

JACEK NAPIERAŁA

UTRACONY ZYSK JAKO POSTAĆ SZKODY W PRAWIE NIEMIECKIM

I. UWAGI OGÓLNE

Otwarcie wymiany handlowej wywołało w naturalny sposób wzrost zainteresowania obcym ustawodawstwem gospodarczym. Konkretnie instytucje prawne innych systemów mogą decydować o zakresie podejmowanego ryzyka gospodarczego, ich znajomość jest zatem niezbędna przy kojarzeniu wzajemnych interesów kontrahentów w toku zawierania umów. Dotyczy to także norm wyznaczających konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań. Wśród nich doniosła rola przypada normom regulującym przesłanki oraz treść obowiązku dłużnika wyrównania poniesionej przez wierzyciela szkody. O wyniku finansowym podmiotów gospodarczych przesądza bowiem również wysokość zapłaconego lub otrzymanego odszkodowania.

Kompensacyjna rola odszkodowania realizowana jest m.in. poprzez zasadę adekwatności szkody i świadczenia zmierzającego do jej naprawienia¹. W obrocie gospodarczym ważne jest, na ile zasada ta odnosi się do uszczerbku majątkowego w postaci utraconego przez wierzyciela zysku. Instytucja ta w prawie niemieckim uregulowana jest w § 252 BGB, zgodnie z którym jako utrzcony zysk (*entgangener Gewinn*) należy rozumieć taką korzyść, „jakiej przy normalnym toku zdarzeń albo pośród szczególnych okoliczności, zwłaszcza w wyniku poczynionych urządzeń i przedsięwzięć, mógł poszkodowany oczekiwać”². Lektura orzecznictwa i niemieckiej doktryny prawniczej wskazuje, że

¹ Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 82 i n.; por. także J. Napierała, *Ryzyko ponoszenia konsekwencji majątkowych z tytułu niewykonania zobowiązania w obrocie gospodarczym*, Warszawa-Poznań 1991, s. 10 i n.

² Posługuję się tłumaczeniem z pracy J. Winiarza, *Ustalenie wysokości odszkodowania*, Warszawa 1962, s. 23-24. Treść § 252 BGB, do którego będę się wielokrotnie w dalszej części artykułu odwoływał, brzmi: „Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangenen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Verkehren, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte”.

problemy wyłaniające się przy stosowaniu i interpretacji tego przepisu dadzą się sprowadzić do czterech następujących grup: 1) problemy wiążące się z pytaniem o celowość wyróżnienia tej kategorii prawnej oraz z ustaleniem jej cech konstytutywnych, pozwalających na kwalifikację określonej szkody jako utraconego zysku, jak też na ustalenie relacji między utraconym zyskiem a innymi postaciami szkody majątkowej; 2) problemy dotyczące sposobu wykazywania istnienia (powstania) tego typu uszczerbku majątkowego; 3) problemy odnoszące się do sposobu ustalenia jego zakresu (rozmiarów szkody); 4) problemy powstające przy formułowaniu odpowiedzi na pytanie: na ile o kwalifikacji szkody - obok faktycznych możliwości osiągnięcia przez dłużnika określonego zysku - decydują również prawne warunki (przesłanki) jego uzyskania?

II. UTRACONY ZYSK JAKO RODZAJ SZKODY MAJĄTKOWEJ

Mimo że niemiecki kodeks cywilny z 1896 r. nawiązał do klasycznego podziału na *damnum emergens* i *lucrum cessans*, w § 252 została uregulowana instytucja nowa, przez ówczesne prawo i doktrynę prawniczą zarzucona³. Pomijano ją również w pierwszych monografiach, wskazując na znikome praktyczne znaczenie tego podziału już chociażby z tej przyczyny, że szczegółowe rozwiązania kodeksowe nie zmuszały do jego uwzględniania⁴ (w przeciwieństwie np. do § 1323 i § 1324 ABGB)⁵. Kwestionując celowość wyróżniania utraconego zysku jako postaci szkody, wskazuje się także na trudności związane ze stosowaniem tej instytucji w praktyce z uwagi na jej „płynne granice”: „...każdy zysk utracony w momencie zdarzenia wywołującego tę szkodę jawi się jako zysk możliwy do osiągnięcia” (*Gewinnaussicht*)⁶. W gruncie rzeczy każdy brak powiększenia majątku oznacza w jakimś stopniu uszczuplenie już istniejącego dobra; wspomniany *Gewinnaussicht* traktować więc można jako *positiven Schaden*⁷. Takie ujęcie łączy się jednak z pytaniem: od jakiego stopnia pewności uzyskania określonego oczekiwanego dochodu można mówić jako o utracie aktywów, a kiedy należy kwalifikować to jako ich

³ F. Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*. Beiträge zum Obligationenrecht, Braunschweig 1855, s. 134.

⁴ H. A. Fischer, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Recht*, Jena 1903, s. 50 (przytaczam za H. Lange, *Schadensersatz*, Tübingen 1979, s. 39).

⁵ Przepisy te przewidują odpowiedzialność z tytułu utraconego zysku w wypadku złego zamiaru lub niedbalstwa sprawcy (inna sprawa, że zwrot utraconego zysku należy się zawsze w stosunkach handlowych; zwraca na to uwagę A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 57).

⁶ H. Lange, *Schadensersatz*, s. 40.

⁷ Ibidem, s. 40.

niewiększenie? Wątpliwości te ilustrowane są w literaturze przykładami. Czy np. o oczekiwanej kwocie można mówić jako o oczekiwanym zysku, gdy jest ona przedmiotem roszczenia (pewnego), którego jednak na skutek zachowania się sprawcy (dłużnika) nie można zrealizować (wygasło lub przekształciło się w zobowiązanie naturalne)? A czy o utracie zysku powiemy, gdy dochodzone jest odszkodowanie w związku z tym, że uprawnionemu przeszkodzono w spełnieniu własnego świadczenia, w wyniku czego nie otrzymał (pewnego) świadczenia wzajemnego⁸. W konkretnej sprawie przyjęto np., że w sytuacji, w której poszkodowany miał „pewną” możliwość natychmiastowej sprzedaży towaru, oczekiwany z tej transakcji zysk należy traktować jako zwiększający jego aktywa⁹.

