

Kršitev pogodbe in pravne posledice v nemškem obligacijskem pravu po reformi BGB

Zbirni podatki

Avtor: dr. Damjan Možina

Publikacija: Podjetje in delo - 2006, številka 2, stran 303 | GV Založba, d.o.o., 14.4.2006

[Povezava do dokumenta na portalu IUS-INFO](#)

Besedilo

<pre>

1. UVOD

2. OZADJE REFORME

3. IZPOLNITVENI ZAHTEVEK IN NJEGOVE MEJE – POJEM NEMOŽNOSTI

3.1. Nemožnost izpolnitve

3.1.1. »Praktična« nemožnost

3.1.2. »Moralna« oziroma »osebna« nemožnost

3.2. Odpad obveznosti nasprotne (upnikove) izpolnitve

3.3. Nadomestni commodum

3.4. Meje izpolnitvenega zahtevka v prodajnem pravu

4.

ZAČETNE IZPOLNITVENE MOTNJE V NOVEM NEMŠKEM PRAVU

5. ODŠKODNINA

5.1. Splošno

5.2. Odškodnina namesto izpolnitve

5.2.1. Odškodnina v primerih, ko je zaradi »nemožnosti« izključen izpolnitveni zahtevek

5.2.2. Odškodnina zaradi zamujene izpolnitve in izpolnitve z napakami

5.2.3. Odškodnina zaradi kršitve stranskih obveznosti

5.3. Odškodnina za zamudo z izpolnitvijo

5.4. »Navadna« odškodnina

5.5. Povrnitev izdatkov, ki so bili zamen

6. ODSTOP OD POGODBE

6.1. Ugasnitev upnikove obveznosti ipso iure v primeru, ko dolžnikova obveznost izpolnitve ugasne

6.2. Odstop od pogodbe

6.3. Motnje poslovne podlage

6.4. Odpoved trajnih obligacijskih razmerij iz pomembnega

razloga

7. SKLEPNO O NEMŠKI REFORMI SPLOŠNEGA POGODBENEGA PRAVA

</pre>

<i>Povzetek</i>

Po več kot stoletni in v bistvenem nespremenjeni veljavnosti BGB je bilo nemško splošno pogodbeno pravo v letu 2002 prvič pomembneje reformirano. Potreba po odpravi pomanjkljivosti BGB se je v strokovni javnosti poudarjala že dalj časa, neposreden povod za reformo pa je bila implementacija Direktive 99/44 o potrošniški prodaji v nemško pravo. Prispevek obravnava ozadje in potek reforme ter osnovne poteze novega prava kršitve pogodbe in pravnih posledic v BGB, zlasti pa izpolnitveni zahtevek, omejen z institutom nemožnosti, različne vrste odškodninskih zahtevkov zaradi kršitve pogodbe ter prenehanje pogodbe kot posledico kršitve pogodbe. Avtor na koncu ovrednoti reformo glede na postavljene cilje in strne osnovne koncepte nemškega prava kršitve pogodbe.

Ključne besede: pogodbeno pravo, kršitev pogodbe, izpolnitveni zahtevek, nemožnost, odškodnina zaradi kršitve pogodbe, odstop od pogodbe

<i>Abstract</i>

After more than a century of basically unchanged Civil Code (BGB), German contract law was subject to a reform in 2002. The legislator took account of the long-lasting criticism of the code in the field of the breach of contract and decided for a reform on the occasion of the implementation the Directive 99/44 on Consumer Sales into German law. The article discusses the background and

the course of the reform and presents basic features of the new law on the breach of contract and remedies in BGB. The author focuses on the claim for specific performance, limited with the new notion of the impossibility of performance, different categories of damages for the breach of contract and rescission of the contract. The article concludes with an evaluation of the reform with regard to the achieved goals and a sum-up of the basic concepts of the new German law on the breach of contract.

Key words: contract law, breach of contract, specific performance, impossibility, damages for breach of contract, rescission of the contract

1. UVOD

Po več kot stoletni in v bistvenem nespremenjeni veljavnosti nemškega državlanskega zakonika (BGB) je bilo nemško obligacijsko pravo v letu 2002 prvič pomembneje reformirano.¹ Poleg nekaterih sprememb na področju zastaranja je bilo težišče reforme na prenovi splošnega dela pogodbenega prava oziroma prava kršitve pogodbe, ki ga nemška teorija imenuje Leistungsstörungenrecht (pravo izpolnitvenih motenj).² Povod za reformo je bil prenos vsebine Direktive 99/44 o potrošniški prodaji v nemško pravo, potreba po odpravi pomanjkljivosti BGB na področju kršitve pogodbe pa se je v strokovni javnosti poudarjala že dalj časa. Osnovne poteze reforme prava kršitve pogodbe so: (1) uvedba enotnega pojma kršitve obveznosti (Pflichtverletzung), (2) temeljita sprememba, ne pa tudi odprava instituta nemožnosti, (3) sprememba ureditve odstopa od pogodbe, (4) kodifikacija institutov, ki sta jih kot korekcijo zakonskega sistema odgovornosti razvili sodna praksa in teorija – pozitivne kršitve pogodbe,

culpa in contrahendo ter odpada poslovne podlage, in (5) zblíževanje splošnega in posebnega pogodbenega prava. Prispevek obravnava ozadje reforme in podaja značilnosti novega prava kršitve pogodbe in pravnih posledic v splošnem delu BGB.

2. OZADJE REFORME

Priprave na reformo nemškega obligacijskega prava (Schuldrechtsreform) so se začele že pred desetletji, ko so bile na pobudo ministrstva za pravosodje izdelane prve ekspertize o potrebi po reformi. Že dalj časa so se v strokovni javnosti pojavljale kritike obligacijskega prava BGB, zlasti prava kršitve pogodbe.³ Nemški Leistungsstörungenrecht naj bi bil preveč

zapleten, očitali pa so mu predvsem, da namesto na usmerjenosti v pravne posledice kršitve temelji na razlikovanju različnih tipov kršitev pogodbe.⁴ Poleg tega naj bi bil BGB iz leta 1900 v tem delu tudi pomanjkljiv, saj je kot obliki kršitve pogodbe v splošnem delu poznal le nemožnost in zamudo, kar so v posebnem delu dopolnjevala posebna jamčevalna pravila prodajne in podjemne pogodbe. Kot za druge kontinentalne ureditve je bila tudi za nemško pravo značilna nejasna razmejitev med splošnim pogodbenim pravom in jamčevanjem. Poleg tega je stal v ospredju prava kršitve pogodbe po mnenju kritikov vse preveč umeten in razvejan pojem nemožnosti. Nekateri so tudi menili, da je krivdno načelo pogodbene odgovornosti, iz katerega izhaja BGB, zastarelo.⁵ Nekatero pomanjkljivost BGB sta praksa in teorija že kmalu po njegovi uveljavitvi korigirali z instituti pozitivne kršitve pogodbe (positive Vertragsverletzung), culpa in contrahendo in doktrino motenj poslovne podlage (Wegfall der Geschäftsgrundlage). Predmet ostrih kritik sta bili tudi striktna alternativnost odstopa od pogodbe in odškodnine za neizpolnitev ter zahteva, da je za upnikov odstop od pogodbe potrebna dolžnikova krivda.⁶ V zvezi s prodajno pogodbo so se kot največja pomanjkljivost navajali prekratki roki za uveljavljanje napak.

Ministrstvo za pravosodje je imenovalo posebno komisijo, ki je svoje delo v letu 1992 končala s poročilom, v katerem je priporočila spremembe na področju prava kršitve pogodbe v splošnem delu pogodbenega prava, na področju zastaranja ter prodajne in podjemne pogodbe.⁷ Predvsem glede prava kršitve pogodbe so šle predlagane spremembe v smeri približevanja mednarodnemu prodajnemu pravu CISG: osnovna ideja je bila zajeti vse oblike izpolnitvenih motenj, tudi izpolnitev z napako pri prodajni in podjemni pogodbi, v enoten dejanski stan kršitve pogodbe in iz njega izpeljati načeloma enoten katalog sankcij.⁸ S tem bi odpadel pojem nemožnosti. Predvidene so bile tudi druge spremembe, na primer odstop od pogodbe brez zahteve po krivdi. Vendarle pa je predlog glede osnovnega merila odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe ostal pri krivdnem načelu.⁹ Predlog komisije je med nemškimi pravniki naletel na ugodne odzive, pa tudi na ostre kritike.¹⁰ Prizadevanja za reformo so kasneje potihnili in znova oživila šele konec leta 1999, ko je dala implementacija Direktive 1999/44 o potrošniški prodaji povod za vnovičen razmislek o širši reformi.

Zakonodajalec, ki je direktivo štel za pomemben mejnik na poti poenotenja evropskega pogodbenega prava in tudi za znanilko smeri prihodnjega razvoja, jo je implementiral širše od njenega področja veljave, ne le na področju potrošniške prodaje, temveč prodaje na splošno in tudi na področju splošnega pogodbenega prava. Nastal je nov osnutek zakona, ki je glede kršitve pogodbe in zastaranja izhajal iz ugotovitev komisije, vanj pa je bila vključena vsebina omenjene direktive.¹¹ Širok pristop se je utemeljeval s tem, da je treba jamčevalno pravo prodajne in podjemne pogodbe v vsakem primeru zblížiti in uskladiti s splošnim pravom kršitve pogodbe. Osnutek je v teoriji izzval živahno razpravo, v kateri se je

po eni strani poudarjala potreba po tesnejšem približevanju nemškega prava Načelom evropskega pogodbenega prava (PECL) in Načelom UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (PICC), po drugi strani pa se je strokovni diskurz spet začel usmerjati proti nekaterim pravilom in načinom razmišljanja starega BGB, ki da so uspešno preživela njegovo stoletno veljavo. Ustanovljena je bila nova komisija, ki naj bi pravo kršitve pogodbe v BGB dokončno »uskladila«.12 Predvsem je tako znova oživila tradicionalna tipologija kršitev pogodbe, zdaj pod okriljem splošnega pojma kršitve obveznosti.13 Za tem med drugim stoji spoznanje, da se pravni red, ki, tako kot nemško pravo, poudarja primarnost izpolnitve v naravi, ne more odpovedati pojmu nemožnosti, tako v funkciji osvoboditve dolžnika (primarne izpolnitve) kakor upnika.14 Ob natančnejšem študiju pandektistične literature in nastajanja starega BGB se je pokazalo tudi, da so bile mnoge (ne pa vse) kritike na račun pomanjkljivosti BGB neupravičene in da ga praksa pravzaprav ni razumela tako, kot je bil konceptualno zastavljen.15 Nekateri izmed tistih avtorjev, na delu katerih je bila reforma zasnovana, so se tako prelevili v njene kritike.16 Na

splošno je reforma nemškega obligacijskega prava v teoriji spodbudila izjemno veliko zanimanje in obravnavo, pa tudi ostre debate in globoka nasprotja. Ko je bil Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 11. oktobra 2001 sprejet, 26. novembra 2001 objavljen in je 1. januarja 2002 stopil v veljavo, ni bil z njim nihče v celoti zadovoljen. Poleg tega, da reformirani BGB na področju splošnega pogodbenega prava ne dosega jezikovne in pojmovne discipline starega BGB, tudi vsebinskih kritik ne manjka.17 O pripravah, spreminjanju konceptov reforme in končni verziji BGB, njegovi uporabi ter kritikah in pohvalah na njegov račun pa je nastala (zdaj že) nepregledna množina literature na visoki teoretični ravni.18

3. IZPOLNITVENI ZAHTEVEK IN NJEGOVE MEJE – POJEM NEMOŽNOSTI

V nasprotju z izhodiščnimi reformnimi predlogi pojem nemožnosti ni izgubil svojega osrednjega položaja v nemškem pravu kršitve pogodbe, vendar pa je bila njegova funkcija temeljito spremenjena. To se kaže predvsem v odpravi starega § 306 BGB, ki je za začetno objektivno nemožnost izpolnitve predvideval sankcijo ničnosti pogodbe.

3.1. Nemožnost izpolnitve

Pojem nemožnosti v novem nemškem pravu nima več funkcije razbremenitve dolžnika vseh pogodbenih obveznosti, temveč je

oblikovan zgolj kot omejitev izpolnitvenega zahtevka v naravi, torej primarne pogodbene obveznosti.19 Osnovno izhodišče nemškega prava glede izpolnitvenega zahtevka je tudi po reformi enako in v skladu s kontinentalno pravno tradicijo: primarna vsebina obveznosti je v njeni izpolnitvi v naravi (in specie). Znana Celzova maksima *impossibilium nulla obligatio est*20 ne pomeni, da je vsaka nemogoča obveznost neveljavna, temveč le, da od nikogar ni mogoče zahtevati njene izpolnitve v naravi.21 Nemožnost je tako le omejitev izpolnitvenega zahtevka. To pa seveda še ne pomeni, da je dolžnik oproščen tudi morebitne sekundarne obveznosti – povračila škode.

