uzyskać odszkodowanie.

Inni pracownicy urzędów, niemający formalnie statusu urzędnika w ujęciu państwowo – prawnym, odpowiadają w obszarze działań prywatnoprawnych na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa deliktowego, to jest § 823-826 BGB. Jeśli chodzi natomiast o odpowiedzialność deliktową Skarbu Państwa w omawianym obszarze, to zachodzi ona przede wszystkim w formie odpowiedzialności za jego organy (§ 31 BGB i § 89 BGB) lub za jego pomocników (§ 831 BGB).

3. Odpowiedzialność biegłych sądowych

W dniu 1 sierpnia 2002 r. wszedł w życie § 839 a BGB. Zgodnie z jego ust. 1, jeżeli biegły powołany przez sąd umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa przedłoży niepra-

⁷²⁸ § 6 ust. 2 BBG.

⁷²⁹ BGH NJW 1986, 2883; BGHZ 85, 393; BGH VersR 1984, 460, 461.

⁷³⁰ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 603.

⁷³¹ *Ibidem*, s. 600.

widłową opinię, to obowiązany jest on do naprawienia szkody wynikłej dla strony procesowej z wydania rozstrzygnięcia sądowego opartego na tej opinii. Trzeba jednak wskazać, że w myśl ust. 2 wskazanego paragrafu odpowiednie zastosowanie znajduje tutaj regulacja § 839 ust. 3 BGB, a zatem biegły sądowy nie będzie w takiej sytuacji obowiązany do naprawienia szkody wtedy, gdy poszkodowany ze swojej winy zaniechał podjęcia środka prawnego, który zapobiegłby szkodzie. Chodzi tu przy tym nie tylko o szeroko rozumiane środki prawne, wskazywane już powyżej na tle § 839 ust. 3 BGB, skierowane przeciwko orzeczeniu wydanemu przez sąd, ale także środki dostępne w prawie procesowym ukierunkowane przeciwko dopuszczeniu dowodu z opinii danego biegłego⁷³².

Unormowanie § 839 a ust. 1 BGB poddawane jest przy tym rygorystycznej wykładni językowej. Przyjmuje się bowiem, że ustanowiona w nim odpowiedzialność biegłego nie zachodzi wtedy, gdy na podstawie wydanej przez niego opinii to nie sąd wydał orzeczenie, lecz strony zawarły ugodę, choćby wszystkie pozostałe przesłanki odpowiedzialności byłyby spełnione. Nadto dopuszcza się zastosowanie wskazanego przepisu tylko w przypadku opinii składanych przez biegłych wyznaczonych przez sąd, a już nie tych występujących w sądowych postępowaniach rozwodowych, albowiem ci ostatni ponoszą wobec stron odpowiedzialność kontraktową (§ 280 ust. 1 BGB)⁷³³.

Wprowadzenie regulacji § 839 a BGB oceniane jest pozytywnie w literaturze przedmiotu, ponieważ wypełniło ono w znacznej mierze lukę istniejącą w tym zakresie w ramach odpowiedzialności deliktowej. Przed jego wejściem w życie bowiem odpowiedzialność biegłych za szkody powstałe w następstwie wydania przez nich nieprawidłowych opinii była w pełni możliwa tylko w przypadku ich zaprzysiężenia (§ 410 ZPO), natomiast w odniesieniu do biegłych niezaprzysiężonych miała ona miejsce jedynie wyjątkowo, zwłaszcza na podstawie § 826 BGB w razie umyślnych działań takiego biegłego albo na gruncie § 823 ust. 1 BGB w sytuacji, gdy dopuścił się on wskutek rażącego niedbalstwa naruszenia któregoś ze wskazanych tym przepisem dóbr prawnych strony procesowej. Inne przypadki negatywnych następstw wydania wadliwych opinii, zwłaszcza w postaci wyrządzonych nieumyślnie szkód majątkowych, nie były objęte zakresem odpowiedzialności biegłego. Obecnie natomiast § 839 a BGB nakłada na biegłych niezaprzysiężonych przez sąd obowiązek naprawienia szkód majątkowych wyrządzonych przez wydanie orzeczenia sądowego na podstawie złożonej przez nich opinii, nieprawi-

⁷³² Np. według § 406 ZPO jeżeli od początku istnieje przyczyna powodująca wątpliwość co do bezstronności biegłego, to musi on zostać odrzucony.

⁷³³ V. Emmerich, *BGB-Schuldrecht...*, s. 310-311.

dłowej wskutek ich umyślnego lub rażąco niedbałego postępowania⁷³⁴. Co istotne, wydanie przez biegłego opinii na potrzeby postępowania sądowego nie może być zakwalifikowane jako wykonywanie władzy publicznej, wobec czego nie może być tu mowy o przejęciu tej odpowiedzialności przez państwo na podstawie art. 34 GG.

XII. Odpowiedzialność za produkt

Początkowo niemiecka doktryna prawnicza poszukiwała podstawy prawnej obowiązku naprawienia szkód wyrządzonych na skutek niebezpiecznych właściwości produktów w obrębie reżimu kontraktowego oraz *quasi*-kontraktowego. Wynikało to z dążenia do zapewnienia poszkodowanym jak najszerszej ochrony. Unormowania dotyczące odpowiedzialności wynikającej z umowy zdawały się znakomicie służyć temu celowi, przede wszystkim z uwagi na szeroko stosowany w obszarze roszczeń kontraktowych § 282 BGB, zgodnie z którym w sytuacji, gdy sporne jest, czy niemożność wykonania stanowi rezultat okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik, to na nim właśnie spoczywa ciężar dowodu, to znaczy jeśli tego dotyczy spór, to pozwany musi wykazać brak swojej winy (obecnie wynika to z § 280 ust. 2 BGB). Nadto reżim odpowiedzialności kontraktowej cechowały generalnie stosunkowo dłuższe aniżeli obowiązujące na gruncie odpowiedzialności deliktowej okresy przedawnienia (choć w niektórych przypadkach relacja ta może być odmienna), a także jego niewątpliwą zaletą z punktu widzenia ochrony poszkodowanych było to, że w myśl § 278 BGB dłużnicy ponoszą pełną odpowiedzialność za zawinione zachowania osób, którymi posługują się przy wykonywaniu swoich zobowiązań kontraktowych, podczas gdy stosowany w ramach czynów niedozwolonych § 831 BGB uzależnia odpowiedzialność pracodawcy za bezprawne działania jego pracowników od tego, czy można mu postawić zarzut winy w wyborze tych pracowników lub w nadzorze nad nimi. Te przede wszystkim względy zaważyły na tym, że na gruncie prawa niemieckiego źródła odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez produkt upatrywano najpierw właśnie w konstrukcjach opartych na unormowaniach dotyczących odpowiedzialności typu kontraktowego.

Przykładowo podstawy odpowiedzialności wytwórcy danego produktu wobec ostatecznego konsumenta doszukiwano się w odkrywaniu wyraźnej albo dorozumianej gwarancji skierowanej przez wytwórcę do tegoż konsumenta. Chodziło tu o przypadki,

⁷³⁴ *Ibidem*, s. 310.

gdy ten ostatni działając w zaufaniu do tego, że dany produkt na przykład ma określone cechy, poniósł szkodę, albowiem dana rzecz wcale takimi cechami się nie odznaczała. Rodziło to jednak znaczne problemy w praktyce, zwłaszcza w odniesieniu do określenia źródeł takiej gwarancji. Próbowano także dostosowywać do potrzeb odpowiedzialności za produkt konstrukcję umowy na rzecz osoby trzeciej (*Vertrag zugunsten Dritter*) lub umowy ze skutkiem ochronnym w stosunku do osoby trzeciej (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). Na tym tle pojawiały się jednak z kolei wątpliwości co do określenia kręgu osób trzecich, które miałyby być objęte taką ochroną, a także obawy przed tym, aby nie doprowadzić w ten sposób do całkowitego zatracenia znamiennego dla więzi kontraktowej jej względnego charakteru. Z podobnych względów nie przyjęła się także rozważana w omawianym kontekście koncepcja przeniesionej szkody (*Drittschadensliquidation*), w ramach której stroną umowy zawartej z wytwórcą danego produktu był kto inny, np. określony usługodawca, jednak skutek użycia przez tego ostatniego takiego produktu w stosunku do konsumenta, to ten ostatni doznał szkody w swoich dobrach. Wskazana koncepcja umożliwiałaby w takiej sytuacji wystąpienie przez tego konsumenta z roszczeniami odszkodowawczymi wobec wytwórcy produktu.

Prócz powyższego w doktrynie wypracowane zostały także i inne rozwiązania w omawianym zakresie, w tym najbardziej znane autorstwa U. Diederichsena oraz W. Lorenza. Pierwszy z nich dopatrywał się zasadniczego stosunku prawnego bezpośrednio pomiędzy producentem a ostatecznym konsumentem wyrobów tego pierwszego, podnosząc, że wynika on z zaufania, jakie ma konsument w stosunku do danego produktu. Istnienie tego zaufania, zdaniem wspomnianego autora, byłoby uzasadnione, jeżeli produkt ten byłby sprzedawany przez sieć dystrybucyjną stworzoną przez producenta oraz jeżeli miałby on niebezpieczne właściwości już wtedy, gdy opuszczał jego fabrykę. Taka relacja między producentem a konsumentem miałaby przy tym powstawać niezależnie od tego, czy ten pierwszy reklamował jakoś dany produkt, ani też od tego, jaka była treść tej reklamy i czy była ona znana konsumentowi. Odpowiedzialność producenta byłaby więc oparta na zasadzie ryzyka, niemając jednak żadnej podstawy normatywnej. Stanowiłaby zatem nowy, swoisty reżim odpowiedzialności, który musiałby być doprecyzowywany w toku praktyki orzeczniczej. Jak się wydaje czynniki te, zwłaszcza wobec utrwalonego stanowiska judykatury niemieckiej konsekwentnie odmawiającej kreowania przypadków odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka tam, gdzie ustawodawca nie wprowadził wyraźnego przepisu przewidującego taką odpowiedzialność, zaważyły na tym, iż teoria ta nie przyjęła się w praktyce. Dlatego też z kolei wspomniany W. Lorenz, który także kładł szczególny nacisk właśnie na relację pomię-

dzy producentem a ostatecznym konsumentem oraz na element zaufania, jakim ten ostatni darzy producenta, doszukiwał się podstawy prawnej dla odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez produkt w stosowaniu w drodze analogii § 122 BGB. Zgodnie z tym ostatnim przepisem, jeżeli oświadczenie woli jest nieważne, ponieważ zostało złożone pod wpływem błędu albo nie na serio, to osoba, która oświadczenie takie złożyła, zobowiązana jest do naprawienia szkody, jaką poniosła druga strona na skutek tego, że polegała na ważności tego oświadczenia. Wspomniane analogiczne stosowanie tego przepisu miałoby się opierać na tym, że producent, poprzez reklamowanie swojego produktu, sprawia, że ostateczny konsument jego wyrobu ma uzasadnione podstawy do tego, by oczekiwać, że będzie on wolny od wszelkich defektów. Na tle koncepcji W. Lorenza podawano jednak w wątpliwość, zwłaszcza w orzecznictwie, to, czy § 122 BGB, dotyczący tak zasadniczo odmiennej problematyki, może zostać poddany aż tak dalece rozszerzającej wykładni. Nadto wskazywano, że prowadziłoby to do niczym nieuzasadnionego zróżnicowania odpowiedzialności wytwórcy produktu, który wobec pośredniego nabywcy (np. sprzedawcy detalicznego) na podstawie umowy sprzedaży ponosiłby odpowiedzialność opartą na zasadzie winy, natomiast w stosunku do ostatecznego konsumenta, z którym nie łączyłaby go żadna więź umowna, jego odpowiedzialność miałaby charakter deliktowy i byłaby oparta na zasadzie ryzyka⁷³⁵.