Mimo „płynności granicy” między stratą a utraconą korzyścią, praktyka staje dzisiaj przed koniecznością jej wytyczenia¹⁰. Ma to miejsce w szczególności wówczas, gdy o zakresie obowiązku odszkodowawczego dłużnika przesądzają „ograniczenia zakresu szkód podlegających naprawieniu”¹¹. Mogą one wynikać z regulacji „bezpośrednio” kształtujących treść stosunków obligacyjnych, jak i poprzez ich wskazanie drogą wyboru prawa¹². Rodzaj szkód podlegających odszkodowaniu może być również wyznaczony treścią zgodnego konsensu stron. W tym przypadku należy jednak liczyć się z możliwością kontroli tego typu klauzul, zwłaszcza gdy przy zawieraniu kontraktu strony posługują się wzorcami umownymi¹³. Wśród klauzul ograniczających odpowiedzialność można wyróżnić i te, które wyłączają możliwość dochodzenia odszkodowania z tytułu *lucrum cessans*: „zwłaszcza w obrocie zawodowym międzynarodowym z reguły dokonywane jest umowne ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej do tzw. szkód bezpośrednich. Perspektywa konieczności pokrywania ewentualnej szkody pośredniej obejmującej *lucrum cessans* uważana jest bowiem - nie bez racji - za zbyt ryzykowną dla sprzedawcy”¹⁴. Poza tym klauzule ograniczające

⁸ Pytania te stawia H. Lange, *ibidem*, s. 40.

⁹ *Ibidem*. Chodzi o kazus, w którym nieuzyskanie tej kwoty na skutek niezawarcia umowy w związku z pożarem zakwalifikowano jako stratę (*damnum emergens*).

¹⁰ Próby wskazywania kryteriów rozgraniczania podejmuje także nauka prawa niemieckiego.

¹¹ Bliżej o tym sposobie ograniczania odpowiedzialności zob. T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 143 i n.

¹² Na taki typ *exemption clauses* zwraca uwagę J. Łopuski, *Klauzule wyłączające lub zmniejszające odpowiedzialność dłużnika w międzynarodowych kontraktach gospodarczych*, w: *Rozprawy z prawa cywilnego*, Warszawa 1985, s. 264.

¹³ R. Kasselman, *Salvatorische Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Münster 1986. Należy podkreślić, że przesłanki kontroli są inne, gdy w grę wchodzi tzw. *kaufmannischer Geschäftsverkehr*. Bliżej w tej kwestii zob. np. H. Alisch, *Zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmannischen Geschäftsverkehr*, *Juristenzeitung* 1982, nr 20, s. 709.

C. Żuławska, *Ewolucja odpowiedzialności za jakość świadczenia*, w: *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1983, s. 265. Co do różnego rozumienia szkody

odpowiedzialność mogą uzależniać powstanie obowiązku odszkodowawczego dłużnika od zaistnienia tylko określonej postaci utraconego zysku. Jako przykład można podać ograniczenie do ujemnego interesu umownego. - Przyjmując bowiem, że negatywny interes umowy obejmuje m.in. utracony zysk¹⁵, należy zgodzić się z tym, że „korzyści te trzeba odróżnić od tego *lucrum cessans*, które wchodzi w zakres tzw. pozytywnego interesu umowy”¹⁶. Z ograniczeniem tego typu spotykamy się również wówczas, gdy dochodzenie utraconego zysku uzależnione jest od tego, czy szkoda była przez dłużnika „przewidywalna” (jak np. w art. 74 konwencji wiedeńskiej)¹⁷.

Obok problemów dogmatyczno-prawnych pojawiających się przy wyznaczaniu granicy między utraconym zyskiem a innymi postaciami szkód, wiele miejsca w niemieckiej praktyce i nauce prawa zajmują kwestie związane z określeniem czynników decydujących o powstaniu interesującego nas uszczerbku majątkowego i o jego wielkości.

III. § 252 BGB A SYTUACJA DOWODOWA POSZKODOWANEGO PRZY WYKAZYWANIU UTRACONEGO ZYSKU

Szkoda jest jedną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Aby więc orzec o ukształtowaniu się stosunku zobowiązaniowego między poszkodowanym a osobą odpowiedzialną za szkodę (np. dłużnikiem), należy ustalić, czy określony uszczerbek majątkowy w ogóle nastąpił. W przypadku utraconego zysku porównujemy - najogólniej rzecz ujmując - sytuację hipotetyczną, w której poszkodowany uzyskałby tę korzyść, z sytuacją realnie istniejącą, w której jej osiągnięcie nie jest już możliwe. O istnieniu tego typu uszczerbku powiemy, jeżeli:

a) stan rzeczywisty majątku poszkodowanego jest niższy od hipotetycznego, zarazem jednak równy stanowi sprzed powstania szkody,

bezpośredniej i pośredniej w literaturze niemieckiej i innych, zob. L. Stecki, *Problematyka odpowiedzialności za szkodę pośrednią*, w: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego*, Poznań 1990, s. 287 i n.

¹⁵ Tak w literaturze niemieckiej. Zwraca na to uwagę A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania*, s. 55, przypis 81.

¹⁶ Tak, podzielać pogląd J. Skapskiego - C. Żuławska, *Ewolucja odpowiedzialności*, s. 262, przypis 123. To z kolei należy odróżnić od stosunku między utratą zysku jako elementu składającego się na brak możliwości używania rzeczy a „*echter Nutzungsfair*”. W tej kwestii zob. U. Mangus, *Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbussen*, Tübingen 1987, s. 137 i n.

