

Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe

dr. Damjan Možina¹

1. Uvod

Pogodbe se sklepajo v pričakovanju, da bodo izpolnjene. Iz različnih razlogov pa lahko tisto, kar je izpolnjeno, odstopa od tistega, kar je bilo dolgovano. Stranka, ki zaradi kršitve ne prejme tistega, kar je upravičeno pričakovala na podlagi pogodbe, lahko zaradi tega utrpí prizadetost različnih življenskih dobrin: poleg posega v premoženjske interese lahko morda doživi tudi razočaranje, jezo, okrnitev ugleda ali celo telesne nevarnosti, lahko je omejena v poklicnem napredovanju ali le nasploh nezadovoljna. Celoto negativnih posledic kršitve pogodbe ali drugačnega protipravnega posega v življenjske dobrine lahko imenujemo naravni ali fiktivni pojem škode. Ta tvori osnovo pravnega pojma škode, ki pomeni pravno priznano škodo. Škoda na premoženjskem oziroma materialnem področju (poenostavljeno: škoda, ki jo je mogoče ustrezno izraziti v denarju)² je načeloma priznana tako v pogodbenem kot v nepogodbenem (deliktne) obligacijskem pravu. Medtem ko deliktno pravo priznava in odpravlja negativne posledice tudi na nematerialnem področju, pa je varstvo nematerialnih dobrin v pogodbenem pravu tradicionalno šibkejše. To je mogoče med drugim razložiti z razumevanjem pogodbe kot instituta za varstvo predvsem materialnih dobrin v času kapitalizma v 19. stoletju, ko je konceptualno nastal velik del današnjih pogodbenopravnih sistemov.³ Socialna funkcija pogodbe in njen pravni pomen se v času spreminjata. V družbi, kjer so osnovne materialne potrebe v vedno večji meri zadovoljene,

¹ Docent na Pravni fakulteti v Ljubljani.

² O pojmu premoženjske škode več: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. izd., 1987, str. 479 in nasl.

³ Grundmann, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, AcP 204 (2004), 600; Klanč, Ugovorna odgovornost za nematerialnu škodu, Zbornik PF Zagreb 39 (1989), 5-6, 979.

narasča število pogodb, ki niso usmerjene le v zagotavljanje materialne eksistence, temveč tudi v nematerialne dobrine. Klarić piše, da človek ne sklepa pogodb le kot *homo oeconomicus*, ki teži za materialno koristjo, oziroma *homo consumens*, ki troši masovne dobrine, temveč tudi kot *homo sensibilis*, ki s pogodbami varuje nematerialne interese.⁴

Gotovo ne more biti dvoma o tem, da so lahko zaradi kršitve pogodbe prizadete tudi nepremoženjske dobrine. Stranka npr. pride h kozmetičarki in sklene pogodbo o luknjanju ušes zaradi vstavitve uhanov. Kozmetičarka krši pogodbo z malomarnim ravnanjem, zaradi česar lahko stranka ob neuspelem posegu trpi telesne bolečine, nemara pa je celo skažen njen videz. Podobna situacija lahko nastane v primeru kršitve pogodbe, katere predmet je tetoviranje stranke. Ali gre stranki denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo iz naslova kršitve pogodbe? V šolskem primeru iz obligacijskega prava nevesta s šiviljo ali modno trgovino sklene pogodbo o izdelavi oziroma prodaji poročne obleke. Če obleka v dogovorjenem času (npr. dan poroke ali dan prej) ni dobavljena, je po slovenskem pravu pogodba razdrta po samem zakonu, ker je bila pravočasna izpolnitev bistvena sestavina pogodbe in kasnejša izpolnitev nima več smisla (fiksni posel, čl. 104 I OZ). Kakšne posledice pa ima kršitev pogodbe za nevesto, ki za svečano priložnost ni primerno oblečena? Čeprav je s sklenitvijo pogodbe poskrbela za ustrezno varstvo svojega interesa, je bil zaradi kršitve pogodbe njen edinstven slavnostni dogodek pokvarjen. Če okoliščine omogočajo, lahko seveda sklene kritni posel (npr. kupi obleko drugje in morebitno razliko v ceno zahteva kot odškodnino), obveznost izvedbe razumnih ukrepov za zmanjšanje škode (čl. 243 IV OZ) jo utegne k temu celo zavezovati. Vendar take možnosti pogosto ni. Ali nevesti vrati plačilo pomeni ustrezno nadomestilo izjalovljenega pogodbenega pričakovanja? Po drugi strani tudi ne more biti dvoma o tem, da so bili nevestini neprijetni občutki oziroma trpljenje za šiviljo ali modno trgovino predvidljiva posledica kršitve pogodbe o poročni obleki. Ilustrativen je tudi primer pogodbe s pogrebniškim zavodom, katere predmet je izvedba pogrebne svečanosti. Če pogrebni zavod krši pogodbo in dogovorjene obveznosti pred zbranimi žalujočimi ne opravi ali pa, še huje, se pogrebniški obnašajo žaljivo in s pokojnikovo krsto ravna na nedostojen način, je lahko pogreb pokvarjen, ugled družine in pieteta do umrlega pa prizadeta. Kakšne posledice naj ima poseg v te dobrine zaradi kršitve pogodbe? Koristno si je ogledati, kako takšne in podobne primere obravnava zakonodaja in sodna praksa v nekaterih tujih pravnih redih.

⁴ Klarić, Ugovorna odgovornost za nematerialno štetu, Zbornik PF Zagreb 39 (1989), 5-6, 980.

Prispevek želi, brez namena podajanja dogmatičnih utemeljitev in dokončnih rešitev, podati skromen pregled tendenc priznavanja nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe v primerjalnem pravu ter z opisom možnih podlag in predstavitev nekaterih argumentov spodbuditi priznavanje takšne škode tudi v slovenski sodni praksi.

2. Primerjalnopravni pregled

2.1. Common law

Tradicionalno izhodišče sistemov common law je, da v tožbah zaradi kršitve pogodbe ni mogoče zahtevati odškodnine zaradi prizadetosti čustev (*injured feelings*) ali duševne stiske (*mental distress*),⁵ vznemirjenja, razočaranja ali izgube ugleda, kar lahko v naši terminologiji poimenujemo duševne bolečine. Vendar pa ima to pravilo precej izjem.

Tako se lahko zahteva odškodnina za bolečine in trpljenje, ki spremljajo poškodbo osebe (*personal injury*), povzročeno s kršitvijo pogodbe, če taka škoda ni preveč »oddaljena« (*too remote*).⁶ Nasranek škode je moral biti strankama ob sklenitvi pogodbe predvidljiv kot verjetna posledica kršitve pogodbe.⁷ Pri taki škodi na osebi se upoštevajo tudi tožnikove (upnikove) duševne bolečine in torej vključuje tudi odškodnino za prizadetost čustev.⁸ Taka odškodnina je sicer značilna za deliktno odškodninsko pravo (*tort law*), vendar pa common law načeloma veže odškodnino na naravo posega v pravno varovano dobroto, ne glede na pravni temelj obveznosti (pogodba ali nedopustno ravnanje).⁹

Nadalje se lahko zahteva odškodnina tudi za telesne nevesčnosti oziroma neugodnosti, ki so posledica kršitve pogodbe:¹⁰ v primeru *Bailey v. Bullock* (1950)¹¹ odvetnik iz malomarnosti ni izpolnil zaupane naloge pridobitve hiše za svojo stranko, zato je odškodninsko odgovarjal za nevesčnosti (ne pa tudi za ponižanje) stranke, ki je morala 2 leti živeti pri

⁵ Odločba House of Lords v zadevi *Addis v. Gramophone Co Ltd* (1909), A.C. 488, kjer je podjetje nezakonito odpustilo delavca na način, ki je bil »harsh and humiliating«. Dobil je odškodnino za izgubo plače, ne pa tudi za duševne bolečine zaradi načina njegove odpustitve.

⁶ Treitel, *The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 989.

⁷ Chitty on Contracts, str. 1467, št. 26-073.

⁸ Treitel, *The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 989, ki navaja primer *H West & Sons v. Shephard* (1964), A.C. 326, general, Chapter 16, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, str. 85.

¹⁰ Glej tudi: odločbo Burton v. Pinkerton, (1867) L.R. 2 Ex. 340, kjer je bil morar v nasproju s pogodbo izkrcan v tuji luki, ter *Hobbs v. L.S.W. Ry* (1875) L.R. 10 Q.B. 111, kjer so zaradi napake železniškega osebja potnik in njegova družina izstopili na napačni postaji in so morali v nevtrni noči prepešati več kilometrov.

¹¹ (1950) 66 T.L.R.