Zasadniczy przełom przyniosło orzeczenie Niemieckiego Trybunału Federalnego z 1968 r.⁷³⁶, w którym przeprowadził on krytyczną analizę rozmaitych, w tym w szczególności wskazanych powyżej, koncepcji, w ramach których próbowano doszukiwać się podstaw odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez produkt w obrębie odpowiedzialności kontraktowej lub *quasi*-kontraktowej. Ostatecznie trybunał ten uznał, że jest to zdecydowanie odpowiedzialność deliktowa, wynikająca w szczególności z § 823 I BGB. Co więcej, wziął on pod uwagę to, że powstanie tej odpowiedzialności opiera się na winie, a poszkodowani mogliby mieć poważne trudności z udowodnieniem winy producenta, przede wszystkim dlatego, że niebezpieczna cecha produktu wynika tu zazwyczaj z określonych nieprawidłowości pojawiających się w toku, nieraz bardzo skom-

⁷³⁵ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 95-97 (m. in. za: U. Diederichsen, *Die Haftung des Warenherstellers*, München-Berlin 1967, nb. 297, 327, 345; W. Lorenz, *Warennabsatz und Vertrauensschutz*, Karlsruher Forum 1963, Beiheft zum Versicherungsrecht Nr 8, nb. 14; tenże, *Die Haftung des Warenherstellers*, Band 28 der Arbeiten zur Rechtsvergleichung 1966, s. 51-52).

⁷³⁶ Wyrok Bundesgerichtshof z 26 listopada 1968 r., BGHZ 51, 91, NJW 1969, 269, z aprobowanymi glosami: U. Diederichsen (JZ 1969, 387) oraz E. Deutsch (VersR 1969, 155).

plikowanego, zarówno pod względem organizacyjnym, jak i np. technologicznym czy chemicznym, procesu wytwórczego, o którym osoba z zewnątrz, taka jak poszkodowany, nie ma wiedzy, a niekiedy wręcz, np. z uwagi na tajemnicę handlową, w ogóle nie może nawet jej zdobyć. Wobec tego trybunał ten zdecydował się na dokonywane już wcześniej w orzecznictwie na tle § 823 II BGB odwrócenie ciężaru dowodu. Polegało to na przyjęciu, że wystarczające jest udowodnienie przez poszkodowanego powstania i rozmiarów szkody oraz związku pomiędzy jej wyrządzeniem a zakresem objętym organizacją producenta i jego ryzykiem, a także faktu obiektywnego istnienia jakiegoś defektu w produkcie. Zdjęto natomiast z niego obowiązek dowodzenia winy producenta, wprowadzając odwrotną regułę, w myśl której to właśnie ten ostatni, chcąc się uwolnić od odpowiedzialności, powinien przeprowadzić dowód braku winy po swojej stronie. Przy tym wymóg ten potraktowano rygorystycznie, to znaczy uznano, że dla wyłączenia odpowiedzialności producenta nie wystarczy zaledwie wykazanie przez niego, że defekt produktu mógł powstać bez żadnej jego winy, w tym w zakresie organizacji produkcji, lecz niezbędne jest, aby udowodnił w sposób niebudzący wątpliwości, że nie można mu przypisać winy odnośnie do wytworzenia produktu z defektem. Takie ukształtowanie obowiązków dowodowych wskazuje niewątpliwie na dążenie do ochrony poszkodowanych. W uzasadnieniu wspomnianego orzeczenia zwraca uwagę także odwołanie się przez trybunał do konstrukcji winy organizacyjnej producenta. Podnoszono mianowicie, że dla przypisania odpowiedzialności wystarczające jest ustalenie, że dany defekt pojawił się w wyniku procesu wytwórczego, natomiast nie ma potrzeby (zwłaszcza że często, jak wskazano powyżej, byłoby to wręcz niemożliwe) dokładnego określania, czy wynikało to w danym przypadku na przykład z niedbalstwa w ramach zarządzania czy też błędów w procesie produkcji. Inaczej rzecz ujmując, nawet jeżeli konkretna przyczyna powstania określonego defektu pozostała nieznana, ale mieściła się w zakresie objętym ryzykiem działalności producenta, to przy niemożliwości wykazania braku winy producent poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą. Oparcia dla konstrukcji winy organizacyjnej doszukiwano się w § 831 BGB, regulującym odpowiedzialność pracodawcy za winę w wyborze lub nadzorze nad pracownikami, które to unormowanie poddane zostało rozszerzającej interpretacji, co pozwoliło na objęcie nim szeroko rozumianej organizacji przedsiębiorstwa wytwórcy określonych produktów.

Takie ujęcie omawianego zagadnienia wytyczyło dalszą linię orzecniczą w tym zakresie⁷³⁷, gdzie utrzymany został konsekwentnie wymóg, że dla uwolnienia się od odpowiedzialności producent musi wykazać, iż nie zawinił ani on sam, ani też jego przedstawiciel czy organ, a nadto, że nie miała miejsca żadna nieprawidłowość w zakresie organizacji oraz że pracownicy, którzy zajmowali się wytwarzaniem produktu obciążonego defektem, byli starannie wybrani i nadzorowani⁷³⁸. W przypadku procesów produkcyjnych, które nie są w pełni zautomatyzowane, producent chcąc zwolnić się z obowiązku naprawienia szkody, musi wskazać w sposób zindywidualizowany każdą z osób uczestniczących w wytwarzaniu produktu i wykazać brak jej winy⁷³⁹. Wskazana koncepcja ukształtowania odpowiedzialności była także rozwijana w doktrynie. Wskazywano, że opiera się ona na zasadzie winy⁷⁴⁰. Nadto powszechnie zaakceptowano przede wszystkim wskazane odwrócenie ciężaru dowodu, niektórzy autorzy podnieśli nawet, że zachodzi tu domniemanie winy producenta⁷⁴¹. Przyjęto również odpowiedzialność producenta za różne rodzaje defektów, to jest zarówno fabrycznych (*Fabrikationsfehler*), konstrukcyjnych (*Konstruktionsfehler*), jak i instrukcyjnych (*Instruktionsfehler*) czy związanych z ryzykiem rozwoju (*Entwicklungsfehler*). Wada fabryczna odnosi się do defektów konkretnego, pojedynczego egzemplarza danego produktu⁷⁴². W przypadku jej zaistnienia poszkodowany celem uzyskania naprawienia szkody powinien wykazać okoliczności wskazane w omówionym powyżej orzeczeniu z 1968 r., natomiast producent może zwolnić się od odpowiedzialności, wykazując brak zawinienia. Z kolei wada konstrukcyjna dotyczy całej serii produktów danego rodzaju i w razie gdy szkoda stanowi wynik takiego właśnie defektu, na poszkodowanym ciężar nieco dalej idące obowiązki dowodowe, oprócz powyżej wymienionych okoliczności musi on bowiem także dowieść, że projekt czy koncepcja kształtu, składu chemicznego czy innych cech tych produktów nie odpowiadają uzasadnionym oczekiwaniom co do poziomu ich bezpieczeństwa, stwarzając nieakceptowalnie duże niebezpieczeństwo dla otoczenia. Ocena jest tu

⁷³⁷ M. in. BGHZ 51, 91; BGHZ 116, 104; BGH, NJW 1993, 528.

⁷³⁸ BGH, NJW 1973, 1602; Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 302.

⁷³⁹ BGH, NJW 1973, 1602, 1603.

⁷⁴⁰ E. Steffen, *Die Produkthaftung am Vorabend des 47. Deutschen Juristentages* [w:] *Juristische Rundschau* 1968, z. 8, s. 287.

⁷⁴¹ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 357.

⁷⁴² Judykatura kwalifikuje tutaj także braki organizacyjne w zakresie kontroli jakości (BGHZ 104, 323).

dokonywana przede wszystkim z uwzględnieniem takich czynników, jak: normalne zastosowanie produktu, a także nadzwyczajne, ale możliwe do przewidzenia, jego użycie⁷⁴³, a ponadto rodzaj niebezpieczeństwa, jaki może się wiązać z takim właśnie typem produktu, jak też to, czy wdrożenie alternatywnego projektu jest możliwe do przeprowadzenia ze względów ekonomicznych i czy pociągnęłoby to za sobą pożądane zredukowanie zagrożenia wyrządzenia szkody przez taki produkt⁷⁴⁴. W literaturze przedmiotu prezentowany jest na tym tle pogląd, że sam fakt zachowania w zakresie konstrukcji, składu itp. danej serii produktów wymogów określonych regulacjami administracyjno-prawnymi czy też norm technicznych, sam w sobie nie wyłącza możliwości nałożenia odpowiedzialności z powodu wady konstrukcyjnej. Uzasadnia się to tym, że wskazane unormowania mogły ulec dezaktualizacji, a jeszcze nie zdążono ich poprawić albo też mogą one określać jedynie minimalny standard bezpieczeństwa, który na tle danego przypadku może okazać się niewystarczający⁷⁴⁵. Oprócz wad tkwiących w samym produkcie wyróżniono także tak zwane wady instrukcyjne, przejawiające się najczęściej albo w ogóle w braku zamieszczenia (np. na opakowaniu, ulotce, instrukcji) informacji o zagrożeniach związanych z danym produktem albo w podaniu informacji niepełnych lub nieprawidłowych. W praktyce orzeczniczej przyjęto, że takie ostrzeżenie dołączane przez wytwórcę danego towaru powinno dokładnie wskazywać na rodzaj niebezpieczeństwa, jakie może wynikać z jego używania, w tym zwłaszcza jeżeli grozi ono doznaniem uszczerbku na życiu lub zdrowiu, konieczne jest, aby konsument był w stanie zrozumieć z treści informacji ostrzegawczej, w jaki sposób i dlaczego produkt ten może nieść ze sobą takie zagrożenie⁷⁴⁶. Przy tym zakres obowiązku informacyjnego spoczywającego na producencie jest powiązany z przeznaczeniem danego produktu, wobec czego nie musi on ostrzegać o zagrożeniach, jakie mogą wyniknąć z użycia tego produktu

⁷⁴³ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 100.

