

Ersatz von Nichtvermögensschäden im deutschen Recht

PROF. DR. BEATE GSELL
Universität Augsburg

I. Ersatz immaterieller Schäden nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, § 253 Abs. 1 BGB

1. Gründe für die gesetzgeberische Zurückhaltung
 - a. Mangelnde Messbarkeit immaterieller Schäden in Geld
 - b. Furcht vor zu weitreichendem richterlichem Ermessen
 - c. Furcht vor aus verwerflicher Gesinnung (Gier, Eigennutz usw.) geführter Prozesse
 - d. Ablehnung von Strafschadensersatz
2. Gesetzlich bestimmte Fälle (jenseits des § 253 Abs. 2 BGB)

II. Ersatz immaterieller Schäden bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung, § 253 Abs. 2 BGB (früher: § 847 BGBa.F.)

1. Abschließende Liste geschützter Rechtsgüter
 - a. Insbesondere: „Angehörigen-Schmerzensgeld“ nach ständiger Rspr. nur bei erheblicher eigener Gesundheitsbeeinträchtigung („Schock“- oder „Trauer“-Schaden) eines nahen Angehörigen
 - b. Insbesondere: Grundsätzlich kein Ersatz für entgangenen Genuss
2. Gerichte eher zurückhaltend in Bezug auf den Ersatzumfang
 - a. LG Potsdam, Urt. v. 17.8.2000 10 Az. 10 o 252/99, Imm-Dat Nr. 3082: 500.000 DM (255.645,94 EUR) Schmerzensgeld
 - b. OLG Koblenz, Urt. vom 18. 6. 1998 - 5 U 1554-97, NJW-RR 1999, 1402: 25.000 DM (12.782,30 EUR) Schmerzensgeld
3. Seit dem 1.8.2002 (Zweites Schadensrechtsänderungsgesetz): Ersatz auch im Rahmen der Vertrags- und der Gefährdungshaftung
 - a. Rspr. beschränkt vertragliche Haftung nach dem Schutzzweck der Vertragspflicht
 - b. Bsp.: Haftung des Rechtsanwaltes bei Schlechterfüllung des Anwaltsvertrags, BGH NJW 2009, 3025

III. Ersatz immaterieller Schäden jenseits des § 253 BGB

1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Unmittelbarer Rückgriff auf Artt. 1, 2 Abs. 1 GG
2. Ersatz immaterieller Nachteile im Rahmen der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB
3. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB
4. Kommerzialisierung immaterieller Vorteile in der Rechtsprechung
 - a. Ständige Rspr.: Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung privat genutzter Pkw und anderer Lebensgüter, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist

b. Aber: Keine Kommerzialisierung nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit mehr bei Delikt, BGH NJW 1983, 1107

IV. Deutsches Recht im Vergleich zum Europarecht

1. Der *acquis communautaire*
2. Die *Acquis-Principles*
3. Der DCFR

V. Fazit in Thesen

I. Ersatz immaterieller Schäden nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, § 253 Abs. 1 BGB¹

Traditionell und auch heute noch ist das deutsche Recht beim Ersatz immaterieller Schäden, also von Schäden, die sich nicht in einem Geldbetrag ausdrücken lassen als Differenz zwischen zwei Vermögenslagen, nämlich einer tatsächlichen Vermögenslage, wie sie nach dem schädigenden Ereignis besteht und einer hypothetischen Vermögenslage, wie sie ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, sehr zurückhaltend. Dies gilt sowohl für die Voraussetzungen, unter denen ein Ersatz von Nichtvermögensschäden in Betracht kommt, als auch in Bezug auf den Ersatzumfang.²

Was zunächst die Voraussetzungen der Ausgleichsfähigkeit immaterieller Schäden anbelangt, so ist in § 253 Abs. 1 BGB festgelegt, dass wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden darf. Anders als bei Vermögensschäden ist die Ersatzfähigkeit also nicht die Regel, sondern die im Gesetz besonders anzuordnende Ausnahme.