ženinih starših. V primeru *Watts v. Morrow* (1994)¹² je tožnik za zasebne namene kupil hišo na deželi na podlagi študije, ki jo je pripravil toženec. Poročilo je bilo sestavljeno malomarno in ni razkrilo nujnosti večjih popravil, zaradi česar je bila mdr. priznana odškodnina za »discomfort« (neugodje, neveseljenost), a v majhnem obsegu (£1500).

Odškodnina za *distress* ali *vexation* pa se priznava tudi v celi vrsti primerov, kjer je vsaj eden od glavnih namenov pogodbe zagotovitev zadovoljstva, razvedrila, varnosti, prijetnosti ali sentimentalne koristi.¹³ Najbolj znano skupino primerov tvorijo t.i. »package tour cases«: v primeru *Jarvis v. Swans Tours Ltd*¹⁴ je odvetnik sklenil pogodbo o 14-dnevnih smučarskih počitnicah v Švici na podlagi opisa v brošuri, organizator pa ni izpolnil obljub iz brošure in mu tako pokvaril dopust. Sodišče (Court of Appeal) mu je prisodilo odškodnino v višini £ 125 za »mental distress« in »loss of enjoyment«. ¹⁵ Podobno je bila priznana odškodninska odgovornost prevoznika, ki je kršil pogodbo o prevozu gostov na poroko,¹⁶ fotograf, ki v nasprotju s pogodbo ni fotografiral poroke, tako da tožnica ni imela slik,¹⁷ stanodajalca zaradi kršitve dogovora o popravilu stanovanja, zaradi česar je bilo stanovanja tako vlažno, da v njem ni bilo mogoče stanovati.¹⁸ Znani so tudi primeri v zvezi s pogrebi, npr. odgovornost pokopališča zaradi kršitve pogodbe o zagotovitvi ekskluzivne pravice pokopa¹⁹ ter odgovornost izdelovalca krst, ki je zagotavljal neprepustnost krste, za duševne bolečine zaradi pokvarjenega pogreba, ker je krsta prepuščala telesne tekočine.²⁰

V primeru *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* (1996) je House of Lords priznalo odškodnino (£ 2500) za »loss of amenity«²¹ (izgubo »prijetnosti«) v primeru, kjer je šlo za kršitev pogodbe o gradnji bazena za osebno uporabo stranke, tako da ta ni bil tako globok, kot je bilo dogovorjeno. Sodišče je menilo, da se taka škoda lahko povrne, kadar je namen pogodbe v zagotovitvi subjektivnega zadovoljstva oziroma užitka.²² Koncept »loss of amenity« je House of Lords zopet uporabilo v primeru *Farley v. Skinner* (2002),²³ kjer je tožnik, preden je kupil hišo, v kateri je želel preživeti jesen življenja, angažiral strokovnjaka izrecno za to, da bi preveril vpliv hrupa letal na parceli.

¹² (1994) 4 All ER 937.

¹³ Treitel, *The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 989; Chitty on Contracts (29. izd. 2004), str. 1468, rš. 26-074.

¹⁴ *Jarvis v. Swans Tours Ltd.* (1973), Q.B. 233, opis primera in povzetek odločbe v: Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon: *Contract law – cases, materials, texts* (2002), Hart Publishing, Oxford, str. 840.

¹⁵ Glej tudi: *Jackson v. Horizon Holidays Ltd* (1975) 1 W.L.R. 1468; *Wings Ltd. v. Ellis* (1985) A.C. 272; *Cook v. Spanish Holiday Tours Ltd*, *The Times*, 6. feb. 1960.

¹⁶ *Chandler v. East African Airways Corp* (1964) E.A. 78, kjer je bila priznana odškodnina za »razočaranje« zaradi kršitve pogodbe o letalskem prevozu svatov na kraj poročnega sprejema.

¹⁷ *Diesen v. Sampson* (1971) S.L.T. (Sh. Ct.) 49.

¹⁸ *Calabar Properties Ltd. v. Sticher* (1984) 1 W.L.R.

¹⁹ *Reed v. Madon* (1989) Ch. 408.

²⁰ *Hirst v. Elgin Metal Casket Co.*, 438 F. Supp. 906 (D.Mont. 1977).

²¹ Izraz *amenity* prihaja iz latinske besede *amenitas*, ki pomeni ljubeznost, prijetnost, milino.

²² Chitty on Contracts (2004), str. 1469, rš. 26-075.

²³ (2001) UKHL 49; (2002) 2 A.C. 732.

Le-ta iz malomarnosti ni zagotovil točnih podatkov in je v svojem poročilu zapisal, da ni verjetno, da bi bila hiša prizadeta zaradi letalskega hrupa. V resnici je bila hiša zelo blizu področja, nad katerim so krožila letala pred pristankom na bližnjem letališču. Čeprav tržna vrednost posesti ni bila manjša od cene, ki jo je plačal tožnik, mu je bila priznana odškodnina zaradi izgube »prijetnosti« (£ 10 000), glavni razlog pa je bil, da je bil pomemben (sicer ne edini) namen pogodbe v zagotovitvi »zadovoljstva, sprostitve in dušnega miru«. Iz govorov lordov je mogoče povzeti, da so bile dejavniki pri odločanju tudi telesne neveseljenosti.²⁴ Podlaga povrnitve škode je bilo predvsem dejstvo, da je bil tožnik prikrajan za korist, ki jo je upravičeno pričakoval iz pogodbe. Teorija poudarja, da to ne pomeni, da lahko zgolj kršitev pogodbe, brez nastanka škode, upravičuje do znatne odškodnine, saj bi bilo to v nasprotju z načeli, na katerih temelji povrnitev škode, npr. z načelom, da odškodnine zaradi kršitve pogodbe ni mogoče zahtevati zgolj zaradi strahu ali razočaranja, ki ju je kršitev povzročila, ali z načelom, da odškodnine ni, če kršitev ni povzročila negativnih učinkov, ki se uporabi zlasti v primerih, ko je stranka sklenila »slabo kupčijo«. ²⁵ Opazna je tudi tendenca po priznavanju škode zaradi neveseljenosti v primerih, ko do kršitve pogodbe pride iz velike malomarnosti ali celo naklepa (*wanton oziroma reckless*).²⁶

Zaradi kršitve ugleda kot posledice kršitve pogodbe se načeloma priznava premoženjska škoda, npr. zaradi zmanjšanih možnosti zaposlitve. V primeru *Malik v. BCCI* (1998)²⁷ je House of Lords priznalo tako »stigmatizacijsko« škodo v primeru bivših uslužbencev banke, ki je propadla zaradi korupcije in nepoštenega poslovanja, pri čemer pa uslužbenci niso sodelovali.²⁸ Ta škoda ima seveda premoženjsko naravo. Škoda zaradi kršitve poslovnega ugleda je bila priznana tudi v primeru, ko je dobavitelj trgovcu dobavil blago z napako, zaradi česar je trpel njegov ugled pri odjemalcih,²⁹ ter v primeru, ko je bil »good will« turistične agencije okrnjen, ker je ladijski prevoznik kršil pogodbo o zagotovitvi prevoza in nastanitve potnikom na križarjenju.³⁰ Podobno pravilo velja za primer, če banka v nasprotju s pogodbo zavrne ček svoje stranke: če je stranka gospodarski subjekt, lahko zahteva povrnitev škode zaradi okrnitve poslovnega ugleda.³¹ Sedaj se taka odškodnina priznava tudi negospodarskim subjektom, saj je »kreditna sposobnost posameznikov enako pomembna za njihove osebne posle, kot je za posle

²⁴ Treitel, *The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 990.

²⁵ Treitel, *The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 993.

²⁶ Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, v: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VII. – *Contracts in general*, Chapter 16, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, str. 85. Glej npr. *Lutz Farms v. Asgrow Seed Co.*, 948 F.2d 638 (10th Cir. 1991).

²⁷ (1998) A.C. 20.

²⁸ Banka naj bi kršila svojo pogodbeno obveznost obnašanja na način, ki ne ruši zaupanja med delodajalcem in delavcem, glej: *Chitty on Contracts*, str. 1470, rš. 26-077.

²⁹ *Cointant v. Myham & Son* (1913) 2 K.B. 220.

³⁰ *Anglo-Continental Holidays Ltd v. Typaldos Lines (London) Ltd.* (1967), 2 Lloyd's Rep. 61.