Pri izključitvi izpolnitvenega zahtevka BGB razlikuje več situacij: po § 275 I BGB je obveznost izpolnitve v naravi izključena, kadar je izpolnitev za dolžnika ali koga drugega nemogoča. Kot izhaja iz te formulacije, pojem nemožnosti zajema tako objektivno kot subjektivno nemožnost, v enaki meri pa velja tudi za začetno (ob sklenitvi pogodbe) in naknadno (po sklenitvi pogodbe) nemožnost.22 Za trajno izključitev obveznosti izpolnitve v naravi mora biti tudi nemožnost trajna, začasne ovire pomenijo le začasno izključitev. Pri nemožnosti v tem širokem smislu je torej izpolnitveni zahtevek ipso iure izključen, kar pri začetni nemožnosti pomeni, da izpolnitveni zahtevek sploh ne nastane.23 Odgovornost oziroma krivda ni več pogoj za izključitev izpolnitvenega zahtevka.24 Razlikovanje pa ostaja pri nadaljnjih pravnih posledicah: če dolžnik ne odgovarja, je sicer prost obveznosti lastne izpolnitve, vendar pri vzajemnih pogodbah izgubi tudi zahtevek na nasprotno izpolnitev (§ 326 I BGB), upnik pa lahko tudi odstopi od pogodbe (§ 326 V BGB). Če dolžnik za nemožnost odgovarja, lahko upnik zahteva odškodnino namesto izpolnitve (§ 283 BGB) ali povrnitev izdatkov (§ 284 BGB), seveda pa lahko tudi odstopi od pogodbe (§ 326 V BGB).

3.1.1. »Praktična« nemožnost

Nemožnost iz § 275 I BGB pa ni edini dejanski stan, ki izključuje izpolnitveni zahtevek. BGB namreč po novem upošteva tudi situacije, ko bi bilo od dolžnika nerazumno zahtevati izpolnitev, kar teorija imenuje tudi »Unzumutbarkeit« (nesprejemljivost, nevzdržnost).25 Drugi in tretji odstavek § 275 BGB omejujeta izpolnitveni zahtevek tako, da ta sicer ni ipso iure izključen, vendar ima dolžnik pravico odkloniti izpolnitev v določenih primerih, ko izpolnitve od njega ni mogoče (razumno, primerno) zahtevati. BGB želi s tem omogočiti dolžniku, da kljub povečanemu ali celo nesorazmernemu naporu izpolni in tako ohrani zahtevek na nasprotno (upnikovo) izpolnitev ter se ogne odškodninskemu zahtevku. Po § 275 II BGB ima dolžnik pravico, da odkloni izpolnitev v primeru, ko bi jo sicer teoretično še lahko opravil, vendar le s tolikšnim naporom, da bi bil ta glede na vsebino obveznosti in načelo vestnosti in poštenja (Treu und Glauben) v očitnem nesorazmerju z upnikovim interesom po

izpolnitvi. Pri ugotavljanju navora, ki ga je mogoče zahtevati od dolžnika, se upošteva tudi, ali dolžnik za izpolnitveno oviro odgovarja. Ta določba upošteva situacijo, ki so jo po starem pravu imenovali »praktična« nemožnost (faktische Unmöglichkeit) ter jo razlikovali od »ekonomske« nemožnosti (wirtschaftliche Unmöglichkeit).²⁶ Pri praktični nemožnosti se dolžnikov napor primerja z upnikovim interesom za izpolnitev v naravi. Šolski primer je iskanje in dvig prodanega prstana, vrednega 100 €, z dna oceana, kamor je padel.²⁷ Iskanje in dvigovanje bi stalo 100.000 €, interes upnika po prstanu pa je še vedno 100 €, zato bi bilo od dolžnika nerazumno pričakovati izpolnitev v naravi. Nasprotno pa pod § 275 II BGB ne sodi »ekonomska« nemožnost, pri kateri gre za situacijo, ko od dolžnika ni mogoče pričakovati izpolnitve, ki je toliko otežena, da presega »mejo žrtvovanja« in se je po starem pravu reševala po doktrini odpada poslovnega temelja (Wegfall der Geschäftsgrundlage). Razlika je v tem, da pri ekonomski nemožnosti ni očitnega nesorazmerja med dolžnikovo »žrtvijo« in upnikovim interesom. Če mora dolžnik izročiti stvar, katere cena poskoči na 10-kratno vrednost, mu je sicer temu ustrezno težje izpolniti, vendar s ceno raste tudi upnikov interes: tudi njemu dolgovana stvar pomeni toliko, kot je njena trenutna cena. V takih primerih pa tudi po novem pravu ni izključeno sklicevanje na teorijo o Geschäftsgrundlage, ki je zdaj zakonsko urejena v § 313 BGB in pri kateri gre za konceptualno drugačen problem.²⁸

3.1.2. »Moralna« oziroma »osebna« nemožnost

Dolžnik lahko po § 275 III BGB odkloni izpolnitev, kadar jo mora opraviti osebno, tega pa od njega ni mogoče zahtevati, upoštevajoč na eni strani izpolnitveno oviro, na drugi pa upnikov interes po izpolnitvi. Navaja se primer operne pevk, ki odpove nastop zaradi hude bolezni svojega sina, ter zdravnika, ki zaradi verskega prepričanja odkloni sodelovanje pri abortusu.²⁹ Drugače kot po § 275 II BGB tukaj upnikov interes ni edino merilo za razbremenitev, ampak lahko dolžnik odkloni izpolnitev zgolj zaradi žrtve, ki jo od njega zahteva izpolnitev, ne glede na upnikov interes.³⁰ Po § 275 III BGB se tudi ne upošteva, ali dolžnik za motnjo odgovarja. Nekateri razlagajo

§ 275 III BGB kot posebno manifestacijo splošnega pravila o spremenjenih okoliščinah.³¹

Glede razmejitve med situacijami nemožnosti iz § 275 I BGB ter nesprejemljivostjo (Unzumutbarkeit) iz § 275 II in III BGB, ki je potrebna zaradi različnih pravnih posledic, teorija opozarja na težave in nedoslednosti, predvsem v zvezi s pojmom subjektivne nemožnosti.³² Navaja se, da je treba področje uporabe § 275 I BGB razlagati ozko, kot le tiste primere, pri katerih dolžnik izpolnitve sploh ne more doseči, niti s sodelovanjem tretjega (na primer individualna stvar, ki jo mora izročiti, je ukradena in tat

neznan).³³ Vsi drugi primeri spadajo pod § 275 II oziroma III BGB.

3.2. Odpad obveznosti nasprotne (upnikove) izpolnitve

Tudi v zvezi z upnikovo nasprotno obveznostjo (proti)izpolnitve pojem nemožnosti v novem BGB, v nasprotju z izhodiščnimi reformnimi predlogi, deluje kot dejanski stan »osvoboditve« za upnika. Usodo nasprotne obveznosti v primerih, ko je izpolnitveni zahtevek po § 275 BGB izključen, določa § 326 I BGB: obveznost ipso iure ugasne. Od tega pravila § 326 II BGB predvideva izjemo za primere odgovornosti (v celoti ali v pretežnem delu) upnika ali sprejemne zamude. Ugasnitev nasprotne obveznosti ipso iure tudi ne velja za primere, ko dolžnik v primeru izpolnitve z napakami ne more opraviti naknadne izpolnitve v obliki popravila oziroma zamenjave. Naknadna izpolnitev je predvidena pri prodajni (§§ 437, 439 BGB) in podjemni pogodbi (§§ 634, 635 BGB) v primeru stvarnih in pravnih napak. Če bi tukaj nasprotna obveznost odpadla ipso iure, upnik ne bi imel možnosti izbire med odstopom in znižanjem kupnine, zato

§ 326 V BGB tudi za primer nemožnosti določa možnost odstopa.³⁴

3.3. Nadomestni commodum

Tako kot po starem pravu ima upnik tudi po reformi pravico, da od dolžnika v primerih, ko njegova izpolnitev postane nemogoča, zahteva prepustitev morebitnega nadomestnega predmeta ali zahtevka, na primer zahtevka zoper zavarovalnico ali odgovorno osebo (nadomestni commodum). Drugače kot prej pa ta zahtevek ni omejen le na situacije nemožnosti, ampak velja za vse primere, ko dolžniku po § 275 I, II, ali III BGB ni treba izpolniti v naravi, torej tudi za situacije, ko lahko dolžnik izpolnitev odkloni (nesprejemljivost). Zahtevek za nadomestni commodum ni odškodninski, temveč ga teorija postavlja ob bok obogatitvenemu zahtevku, saj naj bi preprečil, da dolžnik obdrži surogat primarno dolgovanega predmeta obveznosti.³⁵ Seveda si mora upnik tak surogat vračunati v zahtevek na odškodnino namesto izpolnitve (§ 285 II BGB), pri vzajemnih pogodbah pa se njegova obveznost nasproti dolžniku zmanjša sorazmerno z vrednostjo prejetega nadomestila (§ 326 III BGB).

3.4. Meje izpolnitvenega zahtevka v prodajnem pravu

Stari BGB za primer izpolnitve prodajne pogodbe z napakami ni poznal naknadnega zahtevka za popravilo ali zamenjavo stvari,

kar se je z reformo spremenilo. Če prodajalec izroči blago z napakami, lahko kupec primarno zahteva naknadno izpolnitev (Nacherfüllung) v obliki popravila (Beseitigung des Mangels) ali zamenjave (Lieferung einer mangelfreien Sache).³⁶ Meje izpolnitvenega zahtevka, ki jih določa splošno pogodbeno pravo, veljajo tudi za naknadni izpolnitveni zahtevek: po § 275 BGB popravila ali zamenjave ni mogoče zahtevati, če sta nemogoča, oziroma ju prodajalec lahko odkloni, če bi od njega glede na vsebino obveznosti in načelo vestnosti in poštenja zahtevala nesorazmeren napor. Poleg tega ju lahko prodajalec zavrne tudi po

§ 439 III BGB, če sta mogoča le z nesorazmernimi stroški, upoštevajoč vrednost blaga brez napake in ugotovitev, ali bi kupec lahko brez znatnih neugodnosti zahteval drugo obliko naknadne izpolnitve, v tem primeru se prodajalčeva obveznost omeji le na to obliko. BGB pa ni rešil vprašanja, ali ima kupec ius variandi, kot tudi ne, ali in v kakšnih okoliščinah je kupec upravičen sam popraviti napako in zahtevati povrnitev stroškov.