1. Gründe für die gesetzgeberische Zurückhaltung

a. Mangelnde Messbarkeit immaterieller Schäden in Geld

Gründe für diese gesetzgeberische Zurückhaltung können bereits den Gesetzgebungsmaterialien entnommen werden. Danach störte sich der deutsche Gesetzgeber, als er die Vorschrift vor über hundert Jahren schuf, vor allem daran, dass sich ein immaterieller Schaden nicht präzise berechnen lässt.³

b. Furcht vor zu weitreichendem richterlichem Ermessen

Damit einhergehend befürchtete man, dass die weitreichende Möglichkeit des Ersatzes immaterieller Schäden dem Richter ein zu großes Ermessen einräumen würde, ohne dass sich dieses Ermessen in der Revisionsinstanz hinreichend überprüfen lasse.

c. Furcht vor aus verwerflicher Gesinnung (Gier, Eigennutz usw.) geführter Prozesse

Schließlich war man der Ansicht, dass es der geltenden Sozialmoral widerspreche, einen Nichtvermögensschaden in Geld aufzuwiegen. Man befürchtete, dass Schadensersatzprozesse aus unlauteren Motiven wie Gier, Gewinnsucht, Eigennutz usw. angestrengt würden. Auch dem wollte man entgegen wirken.

d. Ablehnung von Strafschadensersatz

■

¹ § 253 Bürgerliches Gesetzbuch: Immaterieller Schaden

(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

² Dazu noch näher unter II.2.

³ Vgl. zum Folgenden Motive, Bd. 2, S. 12 und Protokolle, Bd. 1, S. 622.

2. Gesetzlich bestimmte Fälle (jenseits des § 253 Abs. 2 BGB)

Die wichtigsten gesetzlich geregelten Fälle für den Ersatz immaterieller Schäden finden sich im Absatz 2 von § 253 BGB. Auf diese Bestimmung werde ich gleich noch zu sprechen kommen. Darüber hinaus gibt es aber auch einige – wenngleich nicht eben viele – andere Vorschriften innerhalb und außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches, die den Ersatz immaterieller Schäden anordnen. Im Folgenden seien einige wichtige Regelungen benannt. Dabei überrascht es angesichts der in Deutschland vorherrschenden Zurückhaltung gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden nicht, dass den betreffenden Bestimmungen teilweise keine autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zugrunde liegt, sondern europarechtlichen Vorgaben. Dabei sei schon an dieser Stelle angedeutet, dass das Zusammenspiel zwischen den im Folgenden vorgestellten, teilweise ganz punktuellen Einzelregelungen und der allgemeinen, aber hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter ganz engen Regelung des § 253 Abs 2 zu sachlich nur schwer zu rechtfertigenden Wertungswidersprüchen innerhalb der Rechtsordnung führt. So ist etwa kaum verständlich, warum – wie sogleich zu zeigen sein wird – für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit im Rahmen des Reisevertragsrechts Ersatz gewährt wird, für sonstige nutzlos aufgewendete Freizeit aber nicht. Auch kann man sich fragen, ob es konsistent ist, dass bei einer unzulässigen Diskriminierung⁴, nicht aber im Falle eines typischerweise über Jahre hinweg als schmerzlich und vielfach traumatisch empfundenen Verlustes eines Lebenspartners oder engen Angehörigen⁵ Ausgleich zu leisten ist für die immateriellen Folgen.

a. § 651f Abs. 2 BGB⁶

Zu nennen ist vor allem § 651f Abs. 2 BGB, eine Vorschrift aus dem Reisevertragsrecht, die einen Ersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit vorsieht.⁷

b. §§ 15 Abs. 2 S. 1⁸, 21 AGG⁹

⁴ Dazu sogleich unter b.

⁵ Dazu unten II.1.a.

⁶ § 651f BGB: Schadensersatz

(1) Der Reisende kann unbeschadet der Minderung oder der Kündigung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, es sei denn, der Mangel der Reise beruht auf einem Umstand, den der Reiseveranstalter nicht zu vertreten hat.

(2) **Wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.**

⁷ S. dazu den Überblick bei MünchKomm/Oetker, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 88 m.w.Nachw.

⁸ § 15 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Entschädigung und Schadensersatz

[...]

(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. [...]

⁹ § 21 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Ansprüche

[...]

(2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. **Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.**

[...]

Der Ersatz immaterieller Schäden ist außerdem vorgesehen im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, mit dem die EU-Gleichstellungs-Richtlinien umgesetzt wurden.¹⁰

c. § 97 Abs. 2 UrhG¹¹

Eine weitere besondere Anordnung des Ersatzes immaterieller Schäden findet sich im Urheberrecht.