³¹ Treitel, *The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 992.

gospodarskih subjektov.³² Sem sodi tudi skupina primerov, kjer naj bi pogodba dala eni stranki priložnost, da se uveljavi kot pisec ali igralec: priznava se odškodnina za škodo zaradi neizpolnitve pogodbene obveznosti zagotovitve publicitete.³³

Odškodnina za strah (*anxiety*) kot posledico kršitve pogodbe se načeloma ne priznava, saj strah oziroma negotovost skoraj vedno spremlja pogodbe in velja, da stranke s sklenitvijo ta riziko prevzamejo.³⁴ Vendar tudi tu velja izjema: če je namen pogodbe ravno v tem, da bi se stranka znebila nekega strahu, potem je mogoče zahtevati tudi odškodnino zaradi strahu. V primeru *Heywood v Wellers* (1976) je neka ženska, ki jo je nadlegoval bivši prijatelj, pooblastila odvornika, da bi jo zaščitil in dosegel sodno prepoved nadlegovanja. Odvornik je kršil pogodbo in svoje obveznosti ni izpolnil, zato se je nadlegovanje nadaljevalo, sodišče pa ji je priznalo odškodnino, ki je vključevala znesek za nadlegovanje in duševne bolečine, ki jih je trpela zaradi kršitve pogodbe.

Tudi za ameriško pravo velja tradicionalno načelo, da se škoda zaradi prizadetosti čustev kot posledice kršitve pogodbe načeloma ne prizna, obstajajo pa izjeme.³⁵ Ameriški Restatement Second of Contracts v § 353 določa, da je mogoče zahtevati povrnitev škode zaradi duševnih bolezin (*emotional disturbance*) oziroma »*mental distress*«, ki so posledica kršitve pogodbe, tudi če ni bilo telesne poškodbe, če je pogodba ali kršitev take narave, da bi bili resni duševni pretresi posebej verjetna posledica kršitve.

2.2. Nemško pravo

V nemškem pravu velja načelo omejitve povrnitve nepremoženjske škode: ta se lahko povrne le v primerih, ki jih izrecno določa zakon (§ 253 I BGB). Ob tem velja omeniti, da se omejitve nanaša le na denarno odškodnino in ne tudi na naravno restitucijo, ki jo je mogoče zahtevati vedno, kadar je mogoča in ne zahteva nesorazmernih stroškov.³⁶ Po reformi obligacijskega prava v letu 2002 so se možnosti za zahtevek na denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo povečale. Novi, s 1.8.2002 (po reformi) uveljavljeni II. odstavek § 253 BGB določa, da je pravično denarno nadomestilo za nepremoženjsko škodo mogoče zahtevati v primerih poškodbe telesa, zdravja, svobode ali kršitve spolne

³² *Krothor v. Woolwich Building Society* (1996), 4 All E.R. 119.

³³ Glej: *Chitty on Contracts*, str. 1470, r. 26-078, z navedbami primerov.

³⁴ *Treitel, The Law of Contract* (11. izd., 2003), str. 993, z navedbami primerov.

³⁵ *Farnsworth, Contracts*, 4. izd., str. 810. Znani so »*casket cases*«, npr. *Hirst v. Egin Metal Casket Co.*, 438 F. Supp. 906 (D. Mont. 1977). V nekaterih primerih so sodišča prisojala takšno odškodnino tudi na podlagi »zavržne« kršitve pogodbe, glej *Lutz Farms v. Asgrow Seed Co.*, 948 F.2d 638 (10th Cir. 1991). Glej tudi primer: *Sullivan v. O'Connor* (296 N.E. 183, Mass. 1973), kjer je šlo za pogodbo o plastični operaciji za izboljšanje videza pacientinega nosu. Z operacijo pa je bil njen nos poškodovan, potrebna je bila dodatna operacija, njej pa so bile povzročene duševne bolečine (tudi zaradi tega, ker je bil njen videz slabši kot prej).

³⁶ *Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I*, 14. izd., 1987, str. 474.

nedotakljivosti. Uporablja se tako za deliktno kot za pogodbeno odgovornost.³⁷ Povrnitev nepremoženjske škode pa omogoča tudi novi § 284 BGB, ki bo obravnavan v nadaljevanju. Pravična denarna odškodnina je nadalje priznana v § 651 f II BGB (prilpna denarna odškodnina zaradi nekoristno porabljenega dopusta v primeru neizvedbe ali znatne okrnjenosti potovanja), § 97 II UrhG (pravična denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve avtorske pravice), pa tudi v § 611 a II BGB (kršitev prepovedi spolne diskriminacije v delovnem pravu). Poleg tega pa sodna praksa priznava denarne zahtevke tudi na podlagi kršitve splošne osebnostne pravice.³⁸ Zaradi načela omejitve denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo je zelo pomembna razmejitev med premoženjsko in nepremoženjsko škodo, sodna praksa in teorija pa sta pojem premoženjske škode širili.

a) Škoda zaradi neuporabe

Če upnik zaradi dolžnikove kršitve pogodbe (ali tudi nedopustnega ravnanja) stvari določen čas ne more uporabljati, izpad uporabe predstavlja škodo. Če upniku zaradi tega nastanejo stroški, ker mora npr. namesto kupljenega vozila najeti drugo vozilo ali namesto neuporabnega računalnika angažirati dodatno delovno silo, se mu ti stroški, ob upoštevanju pravila zmanjševanja škode, povrnejo kot premoženjska škoda.³⁹ Sporno pa je, ali že sam izpad oziroma okrnitev možnosti uporabe, ne glede na nastale stroške, pomeni premoženjsko škodo, ki se povrne, ali pa gre za nepremoženjsko škodo, za katero denarna odškodnina ni mogoča.⁴⁰ Gre skratka za vprašanje, ali ima možnost uporabe stvari sama po sebi neko premoženjsko vrednost.

Sodna praksa BGH je glede motornih vozil najprej izhajala iz ideje »komercializacije dobrin« (t.i. *Kommerzialisierungsdanke*), saj je mogoče najeti skoraj vsak tip vozila, in v primeru začasne neuporabe vozila priznavala premoženjsko škodo tudi tedaj, če upnik ni najel nadomestnega vozila ali z drugačnimi izdatki nadomestil izpada uporabe.⁴¹ Ta škoda se ne povrne, če upnik vozila v tem času tudi sicer ne bi uporabljal.⁴² Takšna odškodnina se je priznavala tako v deliktne kot v pogodbenem pravu.⁴³ Glede možnosti priznanja premoženjske škode zaradi izpada uporabe drugih stvari kot motornih vozil pa sodna praksa in literatura nista bili enotni.⁴⁴ Ker so mnenja senatov BGH razhajala

³⁷ *Heinrichs v. Palandt BGB*, 64. izd. (2005), § 253, r. 1, str. 306.

³⁸ Glej: *Schlechtriem, Schuldrecht-Besonderer Teil*, 6. izd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, str. 353, r. 835 - 839.

³⁹ *Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I*, 14. izd., 1987, str. 496.

⁴⁰ Glej prikaz različnih mnenj pri: *Ostker, v: Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2a, 4. izd., § 249, r. 58 in nastl., str. 314 in nastl.

⁴¹ BGH, odločba z dne 30.9.1963, BGHZ 40, 345 = NJW 1964, 542.

⁴² BGH, odločba z dne 26.3.1985, NJW 1985, 2471.

⁴³ BGH, NJW 83, 2139.

⁴⁴ Glej: *Heinrichs v. Palandt BGB*, 64. izd. (2005), vor § 249, r. 25 in nastl., 270. Sodna praksa npr. ni priznala odškodnine zaradi izpada uporabe stanovanja, ki se le občasno uporablja (BGHZ 117, 262); prostora za hobi-aktivnosti (OLG Düsseldorf, MDR 2000, 389); kletnih prostorov in vrta (OLG Schleswig-Anz. 2002, 45); možnosti lova (BGHZ 112, 392 = NJW 1991, 1421); jahalnega konja (LG München I, NJW 1979, 1210); garaže (BGH, NJW 1993, 1793); zasebnega letala (OLG Oldenburg, NJW -RR 1993, 1437); krznenege plašča (BGHZ 63, 393).