Iz hierarhije pravnih sredstev BGB izhaja, da lahko kupec, tako kot po Direktivi 99/44 o potrošniški prodaji, primarno zahteva le popravilo in zamenjavo, saj se za vsa druga (v tem smislu sekundarna) pravna sredstva (odstop, znižanje kupnine, odškodnina) načeloma zahteva, da kupec prodajalcu postavi dodatni rok, ki neuspešno poteče. To pomeni, da ima prodajalec v tem obsegu pravico, da »pozdravi« svojo izpolnitev z napakami, kar je v skladu s težnjo, da se po načelu favor contractus pogodba oziroma njen izvorni namen skuša kar najdlje ohraniti.³⁷

4. ZAČETNE IZPOLNITVENE MOTNJE V NOVEM NEMŠKEM PRAVU

Pogodba, katere predmet je bil v času sklenitve pogodbe objektivno nemogoč, v nemškem pravu ni več nična. Tako ureditev poznajo tudi Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe ter Načela evropskega pogodbenega prava.³⁸ Novi § 311a I BGB pojasnjuje: »Kadar dolžniku po prvem do tretjem odstavku § 275 BGB ni treba izpolniti in je izpolnitvena ovira obstajala že v času sklepanja pogodbe, to ne vpliva na veljavnost pogodbe«. Pogodba torej kljub začetni nemožnosti velja in omogoča zahtevek za odškodnino namesto izpolnitve – pozitivni pogodbeni interes. Nova ureditev omogoča nastanek pogodbe, ki že spočetka nima primarne obveznosti izpolnitve v naravi, kar je po mnenju teorije »nenavadna, a priznana dogmatična kategorija«.³⁹

V drugem odstavku § 311a BGB določa, da lahko upnik po svoji

izbiri zahteva odškodnino namesto izpolnitve ali pa povrnitev stroškov, ki so mu nastali v upanju na izpolnitev. Odškodninske odgovornosti pa ni, kadar dolžnik ob sklenitvi pogodbe za izpolnitveno oviro ni vedel in za svojo nevednost ne odgovarja. Konstrukcija zahtevka, ki je po eni strani usmerjen v pozitivni interes, po drugi pa se glede odgovornosti nanaša na vednost o izpolnitveni oviri, je na prvi pogled nenavadna. Pozitivni ali izpolnitveni interes postavlja oškodovano stranko v položaj, kot da bi bila pogodba pravilno izpolnjena. Njegov temelj je kršitev obveznosti (Pflichtverletzung). Dokler pa pogodba še ni sklenjena, je dolžnik še ni zavezan izpolniti oziroma se ohranjati v stanju zmožnosti izpolnitve. Lahko mu očitamo le, da se je med sklepanjem krivdno obnašal (culpa in contrahendo), kamor spada tudi krivdna nevednost za izpolnitveno oviro. Ta pa prej govori v prid odgovornosti za negativni interes (škodo zaradi zaupanja), ki naj bi oškodovano stranko postavila v položaj, kot da pogodba ni bila sklenjena. Ob ustrezni informiranosti dolžnika pogodba sploh ne bi bila nastala in bi upnik ne imel zahtevka na pozitivni (izpolnitveni) interes.⁴⁰ Po novem § 311a II BGB zato razlog dolžnikove odgovornosti (Haftungsgrund) ni dejstvo, da je kljub vednosti o oviri sklenil pogodbo oziroma da odgovarja za svojo nevednost, temveč to, da svoje obveznosti ni izpolnil.⁴¹ Dolžnik mora namesto izpolnitve plačati denarno odškodnino, katere pa se lahko razbremeni, če dokaže, da ne odgovarja (načeloma: da ni kriv). Tukaj pa velja posebnost, saj se dokaz o neodgovornosti ne nanaša na dolžnikovo nezadostno prizadevanje za opravo izpolnitve, temveč na njegovo opravičeno nevednost za oviro. Njegova odgovornost sicer temelji na neizpolnitvi, krivda pa se nanaša na njegov informacijski deficit, zmoto.⁴² BGB tako priznava, da gre pri začetni nemožnosti v bistvu za problem zmote. Zakon torej zahteva od dolžnika, da se v dvomljivih primerih še pred sklenitvijo pogodbe prepriča o svoji zmožnosti izpolnitve. Zaradi različnih naveznih točk odgovornosti in krivde teorija šteje, da § 311a II BGB pomeni samostojno podlago zahtevka.⁴³ Nekateri opozarjajo na pomanjkljivosti nove ureditve začetnih izpolnitvenih motenj in menijo, da novosti, ki jih prinaša § 311a II BGB, temeljijo na preživetih idejah.⁴⁴

Medtem ko je stari § 306 BGB urejal le razmeroma redek primer začetne objektivne nemožnosti, novi § 311a BGB enotno obravnava vse oblike nemožnosti: objektivno in subjektivno, začetno in naknadno ter delno in popolno nemožnost, pa tudi situacijo, ko od dolžnika zaradi nesorazmerja med naporom in upnikovim interesom ni mogoče pričakovati izpolnitve (Unzumutbarkeit). Z izenačenjem posledic začetne in naknadne nemožnosti je odpadla tudi objektivna, od krivde neodvisna odgovornost dolžnika za začetno subjektivno nemožnost po prejšnjem pravu. Zdaj torej tudi za začetne ovire načeloma velja krivdno načelo. Vendar pa BGB v § 276 BGB izrecno pripoznava odstopanje od krivdnega načela v primerih, ko iz okoliščin ali celo izrecnega dogovora strank izhaja prevzem strožje, garancijske odgovornosti. Kadar bo dolžnik prevzel garancijo, se bo pravzaprav odpovedal sklicevanju na § 311a II BGB in bo za začetno oviro odgovarjal ne glede na to, ali jo je poznal ali bi jo moral poznati, torej

objektivno.⁴⁵ Kadar dolžnik za oviro ve, pa kljub temu sklene pogodbo, njegova odgovornost za pozitivni interes ni problematična. V vzajemni pogodbi v primeru, ko izpolnitev ene stranke postane nemogoča, ipso iure ugasne tudi nasprotna obveznost druge stranke (§ 326 I BGB).

Novi režim pa odpira tudi nekatera sporna vprašanja.⁴⁶ Če dolžnik ni vedel za oviro in ne odgovarja za nevednost glede ovire, ni prav nobene odgovornosti. Pri izpodbijanju zaradi zmote, ki je vsebinsko sorodno temu institutu, lahko upnik izpodbite pogodbe zahteva negativni interes od dolžnika, ki je odgovoren za zmoto (§ 122 BGB). Nekateri zato predlagajo, naj se ta norma analogno uporablja tudi pri začetnih ovirah.⁴⁷ Drugi temu nasprotujejo in menijo, naj v sistemu krivdne odgovornosti škodo, za katero nihče ni kriv, nosi tisti, ki mu je nastala.⁴⁸

Ker je odgovornost za skladnost prodane stvari s pogodbo del prodajalčeve obveznosti, velja novi § 311a II BGB tudi za primere, ko skladnosti s pogodbo (§ 433 BGB) že spočetka ni mogoče doseči (§ 275 I BGB) ali pa jo je mogoče doseči le z nesorazmernimi napori (§ 275 II BGB). V prvo skupino spadajo predvsem primeri, ko prodana stvar nima pogodbi ustreznega izvora oziroma pristnosti ali nima take zgodovine, kot ji jo pripisuje pogodba (na primer prodaja karamboliranega vozila kot nekaramboliranega) – v tem primeru se odškodninska odgovornost prodajalca ravna po § 311a II BGB.⁴⁹ Izjema pa ostaja garancijska odgovornost najemo- in zakupodajalca za začetne pravne in stvarne napake na stvari, ki je predmet pogodbe (§§ 536, 536a I, 581 I BGB); razlog je tu varstvo najemnika oziroma zakupnika.⁵⁰

5. ODŠKODNINA

5.1. Splošno

Nova temeljna norma glede odškodninske odgovornosti je § 280 I BGB,⁵¹ ki vzpostavlja enoten pojem kršitve obveznosti (Pflichtverletzung) – skupno predpostavko za veliko večino odškodninskih zahtevkov. Odškodninsko odgovornost v zvezi z začetnimi izpolnitvenimi motnjami namreč določa že obravnavani § 311a II BGB.⁵²

Odškodninski zahtevek predpostavlja kršitev obveznosti iz obligacijskega razmerja in zahteva zanjo dolžnikovo odgovornost (Vertretenmüssen), ki se domneva, dolžnik pa lahko dokaže

nasprotno.⁵³ Glede odgovornosti novelirani BGB načeloma vztraja pri krivdnem načelu – dolžnik odgovarja za naklep in malomarnost (1. stavek § 276 I BGB). Načeloma – kajti 2. stavek § 276 I BGB po novem izrecno določa, da krivdno načelo kot merilo odgovornosti velja le, kolikor strožja ali milejša odgovornost ni določena ali ne izhaja iz siceršnje vsebine obligacijskega razmerja, posebej iz prevzema garancije (Garantieübernahme) ali rizika priskrbe (Beschaffungsrisiko).⁵⁴ Dolžnikova odgovornost torej ni v vseh primerih krivdna, temveč je lahko, izhajajoč iz vsebine pogodbenega razmerja, tudi strožja (ali milejša). Prevzem garancije, ki ga je treba ugotoviti z razlago, se nanaša predvsem na primere, ko je po prejšnjem pravu prodajalec po (sedaj črtanih) §§ 436, 480 BGBpr. objektivno odgovarjal za zagotovitev določenih lastnosti predmeta prodaje (Eigenschaftszusicherungen), in še naprej omogoča tako odgovornost.⁵⁵ Prevzem rizika priskrbe pa se navezuje na misel starega § 279 BGB (subjektivna nemožnost ne razbremeni dolžnika pri generičnih obveznostih) in se nanaša predvsem (ne pa izključno) na primere, kjer se dolguje predmet, določen po vrsti.⁵⁶ Za denarnega dolžnika krivdno načelo že tako ne velja, kajti načelo, da dolžnik za svoje finančne zmožnosti odgovarja ne glede na krivdo, velja tudi po novem pravu, saj je splošno sprejeto in ne potrebuje izrecne zakonske formulacije.⁵⁷ Reforma na tem področju pravzaprav ni prinesla vsebinskih sprememb in je bila očitno namenjena predvsem razjasnitvi obstoječega prava.⁵⁸

Vendarle pa novi § 280 I BGB predpostavk odškodninskega zahtevka kljub enotnemu pojmu kršitve obveznosti ne ureja enotno, temveč razlikuje med različnimi vrstami škode in zahteva zanje obstoj posebnih predpostavk. Za razumevanje oblik škode je ključno razlikovanje, ali upnik zahteva odškodnino poleg zahtevane oziroma že prejete izpolnitve (v naravi) ali pa izpolnitve (v naravi) ne želi oziroma ne more več zahtevati in zato zahteva odškodnino namesto izpolnitve.⁵⁹ Novi BGB tako pravzaprav pozna tri vrste odškodnine zaradi kršitve pogodbenih obveznosti: (1) odškodnino namesto izpolnitve, (2) odškodnino zaradi zamude ter (3) »navadno« odškodnino.

5.2. Odškodnina namesto izpolnitve

Upnik lahko uveljavlja odškodnino namesto izpolnitve (Schadensersatz statt der Leistung, prej: Schadensersatz wegen Nichterfüllung) le pod dodatnimi predpostavkami §§ 281, 282 in 283 BGB. V njih se tudi v novem nemškem pravu skrivajo tradicionalne oblike kršitve pogodbe (zamuda, nemožnost in pozitivna kršitev pogodbe), tako da resničnih vsebinskih sprememb pravzaprav ni toliko, kot se zdi na prvi pogled.⁶⁰

Osnovna misel pri odškodnini namesto izpolnitve je, da pomeni

likvidacijo obligacijskega razmerja, ki je bilo sprva usmerjeno v izpolnitev obveznosti (primarna obveznost), prek nadomestila pozitivnega (izpolnitvenega) interesa (sekundarna obveznost).⁶¹ Ker ima tudi dolжник interes za izvedbo obligacijskega razmerja v naravi, mora biti upnikov prehod z izpolnitvenega na odškodninski zahtevek posebej legitimiran, praviloma s postavitvijo primerne dodatnega roka dolžniku, da bi vendarle lahko izpolnil v naravi, preden upnik z odškodninskim zahtevkom (ali odstopom) likvidira razmerje in zahteva pozitivni interes.⁶² S povrnitvijo pozitivnega interesa se skuša upnika postaviti v položaj, v katerem bi bil, če do kršitve ne bi prišlo in bi bila pogodba pravilno izpolnjena. Odškodnina namesto izpolnitve pokriva škodo, ki nastane, ker dolжник svoje obveznosti dokončno ne izpolni, oziroma razliko v premoženju upnika, ki je nastala zaradi izostanka izpolnitve.⁶³ V okviru odškodnine namesto izpolnitve BGB razlikuje tri skupine primerov.