II. Ersatz immaterieller Schäden bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung, § 253 Abs. 2 BGB (früher: § 847 BGBa.F.¹²)

Die traditionelle bedeutsamste Anordnung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden enthält jedoch § 253 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift entspricht im Kern der früheren deliktrechtlichen Bestimmung des § 847 BGB a.F. Mit dem Zweites Schadensrechtsänderungsgesetz¹³ wurde die Vorschrift jedoch mit gewissen Modifikationen als Absatz 2 in § 253 BGB übernommen und damit in das allgemeine Schadensrecht integriert.

1. Abschließende Liste geschützter Rechtsgüter

a. *Insbesondere: „Angehörigen-Schmerzensgeld“ nach ständiger Rspr. nur bei erheblicher eigener Gesundheitsbeeinträchtigung („Schock“- oder „Trauer“-Schaden) eines nahen Angehörigen*

§ 253 Abs. 2 BGB enthält nicht anders als bereits § 847 BGB a.F. eine abschließende Liste an Rechtsgütern, bei deren Verletzung ein Ersatz immaterieller Schäden in Betracht kommt. Diese Liste ist außerordentlich eng gefasst. Lediglich der Körper, die Gesundheit, die Freiheit im Sinne der körperlichen Bewegungsfreiheit¹⁴ und die sexuelle Selbstbestimmung sind auf diese Weise gegen immaterielle Schädigungen geschützt. Diese Begrenzung auf ausgesprochen wenige Rechtsgüter findet nicht zuletzt auch darin ihren Niederschlag, dass in Deutschland noch häufig beim Ersatz immaterieller Schäden pauschal vom Schmerzensgeld die Rede ist. Dies ist offensichtlich ein zu enger Begriff,

¹⁰ Es handelt sich um die Antidiskriminierungsrichtlinie, die Beschäftigungsrichtlinie, die Genderrichtlinie und die Gleichbehandlungsrichtlinie Palandt/Ellenberger, 69. Aufl. 2010, Einl v §§ 1 AGG Rn. 1.

¹¹ § 97 Urheberrechtsgesetz: Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz
[...]

(2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. [...] **Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht.**

¹² § 847 Bürgerliches Gesetzbuch: Schmerzensgeld

(1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

(2) Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.

¹³ vom 19.7.2002, s. BGBl. 2002/I S. 2674.

¹⁴ Eine Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit genügt hingegen nicht, s. Palandt/Sprau, 69. Aufl. 2010, § 823 Rn. 6 m.w.Nachw.

können doch auch andere immaterielle Einbußen als Schmerzen ausgeglichen werden. Die Beschränkung des § 253 Abs. 2 BGB auf wenige Rechtsgüter ist rechtspolitisch nicht unproblematisch und erweist sich auch bei rechtsvergleichender Betrachtung¹⁵ als zweifelhaft.

Eine besonders problematische Fallgruppe stellt der Verlust eines geliebten Menschen dar, für den das deutsche Recht, anders als etwa das französische Recht, grundsätzlich kein Schmerzensgeld gewährt. Nach ständiger Rechtsprechung¹⁶ besteht ein Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verlust eines geliebten Menschen vielmehr nur dann, wenn der Hinterbliebene selbst einen sog. Schock- oder Trauerschaden i.S. einer feststellbaren Gesundheitsbeeinträchtigung erleidet. Dieser Schock- oder Trauerschaden muss außerdem erheblich sein, d.h. über das übliche Maß dessen hinausgehen, was die Nachricht vom Tod eines nahen Angehörigen an Schock und Trauer auslöst und schließlich gewährt die Rechtsprechung Ersatz für einen solchen Schock- oder Trauerschaden nur, wenn es sich um einen nahen Angehörigen handelt.¹⁷ Aus meiner Sicht weist das deutsche Recht hier eine Kompensationslücke auf, die de lege ferenda unbedingt geschlossen werden sollte.