glede vprašanja, ali izguba možnosti uporabe pomeni premoženjsko ali nepremoženjsko škodo, je veliki civilni senat BGH v letu 1986 odločil, da gre za premoženjsko škodo, če lastnik svoje stvari začasno ne more uporabljati, ne da bi mu s tem nastali stroški ali bi bil izgubljen dobiček.⁴⁵ Vendar pa BGH omejeval samostojno premoženjsko vrednost uporabe stvari na gospodarske dobrine, katerih stalna razpoložljivost je osrednjega pomena za samostojno oblikovanje življenja,⁴⁶ kar se ozko razlaga⁴⁷ in s čimer naj bi bile izključene luksuzne dobrine. Ta odločitev je v teoriji nalerela na kritike,⁴⁸ namesto »pomembnih življenjskih dobrin« pa se predlagajo tudi drugi kriteriji.⁴⁹

b) Izguba prostega časa in dopusta

BGH se je na idejo komercializacije dobrin naslonilo tudi v praksi glede izgube prostega časa in dopusta. Možnosti in pričakovanja, ki so sicer same po sebi nepremoženjske narave, naj bi postale »premoženjske«, če se jih lahko priskrbi za denar.⁵⁰ BGH je tako prisodilo denarno odškodnino zaradi okrnjenega zadovoljstva nad potovanjem po morju, ker je carinski urad neupravičeno zadržal potnikovo prtljago.⁵¹ V nadaljnjih odločbah ni šlo toliko za izgubo zadovoljstva nad potovanjem ali dopustom kot za nekoristno porabljen dopust oziroma neizkoriščen oddih. BGH je po zgledu deželnih sodišč priznalo denarno odškodnino zaradi »uničenega dopusta« kot posledice kršitve pogodbe.⁵² V teh primerih ne gre le za »izgubljen čas«, ampak tudi za kršitev pogodbe, posebna problematika pa je v tem, da si oškodovana stranka s povrnitvijo stroškov potovanja ne more brez nadaljnjega zagotoviti izgubljenega oddiha, saj je porabila svoj dopust. Da bi si lahko zagotovila nov dopust, bi morala morda sprejeti izgubo dogodka ali plačati nadomestno delovno silo – po načelu popolne restitucije jo je treba postaviti v položaj, da si lahko nadomesti izgubljeni oddih z dodatnim dopustom ali vsaj z določenim nadomestilom.⁵³ Zato je prav, da se ji prizna denarna odškodnina za izgubo dopusta, torej za nepremoženjsko škodo.⁵⁴ To je upoštevala kodifikacija prava turistične pogodbe v letu 1979: § 651 f II BGB določa, da ima stranka v primeru neizvedenega ali znatno okrnjenega potovanja pravico o primerne odškodnine za nekoristno porabljen dopustni čas.⁵⁵

⁴⁵ BGH, odločba z dne 9. 7. 1986, JZ 86, 387.

⁴⁶ BGH NJW 87, 50: »...Lebensgüter, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist«.

⁴⁷ Op. št. 43.

⁴⁸ Glej npr.: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1-Allgemeiner Teil, 14. izd., 1987, str. 500 in nasl.

⁴⁹ Flessner, Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1987, 271.

⁵⁰ Schlechtriem, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, 5. izd. (2003), str. 107, 209, glej tudi: Oetker, v: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2a, 4. izd., § 249, Rn. 40 in nasl., str. 309.

⁵¹ BGH - »Seereisefall« odločba z dne 30. 11. 1956, NJW 1956, 1234.

⁵² BGH, JZ 77, 96.

⁵³ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1-Allgemeiner Teil, 14. izd., 1987, str. 505.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ O sodni praksi glej: Sprau, v: Palandt BGB, 64. izd. (2005), § 651 f, Rn. 6, 1005. Za izgubljeni dopust npr. ne gre, če delodajalec delavcu omogoči nov dopust ali ga delavec sploh ne nastopi (NJW-RR 90, 573). Pravico do odškodnine imajo tudi tisti, ki niso zaposleni oz. ne pridobivajo dohodka (BGHZ 77, 117). Glede »nekoristnosti« je odločilno, ali in v kakšni meri je bil zgrešen cilj, zasledovan z dopustom (BHG NJW 83, 35).

c) Povrnitev »izjalovljenih« izdatkov,

Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe se lahko v nemškem pravu povrne tudi po novem § 284 BGB, ki omogoča upniku, da namesto odškodnine (ki naj nadomesti izpolnitev) zahteva povrnitev izdatkov, ki jih je napravil v zaupanju, da bo prejel izpolnitev in jih je napravil upravičeno, razen če njihov namen tudi brez dolžnikove kršitve obveznosti ne bi bil dosežen. Določba po mnenju teorije sicer nima velikega praktičnega pomena, vendar pa nakazuje razvojne tendence in je zanimiva s primerjalnopravnega vidika.⁵⁶

Gre za naslednji problem: odškodninski zahtevki zaradi kršitve pogodbe so načeloma usmerjeni v upnikov pozitivni interes: skuša se ga postaviti v položaj, kot da bi dolžnik pogodbo pravilno izpolnil. Upnik pa ni mogel zahtevati povrnitve izdatkov, ki jih je napravil v zaupanju na prejem izpolnitve, npr. 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 »frustriran«, izjalovljen njihov namen: zaradi dolžnikove kršitve ti izdatki za upnika postanejo nekoristni (t.i. *Frustrationsschaden*).⁵⁷ Sodna praksa je nezadovoljive rezultate skušala omiliti s t.i. 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).⁵⁸ Pri tem se je domnevalo, da bi bil sklenjen posel za upnika rentabilen (vsaj) v tolikšni meri, da bi povrnil svoje izdatke.⁵⁹ Ta (sicer ovrgljiva) domneva pa je predpostavljala, da je oškodovani upnik s poslom nameraval doseči dobiček, zato ni bil uporabna v primerih, ko je upnik zasledoval druge cilje (npr. politične ali dobrodelne), saj tu ni mogoče govoriti o rentabilnosti.⁶⁰ Novi § 284 BGB naj bi kodificiral domnevo rentabilnosti, ki jo je razvila sodna praksa, razen tega pa omogočil povračilo izdatkov tudi tedaj, ko je upnik s poslom zasledoval nematerialne interese.⁶¹

⁵⁶ Grundmann, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, AcP 204 (2004), 570, 600.

⁵⁷ Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521, 523.

⁵⁸ O domnevi rentabilnosti glej odločbo BGH, z dne 19. 4. 1991, obj. v JZ 1992, 464.

⁵⁹ Ernst, v: Münchener Kommentar zum BGB, 4. izd. (2004), § 284, Rn. 4, str. 954.

⁶⁰ Zato BGH tudi ni moglo prisoditi odškodnine v primeru (BGHZ 99, 182, obj. tudi v JZ 1987, 512, t.i. »Stadthaltenfall«), kjer je neka politična skupina od mesta najela dvorano za svoje zborovanje. V ta namen so se sklenili dogovori z gospodarskimi in tiskarskimi skupinami, ki so stroški so znašali več kot 32.000 DM. 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 kazalna, domneve rentabilnosti pa tudi ni bilo mogoče postaviti (politični namen), odškodnine ni bilo.

⁶¹ Faust, v: P. Huber/Faust: Schuldrechtsmodernisierung, Beck, München 2002, str. 159.

2.3. Švicarsko pravo

Švicarski OR ne vsebuje posebnih določb o povrnitvi nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe. Čl. 99 III OR glede obsega odškodninske odgovornosti zaradi kršitve pogodbe odkazuje na uporabo določb o nepogodbeni odgovornosti. Teorija in praksa štejeta, da ta odkaz zajema tudi zahtevek na denarno vsoto kot »zadoščenje« (Genugtuung) za nepremoženjsko škodo pod predpostavkami čl. 47 in 49 OR.⁶² Po mnenju teorije je povrnitev nepremoženjske škode mogoča v primerih posebne težke kršitve pogodbe in krivde.⁶³ Zakon pušča sodniku veliko maneverskega prostora, zadoščenje pa ni omejeno na denarno vsoto, ampak lahko pomeni npr. tudi preklic žalitve, javni popravek,⁶⁴ objavo sodbe,⁶⁵ ali plačilo dobrodelnim organizacijam.⁶⁶ Sodna praksa je »zadoščenje« za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe priznala v primeru kršitve pogodbe o zdravljenju, ki je povzročila smrt otroka;⁶⁷ opustitve ukrepov varstva pri delu, ki je povzročila poškodbo sluha oziroma vida;⁶⁸ nogometiša, ki kljub razvezi pogodbe ni mogel prestopiti k drugemu klubu in je bil dve leti izključen iz nacionalne lige;⁶⁹ pogodbe med gradbenim podjetjem in inženirjem zaradi dodelitve državnih naročil gradbenemu podjetju, inženir pa je bil v nasprotju s pogodbo in na brezobziren način prikrajan, tako da je bila poleg poslabšanja njegovega zdravja uničena tudi njegova poslovna eksistenca ter je trpel njegov poslovni in osebni ugled;⁷⁰ telesne poškodbe kot posledice amatersko montirane televizijske antene;⁷¹ kršitve afekcijskega interesa kot posledice neizpolnitve naročila, katerega namen je bil ravno varstvo afekcijske vrednosti.⁷² Tudi v švicarskem pravu pa so, podobno kot v Nemčiji, prisotne tendence širjenja pojma premoženjske škode in kritike diferencne teorije.⁷³

⁶² Tako: Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Staempfli Verlag, Bern 2000, Art. 99, rš. 269, str. 273. Čl. 47 OR določa, da lahko sodnik v primeru smrti ali telesne poškodbe ob upoštevanju posebnih okoliščin oškodovancu ali bližnjim umrlega prisodi primerno vsoto denarja kot zadoščenje. Čl. 49 OR pa določa, da lahko, kdor je protipravno prizadet v svoji osebnosti, zahteva plačilo denarne vsote kot zadoščenja, kolikor to opravičuje teža kršitve in le-ta ni popravljena na drugačen način. Sodnik pa lahko namesto ali poleg denarne vsote prizna zadoščenja tudi na drug način.