5.2.1. Odškodnina v primerih, ko je zaradi »nemožnosti« izključen izpolnitveni zahtevek

Po § 283 BGB lahko upnik zahteva odškodnino namesto izpolnitve, kadar je izpolnitveni zahtevek po § 275 I BGB izključen ali kadar dolжник odkloni izpolnitev v primerih iz § 275 II in III BGB. Splošni predpostavki odškodninskega zahtevka sta, da gre za kršitev obveznosti in da dolжник zanjo odgovarja. Kljub temu, da je dogmatično vprašljivo, kako lahko gre za kršitev obveznosti, saj § 275 BGB dolžnika ravno

razbremenjuje izpolnitve v naravi, je treba sprejeti mnenje, da je kršitev obveznosti pač v tem, da dolgovana izpolnitev ni bila opravljena.⁶⁴

5.2.2. Odškodnina zaradi zamujene izpolnitve in izpolnitve z napakami

V praksi je najpomembnejša skupina primerov iz § 281 BGB z naslovom: »Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachten Leistung«. Dolжник je tu drugače od situacij iz § 283 BGB izhodiščno še vedno zavezan k izpolnitvi v naravi. Določba zajema primere, ko dolжник sploh ne izpolni, kot tudi primere, ko izpolni le delno ali z napako, ter kot predpostavko odškodninskega zahtevka določa, da mora upnik zapadle obveznosti dolžniku praviloma določiti primeren rok za njeno izpolnitev (v primeru zamude) oziroma naknadno izpolnitev (v primeru nepopolne izpolnitve in izpolnitve z napakami).⁶⁵ Gre za znameniti nemški »Nachfrist«, ki varuje dolžnika in mu daje še zadnjo priložnost za »rešitev« pogodbe (izpolnitve v naravi), saj je morda v izpolnitev, ki je ne more drugače unovčiti, vložil že precej napora in sredstev.⁶⁶ Šele po neuspešnem preteku tega roka

lahko upnik zahteva odškodnino namesto izpolnitve, njegov zahtevek na izpolnitev v naravi pa s tem ugasne. Podobna vprašanja se postavljajo tudi pri odstopu od pogodbe, zato je postavitev dodatnega roka tudi predpostavka odstopa. V nekaterih primerih pogodbenih obveznosti odstop niti ne pride (več) v poštev, zato je odškodnina namesto izpolnitve za upnika edina pot do pozitivnega interesa.⁶⁷ Upnik lahko izbira, ali bo zahteval izpolnitev v naravi ali pa odškodnino namesto izpolnitve – ko zahteva slednjo, izpolnitveni zahtevek ugasne. Izjemoma upniku ni treba postaviti primerne roka, kadar je dolжник izpolnitev dokončno in resno odklonil ali kadar posebne okoliščine ob tehtanju interesov obeh strank upravičujejo do takojšnjega odškodninskega zahtevka (§ 282 II BGB).⁶⁸

Če dolжник obveznost izpolni le delno ali ne tako, kot je dolgovano (z napakami), lahko upnik načeloma zahteva le odškodnino za manjkajoči del oziroma manjšo vrednost (kleiner Schadensersatz).⁶⁹ Za odškodnino namesto cele izpolnitve (großer Schadensersatz) morajo biti izpolnjene dodatne predpostavke: če dolжник delno izpolni, lahko upnik delno izpolnitev odkloni in zahteva odškodnino namesto cele izpolnitve le, če za delno izpolnitev nima interesa; v primeru izpolnitve z napako pa le, če napaka ni neznatna (§ 281 I BGB). Tako omejitvev ima tudi pravica do odstopa od pogodbe (§ 323 V BGB), usklajenost pa ni naključna, kajti odškodnina namesto izpolnitve, posebej pa »velika« odškodnina, ima praktično podobne učinke kot odstop.⁷⁰ Pri delni izpolnitvi, za katero ima upnik interes, in pri neznatnih napakah se torej odškodnina omeji na manjkajoči del oziroma napako.

Pri prodajni pogodbi, ki ni bila izpolnjena v skladu s pogodbo, postavitev dodatnega roka poleg primerov iz splošnega pogodbenega prava po § 440 BGB ni potrebna tudi, če je prodajalec zavrnil obe vrsti naknadne izpolnitve (popravilo, zamenjava), če z naknadno izpolnitvijo ni uspel ali je za kupca nesprejemljiva. Naknadna izpolnitev šteje za neuspešno (fehlgeschlagen), če ni opravljena v dveh poskusih.⁷¹ Nesprejemljivost za kupca se ravna po naravi napake ali drugih dejanskih okoliščinah. Za kupca na primer ni sprejemljivo, da vzame popravljeno ali zamenjano stvar, če se je njena vrednost ali uporabnost zaradi okoliščin, ki so se s potekom časa spremenile, znatno zmanjšala ali je celo odpadla, na primer zaradi predolgega čakanja na naknadno izpolnitev.⁷² Kupec torej lahko, če prodajalec ne izpolni pravilno svoje obveznosti naknadne izpolnitve, kot odškodnino namesto izpolnitve zahteva povrnitev stroškov morebitnega dražjega popravila ali zamenjave.⁷³

5.2.3. Odškodnina zaradi kršitve stranskih obveznosti

Za posebno vrsto izpolnitvenih motenj gre pri § 282 BGB, ki obravnava kršitve stranskih pogodbenih obveznosti. Kot izrecno določa novi § 241 II BGB, lahko pogodbeno razmerje glede na svojo vsebino poleg obveznosti izpolnitve vsako od strank zavezuje k upoštevanju in varstvu pravic, pravnih dobrin in interesov druge stranke.⁷⁴ Motnje v obligacijskem razmerju sicer praviloma izhajajo iz tega, da dolжник svoje obveznosti izpolnitve ne izpolni ali je ne izpolni pravilno, vendar pa lahko temeljijo tudi na kršitvi stranskih obveznosti varstva pravic, pravnih dobrin in interesov druge stranke. Upniku daje v takih primerih pravico povrnitve škode že temeljna določba § 280 I BGB. § 282 BGB pa upniku dodatno omogoča zahtevek na odškodnino namesto izpolnitve, pod posebnim pogojem, da od njega ni več mogoče pričakovati, da sprejme izpolnitev od dolžnika (wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist). Pri tem je potrebno poudariti, da stranske obveznosti sestavljata dve skupini primerov: od stranskih obveznosti, ki so povezane z izpolnitvijo glavne obveznosti (leistungsbezogene Nebenpflichten) in služijo pripravi, podpori in zavarovanju glavne obveznosti, je treba razlikovati stranske obveznosti, ki ne vplivajo na glavno obveznost (nicht leistungsbezogene Nebenpflichten, Schutzpflichten – obveznosti varstva).⁷⁵ Le slednje spadajo v področje uporabe § 282 BGB, medtem ko gre pri odškodnini namesto izpolnitve zaradi kršitev stranskih obveznosti, ki so povezane z glavno obveznostjo, za druge skupine primerov (§§ 281, 283 BGB). Obveznosti varstva niso namenjene temu, da druga stranka v polni meri prejme, kar ji zagotavlja pogodba, temveč temu, da druga stranka ohrani, kar ne glede na svoj izpolnitveni interes že ima: svoj osebni in premoženjskopравни status quo (tako imenovani interes integritete).⁷⁶ Za kršitve po § 282 BGB gre, kadar na primer pleskar sicer pravilno in brez napak prepleška stanovanje, vendar pri tem po lastni krivdi z lestvijo poškoduje vhodna vrata in pohištvo, varuška skrbno pazi na otroka, vendar si vztrajno poskuša obračunati preveč delovnih ur, ali pa zdravnik odlično zdravi, vendar šokira pacientko z obscenimi pripombami.⁷⁷ Glavna obveznost je torej pravilno izpolnjena, vendar v okoliščinah, ki jih upniku ni treba več tolerirati, zato mora imeti v primeru, ko ima taka kršitev dovolj teže, možnost likvidacije celotne pogodbe.⁷⁸ Tako je sodna praksa v okviru instituta pozitivne kršitve pogodbe obravnavala take primere že po prejšnjem pravu.⁷⁹ Teorija pojasnjuje, da kršitve stranskih obveznosti ni mogoče obravnavati v okviru izpolnitve z napakami (§ 281 BGB) zaradi njihove posebne pravne narave, kajti stranske obveznosti kot obveznosti varovanja interesov nasprotne stranke pravzaprav sploh ne zapadejo, temveč obstajajo trajno.⁸⁰ Njihove vsebine praviloma tudi ni mogoče iztožiti v naravi, temveč njihovo kršitev le sankcionirati z odškodnino.⁸¹

5.3. Odškodnina za zamudo z izpolnitvijo

Precej manj daljnosežen od zahtevka za odškodnino namesto izpolnitve je zahtevek na povrnitev škode zaradi zamude z izpolnitvijo, ki ne vpliva na dolžnikovo obveznost izpolnitve in

nastopa poleg nje. Odškodnina zaradi zamude pokriva tisto škodo, ki nastane, ker dolжник svoje obveznosti ne izpolni pravočasno, temveč kasneje. Poleg splošnih predpostavk § 280 I BGB (kršitev obveznosti, odgovornost) morajo biti za ta odškodninski zahtevek izpolnjene dodatne predpostavke § 286 BGB: podana mora biti dolžnikova zamuda (Schuldnerverzug). Pravila zamude se v primerjavi s prejšnjo ureditvijo niso bistveno spremenila, velja pa opozoriti, da predpostavke zamude niso več pogoj za odškodnino namesto izpolnitve in odstop od pogodbe.⁸² Zamuda praviloma predpostavlja upnikov opomin (Mahnung), zgolj kršitev obveznosti, ki je v neizpolnitvi ob zapadlosti, namreč ne zadošča. Dolжник tako pride v zamudo, če po upnikovem opominu po nastopu zapadlosti ne izpolni. Z opominom je izenačena vložitev tožbe ali vročitev plačilnega naloga. V določenih situacijah pa opomin ni potreben, predvsem tedaj, ko je čas izpolnitve določen koledarsko – velja namreč načelo dies interpellat pro homine,⁸³ in pa v primerih, ko je čas izpolnitve določen glede na neki bodoči dogodek, ko dolжник resno in dokončno odkloni izpolnitev ter v določenih primerih, ko posebne okoliščine ob upoštevanju obojestranskih interesov upravičujejo takojšen nastop zamude.⁸⁴ Opomin tudi ni potreben nasproti storilcu delikta, od katerega se zahteva izročitev predmeta, pridobljenega s tem ravnanjem (fur semper in mora).⁸⁵

Novost v predpisih o zamudi je § 286 III BGB, s katerim zakonodajalec uresničuje zahteve Direktive št. 2000/35 ES o boju proti zamudam pri plačilih v trgovinskih poslih in ki določa, da pride pri odplačnih terjatvah dolжник v zamudo najkasneje tedaj, če v 30 dneh po zapadlosti in prejemu računa ali enakovredne zahteve plačila ne izpolni.⁸⁶

Pri denarnih terjatvah so odškodnina zaradi zamude zamudne obresti, seveda pa ni izključeno uveljavljanje morebitne večje škode (§ 288 IV BGB). Obrestna mera ni več določena fiksno (prej 4 odstotke), temveč je dinamizirana, saj je določena glede na temeljno obrestno mero (Basiszinssatz) in znaša 5 odstotkov, v odplačnih poslih brez udeležbe potrošnikov pa 8 odstotkov (letno) nad temeljno obrestno mero – § 288 I in II BGB.⁸⁷ Ta pa se po § 247 BGB določa glede na »obrestno mero Evropske centralne banke za zadnjo glavno operacijo refinanciranja pred prvim koledarskim dnevom zadevnega polletja«. Trenutno (od 1. 7. 2004) znaša 1,13 odstotka, kar pomeni, da je obrestna mera zamudnih obresti 6,13 odstotka, pri nepotrošniških poslih pa 9,13 odstotka letno.⁸⁸

5.4. »Navadna« odškodnina

Za tako imenovano navadno oziroma preprosto odškodnino (»einfacher Schadensersatz«), zgolj po splošni normi § 281 I BGB

in brez dodatnih predpostavk, ostanejo tisti primeri, kjer ne gre za odškodnino zaradi zamude niti odškodnino namesto izpolnitve. Sem spadajo predvsem tisti odškodninski zahtevki, ki so se po starem pravu reševali po pravilih institutov culpa in contrahendo in pozitivne kršitve pogodbe, ki jih je izoblikovala sodna praksa in se z reformo niso vsebinsko spremenila – gre za škodo, ki jo stranka utrpí pred sklenitvijo pogodbe in po njej na svojih drugih dobrinah.⁸⁹ § 281 I BGB je tudi podlaga zahtevkov zaradi kršitve predpogodbenih in pogodbениh obveznosti seznanitve in svetovanja nasprotni stranki, kolikor ni zanje predvidena posebna ureditev.⁹⁰

Pod »navadno« odškodnino sodijo tudi primeri izpolnitve z napako. Najprej gre za primere izpolnitve z napako pri tistih pogodbah, ki nimajo zakonskega režima odgovornosti za napake. Pri pogodbah, ki ga imajo, predvsem pri prodajni in podjemni pogodbi, pa je treba primere »navadne« odškodnine razmejiti od primerov odškodnine namesto izpolnitve (§ 280 III v povezavi s §§ 281 in naslednjimi BGB). Za staro pravo je bila pri škodi v zvezi z nepravilno izpolnitvijo prodajne pogodbe značilna naslednja diferenciacija,⁹¹ ki je uporabna (ne pa izključno merodajna) tudi za omenjeno razlikovanje: škoda zaradi same napake stvari (Mangelschaden), ki poseže v upnikov interes na prejemu izpolnitve (Äquivalenzinteresse), se lahko zahteva kot odškodnina namesto izpolnitve.⁹² Sem ne spada le manjša vrednost stvari zaradi napake, temveč tudi izgubljeni dobiček, razlika stroškov morebitnega kritnega posla, stroški popravila in izpad uporabe stvari.⁹³ Navadna odškodnina pa pokriva tako imenovano nadaljnjo oziroma posledično škodo (Mangelfolgeschaden), ki je zaradi napake stvari kupcu nastala na drugih pravnih dobrinah kot kupljeni stvari (telesna integriteta, premoženje ...), ker je zaupal v brezhibnost stvari – prizadet je bil njegov interes integritete.⁹⁴ Temelj odškodninske odgovornosti je v obeh primerih isti: prodajalčeva kršitev obveznosti dobave stvari brez napak.⁹⁵ Vendarle pa razmejitev ni preprosta: konec koncev bi upnikov izpolnitveni interes, ki ga zasleduje odškodnina namesto izpolnitve, pokrila tudi primere nadaljnje oziroma posledične škode.⁹⁶ Večinsko mnenje šteje, da navadna odškodnina, ki nastopa poleg (naknadnega) izpolnitvenega zahtevka v obliki popravila in zamenjave, pokriva tisto škodo, ki je nastala zaradi kršitve obveznosti in je ni mogoče odpraviti s popravilom ali zamenjavo.⁹⁷ Tukaj tudi ni smiselna postavitev dodatnega roka. Le kadar kupec zahteva povrnitev škode, ki jo je mogoče odpraviti z naknadno izpolnitvijo (prej: Mangelschaden), gre za odškodnino namesto izpolnitve (§ 281 BGB).