⁷⁴⁴ OLG Köln NJW-RR 1991, 285; V. Emmerich, *BGB-Schuldrecht...*, s. 297.

⁷⁴⁵ V. Emmerich, *BGB-Schuldrecht...*, s. 297. W literaturze przedmiotu wskazuje się przy tym, że producent powinien dostosowywać poziom stosowanej przez siebie staranności adekwatnie do najnowszych poglądów w zakresie nauki i techniki, o ile te są widoczne i możliwe do ustalenia (E. Steffen, *Die Produkthaftung am Vorabend des 47. Deutschen Juristentages* [w:] *Juristische Rundschau* 1968, z. 8, s. 287).

⁷⁴⁶ BGH NJW 1992, 560. W tym zakresie wskazano np., że producent słodzonych herbatek dla dzieci ponosi odpowiedzialność cywilną za uszczerbki na zdrowiu, jeżeli nie umieści na nich informacji o tym, że długotrwałe ssanie takich herbatek z plastikowych butelek może powodować powstawanie u dzieci ubytków w uzębieniu (BGHZ 116, 60 – Kindertee I; BGH NJW 1994, 932 – Kindertee II; BGH NJW 1995, 1286 – Kindertee III).

w celu niezgodnym z tym przeznaczeniem⁷⁴⁷. Przyjmuje się także, że producent nie ma obowiązku ostrzegania o takich zagrożeniach, które są powszechnie znane⁷⁴⁸. Natomiast objęcie odpowiedzialnością producenta wad związanych z ryzykiem rozwoju ma za zadanie skłonić go do obserwowania wytworzonego produktu już po wprowadzeniu go do obrotu i do tego, by w razie ujawnienia się jakiegoś defektu skutkującego niebezpieczeństwem dla konsumentów, ostrzegał ich o nim. Niekiedy w literaturze nazywa się alternatywnie taki defekt wadą w zakresie nadzoru (*Überwachungsfehler*)⁷⁴⁹.

Obok tak ujmowanej, opartej na zasadzie winy, odpowiedzialności producenta, pojawiła się w niemieckim porządku prawnym ustawa z dnia 15 grudnia 1989 r. o odpowiedzialności za produkt⁷⁵⁰, wprowadzająca niezależną od winy odpowiedzialność (*Haftung ohne Verschulden*)⁷⁵¹ producenta, opartą na zasadzie ryzyka. Ustawa ta nie wyparła jednak omówionej powyżej odpowiedzialności zależnej od zawinienia, lecz, jak się powszechnie przyjmuje w literaturze przedmiotu, obydwa te reżimy odpowiedzialności funkcjonują równolegle, niezależnie od siebie⁷⁵².

Wspomniana ustawa stanowi implementację w prawie niemieckim powoływanej już wcześniej dyrektywy wspólnotowej 374/85 dotyczącej tej problematyki, powieliła zatem wiele jej rozwiązań. Zawiera jednak przy tym kilka unormowań szczegółowych, od niej odbiegających. W odniesieniu do zasady odpowiedzialności należy wskazać,

⁷⁴⁷ BGH NJW 1981, 2514.

⁷⁴⁸ Wychodzi się tu bowiem z założenia, że w takim przypadku wszyscy konsumenci produktu, z którym jest związane takie zagrożenie, godzą się na jego istnienie, używając tego produktu. Dlatego też np. nie przyjmuje się na podstawie § 823 I BGB odpowiedzialności producentów papierosów w stosunku do palaczy za uszczerbki na zdrowiu powstałe u tych ostatnich na skutek palenia (V. Emmerich, *BGB-Schuldrecht...*, s. 298; OLG Frankfurt, NJW – RR 2001, s. 1471; H.J. Kullmann, *Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht*, NJW 2002, s. 30-33).

⁷⁴⁹ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 571. Autorzy ci wskazują, że taki obowiązek obserwowania tego, co się dzieje z danym produktem w trakcie jego używania, obciąża w szczególności wytwórców produktów w branżach niosących ze sobą wysokie niebezpieczeństwo, jak np. w przemyśle samochodowym.

Co ciekawe, w orzecznictwie uznano, że taki obowiązek obserwowania spoczywający na danym producencie może obejmować także konieczność obserwowania produktu innego wytwórcy, jeżeli konsument użytkuje go wraz z produktem tego pierwszego producenta. Ten ostatni ma w razie dostrzeżenia poważnego niebezpieczeństwa ostrzegać przed nim w związku ze swoim własnym produktem (BGHZ 99, 167).

⁷⁵⁰ Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 1990 r.

⁷⁵¹ J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 576.

⁷⁵² R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 315; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 358; J. Esser, H.L. Weyers, *Schuldrecht...*, s. 578.

o czym już wspomniano powyżej, że wprowadzona tu została odpowiedzialność producenta oparta na zasadzie ryzyka, która zgodnie z § 14 tej ustawy nie może być z góry ograniczona lub wyłączona, w związku z czym wszelkie porozumienia przeciwne są nieważne. Obowiązek naprawienia szkody ciążyący na producencie może być wyłączony tylko w przypadku zaistnienia którejś z enumeratywnie wskazanych w § 1 ust. 2 i ust. 3 ustawy okoliczności egzoneracyjnych, to jest wtedy, gdy: producent nie wprowadził produktu do obrotu, kiedy można założyć, biorąc pod uwagę okoliczności, że produkt nie miał jeszcze w sobie defektu wówczas, gdy był wprowadzany do obrotu, a także w sytuacji, gdy ani producent nie wytworzył produktu celem jego sprzedaży lub jakiegokolwiek innej formy jego dystrybucji ani też nie wytworzył go lub nie dokonał jego dystrybucji w ramach swojej działalności zawodowej, jak również wtedy, gdy istnienie defektu wynika z zastosowania się producenta do obowiązkowych (tj. bezwzględnie wiążących) przepisów prawnych obowiązujących w czasie wprowadzania produktu do obrotu. Producent nie ponosi także odpowiedzialności, jeżeli defekt produktu nie mógł być wykryty przy uwzględnieniu stanu wiedzy i techniki istniejącego w czasie, w którym producent wprowadzał produkt do obrotu. Ponadto w sytuacji, gdy defekt danego produktu jako całości wynika z instrukcji zamieszczonej przez jego producenta albo z konstrukcji tego produktu, wyłączona jest odpowiedzialność producenta jego części składowej, która została do niego włączona. *Mutatis mutandis* wyłączenie to odnosi się także do wytwórcy podstawowej substancji, która została użyta do wytworzenia produktu finalnego. Zauważyć przy tym należy, że § 1 ust. 4 ustawy w charakterystyczny sposób przesądza o rozkładzie ciężaru dowodu, wskazując, iż celem uzyskania odszkodowania osoba, która doznała uszczerbku na skutek niebezpiecznych cech danego produktu, musi wykazać istnienie takiego defektu i jego powiązanie kauzalne z powstaniem tego uszczerbku. W dwóch jednakże przypadkach to na producencie będzie spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności zwalniających z odpowiedzialności. Ma to miejsce wtedy, gdy spór dotyczy tego, czy obowiązek zapłacenia odszkodowania nie jest wyłączony z uwagi na drugą lub trzecią ze wskazanych powyżej okoliczności egzoneracyjnych, a więc ze względu na to, że produkt nie miał jeszcze w sobie defektu w czasie wprowadzania go do obrotu, jak również wówczas, kiedy producent nie wytworzył produktu celem jego sprzedaży lub jakiegokolwiek innej formy jego dystrybucji ani też nie wytworzył go lub nie dokonał jego dystrybucji w ramach swojej działalności zawodowej.

Unormowania powoływanej ustawy przewidują też, że w sytuacji, gdy odpowiedzialność ponosi kilka podmiotów, to ich odpowiedzialność jest solidarna. Przy tym w braku od-

miennych postanowień umownych, istnienie obowiązku zapłaty odszkodowania i jego zakres zależy od okoliczności, w szczególności od tego, czy szkoda została spowodowana w przeważającej części przez któryś z tych podmiotów (§ 5). W § 6 ust. 1 przewidziana została ponadto redukcja obowiązku naprawienia szkody w sytuacji, gdy poszkodowany przyczynił się częściowo do powstania uszczerbku przez swoje zawinione zachowanie; wówczas zastosowanie znajduje § 254 BGB. Jeżeli uszkodzona została rzecz, każda вина osoby sprawującej fizyczną kontrolę nad tą rzeczą traktowana jest jak вина samego poszkodowanego. Jednakże, w myśl § 6 ust. 2, jeżeli szkoda została spowodowana zarówno przez defekt produktu, jak i na skutek zachowania się osoby trzeciej, odpowiedzialność producenta nie ulega zredukowaniu, lecz zastosowanie znajduje § 5 zd. 2, a zatem w braku przeciwnych postanowień umownych, zakres obowiązku naprawienia szkody ciężącego na producencie oraz na osobie trzeciej zależy od okoliczności, a zwłaszcza od tego, czy któryś z tych podmiotów w przeważającej mierze spowodował powstanie szkody.

Warto wskazać, że § 15 ustawy wyłącza jej zastosowanie do przypadków śmierci lub uszczerbków na zdrowiu wynikających z zastosowania produktu farmaceutycznego przeznaczonego do używania przez ludzi i sprzedanego w obszarze objętym regulacją ustawy o produktach farmaceutycznych, pozostawiając tej odrębnej ustawie unormowanie kwestii odpowiedzialności z tego tytułu.

Poza tym wskazana ustawa o odpowiedzialności za produkt nie wyłącza ani też w inny sposób nie wpływa na istnienie i zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wynikającej z innych źródeł, w tym, jak już wspomniano, nie eliminuje możliwości dochodzenia omówionej powyżej odpowiedzialności producenta opartej na zasadzie winy. Co więcej, ta ostatnia może także wchodzić w grę w tych obszarach, których nie obejmuje ustawa o odpowiedzialności za produkt, w tym w zakresie odszkodowań przekraczających górne limity wskazane w tej ustawie⁷⁵³.

XIII. Odpowiedzialność za wypadki drogowe

Kwestie związane z odpowiedzialnością cywilną za szkody powstałe w wyniku wypadków samochodowych regulują w prawie niemieckim szczegółowo przepisy § 7 – § 20 StVG⁷⁵⁴. Unormowanie zawarte w § 7 StVG ustanawia tu zaostrzoną z tytułu za-

⁷⁵³ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 358; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 748.