⁶³ Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich, 1988, str. 349.

⁶⁴ BGE 80 II 194; 63 II 189.

⁶⁵ BGE 84 II 577.

⁶⁶ BGE 117 IV 275.

⁶⁷ BGE 116 II 519.

⁶⁸ BGE 110 II 165; BGE 102 II 21.

⁶⁹ BGE 102 II 224.

⁷⁰ BGE 87 II 145.

⁷¹ ZR 1972 Nr. 72 E.8.

⁷² BGE 87 II 271.

⁷³ Več: Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Staempfli Verlag, Bern 2000, Art. 97, rš. 170 in nsl. str. 101.

Turistične pogodbe so urejene v zakonu o pavšalnih potovanjih (*Bundesgesetz über Pauschalreisen* - 1993), ki v veliki meri ustreza direktivi št. 90/214/EGS. Odgovornost organizatorja potovanja ali posrednika, ki je pogodbeni stranka, potrošniku za pravilno izpolnitev pogodbe je v čl. 14 določena ne glede na to, kdo pogodbene storitve dejansko opravlja. Zakon odškodnine zaradi izgube dopusta ne omenja. Teorija je glede tega razdeljena, enotna pa ni niti sodna praksa. Tako je zvezno sodišče večkrat zavrnilo zahteve na povrnitev škode zaradi izgubljenega dopusta, kjer ni bilo premoženjske škode, ampak le razočarana pričakovanja,⁷⁴ nasprotno pa je *Zürcher Obergericht* v primeru prestativte gosta z obale Šri Lanke v sobo v glasnem centru Colomba, prisodilo povrnitev stroškov in znesek odškodnine v višini odpada dohodka ob neplačnem dopustu za nadomestitev uničenega dopusta.⁷⁵ *Kassationsgericht Zürich* je priznalo odškodninski zahtevek za uničene počitnice (zaradi neupravičenega kazenskega postopka).⁷⁶

2.4. Nizozemsko pravo

Nizozemski civilni zakonik (NBW) v čl. 6:95 določa, da škoda, ki se povrne, zajema premoženjsko škodo (ki jo predstavlja dejanska izguba ter izgubljeni dobiček, čl. 6:95 NBW) ter drugo izgubo (poškodbe), slednjo le v obsegu, kot ga priznava zakon. Po čl. 6:106 NBW se nepremoženjska škoda povrne v treh primerih: če je bila škoda povzročena namerno, če je oškodovanec utrpel telesno poškodbo, kršitev ugleda ali drug poseg v njegovo osebo ter v primeru, če škodo predstavlja žalitev spomina na pokojno osebo s strani nerazvezanega zakonca ali krvnega sorodnika do drugega kolena. Ti primeri so sicer bolj pomembni za nepogodbeno odgovornost, vendar se uporabljajo tudi na pogodbenem področju.⁷⁷ Glede slednje predstavlja specialno določbo čl. 7:510 NBW, ki določa, da mora organizator potovanja povrniti tudi nepremoženjsko škodo zaradi izgube zadovoljstva, ki je posledica napak pri izvedbi potovanja, za katere odgovarja.

⁷⁴ BGE 115 II 481; 87 II 290.

⁷⁵ SZ 1981, 79.

⁷⁶ SZ 1997, 419.

⁷⁷ Scheelhaas, H.N., v: Busch, Danny et al. (ur.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Kluwer Law International, 2002, str. 401.

2.5. Unificirano pravo

Načela evropskega pogodbenega prava (*Principles of European Contract Law*) v čl. 9:501 II, ki govori o pravici do odškodnine zaradi kršitve pogodbe, določajo, da škoda, ki jo mora stranka povrniti zaradi kršitve pogodbe, za katero odgovarja (ki ni »opravičena« po čl. 8:108), zajema tudi nepremoženjsko škodo. Komentar Načel omenja denarno odškodnino za bolečine ter odškodnino za nevšečnosti in duševne bolečine kot posledico kršitve pogodbe, navaja pa se primer, ko A z B sklene pogodbo o enotedenskem pavšalnem potovanju »v luksuznem hotelu z odlično kuhinjo«, v resnici pa je spalnica utesnjena, hrana pa grozna. A ima zato zahtevek na povrnitev škode zaradi nevšečnosti in izgubljenega dopustnega zadovoljstva.⁷⁸ Tudi Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) priznane škode zaradi kršitve pogodbe ne omejujejo na premoženjsko škodo, temveč v čl. 7.4.2. izrecno določajo, da je lahko škoda (prikrasjanje) tudi nepremoženjska in vključuje npr. fizično trpljenje ali duševne bolečine. Komentar nadalje pojasnjuje, da nepremoženjsko škodo lahko predstavljajo bolečine in trpljenje (*pain and suffering*), izguba določenih življenjskih radosti (*loss of certain amenities of life*), estetska škoda itn., pa tudi škoda zaradi okrnitve časti ali ugleda.⁷⁹ V mednarodnem (gospodarskem) poslovanju bi se pravilo čl. 7.4.2. II lahko uporabilo pri pogodbah z umetniki, vrhunskimi športniki in svetovalci. Seveda pa morajo biti izpolnjene tudi druge predpostavke odškodnine. Povrnitev nepremoženjske škode lahko zavzame različne oblike, sodišču pa je prepuščeno, da izbere tisto, ki najbolj zagotavlja popolno kompenzacijo, kar lahko pomeni tudi nedennarno sankcijo, npr. v obliki objave obvestila v medijih (denimo za primer kršitve klavzule o prepovedi konkurence ali ponovnega začetka poslovanja, razžalitve etc.). Velja pripomniti, da obe zbirki Načel ne postavljata nobenih posebnih predpostavk ali omejitev povrnitve nepremoženjske škode; omejitev tako predstavlja le načelo predvidljivosti (čl. 9:503 PECL, čl. 7.4.4. Načel UNIDROIT).

Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (t.i. Dunajska konvencija) določa materialno prodajno pravo za čezmejne, praviloma gospodarske transakcije, kjer se zasledujejo predvsem gospodarski (komercialni) interesi. Nastanek nepremoženjske škode bo zato praviloma izključen. Vendarle pa si je mogoče zamisliti tudi izjeme: če je namen pogodbe (ali eden od) nepremoženjske narave, tako da je nepremoženjska škoda tipična posledica kršitve pogodbe in je zato strankama (dolžniku) predvidljiva, bi bilo mogoče

⁷⁸ Komentar PECL: Kommission für Europäisches Vertragsrecht: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts: Teile I und II (Principles of European Contract Law), prevod v nemški jezik: von Bar, Christian/Zimmermann, Reinhard; nemška izdaja: Sellier, München, 2002, str. 529.

⁷⁹ Komentar (UNIDROIT PRINCIPLES of International Commercial Contracts 2004, Rome, 2004, str. 236) navaja primer mladega arhitekta, ki si sele ustvarja ugled in sklene pogodbo o prenosi mestnega muzeja, kar je deležno precejšnje medijske pozornosti. Kasneje pa se mestne oblasti premislilo, odstopilo od pogodbe in angažirajo bolj izkušnega arhitekta. Mladi arhitekt ima pravico do odškodnine, ki ne zajema le pretrpljene premoženjske škode, temveč tudi okrnitev njegovega ugleda in izgubo možnosti, da bi postal bolj znan, ki bi jo omogočala izvedba dela.

zahtevati tudi povrnitev nepremoženjske škode.⁸⁰ Te predpostavke pa bodo le redko izpolnjene. Stoll meni, da lahko namen pogodbe upravičuje tudi povrnitev splošnih gospodarskih neugodnosti, ki jih ni mogoče konkretno oceniti.⁸¹ Da bi se izognila kolizijam z nacionalnim pravom producentske odgovornosti, se konvencija ne uporablja za odgovornost prodajalca za smrt ali poškodbo osebe zaradi napak blaga (5. čl.).