5.5. Povrnitev izdatkov, ki so bili zamen

Resnična novost v nemškem pravu kršitve pogodbe je določba § 284 BGB, ki omogoča upniku, da namesto odškodnine (namesto izpolnitve) zahteva povrnitev izdatkov, ki jih je napravil z

zaupanjem, da bo prejel izpolnitev, in jih je napravil upravičeno, razen če njihov namen tudi brez dolžnikove kršitve obveznosti ne bi bil dosežen. BGB pred reformo take določbe ni poznal, možnost zahtevka za povrnitev izdatkov, nastalih z zaupanjem v pravilno izpolnitev (reliance interest), pa je znana v angleškem in ameriškem pravu.⁹⁸

Odškodninski zahtevki zaradi kršitve pogodbe so bili usmerjeni v upnikov pozitivni interes: skušalo se ga je postaviti v položaj, kot da bi dolžnik pogodbo pravilno izpolnil. Upnik pa ni mogel zahtevati povrnitve izdatkov, ki jih je napravil z zaupanjem v prejem izpolnitve (na primer sklenil pogodbo s podizvajalcem, najel prostore za hrambo predmeta pogodbe, opremil najete prostore ipd.). Pravzaprav dolžnikova kršitev pogodbe sploh ni bila v vzročni zvezi s temi izdatki, saj bi nastali v vsakem primeru, tudi če bi bil dolžnik pravilno izpolnil pogodbo. Dolžnikova kršitev torej ni povzročila njihovega nastanka, vendar pa je bil zaradi nje izjalovljen njihov namen: zaradi dolžnikove kršitve ti izdatki za upnika postanejo nekoristni (Frustrationsschaden).⁹⁹ Ti izdatki upniku ne bi nastali le v primeru, če pogodbe sploh ne bi bil sklenil. To nakazuje na možnost zahtevka na negativni interes, ki pa pride v poštev le v situacijah, ko pogodba ne obvelja, ne pa v zvezi z izpolnitvenimi motnjami.¹⁰⁰ Sodna praksa je nezadovoljive rezultate skušala omiliti s tako imenovano domnevo rentabilnosti: odškodnina je sicer usmerjena v povrnitev pozitivnega interesa, vendar se kot osnova za njegovo ugotavljanje uporabijo stroški, ki so nastali upniku, in so zaradi dolžnikove kršitve postali nesmiselni (nekoristni).¹⁰¹ Pri tem se domneva, da bi bil sklenjen posel za upnika rentabilen (vsaj) toliko, da bi povrnil svoje izdatke.¹⁰² Ta (sicer ovrgljiva) domneva pa predpostavlja, da je oškodovani upnik s poslom nameraval doseči dobiček, zato ni uporabna v primerih, ko ima upnik druge cilje (na primer politične, dobrodelne itd.), saj tu ni mogoče govoriti o rentabilnosti.¹⁰³

Novi § 284 BGB naj bi kodificiral domnevo rentabilnosti, ki jo je razvila sodna praksa, poleg tega pa omogočil povračilo izdatkov tudi tedaj, ko je imel upnik pri poslu nematerialne interese.¹⁰⁴ Predpostavka za zahtevek po § 284 BGB je obstoj predpostavk za odškodnino namesto izpolnitve, torej odgovornost dolžnika za kršitev obveznosti in praviloma določitev dodatnega roka. Ene in druge vrste odškodnine tudi ni mogoče kombinirati.¹⁰⁵ Povrnejo se lahko tisti premoženjski izdatki (Vermögensopfer), ki jih je upnik napravil glede na pričakovan prejem dolžnikove izpolnitve. Sem spadajo na primer provizija posredniku, stroški z notarjem in zemljiško knjigo, obresti za posojilo, s katerim upnik financira posel, pa tudi izdatki, ki jih je dolžnik napravil glede na pričakovano uporabo predmeta izpolnitve.¹⁰⁶ V ta okvir pa ne spada sama nasprotna izpolnitev, ki jo mora opraviti upnik; ta se lahko zahteva nazaj v zvezi z odstopom. Upnik ne more zahtevati povrnitve izdatkov, ki so mu nastali, še preden je lahko zaupal v dolžnikovo izpolnitev, torej preden je sklenil pogodbo z njim (na primer stroški s pogajanjem ipd.). Pojem »upravičenosti« izdatkov se

nanaša na zahtevo, da morata biti vrsta in obseg stroškov v razumnem sorazmerju s pričakovano izpolnitvijo.¹⁰⁷ Kolikor je upnik napravil izdatke v druge namene, kot je pridobivanje dobička, je njegova izguba nepremoženjska – njena povrnitev pa pomeni še en primer iz

§ 253 II BGB,¹⁰⁸ kar je v skladu s težnjo širjenja odškodnine za nepremoženjsko škodo.¹⁰⁹

6. ODSTOP OD POGODBE

Ureditev posledic kršitve pogodbenih obveznosti ene stranke na obveznosti nasprotna stranke je bila v nemškem pravu pred reformo precej kompleksna. Ker se ureditev ugovora neizpolnjene pogodbe (*exceptio non adimpleti contractus*)¹¹⁰ z reformo ni spremenila, ureditev ugovora ogroženosti¹¹¹ pa le v nekaterih podrobnostih, se obravnava v nadaljevanju omejuje na pravico do odstopa od pogodbe.

Za institut prenehanja pogodbe zaradi neizpolnitve obveznosti je bila v nemškem pravu pred reformo značilna fragmentirana in dokaj težko razumljiva ureditev, ki je konceptualno temeljila na molče dogovorjeni pogodbeni odstopni pravici (*lex commissoria*).¹¹² Razlikovalo se je med situacijami, v katerih je obveznost nasprotna stranke ugasnila avtomatično, in situacijami, v katerih je lahko upnik odstopil od pogodbe. Kadar je dolžnikova obveznost izpolnitve zaradi nemožnosti ugasnila in dolžnik za nemožnost ni odgovarjal, je avtomatično ugasnila tudi nasprotna upnikova obveznost (§ 323 BGBpr.). Če pa je dolžnik za nemožnost odgovarjal, je imel upnik pravico odstopiti od pogodbe (§ 325 BGBpr.). Upnik je imel na splošno pravico odstopiti v primeru dolžnikove zamude, potem ko je dolžniku postavil primeren dodatni rok (§ 326 I BGBpr.), v primerih pozitivne kršitve pogodbe (*positive Vertragsverletzung*), kadar je pomanjkljiva izpolnitev tako ogrozila namen pogodbe, da drugi stranki glede na načelo vestnosti in poštenja ni bilo več mogoče naložiti vztrajanja pri pogodbi,¹¹³ ter v primerih skritih napak prodane stvari ali opravljenega dela (*Wandelung*) – ne glede na morebitno krivdo prodajalca.¹¹⁴ Restitucija je potekala deloma po pravilih neupravičene obogatitve (§§ 323 III, 327 BGBpr.), deloma po posebnih pravilih o dogovorjeni odstopni pravici (§ 346 in naslednji BGBpr.). Značilna je bila striktna alternativnost odstopa od pogodbe in odškodnine (§ 325 I BGBpr.): z odstopom od pogodbe je upnik izgubil pravico zahtevati odškodnino zaradi neizpolnitve.¹¹⁵

Po reformi je sistem pravil o prenehanju zaradi neizpolnitve poenostavljen, a vseeno ne povsem preprost. Njegovi pglavitni

novosti sta v tem, da odgovornost dolžnika ni več pogoj za to, da lahko upnik odstopi od pogodbe, ter da se odstop in odškodnina ne izključujeta več. Ureditev prenehanja pogodbe zaradi neizpolnitve je skoraj povsem paralelna ureditvi odškodnine namesto izpolnitve. »Triada« iz §§ 281–283 BGB ima svojo preslikavo v treh različnih situacijah glede odstopa: nemožnostjo (po § 275 BGB), neizpolnitvijo ali nepravilno izpolnitvijo obveznosti ter neizpolnitvijo stranskih obveznosti, ki niso povezane z izpolnitvijo.¹¹⁶ Glede na to se razlikuje med situacijo, ko do ugasnitve obveznosti nasprotna stranke pride ipso iure ter med upnikovim odstopom od pogodbe kot oblikovalno pravico.

6.1. Ugasnitev upnikove obveznosti ipso iure v primeru, ko dolžnikova obveznost izpolnitve ugasne

Gre za primere iz § 275 BGB, ko dolžniku ni treba izpolniti, ker njegova obveznost izpolnitve zaradi nemožnosti ugasne (I) ali pa dolžnik izkoristi pravico in izpolnitev zaradi nesorazmernih naporov odkloni (II, III). Posledice teh situacij na nasprotno obveznost v vzajemni pogodbi ureja § 326 I BGB: upnikova (nasprotna) obveznost avtomatično ugasne, ne da bi bila potrebna kakršnakoli izjava. Ugasnitev ipso iure v primerih nemožnosti je funkcionalni ekvivalent pravice do odstopa, do nje pa pride ne glede na to, ali dolžnik za nemožnost odgovarja.¹¹⁷ Če je upnik že kaj izpolnil, lahko to zahteva nazaj. V teoriji je ugasnitev upnikove obveznosti ipso iure v primeru, ko dolžnik za nemožnost odgovarja, naletela tudi na kritike.¹¹⁸

Upnik lahko od dolžnika zahteva prepustitev stvari ali zahtevka, ki ga je ta prejel zaradi nemožnosti izpolnitve po § 275 BGB (*nadomestni commodum*). Če izkoristi

to možnost, ostane zavezan k nasprotni izpolnitvi, vendar pa se njegova obveznost zmanjša za vrednost prejetega nadomestila (§ 326 III BGB).

Izjema od osnovnega pravila je situacija, ko je za izpolnitveno oviro, zaradi katere dolžnik po § 275 I-III BGB ne izpolni, v celoti ali pretežnem delu odgovoren upnik, ali pa izpolnitvena ovira nastane v času upnikove zamude: tedaj upnikova obveznost ne ugasne in dolžnik obdrži svoj zahtev, vendar pa ga mora zmanjšati za toliko, kot je prihranil zaradi tega, ker je bil prost lastne obveznosti oziroma, kot pravi BGB: »je z drugačno uporabo delovnih moči pridobil ali namerno opustil pridobiti« (§ 326 II BGB).