Denn warum zwar der Verlust von Vermögen ohne weiteres und vollständig auszugleichen ist, der Verlust eines nahe stehenden Menschen aber entschädigungslos hinzunehmen sein soll, ist mit Blick auf den hohen Wert, der nach unserer Rechtsordnung der allgemeinen Handlungsfreiheit und der freien Entfaltung der Persönlichkeit zukommt, für mich nicht ersichtlich.

b. Insbesondere: Grundsätzlich kein Ersatz für entgangenen Genuss

Die Beschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden auf wenige, gesetzlich besonders geregelte Fälle bedeutet umgekehrt, dass das deutsche Recht grundsätzlich keinen Ersatz gewährt für entgangenen Genuss oder entgangene Lebensfreude als solche. Ein Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechung mag dies verdeutlichen¹⁸: Ein Hochzeitspaar hatte anlässlich seiner Hochzeit ein Feuerwerk bestellt. Aufgrund der Fehlfunktion einiger Feuerwerkskörper wurden einige Hochzeitsgäste verletzt und mussten ins Krankenhaus gebracht werden. Das Hochzeitspaar brach daraufhin die Feier ab. Nach § 253 Abs. 2 BGB können zwar die verletzten Gäste einen Schmerzensgeldanspruch geltend machen, da sie eine Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten haben. Das Hochzeitspaar kann hingegen für die verdorbene Feier, die enttäuschte Erwartung, mit Familie und Freunden ein schönes Fest zu feiern, keinen Ersatz verlangen.

2. Gerichte eher zurückhaltend in Bezug auf den Ersatzumfang

Streng ist das deutsche Recht aber nicht nur in Bezug auf die Voraussetzungen, unter denen immaterielle Schäden ersetzt verlangt werden können, sondern auch hinsichtlich

¹⁵ Vgl. etwa zu dem in Bezug auf das „Angehörigen-Schmerzensgeld“ bei Tod naher Angehöriger wesentlich großzügigeren französischen Recht Schernitzky, Immaterieller Schadensersatz in Deutschland, Frankreich und in der Europäischen Union, 2004, S. 113 ff. m. w. Nachw.

¹⁶ Vgl. die Nachw. bei MünchKomm/Oetker, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 143 ff.

¹⁷ BGH VersR 2005, 1238, 1240.

¹⁸ OLG Brandenburg NJW-RR 2005, 253.

der Höhe der zugesprochenen Ersatzleistungen. Dazu zwei – zugegebenermaßen unter dem Aspekt der verhältnismäßig niedrigen Ersatzleistungen ausgewählte – Beispiele aus der Rechtsprechung:

a. LG Potsdam, Urt. v. 17.8.2000 10 Az. 10 o 252/99, Imm-Dat Nr. 3082: 500.000 DM (255.645,94 EUR) Schmerzensgeld

Der Schädiger hatte aus Ausländerhass und in Verletzungsabsicht einen Stein auf den fahrenden Wagen des Geschädigten geworfen. Der Geschädigte, ein Handwerker, ist seither von der Halswirbelsäule abwärts gelähmt. Seinen Spezialrollstuhl kann er ausschließlich mit dem Kopf steuern. Als weitere Verletzungsfolgen erlitt er u.a. spastische Zuckungen, eine Sehbehinderung, eine Beeinträchtigung des Geschmackssinnes und schwere Depressionen. Das Gericht sprach 500.000 DM (255.645,94 EUR) Schmerzensgeld zu.

b. OLG Koblenz, Urt. vom 18. 6. 1998 - 5 U 1554-97, NJW-RR 1999, 1402: 25.000 DM (12.782,30 EUR) Schmerzensgeld

Ein Mann lebt mehrere Jahre in Todesangst, weil er weiß, dass er umgebracht werden soll, nimmt dann erfolglos einen Wohnungswechsel vor, wird von mehreren Pistolenschüssen getroffen, kann zunächst fliehen, wird anschließend aber durch weitere Schüsse niedergestreckt und verstirbt einige Tage später. Der Anstifter der Tat glaubt, der Getötete habe seine Tochter getötet, deren Tod nicht aufgeklärt werden konnte. Das Gericht sprach 25.000 DM (12.782,30 EUR) Schmerzensgeld zu.