¹⁷ Zdanie drugie tego przepisu brzmi: „Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract”; por. także art. 1150 Kodeksu Napoleona.

b) różnica między stanem hipotetycznym a rzeczywistym jest większa niż wynikająca z porównania stanu rzeczywistego ze stanem sprzed powstania zdarzenia sprawczego (a więc gdy uszczerbek obejmuje zarówno stratę, jak i utracone korzyści)¹⁸.

Jak widać, obok dwóch stanów rzeczywistych (stanu majątkowego sprzed powstania zdarzenia wyrządzającego szkodę oraz stanu istniejącego po tym zdarzeniu) w procesie odszkodowawczym należy wykazać „istnienie” określonego stanu nierzeczywistego (hipotetycznego). Niemiecka doktryna prawa zadaje sobie w związku z tym pytanie: czy, a jeżeli tak, to na ile zadanie to ułatwia dyrektywa wynikająca z cytowanego wyżej drugiego zdania § 252 BGB? Jeden z poglądów w tej kwestii głosi, że § 252 zawiera „tylko” materialnoprawną przesłankę ograniczającą odszkodowanie do tego utraconego zysku, który był oczekiwany w chwili zdarzenia wyrządzającego szkodę¹⁹. Wskazywać ma na to ujęcie „miarodajnego punktu czasowego” w sposób odmienny niż w prawie dowodowym, a także okoliczność, że traktowanie tego Przepisu jako dyrektywy dowodowej - obok § 287 ZPO - pozbawiałoby go Praktycznego znaczenia²⁰.

Zdecydowana większość doktryny opowiada się jednak za poglądem, zgodnie z którym § 252 zd. 2 BGB zawiera ułatwienie dowodowe (*Beweiserleichterung*) na korzyść poszkodowanego. Jest ono przydatne zarówno przy ustalaniu rozmiaru szkody, jak i - co nas w tym miejscu interesuje - przy wykazywaniu jej powstania²¹. Za takim ujęciem przemawiać ma w szczególności zasada pełnej kompensacji szkody, która nie powinna ograniczać się tylko do *damnum emergens* (a do takich konsekwencji Prowadziłoby przyjęcie „teorii materialnej”). Wskazuje się poza tym na trudności praktyczne, do jakich prowadzi odrzucenie proponowanego roz-

---zania. Wychodzi ono z założenia, że celem § 252 zd. 2 BGB jest pomoc dowodowa Poszkodowanemu. Pomoc ta przy ustalaniu istnienia utraconego zysku może okazać się efektywna na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze - przy wykazywaniu istnienia szkody przez poszkodowanego. Jego sytuacja powinna być korzystniejsza w porównaniu z sytuacją, w której przepis ten nie obowiązywałby. § 252 zd. 2 nie zwalnia dłużnika od wykazania powstania szkody, dopuszcza jednak uprawdopodobnienie istnienia uszczerbku majątkowego w postaci utraconego zysku. Ma to nastąpić poprzez wykazanie okoliczności, na podstawie których można wnosić, że „w normalnym toku zdarzeń” poszkodowany osiągnąłby określoną korzyść. Pewność co do tego

¹⁸ Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, s. 79.

¹⁹ Przedstawicielem tzw. *materielle Theorie* jest np. E. Steindorf, *Abstracte und Konkrete Schadensberechnung*, Archiv für die Zivilistische Praxis 1959/60, s. 462.

²⁰ H. Lange, *Schadensersatz*, s. 212.

²¹ Ibidem, s. 213. Por. także przypis 37.

nie jest konieczna²², wystarczy dowód *prima facie*²³. Przy wykazywaniu utraconego zysku możliwe jest także odwoływanie się do określonych sytuacji standardowych (*Typisierungen*), dlatego też przyjmuje się, że „w normalnym toku zdarzeń” utrata zysku „wchodzi w grę w zasadzie tylko (podkr. J.N.) w wypadku kupców”²⁴ lub gdy plany poszkodowanego dotyczyły produkcyjnego wykorzystania posiadanych środków (zasobów)²⁵. Po drugie - dyrektywa § 252 BGB pozwala także na odrzucenie tych poglądów, zgodnie z którymi zobowiązany do odszkodowania mógłby uprawdopodobnić tylko, że wykazany przez poszkodowanego hipotetyczny stan rzeczy nie miałby miejsca. Ułatwienie dowodowe, o którym mowa w tym przepisie, służy bowiem tylko poszkodowanemu. Ewentualne wzruszenie wykazanego przez poszkodowanego prawdopodobieństwa osiągnięcia zysku powinno zatem polegać na wskazaniu dodatkowych okoliczności, które - w połączeniu z ustalonym stanem faktycznym - pozwalają na zakwestionowanie tego prawdopodobieństwa. Nie wystarcza np. wykazanie, że inne osoby w podobnej sytuacji (tzn. bez zdarzenia wyrządzającego szkodę) nie uzyskały dochodów, których spodziewał się poszkodowany, należy bowiem udowodnić, że poszkodowany mieści się w grupie tych osób (wykazuje takie same cechy fizyczne, zdolności itd.)²⁶. Przy rekonstruowaniu hipotetycznego przebiegu zdarzeń należy rozstrzygnąć, jaki wpływ na stwierdzenie istnienia (powstania) szkody w postaci utraconego zysku ma okoliczność, że jego osiągnięcie nie nastąpiłoby również wówczas, gdyby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie miało miejsca? Jeżeli ten problem traktuje się jako kategoriałnie związany z zagadnieniem ustalania związku przyczynowego, to na postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Na istnienie związku pomiędzy określonym zdarzeniem a szkodą nie może bowiem mieć wpływu okoliczność, iż „potencjalnie” związek taki istnieje również między tą szkodą a innym, późniejszym zdarzeniem²⁷. Obecnie jednak problem ten w literaturze niemieckiej wiązany jest z zagadnieniem powstania szkody i ustaleniem jej wysokości²⁸. Sposób jego

²² J. Esser, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1984, s. 509 i n.