Posebnost pri ureditvi nemožnosti je določba § 326 V BGB. Kot

določa § 326 I BGB, načelo, da v primeru, ko dolžniku ni treba izpolniti v primerih nemožnosti po § 275 BGB, avtomatično odpade tudi upnikova nasprotna obveznost, ne velja v primeru, ko dolžniku ni treba opraviti naknadne izpolnitve (to je popravila, zamenjave) pri izpolnitvi z napako. Nemožnost naknadne izpolnitve torej ne povzroči, da bi avtomatično odpadel zahtevke za nasprotno izpolnitev. To situacijo korigira § 326 V BGB, ki daje upniku v tem primeru pravico odstopa brez dodatnega roka. Postavitev dodatnega roka tudi ni smiselna, če neskladnosti s pogodbo ni mogoče odpraviti. V primeru prodaje s stvarnimi napakami želi § 326 V BGB kljub njihovi neodpravljlivosti kupcu ohraniti možnost izbire med odstopom in znižanjem kupnine.¹¹⁹

6.2. Odstop od pogodbe

V vseh drugih primerih kršitve obveznosti, razen nemožnosti, lahko upnik odstopi od vzajemne pogodbe z izjavo nasprotni stranki pod pogoji § 323 in § 324 BGB. Glede predpostavk odstopa BGB razlikuje med kršitvijo stranskih obveznosti, ki ne vplivajo na izpolnitev, iz § 241 II BGB (Schutzpflichten), ter neizpolnitvijo ali nepravilno izpolnitvijo na splošno. V prvem primeru (§ 324 BGB) lahko upnik odstopi od pogodbe, če od njega ni več mogoče razumno pričakovati vztrajanja pri pogodbi (... wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist). V drugi, praktično mnogo pomembnejši skupini primerov (§ 323 I BGB) pa lahko upnik odstopi le, če je dolžniku postavil primeren dodatni rok, da opravi ali popravi svojo izpolnitev (Nachfrist), in je ta rok potekel brez uspeha. Tako kot pri odškodnini namesto izpolnitve želi zakon dolžniku dati zadnjo možnost izpolnitve. Razlika glede na prejšnjo ureditev je v tem, da ob postavitvi dodatnega roka ni več potrebna izjava (grožnja), da upnik po njegovem izteku ne bo več sprejel izpolnitve.¹²⁰ Taka ureditev namreč ne bi bila

združljiva z zahtevami Direktive 99/44 o potrošniški prodajni pogodbi in bi za potrošniške pogodbe zahtevala specialno pravilo.¹²¹

Bistvena novost glede odstopne pravice je v tem, da odgovornost dolžnika za kršitev zanj ni več pogoj. Z odpravo odgovornosti kot pogoja za odstop se je nemško pravo približalo sodobnim ureditvam pogodbenega prava, predvsem CISG in Načelom pogodbenega prava (PICC, PECL).¹²² Taka rešitev se med drugim utemeljuje tako z načelom vezanosti na pogodbo kot pogodbeno pravičnostjo: kdor sam ni pripravljen ali zmožen izpolniti, ne more več računati, da bo druga stranka vztrajala pri pogodbi, ki je zanj postala nadležna ali celo povsem brez vrednosti, temveč mora sprejeti tveganje njene razveljavitve.¹²³ Upnikov interes za obljubljeno izpolnitev praviloma tudi nima nič z dolžnikovo krivdo oziroma odgovornostjo, pač pa upnik potrebuje možnost, da odstopi od pogodbe in si izpolnitev zagotovi drugje.¹²⁴ Poleg tega utegne daljnosežna odškodninska odgovornost dolžnika celo

bolj obremeniti kot odstop, zato je zanj potrebna tudi dolžnikova odgovornost.¹²⁵

V določenih primerih postavitve dodatnega roka ni potrebna, saj ta ne bi imel smisla: kadar dolžnik resno in dokončno odkloni izpolnitev, kadar gre za fiksni posel ter kadar obstajajo posebne okoliščine, ki opravičujejo takojšen odstop (§ 323 II BGB). Če glede na vrsto kršitve postavitve dodatnega roka ne pride v poštev, stopi na njeno mesto opomin (§ 323 III BGB).

Poseben primer odstopa ureja § 323 IV BGB, ki omogoča odstop od pogodbe že pred zapadlostjo obveznosti, če je očitno, da bo prišlo do kršitve pogodbe, ki bi upravičevala do odstopa. Gre za pričakovano (anticipirano) kršitev pogodbe oziroma za ogroženost izpolnitve pogodbe kot samostojno izpolnitveno motnjo, ki je tudi pred zapadlostjo ni mogoče prezreti.¹²⁶ Takšnega pravila BGB pred reformo ni poznal, zato pa sta ga priznavali teorija in sodna praksa.¹²⁷

Tako kot § 326 II BGB tudi § 323 VI BGB določa, da upnik ne more odstopiti od pogodbe, če je za izpolnitveno motnjo v celoti ali pretežnem delu odgovoren sam.

Ena od pglavitnih značilnosti novega prava je tudi vključitev odstopa zaradi napak stvari pri prodajni pogodbi (actio redhibitoria oziroma t. i. Wandelung) v splošno ureditev odstopne pravice.¹²⁸ To je bilo mogoče, ker odgovornost (praviloma: krivda) ni več pogoj za odstop. Pri odstopu zaradi napak krivda že prej ni bila potrebna, saj sta bila jamčevalna zahtevka (odstop in znižanje kupnine) neodvisna od krivde. Zahteva po postavitvi dodatnega roka ima zdaj tudi v prodajnem pravu funkcijo omogočanja (naknadne) izpolnitve v primeru napak (to je popravila, zamenjave), ki je ureditev prodajne pogodbe v BGB pred reformo ni poznala.¹²⁹ Vključitev prodajnega prava v splošni odstopni režim je razvidna tudi iz § 323 V BGB, ki izključuje odstop, kadar je kršitev obveznosti (to je napaka stvari) neznatna (unerheblich) – zrcalna določba § 281 I BGB.¹³⁰ Seveda pa je tudi zaradi neznatne kršitve mogoče zahtevati odškodnino ali znižati kupnino (v primeru prodajne oziroma podjemne pogodbe).

Upnik uresniči pravico do odstopa z izjavo nasprotni stranki (§ 349 BGB). Posledica odstopa je, da sta obe stranki prosti svojih obveznosti izpolnitve. Kar je bilo morebiti že izpolnjeno, se lahko zahteva nazaj, vendar ne po pravilih neupravičene obogatitve, temveč po posebnem restitucijskem režimu (§§ 346 in naslednji BGB). Njegova doktrinarna podlaga je v tem, da odstop od pogodbe drugače od izpodbijanja ali nastopa razveznega pogoja

ne povzroči popolnega izginotja pogodbe, tako da ni mogoče reči, da so izpolnitve brez pravne podlage, temveč spremeni pogodbeno razmerje, ki je bilo sprva usmerjeno v uresničitev pogodbene vsebine, v razmerje pogodbenega »vračanja« oziroma »odvijanja nazaj« (t. i. Rückgewähr- ali Abwicklungsverhältnis).¹³¹ Primarni izpolnitveni zahtevki iz pogodbe ugasnejo, drugače kot po prejšnjem pravu pa ne tudi (sekundarni) odškodninski zahtevki. Veljavni ostanejo tudi morebitni dogovori o reševanju sporov in stranske obveznosti, ki niso povezane z izpolnitvijo.

Obe stranki morata torej vrniti, kar sta po pogodbi prejeli. Vrača se načeloma v naravi, kolikor pa to ni mogoče, je treba nadomestiti vrednost.¹³² Obveznost nadomestila vrednosti v določenih primerih odpade (§ 346 III BGB), predvsem tedaj, ko je do poslabšanja ali uničenja stvari prišlo kljub temu, da je bila stranka, ki odstopa, skrbna kot v lastnih zadevah (diligentia quam in suis). Posledica tega je, da tveganje naključnega uničenja ali poslabšanja »skoči nazaj« k drugi stranki, ki mora kljub temu, da od nasprotnne stranke ne prejme nič, vrniti, kar je sama prejela.¹³³

6.3. Motnje poslovne podlage

Z reformo obligacijskega prava je bil kodificiran tudi institut motenj poslovne podlage (Störungen der Geschäftsgrundlage), tako da so bila brez vsebinskih sprememb v zakon prevzeta uveljavljena stališča v sodni praksi in teoriji.¹³⁴

Novi § 313 I BGB določa predpostavke tako imenovane objektivne motnje poslovne podlage: (1) po sklenitvi pogodbe so se okoliščine, ki so postale podlaga pogodbe, občutno spremenile, in sicer v tolikšni meri, da (2) stranki, če bi bili spremembo lahko predvideli, pogodbe ne bi sklenili ali je ne bi sklenili s tako vsebino, in (3) ob upoštevanju vseh okoliščin primera, predvsem pa pogodbene ali zakonske porazdelitve rizikov, vztrajanja pri taki pogodbi eni stranki ni mogoče naložiti.

Če so te predpostavke izpolnjene, se lahko zahteva prilagoditev pogodbe novim okoliščinam, šele subsidiarno, če prilagoditev ni mogoča ali je eni stranki ni mogoče naložiti, pride v poštev odstop od pogodbe, pri trajnih pogodbenih odnosih pa odpoved (§ 313 III BGB).

Z objektivno spremembo okoliščin pogodbe (objektivne poslovne podlage) je po

§ 313 II BGB izenačena situacija, ko se odločilne predstave strank, ki so postale pogodbena podlaga (subjektivna poslovna podlaga), izkažejo kot napačne. Ta določba pokriva primere obojestranske zmote v motivu in tudi situacije, ko si je ena stranka ustvarila napačne predstave, druga pa je njeno zmoto brez lastnih predstav sprejela.¹³⁵

6.4. Odpoved trajnih obligacijskih razmerij iz pomembnega razloga

Tudi tu je zakonodajalec v BGB brez vsebinskih sprememb sprejel splošna načela, ki sta jih sodna praksa in teorija že prej razvili na podlagi posameznih določb in so bila trdno zasidrana v splošnem obligacijskem pravu.¹³⁶ Kot določa § 314 I BGB, lahko vsaka pogodbena stranka trajnega obligacijskega razmerja (Dauerschuldverhältnis) to odpove (kündigen) iz pomembnega razloga (aus wichtigem Grund), brez posebnega odpovednega roka. Pomemben razlog je lahko kršitev obveznosti iz pogodbe ali pa bistvena sprememba okoliščin, v obeh primerih pa tolikšna, da stranki, ki odpoveduje, ob upoštevanju obojestranskih interesov ni mogoče naložiti vztrajanja pri pogodbi do njenega dogovorjenega prenehanja ali poteka odpovednega roka.¹³⁷ Ta opredelitev spominja na razloge za odstop od pogodbe. Ker pri trajnih pogodbah »odvijanje« razmerja nazaj do začetka povzroča težave, prikrajšana stranka ne more odstopiti z učinkom ex tunc, temveč lahko odpove razmerje z učinkom ex nunc, kolikor so se obveznosti že začele izvrševati.¹³⁸

Velja tudi načelo, da izpolnitvene motnje, ki nastanejo v lastni sferi stranke, te ne upravičujejo do odpovedi.¹³⁹ Če je pomemben razlog v kršitvi pogodbenih obveznosti, za kar bo praviloma tudi šlo, saj zakonskih trajnih obveznosti (na primer plačevanja preživnine) ni mogoče odpovedati, je odpoved dopustna šele po neuspešnem poteku roka, določenega za popravilo kršitev, oziroma po neuspešnem opominu (§ 314 II BGB). Vzporedno z ureditvijo odstopa se tudi tu ne zahtevata postavitve dodatnega roka oziroma opomin, kadar nimata smisla. Upravičenec do odpovedi pa lahko (drugače kot pri odstopu) to uresniči le znotraj primerne roka, odkar je izvedel za odpovedni razlog (§ 314 III BGB).

7. SKLEPNO O NEMŠKI REFORMI SPLOŠNEGA POGODBENEGA PRAVA

Ena od osnovnih misli reforme je bila, da naj bi se vse oblike

izpolnitvenih motenj strnile v enotni pojem kršitve obveznosti, ta pa bi bil podlaga za načeloma enoten katalog pravnih posledic kršitev. V enotni dejanski stan kršitve obveznosti naj bi bila zajeta tudi nemožnost izpolnitve ter izpolnitev z napako pri prodajni in podjemni pogodbi. Celoten sistem prava izpolnitvenih motenj naj bi tako postal preprostejši, preglednejši in s tem lažje razumljiv.

Enoten pojem kršitve obveznosti glede odškodninske odgovornosti dolžnika tako predstavlja »Pflichtverletzung« (§ 280 I BGB). Sam dejanski stan kršitve obveznosti je objektivni, saj nastopi v vsakem primeru, ko dolжник krši (je popolnoma ne izpolni) katerokoli obveznost iz obligacijskega razmerja. Vendar pa lahko upnik zahteva povrnitev škode le, če dolжник za kršitev odgovarja. Njegova odgovornost se domneva in je načeloma krivdna, »kolikor strožja ali milejša odgovornost ni določena ali ne izhaja iz siceršnje vsebine obligacijskega razmerja, posebej iz prevzema garancije ali rizika priskrbe« (§ 276 I BGB). Tudi osnovni dejanski stan, ki upniku omogoča odstop od pogodbe, je načeloma enoten: izpolnitveni deficit, ki tudi po postavitvi dodatnega roka ni popravljen (§ 323 I BGB). Ta dva enotna koncepta ne zajemata le izpolnitvenih motenj, doslej urejenih v splošnem pogodbenem pravu (nemožnost, zamuda), temveč tudi primere izpolnitve z napakami.