⁷⁵⁴ *Straßenverkehrsgesetz* (Ustawa o ruchu drogowym) z dnia 19 grudnia 1952 r., BGBl. III 9231-1.

grożenia (*Gefährdungshaftung*)⁷⁵⁵, niezależną od winy (*verschuldensunabhängig*)⁷⁵⁶, opartą na zasadzie ryzyka⁷⁵⁷ odpowiedzialność deliktową za zabicie człowieka, wyrządzenie uszczerbku na jego ciele lub zdrowiu czy uszkodzenie rzeczy przez ruch pojazdu mechanicznego lub przyczepy, która jest przeznaczona do ciągnięcia przez taki pojazd mechaniczny. Podmiotem odpowiedzialnym jest w myśl tego unormowania tzw. *Halter*. Dosłownie rzecz ujmując, jest to ktoś, kto trzyma dany pojazd bądź, jak chcą niektórzy autorzy, ten, kto go utrzymuje⁷⁵⁸. Jak się jednak wydaje, bez żadnego uszczerbku dla merytorycznej strony zagadnienia można się tu w dalszym toku rozważań posługiwać pojęciem „posiadacza” pojazdu mechanicznego lub przyczepy⁷⁵⁹, co zdaje się dobrze oddawać to, kogo w doktrynie i orzecznictwie sądów niemieckich kwalifikuje się jako podmiot ponoszący odpowiedzialność ze wskazanego powyżej tytułu. Jako predestynowanego do ponoszenia odpowiedzialności wskazuje się tu bowiem tego, kto w chwili wypadku używał pojazdu na własny rachunek i miał możliwość rozporządzania nim w takim zakresie, jakiego wymaga takie właśnie używanie pojazdu⁷⁶⁰. Rozstrzygające znaczenie mają przy tym nie więzi prawne, lecz faktyczne⁷⁶¹, a więc to, kto rzeczywiście rozporządza pojazdem, decydując o sposobie i czasie korzystania z niego, trasie jazdy, czy też o oddaniu go na określony czas do dyspozycji osobie trzeciej⁷⁶². Przekazanie realnego władztwa nad pojazdem może mieć tu jednak jedynie charakter tymczasowy, gdyż w przypadku, gdyby nastąpiło to na czas dłuższy lub w ogóle na stałe, przymiot posiadacza przechodzi na osobę, która władztwo takie uzyskała, odpowiednio do okresu, przez jaki faktycznie dysponować będzie tym pojazdem⁷⁶³. Przy tym istotne jest to,

⁷⁵⁵ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 412.

⁷⁵⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 323; M. Kappen, N. Kröger, *Refundacja szkód powstałych w wypadkach drogowych na terenie Niemiec* [w:] *Likwidacja międzynarodowych szkód komunikacyjnych w Europie. Publikacja z okazji 50-lecia członkostwa Polskiego Biura Ubezpieczycieli Komunikacyjnych w Systemie Zielonej Karty*, praca zbiorowa, wyd. InterEurope AG European Law Service www.intereuropeag.com, s. 37.

⁷⁵⁷ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1..., s. 82 i s. 117.

⁷⁵⁸ A. Szpunar, *Wynagrodzenie szkody wynikłej wskutek wypadku samochodowego*, PiP 1966, z 10, s. 469.

⁷⁵⁹ Tak też czyni K. Ludwichowska, słusznie podkreślając przy tym, że nie wchodzi tu w grę posiadanie w rozumieniu § 854 BGB, ale „odrębna, szczególna kategoria władztwa nad rzeczą” (taż, *Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe*, Toruń 2008, s. 19-20).

⁷⁶⁰ BGHZ 13, 351, 354.

⁷⁶¹ OLG Köln DAR 95, 485; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 412.

⁷⁶² BGH NJW 1997, 660; BGHZ 32, 331; BGHZ 116, 200.

⁷⁶³ OLG Hamm DAR 1976, 25; OLG Zweibrücken VRS 45, 400.

że chodzi tu o osobę, która używa danego pojazdu na własny rachunek, a więc o tego, kto czerpie z tego tytułu korzyści, zarówno majątkowe, jak i niemajątkowe, ale również ponosi koszty związane z jego eksploatacją⁷⁶⁴. Zauważyć przy tym należy, że ponieważ odpowiedzialność takiego posiadacza opiera się na zasadzie ryzyka, może być za niego uznana osoba, której nie może być przypisana wina. Wskazuje się nadto, że może to być osoba, która ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych lub też taka, która w ogóle zdolności tej jest pozbawiona⁷⁶⁵.

Na takim posiadaczu ciąży co do zasady odpowiedzialność deliktowa za wskazane powyżej szkody powstałe na skutek wypadku drogowego. Zgodnie jednak z § 7 ust. 2 StVG obowiązek odszkodowawczy po stronie posiadacza nie będzie powstawał wówczas, gdy wypadek został spowodowany przez siłę wyższą (*höhere Gewalt*). Pod tym ostatnim pojęciem rozumie się zdarzenie niezwiązane z ruchem pojazdu, pochodzące z zewnątrz, spowodowane przez elementarne siły przyrody lub działania osoby trzeciej, niemożliwe do przewidzenia w świetle ludzkiego rozsądku i doświadczenia, któremu nie można było zapobiec lub je unieszkodliwić nawet przy dochowaniu najwyższej staranności i przy zastosowaniu dostępnych, gospodarczo możliwych do poniesienia środków, a którego częstość występowania nie jest na tyle duża, aby posiadacz pojazdu musiał się z nim liczyć⁷⁶⁶.

Nadto obowiązek naprawienia szkody nie będzie mógł zostać w myśl § 7 ust. 3 zd. 1 StVG nałożony na posiadacza pojazdu także wówczas, gdy ktoś używał pojazdu wbrew jego wiedzy i woli (*ohne Wissen und Willen*)⁷⁶⁷. Taki nieuprawniony użytkownik pojazdu, tzw. *Schwarzfahrer*, oczywiście jeżeli to nieuprawnione korzystanie przez niego z pojazdu miało miejsce w chwili wypadku drogowego będącego źródłem szkody, ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą zamiast prawowitego posiadacza pojazdu.

⁷⁶⁴ BGH VersR 1922, 422.

⁷⁶⁵ K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 22.

⁷⁶⁶ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 327; K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 40-41; BGHZ 7, 338, 339; BGHZ 62, 351. W zakresie działania sił przyrody może tu chodzić np. o trzęsienie ziemi, natomiast jako przykład takiego zachowania osób trzecich wskazać można rzucenie się pod koła nadjeżdżającego pojazdu w celach samobójczych lub celowe wypchnięcie współpasażera z pojazdu w czasie jazdy (OLG München NZV 91, 472).

⁷⁶⁷ W praktyce decydujące znaczenie przypisuje się, jak się wydaje słusznie, czynnikowi woli, a nie wiedzy posiadacza pojazdu, co pozwala na zwolnienie go z odpowiedzialności i przypisanie jej nieuprawnionemu użytkownikowi także w sytuacji, gdy o korzystaniu przez tego ostatniego z pojazdu posiadacz uzyskał skądś wiedzę, niemniej jednak miało ono miejsce wbrew jego woli (R. Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, Berlin - New York 1997, s. 04; BGHZ 22, 293).

Ten ostatni pozostanie jednak zobowiązany do odszkodowania na rzecz poszkodowanego obok nieuprawnionego posiadacza jako dłużnik solidarny wówczas, gdy korzystanie z pojazdu przez podmiot do tego nieuprawniony zostało umożliwione na skutek winy posiadacza. Zarzut zawinionego zachowania jest tu zazwyczaj posiadaczowi stawiany wtedy, gdy nie dochował on należytej staranności w rozumieniu § 276 BGB. Wymogi, jakie mogą być zasadnie stawiane posiadaczowi, zależą od okoliczności poszczególnego przypadku. Generalnie jedynie zauważyć można, że powinien on zachowywać wszelkie odpowiednie środki ostrożności tak, aby uniemożliwić nieuprawnione użycie jego pojazdu przez osoby trzecie. Przepis § 7 ust. 3 zd. 1 StVG nie znajduje jednak zastosowania zgodnie z jego zd. 2 wtedy, kiedy osoba używająca pojazdu została zaangażowana, np. zatrudniona przez jego posiadacza dla eksploatacji tego pojazdu (w celu jego prowadzenia) albo gdy posiadacz oddał jej ten pojazd do dyspozycji. W tych zatem przypadkach odpowiedzialność, i to oparta na zasadzie ryzyka, spoczywać będzie na posiadaczu pojazdu, a nie na osobie używającej go⁷⁶⁸. Posiadacza nie zwalnia więc wskutek tego od obowiązku naprawienia szkody fakt, że będący jej przyczyną wypadek wydarzył się podczas nieuprawnionego użycia pojazdu przez jego pracownika albo innego upoważnionego użytkownika⁷⁶⁹. Cała regulacja § 7 ust. 3 zd. 1 i zd. 2 StVG znajduje odpowiednie zastosowanie do sytuacji, w której następuje korzystanie z przyczepy (§ 7 ust. 3 zd. 3 StVG).

Wskazana odpowiedzialność na zasadzie ryzyka określona w § 7 StVG doznaje jednak poważnych ograniczeń⁷⁷⁰. W tym zakresie przede wszystkim wskazać należy na § 8 StVG, zgodnie z którym określona w § 7 StVG odpowiedzialność na zasadzie ryzyka nie obejmuje przypadków, w których wypadek został spowodowany przez pojazd mechaniczny, który na równej drodze nie może jechać z prędkością większą niż 20 km/h lub przez przyczepę połączoną w momencie wypadku z takim pojazdem⁷⁷¹. Nadto odpo-

⁷⁶⁸ Inaczej rzecz ujmując, stwierdzić można, że obowiązek naprawienia szkody ciąży nie na posiadaczu, lecz na tym, kto używa pojazdu bez jego wiedzy i woli w sytuacji, gdy łącznie spełnione są trzy przesłanki, a mianowicie, kiedy zawinione zachowanie posiadacza nie umożliwiło nieuprawnionego użycia pojazdu, a przy tym posiadacz nie zatrudnił takiego użytkownika do prowadzenia pojazdu ani nie oddał jej go celem używania (K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 23).

⁷⁶⁹ R. Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, Berlin – New York 1997, s. 105.

⁷⁷⁰ Przy tym trzeba zauważyć, że omawiana ustawa o ruchu drogowym dotyczy odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez pojazdy mechaniczne, ograniczając to pojęcie do pojazdów lądowych wprawianych w ruch przez siły mechaniczne, z wyłączeniem tych, które związane są z torami kolejowymi (zgodnie z § 1 ust. 2 StVG).