²³ Tak B. Wilk, *Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes*, Berlin 1983, s. 18. Jeżeli przyjąć, że chodzi tu o konstrukcję dowodu *prima facie*, to oznacza, że uważa się „za wykazany stan, który najpewniej ma miejsce”; por. *System prawa cywilnego*, t. I, Część ogólna, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1985, s. 886, gdzie wskazuje się również na różnicę między tą instytucją a domniemaniem faktycznym.

²⁴ B. Wilk, *Die Erkenntnis*, s. 18.

²⁵ Por. J. Brinker, *Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz*, Berlin 1882, s. 288 i n.

²⁶ Por. orzeczenie przytaczane przez H. Langego, *Schadensersatz*, s. 214.

²⁷ Na zależność między odpowiedzią na postawione pytanie a płaszczyzną, do której *hypothetische Ursachen* się zalicza, zwraca uwagę J. Essner, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe 1968, s. 217.

²⁸ Dlatego zamiast o *überholenden Kausalität*, mówi się o „*hypothetischen Schadensverlauf*”, J. Esser, *Schuldrecht*, t. I - *Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1984, s. 541.

ujęcia jest różny: z jednej strony dopuszcza się generalnie możliwość uwzględniania zdarzeń późniejszych przy stwierdzeniu istnienia szkody (jako podstawy odszkodowania) z wyjątkiem sytuacji, w których ustawodawca możliwość taką wyłącza²⁹, z drugiej natomiast problem ten omawia się wskazując przypadki, w których ustawodawca na uwzględnienie tych okoliczności zezwala³⁰.

I tak np. przyjmuje się, że okoliczności te nie powinny być uwzględniane, gdy szkoda ma charakter bezpośredni, gdyż „na skutek uszczerbku w konkretnym dobrze poszkodowany uzyskuje roszczenie odszkodowawcze w chwili wyrządzenia szkody i wchodzi ono w miejsce uszkodzonego dobra”³¹. O ile teza ta w nauce niemieckiej jest kontrowersyjna³², o tyle nie budzi wątpliwości pogląd, że zdarzenia przyszłe powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu utraconych korzyści³³. Przy ustalaniu tej postaci szkody chodzi bowiem o odtworzenie sytuacji, w jakiej znalazłby się poszkodowany, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę. Wyłączyć hipotezę o utracie korzyści może Przy tym każde zdarzenie uniemożliwiające ich uzyskanie, a nie tylko - jak w przypadku odpowiedzialności kontraktowej - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W praktyce gospodarczej powstaje np. pytanie, czy Przy ustalaniu utraconego zysku należy brać pod uwagę okoliczność, że jego osiągnięcie łączyłoby się z obowiązkiem zapłaty stosownego podatku?³⁴

IV. ABSTRAKCYJNY CZY KONKRETNY SPOSÓB USTALANIA ROZMIARU SPODZIEWANEGO ZYSKU?

Wynikające z § 252 BGB ułatwienie dowodowe może być również pomocne przy ustalaniu rozmiaru szkody. Mówi się wówczas o *abstraktypisierenden Schadensberechnung*³⁵ lub o naliczaniu szkody w sposób

²⁹ Tzw. *unbeachtliche hypothetische Kausalität*, H. Lange, *Schadensersatz*, s. 123.

³⁰ H. Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, München 1969, s. 121.

³¹ T. Dybowski, w: *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1981, s. 22. Bliżej na temat tej koncepcji wraz z literaturą por. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, München-Berlin 1962, s. 144, 156 i n.

³² H. Lange, *Schadensersatz*, s. 118-119. Zdaniem J. Essera, zdarzenia późniejsze nie powinny być uwzględniane (nawet przy tzw. szkodzie pośredniej), jeżeli zaistnieją podstawy do „abstrakcyjnego” ustalania rozmiaru szkody; J. Esser, *Schuldrecht*, s. 318.

³³ H. Niederländer, *Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen*, *Archiv für die Zivilistische Praxis* 1954, t. 153, wyjaśnia, że przy ustalaniu *lucrum cessans* „przyszłe okoliczności nie mają charakteru zdarzeń hipotetycznych” (s. 51).

³⁴ Problem ten jest szeroko rozważany w niemieckiej literaturze prawniczej; por. np. U. Seetzen, *Entgangener Gewinn und Mehrwertsteuer*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, nr 33, s. 1384; W. Späth, *Zur Berechnung des Schadensersatzanspruchs wegen entgangener Einnahmen*, *Versicherungsrecht* 1978, nr 41, s. 1004 i n.

³⁵ H.J. Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens*, Stuttgart 1967, s. 220.

abstrakcyjny w szerokim tego słowa znaczeniu³⁶. Metoda ta - podobnie jak przy ustalaniu istnienia szkody³⁷ - pozwala na odwoływanie się do pewnych typowych (standardowych) wzorców przy ustalaniu jej rozmiaru. Nie oznacza to, że ustawodawca niemiecki w wypadku utraconych zysków odstąpił od „konkretnego” (indywidualnego) sposobu ich określania. Przeciwnie - § 252 BGB służyć ma tylko ułatwieniu wykazywania konkretnej szkody³⁸.

Tak rozumiany „abstrakcyjny” sposób naliczania wysokości szkody znajduje zastosowanie w szczególności w stosunkach gospodarczych³⁹. Dla potrzeb tego obrotu podejmowane są próby ustalenia, jaki wzorzec uznać należy za miarodajny przy szacowaniu rozmiaru spodziewanego zysku? Po pierwsze - czy ma to być wzorzec konstruowany jako rezultat występujących w praktyce i powtarzających się sytuacji? Wydaje się, że wzorzec taki brany jest pod uwagę, gdy szkodę szacuje się jako różnicę między ceną zakupu a ceną dalszej odsprzedaży, ponieważ „z reguły (podkr. J. N.) zysk w takiej wysokości byłby osiągnięty”⁴⁰. Podobnie do tego wzorca nawiązuje się wychodząc z założenia, że utrata zysku w takiej sytuacji nie jest typowa, gdyż przy towarach dostępnych na rynku „z reguły (podkr. J.N.) od kupującego można oczekiwać kupna w celu pokrycia (*Deckungskauf*)”⁴¹. Po drugie - rekonstruując sytuację typową można odwoływać się nie tylko do zastanej praktyki, lecz również uwzględniać elementy ocenne. W ten sposób można wskazywać określony wzorzec jako model sytuacji pożądanej, ujawniając przy okazji (lub przypisując ustawodawcy) określony system wartości. I tak np. wychodząc z założenia, że odwoływanie się do abstrakcyjnego wzorca ma służyć poszkodowanemu, konstruuje się jako typowy taki stan rzeczy, w którym aktywność z jego strony - przy zapobieganiu skutkom szkody - oczekiwana jest tylko w sytuacjach wyjątkowych⁴².