Enoten koncept kršitve obveznosti pa je do neke mere prebit, saj BGB posebej ureja eno izmed izpolnitvenih motenj – dolžnikovo zamudo.¹⁴⁰ Kljub drugačni sistematiki zakona je namreč vsebina ureditve zamude v BGB ostala skorajda nespremenjena. Tudi zamuda je kršitev obveznosti po § 280 I BGB. Vendar pa splošna odškodninska odgovornost dolžnika temelji na objektivni neizpolnitvi obveznosti (Pflichtverletzung), za katero dolжник odgovarja, za dolžnikovo odškodninsko odgovornost zaradi zamude pa je načeloma potrebna še dodatna predpostavka v obliki opomina. Z dogmatičnega vidika se to zdi problematično, saj ima vsaka kršitev pogodbe, to je vsaka neskladnost s pogodbo, tudi časovno komponento. Posledično bi bil tudi za odškodninsko odgovornost zaradi izpolnitve z napako potreben opomin, kar teorija zavrača. V luči razmejitve med pojmom zamude in kršitve obveznosti teorija zamudo opredeljuje takole: za zamudo gre, če izpolnitev po svoji zunanji pojavi ni opravljena, zamude pa ni, če je do izpolnitve vsaj na videz prišlo.¹⁴¹

Tudi glede pravnih posledic kršitve obveznosti slika ni povsem enotna. Kljub prvotni nameri, da bi konceptu nemožnosti z reformo odvzeli osrednji položaj izpolnitvenih motenj, se je kasneje uveljavila ločena ureditev posledic izpolnitvenih motenj v primeru nemožnosti. Izhodišče tega sistema je § 275 BGB, ki izključuje izpolnitveni zahtevek, kadar je ta nemogoč ali zaradi nesorazmernosti nesprejemljiv. Odškodninska odgovornost dolžnika in odstop od pogodbe sta urejena ločeno glede na to, ali gre za kršitev izpolnitvenega interesa pri še mogoči izpolnitvi ali

pa izpolnitev ni mogoča. Glede na to se je mogoče strinjati s trditvami, da je sistem posledic kršitve pogodbe pravzaprav dvotiren: če je primarna obveznost izpolnitve izključena po § 275 BGB, se pravne posledice kršitve, posebej pa upnikove pravice, ravna po »drugem« tiru – glede odškodninske odgovornosti veljajo §§ 280, 283–285 ter § 311a BGB (kot posebna podlaga odškodninske odgovornosti pri začetnih izpolnitvenih ovirah), glede odstopa oziroma prenehanja pogodbe pa § 326 BGB.¹⁴² Kadar pa primarna obveznost izpolnitve ni izključena, je upnik na »prvem« tiru (§§ 281, 323 BGB). Sem spadajo praktično veliko pomembnejši primeri zamude z izpolnitvijo, izpolnitve z napako ter kršitve stranskih obveznosti. Čeprav so pravne posledice pogosto vzporedne, je treba v vsakem posameznem primeru ugotavljati, ali je upnikov interes prizadet z neizpolnitvijo, zamujeno izpolnitvijo ali »slabo« izpolnitvijo obveznosti, ki jo je (še) mogoče izpolniti, ali pa je dolžnikova primarna obveznost izpolnitve izključena.

Z reformo sta bila posebna jamčevalna režima pri prodajni in podjemni pogodbi vključena v splošno pogodbeno pravo. Nasprotno pa darilna in najemna pogodba, pogodba o organiziranju potovanja ter shranjevalna pogodba ohranjajo svoje posebne predpise o kvalitativno pomanjkljivi izpolnitvi. Seveda zakonske določbe, ki določena vprašanja posebej urejajo za prodajo in podjem, še vedno ostajajo, nekatere od njih so zdaj v splošnem pogodbenem pravu. Od splošnega pogodbenega prava se razlikuje predvsem posebna ureditev zastaranja, kadar gre za napake, velja za prodajo § 438 BGB,¹⁴³ za podjem pa § 634a BGB.¹⁴⁴

Težišče integracije je bilo v poenotenju pravnih posledic: dosedanja »Wandelung« (actio redhibitoria) je prešla v splošno odstopno pravico kot oblikovalno upravičenje. Znižanje kupnine, prav tako kot oblikovalna pravica, je ostalo na voljo zgolj kupcu pri prodaji in naročniku pri podjemu in ni bilo posplošeno.¹⁴⁵ Največji pomen ima odškodninska odgovornost prodajalca in izvajalca dela zaradi kvalitativnih napak, ki zdaj spada pod splošno ureditev (§§ 280–284 BGB).¹⁴⁶

Opisana dvotirnost se kaže tudi pri zahtevkih iz prodajne in podjemne pogodbe, pri katerih je prav tako odločilno merilo, ali je izpolnitveni zahtevek za vzpostavitev skladnosti s pogodbo (popravilo, zamenjava) po § 275 BGB izključen – tedaj pade upnik s »prvega« tira, kamor načeloma spada izpolnitev z napakami, na »drugi« tir.¹⁴⁷ Če ima predmet izpolnitve že od sklenitve pogodbe nepopravljive napake, stopi na mesto splošne odškodninske odgovornosti odgovornost po § 311a II BGB.

¹⁴¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, sprejet 26. 11. 2001,

BGBL. 2001 I, Nr. 61, stran 3138.

2 Izraz Leistungsstörungenrecht ni zakonski pojem in tudi ne dogmatično dovršena kategorija. Označba izhaja od Heinricha Stolla (Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936) in se nanaša na motnje, zaradi katerih pogodba ni izpolnjena ali ni izpolnjena pravilno. Leistungsstörungenrecht sestavljajo pravne norme, ki urejajo dejanske stanove in pravne posledice teh motenj. O pojmu prava izpolnitvenih motenj glej: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 2; Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP, 1993, stran 221.

3 Glej na primer: Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), vor § 275 BGB; točke 3–6, stran 326.

4 Glej na primer Zweigert, Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996), stran 486 in naslednje.

5 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 277.

6 Glej na primer: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 (1987), § 21 I, stran 339.

7 Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992 (izdaja zv. minister za pravosodje).

8 P. Huber, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 9. Več o predlogu v: Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, strani 217–246.

9 Glej na primer: Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP, 1993, stran 228 in naslednje.

10 Glasovanje na nemških pravniških dnevih v letu 1994 je pokazalo na veliko podporo predlogu. Za kritike predloga glej med drugim zbornik simpozija »Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform« (izdaja Ernst, Zimmermann, 2001).

11 »Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes«, objavljeno v: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, stran 3.

12 Člane našteva Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, stran 499.

13 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 279.

14 Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 15.

15 Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 9; glej tudi monumentalno monografijo o nemškem pravu kršitve

pogodbe: Ulrich Huber: Leistungsstörungen, I in II, 1999.

16 Glej: Huber: Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)/2000, strani 2273–2284; isti: Das geplante Recht der Leistungsstörungen, v: Ernst, Zimmermann: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, stran 31. Kritično tudi: Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der »Unmöglichkeit« für das Recht der Leistungsstörungen, v: Schulze, Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, stran 43.

17 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 275, točke 25–29, stran 693.

18 Glej na primer seznam pri: Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 275, stran 676 in naslednje. O poteku reforme glej na primer Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, IX in naslednje; Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 275, točke 1–7, stran 684.

19 V funkciji razbremenitve odškodninske odgovornosti je pojem nemožnosti po novem le obrobne pomena – § 283 BGB.

20 Cels. Dig. 50,17, 185.

21 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 280.

22 Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 275 BGB, št. 4–7, stran 342; Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, stran 500.

23 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 522.

24 To zahtevo starega § 275 BGBpr. pa je prevladujoče mnenje v teoriji glede izpolnitvenega zahtevka že prej štelo za nezapisano – Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), § 275 BGB, št. 24, stran 330.

25 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, stran 25; Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 31 a, točka 2, stran 1554.

26 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 282; Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), § 275 BGB, št. 8 in 12, stran 328; Huber, Leistungsstörungen I (1999), stran 118.

27 Emmerich, Leistungsstörungen, 3. izdaja, stran 26; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 282.

28 Glej: Meier, Neues Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, stran 121; Emmerich, Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 42.

29 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, stran 662; Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2003), stran 158.

30 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, stran 62.

31 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 286.

32 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 284; Meier, Neues Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, stran 128 in naslednje.

33 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, stran 27.

34 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XIII.

35 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 523.

36 Med njima izbira kupec – § 439 I BGB. Drugače v pravu podjemne pogodbe: tam med popravilom in izdelavo novega dela odloča podjemnik – § 635 I BGB.

37 Bianca, v: Bianca, Grundmann, EU Sales Directive – Commentary (2002), stran 168.

38 Člen 3.3. Načel UNIDROIT, člen 4:102 Načel evropskega pogodbenega prava.

39 Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ /2001, stran 506; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 208.

40 Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der »Unmöglichkeit« für das Recht der Leistungsstörungen, v: Schulze, Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, stran 60; drugače: Schlechtriem, Die Unmöglichkeit – ein Wiedergänger, v: Coester (izdaja), FS Sonnenberger (2004), stran 132.

41 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 31 a, točka 15, stran 1556; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 210.

42 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 299; Faust (v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 209) to opisuje tako, da šteje dolžnikovo vednost oziroma krivdno nevednost o oviri za pogoj odgovornosti, njen temelj pa je v neizpolnitvi obveznosti.

43 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 524; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung, XIV; Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja),

§ 31 a, točka 6. stran 484; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 210; drugače: Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 31 a, točka 4, stran 1554.

44 Schlechtriem, Die Unmöglichkeit – ein Wiedergänger, v: Coester (izdaja), FS Sonnenberger (2004), stran 131.

45 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 214.

46 Upnik lahko zahteva odškodnino namesto izpolnitve, razen če dolžnik ob sklenitvi pogodbe ni vedel za oviro in ni odgovoren za svojo nevednost. Glede njegove odgovornosti (§ 276 BGB) pa tudi po novem obstaja možnost perpetuacije prejšnje ureditve: če upnik trdi, da je standard odgovornosti na podlagi vsebine odgovornosti, posebej prevzema garancije, strožji. To bi bilo, kot poudarja teorija, contra intentionem legislatoris, ne pa tudi contra legem – Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, stran 300.

47 Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der »Unmöglichkeit« für das Recht der Leistungsstörungen, v: Schulze, Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, stran 64.

48 Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 31 a, točka 14, stran 484; Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 31 a, točka 41, stran 1562; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, stran 220.

49 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 31 a, točka 13, stran 1556.

50 Emmerich, Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 17.

51 § 280 I BGB: »Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Das gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat«.

52 V tem smislu § 280 I BGB pokriva (le) tiste primere, pri katerih do neizpolnitve pogodbene obveznosti pride zaradi okoliščin po sklenitvi pogodbe.

53 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 73.

54 § 276 I BGB: »Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist«.

55 Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 276, točka 29, stran 351; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 75.

56 Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 276, točke 30–33, stran 351; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 76.

57 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 522; Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 276, točka 28, stran 451; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 79.

58 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 287.

59 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2003), točka 356, stran 184.

60 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XV; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 289; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, stran 107; Gsell, Beate: Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, v: Helms, Tobias, Neumann, Daniela, Caspers, Georg, Sailer, Rita, Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg): Das neue Schuldrecht, Freiburg, 2001, stran 108.

61 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 138; Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2003), točka 364, stran 187.

62 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 281, točka 1, stran 900; Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2003), točka 364, stran 187.

63 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2003), točka 221, stran 117.

64 Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, stran 512; Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), strani 113 in 114; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 289, navaja, da bi se bilo problemu mogoče izogniti, če bi se namesto kršitve obveznosti (Pflichtverletzung) kot podlaga zahtevka uporabil pojem neizpolnitve (Nichterfüllung).

65 Rok mora biti primeren in mora dolžniku dati zadnjo priložnost za izpolnitev pogodbe. Ni potrebno, da je odmerjen tako, da bi dolžnik lahko izpolnitev, ki je sploh še ni začel opravljati, začel in dokončal, temveč ga mora postaviti v položaj, da lahko že začeto izpolnitev dokonča. Postavitev prekratkega roka sproži tek primerne roka – Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 281, točka 10, stran 379.

66 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 522.

67 Schlechtriem (Schuldrecht – Allgemeiner Teil, točka 365, stran 188) navaja primer, ko najemnik računalniške opreme le-te po koncu najemne dobe ne vrne. Najemodajalec ima vrnitveni

zahtev, vendar pa je zato, ker računalniška oprema zelo hitro izgublja vrednost, bolj zainteresiran za odškodnino v višini vrednosti opreme v trenutku, ko bi jo bilo treba vrniti. Odstop ni možen, ker je najemna pogodba že tako končana.