⁷⁷¹ W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dotyczy to przede wszystkim pojazdów w rolnictwie i budownictwie (V. Emmerich, *BGB – Schuldrecht...*, s. 338).

wiedzialność ta jest z mocy tego unormowania wyłączona w stosunku do tych poszkodowanych, którzy odgrywali czynną (aktywną) rolę przy ruchu pojazdu mechanicznego lub przyczepy⁷⁷² oraz w odniesieniu do szkód wyrządzonych w rzeczach, które były transportowane przez pojazd mechaniczny lub przyczepę, oprócz rzeczy, które nosiła na sobie lub przewoziła ze sobą osoba przewożona. W przypadku tych dwóch ostatnich kategorii rzeczy aktualna pozostaje odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Poza tym odpowiedzialność posiadacza pojazdu mechanicznego lub przyczepy doznaje ograniczenia kwotowego za sprawą określonych w ustawie o ruchu drogowym z 1952 r. maksymalnych kwot odszkodowań oraz ograniczenia funkcjonalnego wynikającego z tego, że odpowiedzialność ta obejmuje nie wszelkie szkody, których źródła można upatrywać w takim pojeździe lub przyczepie, lecz jedynie te wyrządzone przez ich ruch (*bei dem Betrieb*). Z punktu widzenia praktyki te dwie kwestie zdają się w większości przypadków nie odgrywać roli czynników, które prowadziłyby do znaczącego realnego limitowania omawianej odpowiedzialności, z uwagi na odpowiednio bardzo wysokie kwoty maksymalne możliwych do zasądzenia odszkodowań⁷⁷³ oraz odejście w doktrynie

⁷⁷² Chodzi tu np. o kierowcę pojazdu lub ucznia szkoły jazdy. Uzasadnienia wspomnianego wyłączenia odpowiedzialności posiadacza pojazdu względem takich osób upatruje się w fakcie ich dobrowolnego narażania się na niebezpieczeństwo, jakie wiąże się z ruchem tego pojazdu (R. Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs...*, s. 156).

⁷⁷³ Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt. 1 StVG zobowiązany do odszkodowania w przypadku zabicia lub zranienia jednego lub więcej ludzi w wyniku tego samego zdarzenia ponosi odpowiedzialność tylko do kwoty ogółem 5 mln euro. W przypadku odpłatnego przewozu osób w ramach działalności gospodarczej w razie zabicia lub zranienia więcej jak ośmiu przewożonych osób kwota ta ulega zwiększeniu o 600 tys. euro za każdą następną zabita lub zranioną przewożoną osobę. Te kwoty maksymalne obowiązują też w stosunku do wysokości skapitalizowanej renty wypłacanej jako świadczenie odszkodowawcze. Z kolei gdy uszkodzeniu ulegną rzeczy, to w myśl § 12 ust. 1 pkt 2 StVG, kiedy przez to samo zdarzenie uszkodzone zostanie więcej rzeczy, posiadacz pojazdu lub przyczepy ponosi odpowiedzialność ogółem tylko do kwoty 1 mln euro. W razie, gdyby odszkodowania należne na podstawie tego samego zdarzenia przerastały wysokość kwoty maksymalnej określonej w § 12 ust. 1 StVG, to poszczególne świadczenia odszkodowawcze ulegają na podstawie § 12 ust. 2 StVG obniżeniu w takiej proporcji, w jakiej ich wysokość pozostaje do tej kwoty maksymalnej. Nadto w § 12 a przewidziane zostały kwoty maksymalne odszkodowań przy przewozie niebezpiecznych dóbr. Mianowicie w takiej sytuacji, w myśl § 12 a ust. 1 pkt 1 w przypadku zabicia lub zranienia jednego lub więcej ludzi przez to samo zdarzenie odszkodowanie może wynosić tylko do kwoty ogółem 10 mln euro, natomiast zgodnie z § 12 a ust. 1 pkt 2 w przypadku uszkodzenia rzeczy, też kiedy przez to samo zdarzenie zostało uszkodzonych więcej rzeczy, odszkodowania także są ograniczone do kwoty ogółem 10 mln euro. W § 12 a zastrzeżono przy tym, że obowiązuje on wówczas, gdy szkody uzasadnione są niebezpieczeństwem, jakie wiąże się z przewożonymi dobrami, to znaczy kiedy zostaną one spowodowane przez ich niebezpieczne właściwości. Poza tym unormowanie to nie zmienia regulacji z § 12 ust. 1 StVG. Należy przy tym zauważyć, że § 12 StVG i § 12 a StVG nie znajdują z mocy § 12 b StVG zastosowania wówczas, gdy szkody zostaną spowodowane przez ruch opancerzonych pojazdów gąsienicowych.

i orzecznictwie od wąskiego, mechanicznego pojmowania ruchu pojazdu na rzecz jego niezwykle szerokiego ujęcia. Pojęciem ruchu obejmuje się tu bowiem wszelkie sytuacje, w których pojazd znajduje się w ruchu drogowym i stwarza zagrożenie dla pozostałych uczestników tego ruchu⁷⁷⁴, co wynika z dążenia do ochrony tych ostatnich przed szczególnym niebezpieczeństwem, jakie wiąże się z ruchem pojazdu mechanicznego⁷⁷⁵. Dlatego też uznaje się, że pojazd znajduje się w ruchu nie tylko wtedy, gdy porusza się dzięki pracy silnika lub przy wyłączonym silniku siłą rozpędu lub bezwładności, ale także w czasie krótkotrwałego postoju, przerwy na przeładunek, czy nawet w sytuacji, gdy w ogóle został gdzieś postawiony na dłuższy czas, jeżeli stwarza w wyniku tego zagrożenie dla innych uczestników ruchu drogowego, np. z uwagi na to, że został nieprawidłowo zaparkowany⁷⁷⁶.

Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z § 8 a StVG w przypadku dokonywania odpłatnego przewozu osób w ramach działalności przedsiębiorstwa, kiedy dojdzie do zabicia lub zranienia przewożonej osoby, obowiązek odszkodowawczy wynikający z § 7 StVG nie może zostać wyłączony ani ograniczony, przy czym przewóz dokonywany przez korporację lub zakład prawa publicznego traktowany jest tu jako dokonywany w ramach działalności gospodarczej. Z brzmienia tego przepisu wnioskuje się w doktrynie *a contrario*, że dopuszczalne jest wyłączenie lub ograniczenie obowiązku odszkodowawczego ciążącego na posiadaczu pojazdu w drodze umowy wówczas, gdy poszkodowanym jest pasażer tego pojazdu przewożony w ramach nieodpłatnego i nieprowadzonego w formie działalności gospodarczej przewozu osób⁷⁷⁷.

W kontekście powyższych uwag pamiętać należy również o tym, że nawet gdyby w danym przypadku nie było podstaw do nałożenia na posiadacza pojazdu lub przyczepę odpowiedzialności na gruncie omawianej ustawy o ruchu drogowym albo w razie gdyby jego obowiązek odszkodowawczy pokrywał jedynie część szkód, to jeszcze sam ten fakt nie przesądza o tym, że nie poniesie on już jakiegokolwiek albo w odpowiednio szerszym zakresie odpowiedzialności cywilnej z tytułu danego wypadku drogowego. Wspomniana ustawa nie narusza bowiem, zgodnie z wyraźną wolą prawodawcy, przepisów prawa federalnego, na podstawie których posiadacz pojazdu odpowiada za szkody

⁷⁷⁴ BGHZ 29, 16.

⁷⁷⁵ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 326.

⁷⁷⁶ R. Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs...*, s. 48; N. Kröger, *Refundacja szkód powstałych w wypadkach drogowych...*, s. 40; BGH NJW 1983, 1326.

⁷⁷⁷ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 328; V. Emmerich, *BGB-Schuldrecht...*, s. 339.

spowodowane przez ten pojazd w szerszym zakresie niż według przepisów tej ustawy lub według których kto inny ponosi odpowiedzialność za te szkody (§ 16 StVG). Poszkodowany może więc poszukiwać także innych, dalszych podstaw do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, opierając się na odmiennych podstawach prawnych, w tym kierując swe żądania do innych podmiotów.

Przy tym dodatkowo w literaturze przedmiotu podkreśla się, że z ochronnego ukie-
runkowania omawianej zaostrojonej odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka, ma-
jącej za zadanie ochronę innych uczestników ruchu drogowego przed zagrożeniem wy-
nikającym z eksploatacji przez określony podmiot danego pojazdu mechanicznego,
wynika, że zakresem ochrony tej regulacji nie powinny być objęte te podmioty, które
stworzyły to źródło zagrożenia lub są odpowiedzialne za niebezpieczeństwa wynikające
z jego eksploatacji⁷⁷⁸. Co za tym idzie, przyjmuje się, że jeżeli poszkodowany dozna
uszczerbku na skutek ruchu własnego pojazdu lub pojazdu przez niego prowadzonego,
to nie przysługują mu roszczenia z § 7 StVG i § 18 StVG. Pomiędzy kierowcą a posia-
daczem pojazdu zaistnieć mogą zatem jedynie roszczenia odszkodowawcze wynikające
z zawartej przez nich umowy lub z innych niż wspomniana ustawa źródeł odpowiedzial-
ności deliktowej. Dlatego też wówczas, gdy poszkodowany w wypadku przez swój wła-
sny pojazd zostaje pasażer będący jego posiadaczem, to przysługują mu względem kie-
rowcy roszczenia nie na podstawie § 18 StVG, lecz wynikające z § 823 BGB⁷⁷⁹.

W tym miejscu trzeba bowiem wskazać, że ustawa o ruchu drogowym czyni pod-
miotem ponoszącym odpowiedzialność także kierowcę pojazdu. W myśl § 18 ust. 1 StVG
w przypadku zajścia sytuacji określonej w § 7 ust. 1 tej ustawy, do odszkodowania za
szkody według przepisów od § 8 do § 15 zobowiązany jest też kierowca pojazdu mecha-
nicznego lub przyczepy. Jego obowiązek odszkodowawczy doznaje jednak wyłączenia
wtedy, kiedy szkody nie są spowodowane z jego winy. Odpowiedzialność odszkodo-
wawcza kierowcy pojazdu oparta tu zatem została na zasadzie winy. Na podstawie spo-
sobu sformułowania tego unormowania przyjmuje się powszechnie, zarówno w doktry-
nie, jak i w orzecznictwie, że ustawodawca ustanowił tu domniemanie winy (*Haftung
für vermutetes Verschulden*) kierowcy pojazdu⁷⁸⁰. Następuje tu zatem odwrócenie cięży-

⁷⁷⁸ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 328.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, s. 328; K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 44.