3. Slovensko pravo

Tendence v primerjalnem pravu jasno kažejo na širjenje odškodnine za nepremoženjsko škodo na pogodbeno področje. Smer razvoja je odločno nakazalo tudi Sodišče ES s sodbo v primeru *Simone Leirner v. TUI Deutschland*,⁸² kjer je priznalo nepremoženjsko škodo na podlagi določbe 5. čl. direktive št. 90/314/EGS, ki govori le o odškodnini oziroma celo le o učinkovitih ukrepih za zagotovitev odgovornosti organizatorja. Na podlagi te sodbe in načela o razlagi v skladu z direktivami morajo slovenska sodišča domače pravo, s katerim je uresničena vsebina direktive, na področju njene veljave (v konstelaciji: organizator potovanja in/ali agent – potrošnik ter ob drugih predpostavkah 2. čl. direktive), torej predvsem čl. 890 OZ, razlagati tako, da škoda, katere povrnitev lahko potrošnik zahteva v primeru neizvedbe ali pomanjkljive izvedbe paketnega potovanja, vključuje tudi nepremoženjsko škodo zaradi izgube dopusta. Izguba dopusta v tem okviru pomeni samostojno podlago za povrnitev nepremoženjske škode. Kako pa je s povrnitvijo nepremoženjske škode v drugih primerih?

3.1. Splošno o kršitvi pogodbe in nepremoženjski škodi

Kadar pogodba ni pravilno izpolnjena, je kršena. Tedaj se pojavi vprašanje pravnih sredstev oziroma sankcij, ki jih ima na voljo pogodbi zvesta stranka. V osnovi poznamo tri skupine sankcij za kršitev pogodbe: zahtevek na izpolnitev v naravi, zahtevek na povrnitev škode in upravičenje doseči prenehanje pogodbe. Praktično daleč najpomembnejša sankcija je odškodninska. Temejna usmeritev pogodbenega (in nepogodbenega) odškodninskega prava je odprava posledic kršitve, načeloma v naravi (naravna restitucija), praviloma pa z denarno odškodnino (civilna restitucija).⁸³ Z odškodnino skuša pravni red postaviti upnika v položaj, kot da do kršitve ne bi bilo prišlo in bi bila torej pogodba pravilno

⁸⁰ Stoll, v: Schlechtriem, Kommentar CISG, 3. izd., Beck, München, 2000, čl. 79, rš. 11, 703.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Sodišče ES, odločba v zadevi C-168/00 z dne 12.3.2002, Recueil, str. I-2631 (2002).

⁸³ Glej čl. 164 OZ.

izpolnjena.⁸⁴ Odškodnina naj upniku nadomesti tisto, kar je upravičeno pričakoval na podlagi pogodbe. Odškodninska obveznost pa ni neomejena, saj je treba upoštevati tudi dolžnikove interese: njegova odgovornost je omejena na škodo, ki jo je ob sklenitvi pogodbe lahko razumno predvidel kot posledico kršitve pogodbe.⁸⁵ Pri tem je treba upoštevati tudi obveznost prikrajšane stranke, da izvede vse razumne ukrepe za zmanjšanje škode (čl. 243 III OZ). Usmeritev odškodnine k postavljanju oškodovane stranke v premoženjski položaj, kot da do kršitve ne bi prišlo (izpolnitveni oz. pozitivni pogodbeni interes, *expectation interest*), ki sicer ni edino možno merilo povrnitve, je pomembna za zaupanje v pogodbeno pravo, ki je potrebno za učinkovito izmenjavo dobrin v sodobnem gospodarskem in pravnem sistemu.⁸⁶ Načelo *pacta sunt servanda* ne pomeni le, da je treba pogodbo izpolniti, ampak tudi, da morajo biti v primeru neizpolnitve (kršitve) prikrajšani stranki na voljo učinkovite sankcije.

S sklepanjem pogodb in izmenjavo dobrin stranke zasledujejo različne interese. Čeprav je izvirna in prevladujoča funkcija instituta pogodbe v izmenjavi premoženjskih dobrin in premoženjski interesi gotovo prevladujejo, je lahko predmet pogodbe tudi nepremoženjska dobrina oziroma se s pogodbo zasledujejo tudi interesi na nepremoženjskem področju. Obstoj premoženjskega interesa upnika tudi ni predpostavka veljavnosti obveznosti.⁸⁷ Klarić piše o negaciji dognje o premoženjski vrednosti vsebine obveznosti.⁸⁸ Če je torej mogoče veljavno skleniti pogodbo, ki ni usmerjena v premoženjski interes, in lahko upnik na tej podlagi zahteva izpolnitev take pogodbe v naravi, potem bi moral imeti upnik v primeru njene kršitve načeloma na voljo tudi zahtevek na povrnitev »škode«, ki je nastala na nepremoženjskem področju.

⁸⁴ Tako tudi: Mitrović, v: Blagojević/Krujić (ur.), Komentar zakona o obligacionim odnosima I, 2. izd., Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 937.

⁸⁵ Omejitve dolžnikove odškodninske odgovornosti za kršitve pogodbe je poznalo že rimsko pravo: Justinijan je v kodifikaciji postavil togo mejo – *quantitas dupli* – dolžnik ni mogel biti obsojen na odškodnino, višjo od običajne dvojne vrednosti izpolnitve, ta omejitev pa je prešla tudi v evropsko obče pravo (več: Zimmermann, Law of obligations, Oxford University Press, 1996, str. 828). Tako za rimsko kot za obče pravo je bila značilna gradacija obsega odškodnine glede na stopnjo krivde: omejitev na *quantitas dupli* se ni uporabljala, kadar je bila kršitev naklepna (glej: Coing, Europäisches Privatrecht II, Beck, München, 1989, str. 465). Na podlagi francoske literature (Molinaeus, Pothier) je omejitev po predvidljivosti (*prévision*) postala splošna omejitev pogodbenih odškodnin v Code civil, razen v primeru naklepne kršitve (čl. 1150). Pothier jo je utemeljeval s tem, da se razumen človek lahko podvrže le izlikom, ki jih lahko predvidi. Zaradi njegovega velikega vpliva so se tudi angleška sodišča oprijela t.i. *contemplation doctrine*, kot je izražena v slavnih odločbi Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch. 341, obj. mdr. v: Beale/Hartkamp/Kötz/Tallon: Contract law – cases, materials, texts (2002), Hart Publishing, Oxford, 2002, str. 821.

⁸⁶ Farnsworth, Contracts, 4. izd., Aspen Publishers, New York, 2004, str. 730.

⁸⁷ Tako: Weiser, v: Kozio/Weiser: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 12. izd., Manz, Wien, 2001, str. 22.

⁸⁸ Klarić, Ugovorna odgovornost za nematerialnu štetu, Zbornik PF Zagreb 39 (1989), 5-6, str. 978.

3.2. Možnosti in argumenti za priznanje nepremoženjske škode na podlagi OZ

Jugoslovanska sodna praksa pred sprejemom ZOR glede priznavanja nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbene obveznosti ni bila enotna. Znana je odločba Vrhovnega sodišča Jugoslavije iz leta 1963, ki je priznalo denarno nadomestilo nepremoženjske škode »za smanjen komoditet« kot posledice neizpolnitve obveznosti toženega podjetja, da tožeci stranki namesto porušenega stanovanja zagotovi drugo stanovanje.⁸⁹ V neki zgodnejši odločbi Vrhovnega sodišča BiH je bila odškodnina za kršitev pogodbe izrecno omejena na povrnitev premoženjske škode.⁹⁰

Obligacijski zakonik (kot pred njim ZOR) se v splošnem delu do možnosti povrnitve nepremoženjske škode zaradi kršitve ni izrecno opredelil. Glede vprašanj, ki v odseku o pogodbeni odgovornosti niso urejena drugače, OZ v čl. 246 napotuje na smiselno uporabo določb o povrnitvi nepogodbene škode. Zakon pa v posebnem delu pri ureditvi pogodbe o prevozu oseb v čl. 702 I OZ določa prevoznikovo odgovornost za varnost potnikov in izrecno omenja njegovo dolžnost povrnitve škode »zaradi okvare zdravja, poškodbe ali smrti potnika«, ta odgovornost pa je celo kogentna (čl. 702 II OZ).