68 Teorija pojasnjuje, da se upoštevajo le okoliščine, ki izhajajo iz zamude, in primeroma našteva tako imenovane pogodbe just-in-time, pri katerih mora dolžnik upniku dobavljati ob točno določenem času, da lahko ta ohrani proizvodnjo v teku. Če izpolnitev izostane, si mora upnik takoj zagotoviti nadomestno dobavo, sicer bi bila škoda še večja. Dodaten rok tudi ni potreben, če je mogoče na podlagi okoliščin možnost dolžnikove izpolnitve v primernem roku izključiti, prav tako tudi ne v primeru, ko upnik nima več interesa za izpolnitev, na primer pri dobavi sezonskih artiklov po sezoni ali dobavi blaga za nadaljnjo prodajo, ki pa se je zaradi zamude izjalovila – Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), strani 121 in 122.

69 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 127. Pri tem ni pomembno, ali je bila obveznost deloma ali z napakami izpolnjena že pred postavitvijo dodatnega roka oziroma dolžnik pred postavitvijo roka ni izpolnil ničesar, v dodatnem roku pa delno oziroma pomanjkljivo.

70 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XVI; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 290.

71?§ 440 BGB postavlja domnevo, da je po drugem prodajalčevem poskusu odprave napake, ki je neuspešen ali povzroči celo nove napake, naknadna izpolnitev neuspešna. Omejitev domneve lahko pomenijo okoliščine, posebej narava stvari in napake. Z neuspešno naknadno izpolnitvijo je izenačena nesprejemljiva zamuda. Glej: Putzo, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 440, točka 7, stran 649.

72 Putzo, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 440, točka 8, stran 649.

73 Schlechtriem predlaga, da naj prodajalec za tako škodo odgovarja le, če je kupec tudi dejansko sam opravil dražje popravilo, ne pa že, če se taka višina škode izračuna zgolj abstraktno in se napaka v resnici sploh ne odpravi, glej: Schuldrecht – Besonderer Teil, stran 40.

74 Več: Roth, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 241, točka 31 in naslednje, stran 68; Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), stran 72.

75 O razmejitvi glej: Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 241, točka 6, stran 245.

76 Roth, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 241, točka 90, stran 82.

77 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 132.

78 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6,

2002, stran 291. »Unzumutbarkeit« (nesprejemljivost) po sodni praksi praviloma predpostavlja opomin, ki ni potreben le pri posebej težkih kršitvah. Glej: Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 282, točka 4, stran 385.

79 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XV.

80 Ibidem.

81 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), stran 73.

82 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 82; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 293. Predpostavke zamude so: veljavna terjatev, ki je zapadla in izvršljiva (i. e. za njeno uveljavitev ni ovir v smislu ugovorov), opomin, dolžnikova neizpolnitev.

83 Pri tem je pomembno, da je čas izpolnitve določen (na primer: 10. aprila) ali določljiv na podlagi same pogodbe (na primer: v 10 dneh po sklenitvi pogodbe) – Thode, v: Münchener Kommentar zum BGB, 3. izdaja, § 284, točka 38, stran 955.

84 Gre za situacije, kjer že po prejšnjem pravu opomin ni bil potreben, na primer tako imenovani lastni opomin dolžnika (Selbstmahnung – dolžnik sam napove izpolnitev na določen dan in »prehiti« opomin) ali posebna nujnost izpolnitve (na primer počena vodovodna cev, ki zahteva takojšnje popravilo) – Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 286, točka 25, stran 393.

85 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), stran 164.

86 Vsebinsko te direktive je nemški zakonodajalec uresničil že pred 2002 s spremembo BGB (§ 284 III BGBpr.), ki je bila deležna hudih kritik. Določba je namesto pospeševanja plačil povzročala njihovo zaostajanje, saj je vsak denarni dolžnik ne glede na opomin po samem zakonu dobil 30 dnevni dodatni plačilni rok po zapadlosti in prejemu računa. Te pomanjkljivosti naj bi odpravil novi § 286 III BGB – glej: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 226; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 293; Faust, V: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 91.

87 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 523.

88 Več o zamudnih obrestih: Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 104 in naslednje.

89 Faust, v: P. Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 153.

90 Ibidem.

91 Razlikovanje je bilo pomembno za razmejitev med odškodninskim zahtevkom iz (starega) § 463 BGBpr. in institutom pozitivne kršitve pogodbe.

92 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 280, točka 53, stran 842; P. Huber, v: Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 350; Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 523.

93 P. Huber, v: Huber, Faust, Schuldrechtsmodernisierung (2002), 350.

94 Ibidem.

95 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 280, točka 53, stran 843.

96 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 295.

97 Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 280, točka 18, stran 363; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (5. izdaja), stran 321; Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 280, točka 66, stran 848.

98 Treitel, The Law of Contract (2003), 847; Farnsworth, Contracts (1999), stran 758.

99 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), stran 191; Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 523.

100 Faust, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 158; Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 284, točka 1, stran 953.

101 O domnevi rentabilnosti glej: Huber, Leistungsstörungen II (1999), stran 271 in naslednje. Temeljna je odločba BGH, z dne 19. 4. 1991 – V ZR 22/90, BGHZ, stran 193; objavljeno tudi v JZ 1992, stran 464. V tem primeru je šlo za zakup zemljišča, na katerem je zakupnik nameraval urediti diskoteko, v nasprotju z izrecnimi zakupodajalčevimi zagotovili pa se je to kasneje izkazalo za nedopustno. Vsaka domneva, kolikšen dobiček bi zakupnik dosegel v primeru pravilne izpolnitve pogodbe, bi bila čista špekulacija. Edina uporabna osnova za določitev višine škode v takem primeru je možnost, da zakupnik uveljavlja stroške, ki so mu nastali v pričakovanju, da bo diskoteka lahko obratovala.

102 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 284, točka 4, stran 954; Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), stran 191; Faust, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung, (2002), stran 159; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 296.

103 Zato BGH tudi ni moglo prisoditi odškodnine v primeru (BGHZ 99, 182, objavljeno tudi v JZ 1987, stran 512, t. i. »Stadthallenfall«), kjer je neka politična skupina od mesta najela dvorano za svoje zborovanje. V ta namen so se sklenili dogovori z govorniki in tiskali plakati, ti stroški so znašali več kot 32.000 nemških mark. V nasprotju s pogodbo pa mesto skupini ni prepustilo dvorane, zaradi česar je ta zahtevala odškodnino zaradi neizpolnitve. Ker

kršitev pogodbe s strani mesta za nastanek stroškov ni bila kavzalna, domneve rentabilnosti pa tudi ni bilo mogoče postaviti (politični namen), odškodnine ni bilo.

104 Faust, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 159

105 Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 284, točka 5, stran 387.

106 Faust, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 162; Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 284, točka 6, stran 387.

107 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), stran 192; Heinrichs, v: Palandt BGB (64. izdaja), § 284, točka 7, stran 387; drugače: Faust, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 168.

108 § 253 BGB: denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo le v primerih, ki jih določa zakon.

109 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 523.

110 Glej § 320 BGB.

111 Glej § 321 BGB.

112 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 302.

113 BGH, odločba z dne 19. 2. 1969, objavljeno v NJW 1969, stran 975 (Drehbänke).

114?§§ 459 in 462 ter 633 in 634 BGBpr.

115 Možni so bili sicer odškodninski zahtevki na podlagi culpa in contrahendo, pozitivne kršitve pogodbe ter deliktov, ki pa niso pokrivali škode zaradi neizpolnitve oziroma pozitivnega interesa – glej: Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), vor § 346, št. 2, stran 433.

116 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XVII.

117 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 304.

118 Ernst (v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 326, točka 13, stran 2045) meni, da je s tem neutemeljeno prizadet pravni položaj upnika, ki poleg primarnega izpolnitvenega zahtevka izgubi možnost, da bi sam izpolnil, če bi to želel in tako »porabil« lastno izpolnitev. Tega problema naj tudi ne bi bilo mogoče rešiti s tem, da bi upnik lahko zahteval odškodnino namesto izpolnitve po tako imenovani metodi surogata (Surrogationsmethode), kajti po § 326 I BGB upnikova obveznost izpolnitve ugasne in dolžnik upnikove izpolnitve ni več zavezan

sprejeti.

119 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 525.

120 To je prej določal § 326 I BGBpr.

121 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XVIII; Možina, Potrošniška prodajna pogodba v evropskem in slovenskem pogodbenem pravu, Podjetje in delo, št. 2/2004, stran 323.

122 Glej primerjalnopravno obravnavo v: Flessner, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZEuP 1997, stran 266.

123 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XVII.

124 Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, stran 524.

125 Ibidem.

126 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 323, točka 132, stran 1988.

127 Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), § 326, točka 20, stran 416.

128 Stari § 462 BGBpr. je »Wandelung« definiral kot razveljavitev pogodbe (Rückgängigmachung des Vertrages). Za njeno izvedbo, kakor tudi za izvedbo znižanja kupnine (Minderung), je § 465 BGBpr. zahteval, da se je prodajalec »na zahtevo kupca z njo strinjal«. O pravni

naravi tega zahtevka je obstajalo več teorij, glej: Putzo, v: Palandt BGB (56. izdaja), § 464, 465, točke 3–5, stran 536.

129 Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, XVII.

130 To je prej določal § 459 I BGBpr.

131 Gaier, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 346, točka 40, stran 2214; Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 306. Tako mnenje je bilo splošno sprejeto tudi v prejšnjem pravu, glej: Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), vor § 346, točka 2, stran 433.

132 § 346 II našteva tri take situacije: (1) ko je vračilo po naravi predmeta izpolnitve nemogoče, (2) če je stranka prejeti predmet porabila, odsvojila, obremenila, predelala ali preoblikovala, (3) če se je prejeti predmet poslabšal ali uničil, pri tem pa se ne upošteva poslabšanje, nastalo zaradi namenske uporabe stvari. Po starem pravu (§ 351 BGBpr.) je nemožnost vrnitve prejetih izpolnitev izključevala odstop, kolikor je stranka, upravičena do odstopa, zanj odgovarjala. Po reformi to ni več omejitev odstopnega upravičenja, seveda pa upnik v tem primeru odgovarja odškodninsko (§ 346 IV BGB).

133 Zimmermann, Remedies for Non-Performance, EdinLR Vol. 6, 2002, stran 307.

134 Roth, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), § 313, točka 1, stran 1791 in naslednje.

135 P. Huber, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), 233, ki navaja, da uvrstitev teh primerov v § 313 BGB ni problematična, kolikor gre za zmote, zaradi katerih izpodbijanje po § 119 II BGB ni mogoče.

136 Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), vor § 241, točke 18–20, stran 220.

137 Heinrichs, v: Palandt BGB (56. izdaja), vor § 241, točka 19, stran 220.

138 Schlechtriem, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (2002), točka 444, stran 219.

139 P. Huber, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 235.

140 Medicus, Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung, v: Basedow, Jürgen (izd.), Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, stran 182; Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 275, točka 12, stran 687.

141 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 275, točka 13, stran 688.

142 P. Huber, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 11.

143 § 438 BGB za prodajno pogodbo določa, da zahtevki zaradi napak na splošno zastarajo v 2 letih od izročitve, kolikor napaka ni v stvarni pravici tretje osebe, s katero lahko zahteva izročitev stvari, ali pravici, ki je vpisana v zemljiško knjigo – tedaj je zastaralni rok 30 let; v 5 letih pa zastarajo zahtevki, če gre za prodajo zgradbe. Če je prodajalec napako zvišano zamolčal, zastarajo zahtevki v splošnem zastaralnem roku (3 leta).

144 § 63 a za podjem (Werkvertrag) določa, da zahtevki zaradi napak načeloma zastarajo v splošnem zastaralnem roku (3 leta), kolikor ne gre za delo, katerega predmet je izdelava, vzdrževanje ali sprememba stvari ali s tem povezana izvedba storitev planiranja ali nadzora – tedaj zahtevki zastarajo v 2 letih; če gre za gradbo ali z njo povezano izvedbo storitev planiranja ali nadzora, pa znaša zastaralni rok 5 let.

145 Kot se navaja, naj bi posplošenje tega instituta, ki bi predvsem omogočalo znižanje cene pri pomanjkljivo opravljenih storitvah, preprečevala bojazen pred delovnopravnimi posledicami in težavami za svobodne poklice – tako: Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP, 1993, stran 241.

146 Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izdaja (2004), vor § 275, točka 17, stran 689.

147 Huber, v: P. Huber, Faust: Schuldrechtsmodernisierung (2002), stran 12.