⁷⁸⁰ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 412; R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 323; V. Emmerich, *BGB- Schuldrecht...*, s. 339; K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 28; BGH VersR 1969, 895; BGH VersR 1976, 927.

ru dowodu (*Entlastungsbeweis*)⁷⁸¹. W praktyce oznacza to, że poszkodowany dochodząc roszczeń odszkodowawczych nie jest zobligowany do udowadniania winy kierującego pojazdem, którego ruch spowodował powstanie uszczerbku w dobrach tego poszkodowanego. Przy wykazaniu bowiem przez niego pozostałych przesłanek odpowiedzialności przyjmuje się domniemanie winy kierowcy tego pojazdu. To ten ostatni, chcąc zwolnić się z odpowiedzialności, powinien wykazać brak zawinienia po swojej stronie. Może to uczynić przez udowodnienie, że uczynił zadość obowiązkom nakładanym na kierowców przez przepisy regulujące ruch drogowy i zachował należyty poziom staranności wymagany w ramach tego ruchu bądź też że niedochowanie takiej staranności nie miało wpływu na zaistnienie rozważanego wypadku drogowego. Z reguły kierowcę zwalnia z odpowiedzialności wykazanie, że przestrzegał on staranności, jakiej wymaga się od przeciętnie przynajmniej wyszkolonego i doświadczonego kierowcy⁷⁸², chyba że chodzi o kierowcę zajmującego się zawodowo przewozem osób, albowiem wówczas rygory co do staranności, jakiej powinien on przestrzegać, są odpowiednio podwyższone⁷⁸³. Gdyby kierowcy nie udało się skutecznie przeprowadzić takiego dowodu, nałożony zostanie na niego obowiązek naprawienia szkody. Przy tym, z mocy § 18 ust. 2 StVG, odpowiednie zastosowanie znajduje tu wspomniany już wyżej § 16 StVG, a zatem wdrożenie odpowiedzialności kierowcy na podstawie omawianej ustawy nie wyłącza dochodzenia przez poszkodowanego roszczeń na podstawie przepisów prawa federalnego w szerszym zakresie lub od innych podmiotów odpowiedzialnych. Dodatkowo § 18 ust. 3 StVG przesądza o tym, że jeśli w przypadku zajścia sytuacji określonej w § 17 StVG zobowiązany do odszkodowania za szkody jest także kierowca pojazdu mechanicznego lub przyczepy, to przepisy § 17 StVG stosuje się odpowiednio do jego zobowiązania w stosunku do posiadacza i kierowcy innego uczestniczącego w zdarzeniu pojazdu mechanicznego, do posiadacza i kierowcy innej biorącej udział w zdarzeniu przyczepy, do trzymającego zwierzę lub przedsiębiorcy kolejowego.

Przepis § 17 StVG ma zresztą bardziej generalne zastosowanie, ponieważ reguluje on w ogóle kwestie związane z sytuacjami, w których szkody spowodowane są przez więcej pojazdów mechanicznych. Wówczas posiadacze pojazdów mechanicznych biorących udział w zdarzeniu będącym w danym przypadku źródłem szkody są z mocy ustawy zobowiązani do odszkodowania za szkody doznane przez osobę trzecią, przy

⁷⁸¹ Ch. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2..., s. 407.

⁷⁸² BGH VersR 1982, 442.

⁷⁸³ BGH VersR 1971, 953.

czym istnienie zobowiązania do odszkodowania i jego zakres w stosunkach pomiędzy posiadaczami pojazdów względem siebie zależy od okoliczności, w szczególności od tego, jak dalece szkody przeważnie zostały spowodowane przez jednego lub innego z uczestników wypadku (§ 17 ust. 1 StVG). Posiadacze wskazanych pojazdów ponoszą więc z tytułu wyrządzonej wskutek takiego zdarzenia szkody solidarną odpowiedzialność wobec poszkodowanego, natomiast stosunki wewnętrzne pomiędzy nimi, w tym ich wzajemne rozliczenia w ramach roszczeń regresowych, zależą od okoliczności, w tym przede wszystkim od tego, w jakim stopniu poszczególni uczestnicy wypadku przyczynili się do powstania szkody. Co więcej, zgodnie z § 17 ust. 2 StVG przytoczoną powyżej regulację zawartą w jego ust. 1 stosuje się także w stosunku do odpowiedzialności posiadaczy pojazdów między sobą wówczas, gdy szkoda została wyrządzona jednemu z posiadaczy pojazdów biorącemu udział w wypadku. Niemniej jednak obowiązek odszkodowawczy wynikający z § 17 ust. 1 i ust. 2 doznaje z mocy jego ust. 3 wyłączenia⁷⁸⁴, kiedy wypadek zostanie spowodowany przez nieuchronne zdarzenie (*durch ein unabwendbares Ereignis*), które nie będzie wywodzić się ani z błędu w konstrukcji pojazdu, ani z niezadziałania jego urządzeń. Wskazane wyłączenie obowiązuje także w stosunku do obowiązku odszkodowawczego wobec właściciela pojazdu mechanicznego, który nie jest jego posiadaczem⁷⁸⁵.

Regulację powyższą interpretuje się w ten sposób, że w przypadku spowodowania wypadku przez kilka pojazdów, odpowiedzialność posiadacza każdego z nich zostaje w stosunku do posiadaczy pozostałych pojazdów biorących udział w zdarzeniu wyłączona w razie zajścia wypadku na skutek nieuchronnego zdarzenia. Natomiast odpowiedzialność każdego z tych posiadaczy za szkody wyrządzone innym podmiotom poszkodowanym w wypadku wyłącza dopiero działanie siły wyższej jako przyczyny wypadku (§ 7 ust. 2 StVG)⁷⁸⁶. Rozwiązanie takie wydaje się być słuszne z punktu widzenia intensywności ochrony prawnej przyznawanej poszczególnym kategoriom podmiotów ponoszących szkody na skutek wypadków drogowych. Zasadniczo, jeżeli poszkodowanym

⁷⁸⁴ W doktrynie zwraca się uwagę na to, że niejasne jest, co ma oznaczać nawiązanie w § 17 ust. 3 StVG do § 17 ust. 1 StVG. Za najbardziej przekonujące w tym zakresie uznaje się stanowisko, zgodnie z którym § 17 ust. 3 StVG modyfikuje w tym przypadku wewnętrzną kompensatę pomiędzy sprawcami szkody, ale nie ma żadnego znaczenia dla ich zewnętrznego stosunku względem poszkodowanego (V. Emmerich, *BGB- Schuldrecht...*, s. 342).

⁷⁸⁵ Przy tym należy zaznaczyć, że wskazane przepisy § 17 ust. 1 – 3 StVG znajdują odpowiednie zastosowanie, kiedy szkody spowodowane zostaną przez pojazd mechaniczny i przyczepę, przez pojazd mechaniczny i zwierzę albo przez pojazd mechaniczny i pociąg.

⁷⁸⁶ K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 42.

jest podmiot niebędący posiadaczem pojazdu ani jednym ze współsprawców wypadku, wyłączenie obowiązku naprawienia szkody ciężącego na podmiotach ponoszących odpowiedzialność za wypadek jest możliwe dopiero w razie wystąpienia siły wyższej. To ostatnie pojęcie, scharakteryzowane powyżej, rozumiane jest bardzo wąsko i restrykcyjnie, wobec czego odpowiedzialność doznawać tu będzie wyłączenia rzadko. Natomiast w sytuacji, gdy chodzi o szkody wyrządzone w dobrach tego, czyj pojazd brał udział w wypadku jako jego uczestnik, to posiadacze pozostałych pojazdów uczestniczących w tym zdarzeniu będą mogli zwolnić się od odpowiedzialności deliktowej względem niego już łatwiej, bo wystarczy, że wykażą, iż wypadek ten nastąpił wskutek nieuchronnego zdarzenia. Mogą tu więc oni częściej doprowadzić do wyłączenia swojej odpowiedzialności, albowiem pojęcie nieuchronnego wypadku jest szersze aniżeli siły wyższej. Każdy przypadek oddziaływania tej ostatniej siły uważany jest w praktyce także za zdarzenie nieuchronne. Poza tym zdarzenie to obejmuje również wszelkie inne sytuacje, w których zdarzeniu będącemu przyczyną szkody nie można było zapobiec nawet przy zachowaniu najwyższej możliwej w danych okolicznościach staranności. Chodzi tu więc o takie przypadki, w których nawet idealny kierowca nie byłby w stanie uniknąć wypadku⁷⁸⁷.

Należy przy tym zauważyć, że omówiony powyżej § 17 ust. 2 StVG odnosi się jedynie do przypadków, w których poszkodowany jest posiadaczem lub kierowcą pojazdu uczestniczącego w wypadku. Stanowi on więc przepis szczególny wobec § 9 StVG. To ostatnie unormowanie dotyczy bowiem sytuacji przyczynienia się do powstania szkody przez wszelkie inne osoby poszkodowane, a więc przede wszystkim przez pieszych i rowerzystów. Inaczej rzecz ujmując, § 9 StVG będzie znajdował zastosowanie do oceny współzawinięcia poszkodowanego w sytuacji, gdy ten ostatni będzie wywodził swe roszczenia o odszkodowanie w stosunku do podmiotu ponoszącego odpowiedzialność za szkodę powstałą na skutek wypadku na podstawie § 7 StVG lub § 18 StVG⁷⁸⁸.

Przechodząc do szczegółów wskazać należy, że zgodnie z § 9 StVG, jeżeli poszkodowany swoim zawinionym zachowaniem przyczynił się do powstania szkody, to zastosowanie znajduje regulacja § 254 BGB, z zastrzeżeniem, że w przypadku uszkodzenia rzeczy wina tego, kto sprawuje nad nią faktyczne władztwo, traktowana była na równi z winą poszkodowanego. Przy tym, w myśl § 254 ust. 1 BGB, w razie przyczynienia się przez poszkodowanego w sposób zawiniony do powstania szkody istnienie obowiązku

⁷⁸⁷ BGH NJW 92, 1684; BGH VersR 2006, 369; BGHZ 117, 337; OLG Köln NZV 92, 364.

⁷⁸⁸ Na ten odmienny zakres zastosowania wskazanych przepisów zwraca szczególnie uwagę R. Schmidt (tenże, *Schuldrecht...*, s. 329).

naprawienia szkody i jego zakres zależą od okoliczności, w szczególności od tego, jak dalece szkoda została spowodowana przeważająco przez jedną lub drugą stronę. Decydujące znaczenie ma tu więc stopień przyczynienia się zarówno sprawcy deliktu, jak i poszkodowanego, do powstania szkody. Nadto zgodnie z § 254 ust. 2 BGB unormowanie to znajduje zastosowanie także wtedy, gdy wina poszkodowanego ogranicza się do zaniechania zwrócenia uwagi dłużnika na niebezpieczeństwo niezwykle poważnej szkody, o którym dłużnik ani nie wiedział, ani nie powinien był wiedzieć, albo też do zaniechania zapobieżenia szkodzie lub jej złagodzenia⁷⁸⁹. Zastosowanie tych unormowań na gruncie § 9 StVG oznacza więc, że zawinione przyczynienie się poszkodowanego prowadzić będzie do ograniczenia rozmiarów obowiązku odszkodowawczego ciążącego na sprawcy wypadku, przy czym ograniczenie to zależeć będzie od okoliczności danego przypadku, w tym od oceny stopnia, w jakim poszkodowany przyczynił się do powstania szkody. Taka redukcja wysokości należnego poszkodowanemu odszkodowania następuje jednak wówczas, gdy można mu przypisać winę w odniesieniu do tego przyczynienia się. Jest to możliwe wówczas, gdy nie dołożył on w ramach swojego zachowania takiej staranności, jakiej powinien dochować rozsądny człowiek celem uniknięcia lub zmniejszenia szkody⁷⁹⁰. Może tu chodzić także np. o dopuszczenie się przez poszkodowanego zaniechań w zakresie leczenia obrażeń, jakich doznał on wskutek wypadku. Co istotne, przyjmuje się przy tym, że w związku z obecnie obowiązującym, powoływanym już powyżej brzmieniem § 828 ust. 2 BGB, w przypadku, gdy takim poszkodowanym, którego zachowanie stanowiło współprzyczynę szkody, jest dziecko poniżej dziesiątego roku życia, wykluczone jest uwzględnienie w ramach wskazanych powyżej przepisów jego przyczynienia się do powstania szkody, w wyniku czego cały ciężar odpowiedzialności odszkodowawczej w pełnym zakresie spoczywa na posiadaczu lub kierowcy pojazdu mechanicznego⁷⁹¹.