Podkreśla się przy tym również, że sprzedawca, który nie wykonał należycie swego zobowiązania, nie powinien w każdym razie być w sytuacji korzystniejszej niż ten, kto towar dostarczył⁴³. Z kolei można bronić poglądu, że aktywność poszkodowanego (w tym dłużnika) przy zmniejszaniu rozmiaru szkody jest celowa. Taki wzorzec zdaje się leżeć u podstaw sformułowania art.

³⁶ H. Lange, *Schadensersatz*, s. 221.

³⁷ E. Steindorf, *Abstract e und Konkrete*, s. 459.

³⁸ H.J. Mertens, *Der Begriff*, s. 220.

³⁹ *Ibidem*, s. 220.

⁴⁰ H. Lange, *Schadensersatz*, s. 215 i przytaczana tam literatura.

⁴¹ *Ibidem*, s. 216.

⁴² *Ibidem*, s. 216, przypis 233, gdzie wskazuje się takie przykłady, jak: gdy dłużnik wskazuje wierzycielowi szczególną okazję; gdy w znacznym zakresie wzrastają ceny; gdy dłużnik w inny sposób byłby narażony na nadzwyczajnej wysokości szkodę.

⁴³ *Ibidem*, s. 217.

77 konwencji wiedeńskiej⁴⁴. Przypisywanie ustawodawcy określonych intencji co do stopnia ochrony interesów wierzyciela lub dłużnika prowadzić może także do rozbieżności przy interpretacji stosownych przepisów.⁴⁵

W węższym tego słowa znaczeniu *abstrakte Schadensberechnung* wiąże się nie tyle z ułatwieniem dowodowym przy wykazywaniu konkretnej szkody, co z wyłączeniem możliwości ustalania jej rzeczywistych rozmiarów⁴⁶. To „abstrahowanie” może być na korzyść wierzyciela (np. § 288) lub dotyczyć obu stron (np. § 376 II HGB). Możliwość ustalania rzeczywistych (konkretnych) rozmiarów szkody wyłącza się także w przypadku stosowania „zryczałtowanego odszkodowania” w formie tzw. *Pauschalirungen*⁴⁷. Dla dalszych rozważań istotne jest, że „abstrakcyjnego” (w węższym tego słowa znaczeniu) sposobu ustalania wielkości szkody można dopatrzeć się przy szacowaniu utraconego zysku z dalszej odsprzedaży towarów „chodliwych” (*marktgängige Waren*). W tym przypadku bowiem jako abstrakcyjną (*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge*) traktuje się szkodę odpowiadającą zyskowi, który kupujący mógłby osiągnąć z dalszej odsprzedaży towaru, nawet gdyby dokonał kupna w celu pokrycia, a także gdy możliwość dalszej odsprzedaży była mało prawdopodobna lub wyłączona (np. w wypadku kupna dla własnych potrzeb lub w celu obdarowania innej osoby). Tego typu praktyka spotyka się z krytyką ze strony niemieckiej nauki prawa⁴⁸.

V. ROLA PRAWNEJ KWALIFIKACJI OCZEKIWANEGO ZYSKU PRZY WYKAZYWANIU SZKODY PRZEZ WIERZycIELA

Pojęcie szkody odnosić można tylko do dóbr i interesów prawnie chronionych. Ochrona taka nie przysługuje interesom, których zaspokojenie łączyłoby się z naruszeniem prawa. Również utratę możliwości powiększenia

⁴⁴ „A party who relies on breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss including loss of profit (podkr. J. N.), resulting from the breach”.

⁴⁵ Por. np. B. Knobbe-Keuk, *Möglichkeit und Grenzen abstrakter Schadensberechnung*, *Versicherungsrecht* 1976, nr 17, s. 405, gdzie autorka jako „abstrakcyjny” traktuje uszczerbek odpowiadający różnicy między *Kaufpreis a. Anschaffungspreis* (a nie *Wiederverkaufpreis*).

⁴⁶ Niekiedy także jako jedną z cech tej metody wymienia się możliwość wyboru przez Poszkodowanego bądź „konkretnego”, bądź „abstrakcyjnego” oszacowania wysokości szkody; Por. H. Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, s. 116.

⁴⁷ Instytucja ta różni się od kar umownych, ponieważ „odzwierciedla przewidywania co do wysokości szkody grożącej w razie danego naruszenia kontraktu”; J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A. W. Wiśniewski, *Zarys międzynarodowego prawa handlowego*, Warszawa 1983, s. 175.

⁴⁸ B. Knobbe-Keuk, *Möglichkeit und Grenzen*, s. 405. Inną argumentacją posługują się natomiast zwolennicy tzw. metody obiektywnej szacowania szkody, którzy nawiązują do „abstrakcyjnego” wzorca w celu ustalenia tzw. *Mindestschaden*; por. B. Wilk, *Die Erkenntnis*, s. 18, przypis 37.

majątku można kwalifikować jako przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli jego osiągnięcie nie naruszałoby porządku prawnego. Dla wyjaśnienia tej postaci szkody nie wystarczy więc odwołanie się do jej „naturalnego” (*natürliche Schadensbegriff*) pojęcia. Nie każda bowiem utrata szans uzyskania dochodu będzie „zyskiem utraconym” w rozumieniu § 252 BGB⁴⁹. Sięgając po tzw. „normatywną koncepcję (teorię) szkody”⁵⁰ wskazuje się zarazem, że odszkodowanie z tytułu utraconego zysku jest ekwiwalentem za naruszenie zagwarantowanej swobody (wolności) działania, w tym także „jako ekwiwalent za utraconą gospodarczą swobodę działania (podkr. J. N.)”⁵¹. Nie wszystkie jednak normy, których naruszenie przesądza o nagannym działaniu poszkodowanego dłużnika, wyznaczają zakres wspomnianej wolności.