Večinsko mnenje v (jugoslovanski) teoriji podpira priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe, argumentirano se zanjo odločno zavzema zlasti Klarić.⁹¹ Cigoj sicer na nekem mestu navaja, naj bi se nepremoženjska škoda zaradi neizpolnitve pogodbe ne priznavala,⁹² vendar se drugih mestih opredeljuje za priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe.⁹³ V sodobni slovenski teoriji Nina Plavšak meni, da je v primeru kršitve pogodbe priznana le premoženjska škoda.⁹⁴ Novejša slovenska sodna praksa se po dostopnih podatkih do problema ni načelno opredelila. Vendar pa je Višje sodišče v Kopru v odločbi iz leta 1999 prisojeno odškodnino za nepremoženjsko škodo (telesne bolečine, strah, duševne bolečine zaradi skaženosti in zmanjšanja življenjskih aktivnosti) zaradi padca s konja oplo na čl. 868 ZOR, ki določa odgovornost organizatorja na podlagi pogodbe o organiziranju potovanja.⁹⁵

⁸⁹ Rev. 3464/62 z dne 1.3.1963.

⁹⁰ GZ 35/58 z dne 17.6.1958.

⁹¹ Glej: Klarić: Ugovorna odgovornost za nematerialnu štetu, Zbornik PF Zagreb, št. 5-6 (1989), 977 – 1002; Đorđević, v: Perović/Stojanović, Komentar zakona o obligacionim odnosima, 757; Loza, Povreda obligacije, Pravni život 10-12/1988, str. 1603, 1610.

⁹² Cigoj, Teorija obligacij, ponatis, Uradni list, Ljubljana 2000, str. 295.

⁹³ Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij II, Uradni list, Ljubljana, 1980-84, str. 928 in 961.

⁹⁴ Plavšak, v: Ljunar/Plavšak, OZ s komentarjem II, GV Založba 2003, str. 222.

⁹⁵ Višje sodišče v Kopru, CSK Cp 689/99 z dne 17.11.1999, vir: lus-Info.

Povrnitev nepremoženjske škode je izrecno priznana v deliktne pravu: v čl. 132 OZ je opredeljen pojem pravno priznane škode, ki poleg premoženjske škode (zmanjšanje premoženja in izgubljeni dobiček) zajema tudi telesne bolečine, duševne bolečine in strah ter okrnitev ugleda pravne osebe (nepremoženjska škoda). Izvori priznanih duševnih bolečin so še nadalje opredeljeni: zmanjšanje življenjskih aktivnosti, skazenost, razžalitev dobrega imena in časti, okrnitev svobode, okrnitev osebnostne pravice, smrt ali posebno težka invalidnost drugega, kršitev dostojanstva, kršitev moralnih avtorskih pravic (čl. 169 ZASP). Po mnenju teorije določbi 132. člena OZ ni pripisati celovite definicije nepremoženjske škode.⁹⁶ Zgolj poseg v pravno varovano osebnostno sfero po stališču sodne prakse še ne pomeni pravno priznane kategorije, temveč se morajo škodne posledice manifestirati v eni od pravno priznanih oblik nepremoženjske škode.⁹⁷ V teh primerih oškodovanec lahko zahteva »pravično denarno odškodnino« (v smislu »zadoščenja«, satisfakcije),⁹⁸ če »okolščine primera, zlasti pa stopinja bolečin in strahu ter njihovo trajanje to opravičujejo« (čl. 179 I OZ). V primerih iz čl. 178 OZ lahko sodišče izreče tudi nederenarno sankcijo, če je z njo mogoče doseči namen odškodnine.

V odseku o povrnitvi škode zaradi kršitve pogodbe OZ v čl. 243 I z naslovom »Obseg odškodnine« določa, da ima s kršitvijo prikrašani upnik pravico do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, ki bi ju dolжник moral pričakovati ob *kršitvi* pogodbe.⁹⁹ V povezavi s čl. 132 OZ, ki opredeljuje pojem premoženjske in nepremoženjske škode, bi bilo zgolj na podlagi gramatikalne razlage mogoče sklepati, da je zakonodajalec s formulacijo čl. 243 I OZ morda želel izključiti priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe. Menim, da je zakonodajalec v skladu z namenom načela predvidljivosti želel s formulacijo iz čl. 243 I OZ omejiti le obseg škode, ne pa določiti pravno priznanih oblik škode zaradi kršitve pogodbe. Nadaljnji argument proti takšni gramatikalni razlagi je tudi nepopolna pojmovna disciplina OZ (ZOR),¹⁰⁰ zaradi katere na podlagi izrazov, ki jih zakon uporablja, ni mogoče brez nadaljnjega sklepati o zakonodajalčevi volji.

⁹⁶ Jadek-Pensa, v: Juhart/Plavšak (ur.), OZ s komentarjem I, 2003, str. 1019.

⁹⁷ Glej Sklep št. 1 posvetovalca ZS, VS republik in pokrajin ter VWS z dne 15. in 16. 10. 1986 v Ljubljani, tč. 1 ter Jadek-Pensa, v: Juhart/Plavšak (ur.), OZ s komentarjem I, 2003, str. 1024.

⁹⁸ Strohsack, Obligacijska razmerja I in II, ponatis, Uradni list, Ljubljana, 1998, str. 421.

⁹⁹ ZOR je v čl. 266 I sprejel doktrino *contemplation* (foreseeability, prévision) po katerem je v pogodbenem pravu odškodnina omejena na škodo, ki je bila dolžniku ob sklenitvi pogodbe predvidljiva kot možna posledica kršitve. Ob prenosu vsebine ZOR v OZ je slovenski zakonodajalec iz neznanega razloga trenutek sklenitve, ki je uveljavljen v vseh pravnih redih, ki poznajo doktrino predvidljivosti, zamenjal s trenutkom kršitve pogodbe (čl. 243 I OZ). Stranki s sklenitvijo pogodbe prevzame obveznost in s tem povezane tvežaje. Zato mora biti trenutek sklenitve pogodbe ključen za presojanje obveznosti in odgovornosti strank.

¹⁰⁰ Kot primer lahko služi kar čl. 243 OZ, ki v 1. odstavku govori o »kršitvi« pogodbe, v 2. odstavku izmenjujoče in v enakem pomenu uporablja pojma »neizpolnitve« in »kršitve« pogodbe, v 3. odstavku zopet v enakem pomenu omenja »kršitev obveznosti«. Razen tega zakon v čl. 239 II OZ kot podlago pogodbenih odškodninskih obveznosti omenja le »neizpolnitve« ali »zamudiva«, čeprav ne more biti dvoma, da obveznost povrnitve škode nastane v primeru vsakršne kršitve pogodbe, za katero se dolжник ne razbremeni odgovornosti po čl. 240 OZ, in ne le v omenjenih dveh primerih.

Nepremoženjska škoda in z njo nepremoženjske, na osebo vezane pravne dobrine, so v našem obligacijskem pravu priznana pravna kategorija. Nobenega razloga ni, da bi bilo njihovo varstvo omejeno le na nepogodbeno (odškodninsko) pravo. Občutku pravičnosti bi nasprotovalo, če stranka, ki je zavarovala svoje nepremoženjske interese s sklenitvijo pogodbe, v primeru kršitve ne bi mogla dobiti odškodnine, medtem ko je oškodovanec v primeru škode, povzročene z nedopustnim ravnanjem (deliktom) do take odškodnine upravičen.

Zakon možnosti povrnitve nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe ne izključuje. Glede na določbo 246. čl. OZ je treba šteti, da se v skladu s splošnimi pravili odškodninskega prava priznava tudi nepremoženjska škoda.¹⁰¹ To pomeni, da je na podlagi kršitve pogodbe načeloma mogoče zahtevati tudi »pravično denarno odškodnino«, kadar se nepremoženjska škoda manifestira v eni od pravno priznanih oblik, torej: telesnih bolečin, duševnih bolečin s posebej opredeljenimi izvori, strahu ter okrnitve ugleda pravne osebe, ta pravila pa se uporabljajo »smiselno«. Osnovna usmeritev odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe je, naj se oškodovano stranko z odškodnino postavi v položaj, kot da kršitve ne bi bilo. V primeru škode na nepremoženjskem področju to po naravi stvari praviloma ni mogoče, zato naj oškodovana stranka v primerih, ko gre za pravno priznane oblike škode dobi vsaj denarno zadoščenje. V nasprotnem primeru je lahko ogroženo načelo pogodbene discipline.