XIV. Inne wybrane przypadki zaostrzonej odpowiedzialności.

Jak już powyżej wspomniano, poza § 833 zd. 1 BGB, pozostałe przypadki odpowiedzialności deliktowej opartej na zasadzie ryzyka uregulowane są w niemieckim po-

⁷⁸⁹ Przy tym unormowanie § 278 znajduje tu zastosowanie *mutatis mutandis*. Przepis ten stanowi, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za winę swego przedstawiciela ustawowego oraz osób, które zatrudnia w wykonaniu jego zobowiązania, w takim samym zakresie jak za swoją własną winę.

⁷⁹⁰ BGHZ 9, 316.

⁷⁹¹ V. Emmerich, *BGB-Schuldrecht...*, s. 339; K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 46.

rzędu prawnym w ustawach szczególnych. Przede wszystkim należy tu wskazać ustawę o odpowiedzialności cywilnej (*Haftpflichtgesetz*) z 1978 r.⁷⁹², która obciąża odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka⁷⁹³ przedsiębiorcę kolejowego, jeżeli wskutek eksploatacji należących do niego kolei szynowych lub linowych zabity zostanie człowiek albo poniesie on uszczerbek na ciele lub zdrowiu bądź zniszczona zostanie rzecz (§ 1 ust. 1 *HaftPflG*). Zdarzenie powodujące powstanie takich szkód musi nastąpić podczas ruchu kolei. Pojęcie tego ruchu jest przy tym bardzo szeroko rozumiane, tak, aby objęte nim zostały specyficzne, typowe dla kolei zagrożenia, takie jak np. duża prędkość, długa droga hamowania, duża liczba przewożonych osób, związany z nimi pośpiech, zamieszanie i ich możliwa niezdarność przy wsiadaniu i wysiadaniu itp. Stąd też do pojęcia ruchu zalicza się całość zagadnień związanych z eksploatacją techniczną i wykonywaniem przewozu. Przy tym przyjmuje się, że zdarzenie ma miejsce podczas ruchu kolei wówczas, gdy istnieje bezpośredni związek czasowy i miejscowy z przebiegiem ruchu lub instalacjami kolejowymi, a więc gdy ujawniło się niebezpieczeństwo typowe dla kolei („*bahntypische*” *Gefahr*)⁷⁹⁴. Unormowania zawarte w § 1 ust. 2 i 3 *HaftPflG* przewidują jednak pewne wyłączenia tej odpowiedzialności. Między innymi nie wchodzi ona w grę wówczas, gdy dany wypadek został spowodowany przez siłę wyższą. W doktrynie wskazuje się, że jako taką siłę traktować należy zdarzenia oddziałujące na ruch kolei z zewnątrz, niebędące przyczynowo związane z przebiegiem tego ruchu, jak np. trzęsienie ziemi czy uderzenie pioruna⁷⁹⁵. Niekiedy dodaje się też, że musi być to zdarzenie, któremu nie można było zapobiec i mające nadzwyczajny charakter, w związku z czym ani przedsiębiorca, ani zatrudniany przez niego personel nie mogli się z nim liczyć⁷⁹⁶. Jako siła wyższa nigdy nie będzie więc traktowana zawodność urządzeń technicznych, natomiast mogą być niekiedy za nią uważane działania osób trzecich, niebiorących udziału we właściwej eksploatacji kolei, w postaci np. zamachów terrorystycznych⁷⁹⁷. Obowiązek odszkodowawczy przedsiębiorcy kolejowego doznaje także wyłączenia wówczas, gdy została uszkodzona rzecz przyjęta do przechowania lub rzecz przewożona, chyba że podróżny nosił ją na sobie bądź wiozł ze sobą.

⁷⁹² Ustawa z dnia 4.01.1978 r., BGBl. I, 145, powoływana jako *HaftPflG*.

⁷⁹³ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 337.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, s. 337; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 416.

⁷⁹⁵ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 337; H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 417.

⁷⁹⁶ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 417.

⁷⁹⁷ R. Schmidt, *Schuldrecht...*, s. 337.

Nadto wspomniana ustawa przewiduje także opartą na zasadzie ryzyka odpowiedzialność deliktową właściciela zakładu energetycznego. Dokładniej rzecz ujmując zgodnie z § 2 ust. 1 HaftPflG, jeżeli w wyniku działania elektryczności, gazu, pary lub cieczy pochodzących z kabla, rurociągu lub zakładu służącego do dostarczania takiej energii lub substancji, człowiek poniesie śmierć albo uszczerbek na ciele lub zdrowiu bądź gdy uszkodzona zostanie rzecz, właściciel zakładu jest zobowiązany do odszkodowania za wszelkie wynikające stąd szkody. To samo dotyczy szkód powstałych co prawda nie z powodu działania elektryczności, gazu, pary czy cieczy, ale mających swe źródło w istnieniu wspomnianych wyżej urządzeń, chyba że były one we właściwym stanie w momencie powstania szkody. Przy tym za właściwy stan uważa się taki, który spełnia wymogi wynikające z uznanych norm technicznych, a urządzenia są nienaruszone. Unormowanie to nie znajduje zastosowania, z mocy § 2 ust. 2 HaftPflG, do urządzeń służących tylko do transmisji obrazu lub dźwięku. Nadto obowiązek odszkodowawczy wynikający z § 2 ust. 1 HaftPflG jest na podstawie jego ust. 3 wyłączony wtedy, gdy szkoda pojawiła się wewnątrz budynku i może być uznana za spowodowaną przez znajdujące się w nim urządzenia lub kiedy szkoda ujawniła się w obrębie działki będącej w posiadaniu właściciela zakładu, a także wówczas, gdy jakakolwiek instalacja lub sprzęt zużywający energię bądź służący do przesyłu którejś z substancji wymienionych w § 2 ust. 1 HaftPflG jest uszkodzony sam lub to on spowodował powstanie szkody. Obowiązek odszkodowawczy jest nadto wyłączony, jeśli szkoda powstała w wyniku działania siły wyższej, chyba że nastąpiła ona w wyniku upadku kabli elektrycznych.

Z kolei § 3 HaftPflG przewiduje odpowiedzialność prowadzącego kopalnię, kamieniołom, wykopy lub fabrykę za zabicie człowieka lub wystąpienie u niego uszczerbku na zdrowiu, spowodowane w wyniku zawinionego zachowania jego uprawnionego przedstawiciela lub innej osoby zatrudnionej przez niego w celu kierowania bądź nadzorowania przedsięwzięcia lub pracowników, powstałą przy wykonywaniu obsługi.

Ustawa pozwala przy tym na ograniczenie rozmiarów obowiązku odszkodowawczego przez uwzględnienie zawinionego przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody na podstawie § 254 BGB, przy czym w razie uszkodzenia rzeczy wina osoby sprawującej nad nią faktyczną kontrolę traktowana jest tak jak wina poszkodowanego (§ 4 HaftPflG). Przewiduje się tu także maksymalne kwoty odszkodowania i renty, jakie mogą być przyznane podmiotom poszkodowanym z tytułu wskazanej powyżej odpowiedzialności (§ 9 i § 10 HaftPflG). Ci ostatni zachowują jednak możliwość dochodzenia dalszych roszczeń wynikających z innych podstaw prawnych niż omawiana ustawa, jak również możliwość żądania ich od innych podmiotów (§ 12 HaftPflG). Co do zasady

§ 7 HaftPflG wyklucza możliwość wyłączenia lub ograniczenia na przyszłość zakresu obowiązku odszkodowawczego ustanowionego w § 1 – 3 HaftPflG, odnośnie do szkód na osobie. To samo właściwie dotyczy szkód w rzeczach objętych obowiązkiem odszkodowawczym określonym w § 2, chyba że wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności zostało uzgodnione między właścicielem zakładu i organizacją publiczną, funduszem lub przedsiębiorcą w postanowieniach umowy dotyczącej wykonywanej przez niego działalności gospodarczej. Ustawa przewiduje przy tym nieważność wszelkich przeciwnych zastrzeżeń i porozumień.

Odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka⁷⁹⁸ przewiduje też ustawa o odpowiedzialności za szkody powstałe w związku z wpływaniem na środowisko naturalne (*Umwelthaftungsgesetz*) z 1990 r.⁷⁹⁹ Zgodnie z jej § 1 w przypadku, gdy człowiek poniesie śmierć, dozna uszczerbku na ciele lub zdrowiu albo gdy uszkodzeniu ulegnie rzecz, a stanie się to z powodu wpływu na środowisko wynikającego z funkcjonowania któregoś z urządzeń wymienionego w załączniku nr 1 do ustawy⁸⁰⁰, to podmiot prowadzący taką działalność ponosi odpowiedzialność wobec poszkodowanego za powstałe w wyniku tego szkody. Nałożenie na niego obowiązku odszkodowawczego nie zależy od możliwości przypisania mu winy ani też od tego, czy miał on świadomość wywierania określonego szkodliwego wpływu na środowisko. Co więcej, ustawa nie przewiduje możliwości zwolnienia się przez wskazany powyżej podmiot z odpowiedzialności z powołaniem się na ryzyko rozwoju, a więc na to, że stan nauki i techniki w przedmiotowym czasie nie pozwalał mu na zdobycie wiedzy o możliwości wyrządzenia szkody w środowisku⁸⁰¹.

Obowiązek odszkodowawczy obejmuje tu szkody wynikające z wpływu na środowisko, czyli zgodnie z § 3 ust. 1 UmweltHG szkody spowodowane przez substancje, wibracje, hałas, ciśnienie, promieniowanie, gazy, parę lub inne czynniki, które zostały rozproszone w glebie, powietrzu lub wodzie. Przyczyną ma tu być funkcjonowanie urzą-

⁷⁹⁸ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 742.

⁷⁹⁹ Ustawa z dnia 10.12.1990 r., BGBl. I, 2634, powoływana jako UmweltHG.