Po pierwsze - w orzecznictwie i nauce niemieckiej nie budzi wątpliwości, że nie można domagać się utraconego zysku, jeżeli jego osiągnięcie miałyby naruszać normy prawa karnego. Przedmiotem (treścią) zakazu nie musi być przy tym samo osiągnięcie zysku; wystarczy, że naganny z punktu widzenia tych norm jest czyn prowadzący do jego uzyskania.

Po drugie - rozważając rolę norm prawa publicznego przy ustalaniu utraconego zysku jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, odróżnia się dwie sytuacje:

a) gdy wyznaczają one bezpośrednio zakres swobody ich adresatów (np. reglamentacja działalności gospodarczej). Utrata zysku, który mógłby być osiągnięty z ich naruszeniem, nie będzie szkodą w rozumieniu § 252 BGB. Obojętne jest przy tym, czy chodzi o zakres swobody dotyczącej poszkodowanego, czy kontrahenta zobowiązanego do wzajemnego świadczenia (utraconego)⁵²;

b) gdy zakres swobody wyznaczony jest pośrednio poprzez udzielenie określonym organom kompetencji do wydania aktu „zezwalającego” na prowadzenie określonej działalności.

Krytykowana jest zarazem praktyka uzależniająca możliwość dochodzenia odszkodowania z tytułu utraconego zysku od tego, czy brak podjęcia starań o wydanie zezwolenia był przez zainteresowanego zawiniony, czy też nie (jeżeli istniały przesłanki jego wydania). Zgłaszany jest natomiast postulat, by konsekwencje te wiązać z charakterem aktu (konstytutywny czy deklaratoryjny) oraz uzależniać od tego, czy istniały przesłanki do jego wydania (*urteilbar*)-Poszkodowany musi więc wykazać, że istniały przesłanki do wydania aktu zezwalającego na prowadzenie działalności gospodarczej przynoszącej zysk,

⁴⁹ Szerzej w tej kwestii por. R. Stürner, *Der entgangene rechtswidrige oder sittenwidrige Gewinn*, *Versicherungsrecht* 1976, nr 41, s. 1012 i n.

⁵⁰ O „normatywnej” koncepcji szkody por. szerzej B. Wilk, *Die Erkenntnis*, s. 119.

⁵¹ R. Stürner, *Der entgangene*, s. 1016.

⁵² Ibidem, s. 1014.

którego (jako utraconego) się domaga. Dotyczy to zarówno przesłanek stanowiących, jak i uznaniowych. W tym ostatnim wypadku nie wyklucza się dowodu w postaci oświadczenia kompetentnego urzędnika⁵³.

Po trzecie - nauka prawa stawia pytanie: na ile o zakresie swobody uczestników obrotu mogą przesądzać normy prawa prywatnego, a więc normy wyznaczające treść przysługujących im praw podmiotowych? W tym przypadku (przy ustalaniu utraconego zysku) chodzi o rozstrzygnięcie, czy prawa te wyznaczają („ograniczają”) zakres swobody innych podmiotów „bezpośrednio”, tzn. nawet wówczas, gdy ich naruszenie jest tolerowane przez uprawnionego.

Odpowiedzi twierdzącej należałoby udzielić przyjmując założenie, iż celem prawa prywatnego jest *gesellschaftliche Lebensordnung*⁵⁴. Wówczas o utracie zysku, który mógłby być osiągnięty np. poprzez zerwanie kontraktu z innym Podmiotem, nie powiemy jako o szkodzie w rozumieniu § 252 BGB. Do innego wniosku należałoby natomiast dojść przyjmując, że „naganność” osiągnięcia określonej korzyści zależy od tego, czy adresat naruszonego prawa podmiotowego (z reguły chodzi o osobę trzecią) przeciwdziałał temu przy pomocy dostępnych mu instrumentów prawnych. Jeżeli nie, to poszkodowanemu, który osiągnąłby określony zysk „naruszając” tę sferę swobody, odszkodowanie będzie się należało. Dowód tej okoliczności ciąży na poszkodowanym; Przysługujące mu z mocy § 252 BGB „ułatwienie dowodowe” pozwala na uprawdopodobnienie, że pasywna postawa uprawnionego oznaczała tolerowane „naruszania” jego sfery swobody. Oczywiście inaczej będzie, gdy normy Prawa prywatnego będą zarazem chroniły określony interes ogólny. Jako Przykład podaje się normy chroniące przed nieuczciwą konkurencją. W takich sytuacjach z reguły naruszenie chronionego interesu łączy się równocześnie z sankcją administracyjnoprawną lub karną.

Po czwarte - czy odszkodowanie z tytułu utraconego zysku należy się, jeżeli jego osiągnięcie byłoby rezultatem działalności wprawdzie legalnej, lecz nie-godnej z panującymi zwyczajami? Źródłem takich zysków mogą być zarówno działania faktyczne⁵⁵, jak i czynności prawne (*sittenwidrige Geschäfte*), jak np. dochody z najmu domu publicznego czy z tytułu transakcji dochodzących do skutku w wyniku stosowania praktyk monopolistycznych. Przewidywana w tych sytuacjach sankcja nieważności nie oznacza nielegalności transakcji. Można więc - w wypadku braku reakcji partnerów umowy - mówić o *tolerierter Gewinnerzielung*⁵⁶. Spotykamy się zatem na tej płaszczyźnie z określonym konfliktem wartości. Próba jego złagodzenia jest ograniczenie wysokości

⁵³ Ibidem, s. 1014.