Načeloma je torej nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe priznana. Vendar taka škoda ni neomejena. Prvo omejitev predstavljajo pravno priznane oblike nepremoženjske škode. Naslednjo omejitev pomeni načelo predvidljivosti: dolжник mora povrniti le škodo, ki mu je bila ob »kršitvi« (bolje: sklenitvi)¹⁰² pogodbe razumno predvidljiva (čl. 243 I OZ). Ta predpostavka je ključna in pomeni, da bo mogoče zahtevati povrnitev nepremoženjske škode le tedaj, ko bodo dolžniku negativne posledice njegove kršitve na upnikovo osebo sfero vnaprej predvidljive. Za tak primer bo šlo predvsem pri pogodbah, pri katerih je eden od namenov tudi zagotavljanje oziroma varovanje nepremoženjskih interesov. Pri tem bi veljalo upoštevati tudi dejstvo, ali se nepremoženjski interesi upoštevajo pri določanju pogodbenih cen za blago ali storitev.¹⁰³ Poročna obleka je verjetno dražja od navadnih oblek tudi zaradi tega, ker je namenjena za posebno priložnost. Če torej stranka za nepremoženjski interes plačuje, naj njen sopogodbenuk za svojo kršitev, s katero je ta interes prizadet, tudi odgovarja. Omejitev odškodnine po predvidljivosti pa ne velja, kadar je dolžniku v zvezi s kršitvijo pogodbe mogoče očitati naklep, prevaro ali hudo malomarnost (čl. 243 II OZ).

¹⁰¹ Tako tudi: Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij II, Uradni list, Ljubljana, 1980-84, str. 928; Povreda obligacije, Pravni život 10-12/1988, str. 1610; Klaric, Ugovorna odgovornost za nematerialno štetu, Zbornik PF Zagreb, št. 5-6 (1989), str. 999.

¹⁰² Glej op. št. 99.

¹⁰³ Podobno: Kozlil, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht, v: Basadow (izd.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Mohr Siebeck, 2000, str. 196, 198.

Nadaljnja omejitev izhaja iz čl. 179 I OZ: takšna odškodnina se prizna le, če okoliščine primera, zlasti pa stopnja bolečin oziroma strahu ter njihovo trajanje to opravičujejo. Sodišča bodo svojo oceno »vrednosti« nepremoženjskih dobrin pokazala pri določanju višine odškodnine: po čl. 179 II OZ morajo pri tem upoštevati pomen prizadete pravne dobrine in »namen« te odškodnine, ne smejo pa podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom. Upoštevati je treba tudi obveznost zmanjševanja škode iz čl. 243 IV OZ. Nekateri menijo, da bi široko priznavanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe utegnilo spodbujati udeležence prometa, da bi »iz finančnih razlogov težili k povečevanju svoje občutljivosti«. ¹⁰⁴ To ne more biti razlog za načelno izključitev take škode. Naloga sodišča je, da z uporabo načel iz čl. 179 I in II OZ takšne težnje omejuje. Razumna omejitev odškodnine naj se namesto z restriktivnim opredeljevanjem pojma škode doseže z uporabo pravila o predvidljivosti. ¹⁰⁵

Seveda pa morajo biti podane tudi splošne predpostavke pogodbene odgovornosti: da gre za kršitev pogodbene obveznosti in da dolжник zanjo odgovarja in se torej ne razbremenil odgovornosti po čl. 240 OZ ter da je podana vzročna zveza med kršitvijo in škodo. V primeru izpolnitve z napako je treba upoštevati še nadaljnje predpostavke (pregled, grajanje napake, jamčevalni rok, rok za uveljavljanje zahtevkov).

Možne so tudi situacije, ko se dejanska stanova nepogodbene in pogodbene odškodninske odgovornosti prekrivata. Menim, da ima v tem primeru pravico izbire podlage svojega zahtevka oškodovanec. Ni razloga, da mu ne bi priznali možnosti pogodbene odškodnine, zlasti če so pogoji zanj ugodnejši (primer: težja razbremenitev dolžnika po čl. 240 OZ kot dokaz nekrivde po čl. 131 in 135 OZ).

Škodo zaradi neuporabe stvari naše pravo izrecno priznava v okviru garancije za brezhibno delovanje (čl. 482 II OZ, čl. 20 III ZVPot). ¹⁰⁶ Če prodana stvar, npr. avtomobil, v garancijskem roku ne deluje brezhibno in ga kupec ne more uporabljati ter uveljavlja in/ali proizvajalčovo odgovornost na podlagi garancije za brezhibno delovanje, mu gre odškodnina zaradi začasne nemožnosti uporabe stvari. Ker zakon tega upravičenja ne omejuje na primere, ko bi upnik nadomestil izpad uporabe z najemom druge stvari, je treba šteti, da že izpad uporabe sam po sebi omogoča povrnitev škode in sicer od trenutka, ko je kupec zahteval popravilo ali zamenjavo, do izvršitve. Proizvajalec

¹⁰⁴ Koziol, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht, v: Basedow (izd.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Mohr Siebeck, 2000, 196, 198.

¹⁰⁵ Tako tudi: Stoll, v: Schlechtriem, Kommentar CISG, 3. izd., Beck, München, 2000, čl. 79, r. 11, 703.

¹⁰⁶ Pred sprejetjem ZOR se je z vprašanjem odškodnine za neuporabo stvari ukvarjala sodna praksa. Vrhovno sodišče R Hrvaške je tako v odločbi GZ 1232/68 z dne 12. 6. 1968 priznalo zahtevke na denarno odškodnino zaradi »diskomoditet«, povzročene z nemožnostjo uporabe avtomobila. Na posvetovalju sodnikov civilnega oddelka Vrhovnega sodišča Jugoslavije ter predstavnikov civilnih oddelkov republiških sodišč dne 26. in 27. 6. 1969 v Beogradu je bilo zobotkovano stališče, da se za začasno nemožnost uporabe poškodovanega vozila oškodovancu ne priznava povrnitev nepremoženjske škode.

oziroma prodajalec pa lahko po določbi čl. 20 III ZVPot odvrneta odškodninsko odgovornost, tako da kupcu (ki ni nujno potrošnik, glej čl. 21. ZVPot) za ta čas zagotovita brezplačno uporabo podobnega izdelka. Ni videti utemeljenega razloga, da se odškodnina za neuporabo stvari v pogodbenem (in tudi deliktne) pravu ne bi na splošno priznala. ¹⁰⁷ Čeprav okvir tega prispevka ne dopušča obsežnejše razprave o premoženjski ali nepremoženjski naravi te škode, bržkone ne more biti dvoma o tem, da lahko izpad uporabe stvari poleg premoženjske škode povzroči tudi negativne posledice na nepremoženjskem področju. ¹⁰⁸ Denarno odškodnino velja v prvi vrsti priznati glede stvari, ki so velikega pomena za življenje posameznika, zlasti npr. za stanovanje ali osebno prevozno sredstvo. Ilustrativen primer je kršitev obveznosti (ali nedopustno ravnanje), katere posledica je začasna nemožnost uporabe invalidskega vozila, ki bo za invalida praviloma pomenila drastično zmanjšanje življenjskih aktivnosti. Takšno škodo je vsekakor treba povrniti. Ob tem pa velja upoštevati obveznost oškodovane stranke, da izvede vse razumne ukrepe za zmanjšanje škode.

4. Zaključek

Tendence v primerjalnem pravu nakazujejo na vedno širše priznavanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe. Težje razvoja je predvsem na sodni praksi, ki z oblikovanjem skupin primerov širi pojem pravno priznane škode zaradi kršitve pogodbe. To je mogoče in potrebno tudi v slovenskem pravu, kjer je zaenkrat znanih le nekaj odločb. Zakonodajalec je na področju nepremoženjske škode z uporabo širokih pravnih standardov pustil veliko manevrskega prostora kreativnosti in pravnemu občutku sodišč, da sama nadalje oblikujejo pojem pravno priznane škode in to ne le na področju deliktne, temveč tudi pogodbene prava. S pogodbeni se namreč ne uresničujejo le premoženjski, ampak tudi nepremoženjski interesi. Temeljna usmeritev odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe je, naj se oškodovano stranko z odškodnino postavi v položaj, kot da kršitve ne bi bilo. V primeru škode na nepremoženjskem področju to po naravi stvari praviloma ni mogoče, zato naj oškodovana stranka v primerih, ko gre za pravno priznane oblike škode, in je bil nastanek takšne škode dolžniku razumno predvidljiv, dobi vsaj denarno zadoščenje. To izhaja iz načela *pacta sunt servanda*. Razvoj prava od sodne prakse zahteva pogum, kreativnost in izostren občutek za pravičnost. Sodišča prava ne le uporabljajo, ampak ga ustvarjajo.

¹⁰⁷ Za to se zavzema tudi: Ilesič, Garancija za trajno kakovost proizvoda, Združeno delo, zv. 36, št. 6 (1982), str. 913.

¹⁰⁸ O problematiki glej: Škrinjar, Odškodnina za neuporabo stvari, Pravnik, št. 4-6/1981, str. 175; Stojanović, Privremena nemogućnost korišćenja automobila: imovinska ili neimovinska šteta? Pravni život, let. 1970/št. 2, str. 48; Stanković, Pravni život let. 1970/št. 6-7, str. 35.