⁸⁰⁰ W załączniku wymienia się 96 typów urządzeń wykorzystywanych przy wydobywaniu, przetwarzaniu, produkowaniu czy obchodzeniu się z określonymi materiałami w takich działach przemysłu jak m. in. górnictwo, przemysł energetyczny i ciepłowniczy, wytwarzanie produktów z kamienia, ziemi, szkła czy ceramiki, produkcja stali, żelaza i innych, produktów chemicznych, farmaceutycznych, materiałów sztucznych, drewnianych, a także żywności, pasz, produktów rolniczych czy gospodarka odpadami.

⁸⁰¹ Bundestag - druk nr 11/7104, s. 15; B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 742.

dzenia wskazanego w § 1 UmweltHG, przy czym pojęcie to rozumie się szeroko, jako obejmujące trwałe struktury, takie jak zakłady przemysłowe i magazyny (§ 3 ust. 2 UmweltHG), a także maszyny, narzędzia, pojazdy i inne ruchome struktury techniczne oraz pomocnicze, pozostające w przestrzennym i funkcjonalnym związku z takimi urządzeniami lub ich częściami, a mogące odgrywać istotną rolę dla powstania wpływu na środowisko (§ 3 ust. 3 UmweltHG). Odpowiedzialnością objęte zostały ponadto szkody wywołane przez niesfunkcjonujące w chwili wyrządzenia uszczerku urządzenia, które albo nie zostały jeszcze ukończone, jednak powstanie szkody wynika z takiego niebezpieczeństwa, jakie wiąże się z takim urządzeniem po jego skompletowaniu, albo już nie są wykorzystywane, jednak stały się przyczyną szkody z uwagi na zagrożenie, jakie wynikało z ich funkcjonowania przed zakończeniem ich działalności (§ 2 UmweltHG). Odpowiedzialność jest tu zatem dość surowa, zwłaszcza jeśli uwzględni się domniemanie istnienia związku przyczynowo-skutkowego⁸⁰² pomiędzy funkcjonowaniem danego urządzenia a powstaniem szkody, przyjmowane w warunkach szczegółowo określonych w § 6 UmweltHG, jak również to, że dopuszcza się ustalenie omawianej odpowiedzialności nawet w przypadku, gdy podmiot odpowiedzialny nie przekroczył dopuszczalnych norm zanieczyszczeń dozwolonych przez odpowiednie uregulowania prawne⁸⁰³. Obowiązek odszkodowawczy nie może być nałożony, jeżeli szkoda została spowodowana przez siłę wyższą (§ 4 UmweltHG). Nadto, jeżeli urządzenia funkcjonowały właściwie, z zachowaniem wymogów stawianych przez znajdujące w danym przypadku zastosowanie unormowania i bez zakłóceń, to odpowiedzialność z tytułu uszkodzenia określonej rzeczy będzie wyłączona, jeżeli to uszkodzenie było jedynie nieznaczne lub miało miejsce w takim stopniu, jaki można uznać za umiarkowany stosownie do miejscowych warunków (§ 5 UmweltHG w zw. z § ust. 2 zd. 2 UmweltHG).

Także ta ustawa przewiduje maksymalne kwoty odszkodowań (§ 15), zezwalając przy tym poszkodowanemu na dochodzenie dalszych roszczeń z powołaniem się na inne podstawy prawne niż omawiana ustawa (§ 18 ust. 1 UmweltHG), jak również przewiduje uwzględnienie zawinionego przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody zgodnie z § 254 GB, przy czym w razie uszkodzenia rzeczy wina osoby sprawującej faktyczną kontrolę nad nią traktowana jest tak jak wina poszkodowanego (§ 11 UmweltHG).

Krótko można też wspomnieć o kilku kolejnych, najistotniejszych ustawach dotyczących omawianej materii. Przede wszystkim wskazać trzeba, że odpowiedzialność

⁸⁰² H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 428.

⁸⁰³ B.S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law...*, s. 742.

oparta na zasadzie ryzyka ustanowiona została także w ustawie o gospodarce wodnej (*Wasserhaushaltsgesetz*) z 1996 r.⁸⁰⁴. Obowiązek odszkodowawczy ciąży na tym, kto wprowadza lub uwalnia substancje albo w inny sposób zanieczyszcza wodę w taki sposób, że zmianie ulegają fizyczne, chemiczne lub biologiczne właściwości wody. Jest on zobowiązany do odszkodowania za szkody spowodowane w ten sposób innym (§ 22 ust. 1 WHG). Odpowiedzialnością obciążony może być też właściciel instalacji przeznaczonych do wytwarzania, przetwarzania, składowania, przekazywania lub odprowadzania określonych substancji bez ich wprowadzania lub rozprowadzania w obrębie wody, jeśli substancje takie zostały uwolnione na zewnątrz tych instalacji. Wówczas na ich właścicielu spoczywa obowiązek odszkodowania za wyrządzone w ten sposób innym szkody, który ulega jednak wyłączeniu, jeśli szkoda powstała na skutek działania siły wyższej (§ 22 ust. 2 WHG).

Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka wynika także z ustawy o lekach (*Arzneimittelgesetz*) z 1998 r.⁸⁰⁵. Zgodnie z jej § 84 ust. 1, jeżeli w rezultacie zastosowania produktu medycznego przeznaczonego do używania przez ludzi, który był dystrybuowany do konsumentów zgodnie z przepisami ustawy o lekach i był poddany obowiązkowej procedurze dopuszczenia na rynek lub był od tej procedury zwolniony w drodze rozporządzenia, dojdzie do śmierci człowieka, powstania znacznego uszczerbku na jego zdrowiu lub ciele, przedsiębiorca farmaceutyczny, który wprowadził ten produkt medyczny na rynek ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą w stosunku do poszkodowanego. Odpowiedzialność ta powstaje jednak tylko wówczas, gdy dany produkt medyczny, użyty zgodnie z jego zamierzonym przeznaczeniem, spowodował szkodliwe skutki przekraczające granice tolerowane w świetle aktualnej wiedzy medycznej albo kiedy szkoda powstała w wyniku oznakowania, specjalistycznej informacji lub pouczenia dotyczącego stosowania niezgodnego z aktualną wiedzą medyczną. Ustawodawca przewidział tu domniemanie istnienia związku przyczynowo-skutkowego co do spowodowania uszczerbku przez produkt medyczny, szczegółowo określone w § 84 ust. 1 AMG.

Poza tym odpowiedzialność oparta na zasadzie ryzyka wprowadzona została w ustawie o technice genetycznej (*Gentechnikgesetz*) z 1990 r.⁸⁰⁶ Odpowiedzialność ma tu miejsce wówczas, gdy wskutek szczególnych cech organizmu, wynikających z prac genetycznych, dojdzie do śmierci człowieka, uszkodzenia jego ciała, rozstroju zdrowia lub uszkodzeniu ulegnie rzecz. Poszkodowany musi wykazać, że szkoda została spowo-

⁸⁰⁴ Ustawa z dnia 12.11.1996 r., BGBl. I, 1695, powoływana jako WHG.

⁸⁰⁵ Ustawa z dnia 24.08.1976 r., BGBl. I, 2445, powoływana jako AMG.

⁸⁰⁶ Ustawa z dnia 20.06.1990 r., BGBl. I, 1080, powoływana jako GenTG.

dowana przez organizm zmodyfikowany genetycznie. W przypadku udowodnienia tego faktu wchodzi w grę domniemanie wynikające z § 34 ust. 1 GenTG, nakazujące przyjmować, że szkoda została spowodowana właśnie przez takie cechy szczególne tego organizmu, które wynikają z prac genetycznych nad nim. Domniemanie to może być obalone, kiedy jest prawdopodobne, że szkoda wynikała z innych cech szczególnych tego organizmu (§ 34 ust. 2 GenTG).

Zaostrzona odpowiedzialność wynika także z ustawy o ruchu lotniczym (*Luftverkehrsgesetz*) z 1999 r.⁸⁰⁷ Na jej gruncie trzeba jednak odróżnić odpowiedzialność właściciela samolotu od odpowiedzialności przewoźnika lotniczego. Ten pierwszy odpowiada bowiem na zasadzie ryzyka jedynie za szkody tych osób i uszkodzenia tych rzeczy, które nie były transportowane samolotem (§ 33 LuftVG). Taki jego obowiązek odszkodowawczy powstaje zatem tylko w stosunku do tych poszkodowanych, którzy w żaden sposób nie brali udziału w eksploatacji samolotu, a więc nie odnosi się do pasażerów, personelu pokładowego, ani nie obejmuje uszkodzenia przewożonych samolotem rzeczy⁸⁰⁸. Odmienne, przewoźnik lotniczy odpowiada właśnie za szkody, które wskutek ruchu samolotu ponieśli pasażerowie oraz szkody powstałe w przewożonym ładunku (§ 44 LuftVG), z tym, że odpowiedzialność opiera się tu na domniemaniu winy przewoźnika lub jego personelu (§ 45 LuftVG), w związku z czym pozostawia się przewoźnikowi możliwość ekskulpowania się od odpowiedzialności⁸⁰⁹. Odpowiedzialność przewoźnika lotniczego nie ma już zatem charakteru odpowiedzialności zaostrzonej, lecz opiera się na zasadzie winy, z tym, że domniemanej.

Odpowiedzialność typu zaostrzonego powstaje również na gruncie ustawy o pokojowym zastosowaniu energii jądrowej i ochronie przed jej niebezpieczeństwami (*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren*) zwanej skrótowo ustawą atomową (*Atomgesetz*) z 1985 r.⁸¹⁰. Tu również wprowadza się pewną dyferencjację odpowiedzialności. Posiadacz stacjonarnej instalacji służącej do wytwarzania, rozszczepiania lub wzbogacania paliwa jądrowego ponosi na podstawie § 25 AtomG odpowiedzialność opartą na zasadzie ryzyka za wszelkie szkody na osobie i mieniu, jakie spowodowane zostały w wyniku oddziaływania procesu rozszczepienia lub promieniowania materiałów radioaktywnych. Natomiast już posiadacz materiałów

⁸⁰⁷ Ustawa z dnia 27.03.1999 r., BGBl. I, 550, powoływana jako LuftVG.

⁸⁰⁸ BGH NJW-RR 1991, 281.

⁸⁰⁹ H. Brox, *Besonderes Schuldrecht...*, s. 424.

⁸¹⁰ Ustawa z dnia 15.07.1985 r., BGBl. I, 1566, powoływana jako AtomG.

radioaktywnych lub rozszczepialnych odpowiada w myśl § 26 AtomG za szkody na osobie i mieniu, o ile zostały one wyrządzone przez takie materiały poza stałą instalacją. Posiadacz ten nie ponosi jednak odpowiedzialności, jeśli szkody powstały na skutek zdarzenia, któremu nie można było zapobiec.