⁵⁴ Ibidem, s. 1015 i przytaczaną tam pracę w przypisie 36.

⁵⁵ Np. zyski osiągnięte przy pomocy niedopuszczalnej reklamy; tak np. H. Lange, *Schadensersatz*, s. 219.

⁵⁶ R. Stürner, *Der entgangene*, s. 1016.

odszkodowania⁵⁷. Zgłoszony został również postulat, by w takiej sytuacji możliwość dochodzenia odszkodowania uzależniona była od tego, czy czynność prawna, mająca być źródłem dochodu, zostanie podważona⁵⁸.

VI. PODSUMOWANIE - WNIOSKI PRAWNOPORÓWNAWCZE

Usystematyzowanie problemów wyłaniających się przy interpretacji § 252 BGB może być pomocne przy podejmowaniu przez uczestników obrotu gospodarczego decyzji co do rozkładu ryzyka uwzględniającego konsekwencje majątkowe wynikające z niewykonania kontraktu. Podejmowanie tych decyzji ułatwić powinno także porównanie omówionej wyżej instytucji z utraconymi korzyściami jako postacią szkody w rozumieniu art. 361 § 2 kc. Zgodnie z tym przepisem „w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządono”.

1. Podobnie jak w prawie niemieckim, przy stosowaniu art. 361 § 2 kc może okazać się niezbędne wytyczenie granic między *lucrum cessans* a innymi rodzajami szkód majątkowych⁵⁹. Ma to miejsce wówczas, gdy odpowiedzialność dłużnika ograniczona jest poprzez określenie rodzaju szkody podlegającej odszkodowaniu⁶⁰, w tym również poprzez odwołanie się do określonej postaci utraconego zysku.

2. Instytucja ta znajduje zastosowanie przede wszystkim w obrocie gospodarczym, z istotą działalności gospodarczej wiąże się bowiem oczekiwanie na osiągnięcie określonej korzyści majątkowej⁶¹. W praktyce stosowania prawa może się jednak pojawić pytanie o użyteczność dorobku dotychczasowego orzecznictwa arbitrażowego wypracowanego na tle procesów odszkodowawczych. W kwestii tej należy podzielić pogląd, iż „poważna część specyfiki przypisywanej dotychczas obrotowi uspołecznionemu wynika nie stąd, że jest on akurat uspołeczniiony, lecz ma źródło w tym, że jest on nowoczesnym

⁵⁷ H. Lange, *Schadensersatz*, s. 220.

⁵⁸ R. Stürmer, *Der entgangene*, s. 1016.

⁵⁹ Choć wyrażano nadzieję, że „dzięki sformułowaniu art. 361 § 2 kc unikamy jałowych sporów na temat kwalifikacji zjawisk leżących na pograniczu tych obu pojęć”; A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania*, s. 86.

⁶⁰ Niekiedy powstają problemy, czy chodzi o wskazanie rodzaju szkody podlegającej odszkodowaniu, czy też określenie wartości stanowiącej granicę odszkodowania. Por. np. tezę orzeczenia GKA z 26 X 1983 r., zgodnie z którą „rzeczywista wartość przesyłki stanowi górną granicę odszkodowania, jakie powinien wypłacić spedytor” i może obejmować także utracone korzyści; OSPiKA 1986, nr 1, poz. 13 z glosą J. Napierały.

⁶¹ Por. art. 4 ustawy z 23 XII 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. 1988, nr 41; zm-Dz.U. 1990, nr 26, poz. 149).

obrotem gospodarczym"⁶². W związku z tym „poważna część” dorobku doktryny i orzecznictwa arbitrażowego może być przydatna przy stosowaniu art. 361 § 2 kc.

3. Stosując art. 361 § 2 kc należy ustalić, czy utrata korzyści w ogóle nastąpiła, a więc wykazać, że miałyby miejsce określona sytuacja hipotetyczna. I tak np. w orzeczeniu z 5 IX 1983 r.⁶³ słusznie wykazano, że taka „sytuacja hipotetyczna” nie zaistniała: „inwestor bezpośredni nie może domagać się od inwestora zastępczego odszkodowania w wysokości kar umownych, których ani inwestor zastępczy, ani inwestor bezpośredni nie może skutecznie dochodzić od wykonawcy, choćby nawet wykonawca uwolnił się od obowiązku zapłaty kar przez wykazanie, że nienależyte wykonanie jego zobowiązania jest następstwem niewywiązania się ze zobowiązania zaciągniętego względem niego przez inwestora zastępczego”.

4. Ciężar wykazania powstania szkody spoczywa na poszkodowanym wierzycielu (art. 6 kc): „Ustalenie szkody w postaci utraconych korzyści ma wprawdzie charakter hipotetyczny, ale szkoda taka musi być wykazana przez osobę poszkodowaną z tak dużym prawdopodobieństwem, że uzasadnia ono w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła”⁶⁴. Hipotetyczną sytuację mogą również wyznaczać zdarzenia, które skądinąd mogłyby do podobnej szkody doprowadzić. Na przykład „dowód, że w okresie przestoju ze względu na warunki atmosferyczne i tak nie mógłby wyjechać na trasę, przekreśla hipotezę co do utraty korzyści”⁶⁵. W polskiej doktrynie krytycznie w zasadzie odnoszono się jednak do określania majątkowej sytuacji wierzyciela, uwzględniając konsekwencje systemu podatkowego⁶⁶. Należy liczyć się z tym, że zmiany systemu (modelu) podatkowego wymuszają rewizję poglądów w tej kwestii.

5. Ustalenie powstania i wielkości utraconych korzyści dokonywane jest Przy uwzględnieniu indywidualnej sytuacji poszkodowanego. Nie wyklucza się jednak posługiwania się pewnymi wzorcami typowymi, mogącymi wykazanie konkretnej szkody ułatwić. Określone „odnośniki” mogą być jednak tylko jednym z elementów określających rozmiar spodziewanej korzyści⁶⁷. I tak np.

⁶² E. Łętowska, *O kryteriach podmiotowego zróżnicowania regulacji obrotu cywilnoprawnego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1983, nr 5, s. 139.

⁶³ Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1984, nr 7, poz. 1610.

⁶⁴ Teza wyroku SN z 3 X 1979 r., OSNCP 1980, nr 9, poz. 164.

⁶⁵ *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 229. Odmienne stanowisko w kwestii przyczynowości hipotetycznej zajmuje A. Szpunar; por. np. głosę do przytaczanego w poprzednim przypisie wyroku, Państwo i Prawo 1981, nr 9-12, s. 146.

⁶⁶ Sygnalizowałem tę kwestię w artykule pt. *Z problematyki lucrum cessans w obrocie społecznym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1983, z. 4, s. 49-51.

⁶⁷ Np. dane Rocznika Statystycznego mogą być zweryfikowane danymi co do wysokości zbiorów na terenie konkretnego województwa (Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1964, nr 1, poz. 343). Nie wystarczy również ogólne powołanie się na „średnią wydajność rzeki” przy

jeżeli za typową w obrocie handlowym uznamy utratę marży, to w konkretnej sytuacji odnosić się może „tylko” do kwoty odpowiadającej wliczonemu w tę marżę zyskowi⁶⁸.

6. Okoliczności, które - obok działania dłużnika - mogłyby także potencjalnie doprowadzić do powstania szkody, mogą leżeć również po stronie wierzyciela. Mając to na uwadze Sąd Najwyższy stwierdził np., że „wiele okoliczności wskazuje na to, że w zysku, na który się powołuje (powód - dop. J.N.), z zaplanowanej hodowli nie osiągnąłby nawet gdyby chlewnia została w porę wybudowana”. Okoliczności te to np. fakt, że powód nie przykładał się do realizacji zaplanowanej budowy, oraz że po pierwszych niepowodzeniach polegających na padnięciu zwierząt, zrezygnował z kontynuowania hodowli. Postępowanie takie świadczyło - zdaniem SN - że prowadzenie wyspecjalizowanej gospodarki rolnej przekroczyło kwalifikacje powoda i w związku z tym „nie sposób uznać, że powód udowodnił, iż poniósł szkodę w postaci nieosiągniętego zysku”⁶⁹. Obok aktywności poszkodowanego wierzyciela, niezbędnej dla uzasadnienia możliwości osiągnięcia określonego zysku, zaniechanie przez niego pewnych działań może mieć wpływ na rozmiar powstałej szkody. Przy uwzględnieniu art. 354 § 2 kc w związku z art. 362 kc uzasadnione jest oczekiwanie, że wierzyciel - jako podmiot zawodowo trudniący się działalnością gospodarczą - nie zaniecha działalności gospodarczej licząc na zwiększenie utraconych korzyści⁷⁰. Z drugiej jednak strony dłużnik nie powinien być premiowany, gdy zapobiegliwość wierzyciela nie jest kwestionowana⁷¹.

7. W polskiej doktrynie oraz orzecznictwie nie rozważono dotychczas szerzej kwestii kwalifikacji utraconego zysku jako szkody w rozumieniu art. 361 § 2 kc, jeżeli jego osiągnięcie wiązałoby się z naruszeniem określonych norm. Należy jednak odnotować tezę orzeczenia, zgodnie z którą „jednostka, która w następstwie zanieczyszczenia wód w należących do niej stawach

ustalaniu strat poniesionych przez przedsiębiorstwo zajmujące się gospodarką rybną (Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1964, nr 8-9, poz. 3893). Także „pismo okólne” w sprawie ustalenia wysokości odszkodowań może stanowić jedynie wskazówkę pochodzącą od kompetentnego organu co do strat poniesionych w związku z przerwą pracy określonego orządzenia (Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1986, nr 8-9, poz. 1700).

⁶⁸ Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1988, nr 4, poz. 1753.

⁶⁹ Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1981, nr 1, s. 20.

⁷⁰ Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1987, nr 2, poz. 1301.

⁷¹ Jeżeli więc np. jednostka transportowa zaplanowała odpowiedni przebieg pracy wszystkich będących w jej dyspozycji autobusów, to „nie może ona zastąpić pracy autobusu wycofanego z obiegu na skutek awarii innym bez ujemnego wpływu na jej wynik finansowy” (Państwo i Prawo 1955, nr 4-5, s. 810). W określonej sytuacji poszkodowany powinien zaniechać prowadzenia działalności gospodarczej, by nie narazić się na zarzut „uchylenia obowiązku minimalizacji szkody” (OSN 1988, nr 12, poz. 176; podobnie Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1964, nr 1, s. 343).

rybnych utraciła możliwość prowadzenia w tych stawach zarobkowej hodowli ryb, nie może domagać się od sprawcy zanieczyszczeń odszkodowania z tytułu utraconych zysków ze sprzedaży ryb za okres, w jakim nie posiadała ona pozwolenia wodnoprawnego na korzystanie z wód dla celów rybackich⁷².

LUCRUM CESSANS AS A FORM OF DAMAGE IN GERMAN LAW

Summary

The Author presents, on the basis of German case law and legal literature, the problems arising in connection with the interpretation of § 252 of the German Civil Code. Four groups of problems may be distinguished: a) the concept of *lucrum cessans*, the criteria of qualifying damage as *lucrum cessans* and the relation between *lucrum cessans* and other forms of damage; b) evidencing *lucrum cessans* in legal proceedings; c) methods of assessing the scope of *lucrum cessans*; d) legal qualification of damage in the light of actual possibilities to gain profit and legal premisses of generating profit.

The above problems have been analysed in four respective parts of the article. In the fifth part the Author compares the institution regulated in § 252 of the German Civil Code with the corresponding provisions of Art. 361 § 2 of the Polish Civil Code.

⁷² Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1986, nr 8-9, poz. 1698.