3. Seit dem 1.8.2002 (Zweites Schadensrechtsänderungsgesetz¹⁹): Ersatz auch im Rahmen der Vertrags- und der Gefährdungshaftung

Die Reform des Rechts des Ersatzes immaterieller Schäden im Jahre 2002 hat aber doch immerhin eine gewisse Erweiterung der Haftung gebracht. Indem man die ursprünglich im Deliktsrecht enthaltene Regelung des § 847 BGB a.F. in das allgemeine Schuldrecht integrierte, erstreckte man zugleich die Ersatzfähigkeit auf Situationen, in denen eines der in § 253 Abs. 2 BGB genannten Rechtsgüter verletzt wird, jedoch keine unerlaubte Handlung vorliegt. Vielmehr genügt es, dass eine Vertragsverletzung vorliegt oder ein Haftungstatbestand der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung verwirklicht wurde.

a. Rspr. beschränkt vertragliche Haftung nach dem Schutzzweck der Vertragspflicht

Der Ausweitung der Haftung für immaterielle Schäden durch Einbeziehung insbesondere von Vertragsverletzungen kommt allerdings nur begrenzte praktische Bedeutung zu. Dies hat seine Ursache darin, dass die Rechtsprechung nicht schlechthin bei jeder Vertragsverletzung die kausal wird für die Beeinträchtigung eines der in § 253 Abs. 2 BGB genannten Rechtsgüter Ersatz immaterieller Schäden zuerkennt. Vielmehr beschränkt die Rechtsprechung diese Haftung nach dem Schutzzweck der jeweiligen Vertragspflicht.

¹⁹ vom 19.7.2002, s. BGBl. 2002/I S. 2674.

b. Bsp.: Haftung des Rechtsanwaltes bei Schlechterfüllung des Anwaltsvertrags, BGH NJW 2009, 3025

Auch dazu ein Beispiel aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwaltshaftung: Kinder hatten ein Feuer verursacht, durch das das Haus abbrannte, das ihre Eltern gemietet hatten. Die Rechtsanwälte, welche die Eltern beauftragt hatten, erteilten ihnen die unzutreffende Auskunft, dass die Haftpflichtversicherung den Schaden nicht ersetzen müsse, wenn er auf grober Fahrlässigkeit beruhe. Nachdem die Eltern erfahren hatten, dass die Auskunft unzutreffend war, verklagte die Mutter der Kinder die beratenden Rechtsanwälte auf Schmerzensgeld, weil sie infolge der Befürchtung, die Kosten für den Wiederaufbau des Hauses in Höhe von 600.000 € selbst tragen zu müssen, über Monate hinweg Schlaflosigkeit, dauernde schwere Erschöpfungszustände sowie Zustände von Verzweiflung, Mutlosigkeit und Dauerpanik und seelischer Auflösung erlitten habe. Der Bundesgerichtshof betont in seinem Urteil ausdrücklich, dass die beschriebene Beeinträchtigung, ihr Vorliegen unterstellt, eine hinreichend gravierende körperliche und psychische Beeinträchtigung darstellt, die an sich geeignet sein kann, einen Schmerzensgeldanspruch auszulösen. Jedoch nimmt der BGH an, dass sich der Beratungsauftrag der Anwälte in casu ausschließlich auf die Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen erstreckt habe und der Schutz der Gesundheit des Mandanten nicht zu den von den Anwälten übernommenen Pflichten gehört habe. Der Leitsatz des Gerichts lautet: Die Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags, der nicht den Schutz der Rechtsgüter des § 253 II BGB zum Gegenstand hat, begründet in der Regel keinen Schmerzensgeldanspruch. Dabei kann der BGH sich auf frühere Urteile stützen, welche die vertraglichen Pflichten des Rechtsanwaltes in ähnlicher Weise auf die Wahrung der Vermögensinteressen des Mandanten beschränkt sahen.²⁰

Diese Rechtsprechung ist problematisch, steht sie doch in einem Spannungsverhältnis zur allgemeinen Schutzpflichtenlehre, wie sie mit der Schuldrechtsmodernisierung in § 241 Abs. 2 BGB²¹ kodifiziert wurde. Danach kann das Schuldverhältnis über die vereinbarten Leistungspflichten hinaus jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Damit bedarf es durchaus der Begründung, warum der Rechtsanwalt zwar einerseits – was anerkannt ist – nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein soll, seine Kanzlei so in Ordnung zu halten, dass der Mandant nicht über die berühmte Bananenschale stolpert, warum er aber andererseits nicht dafür Sorge tragen müssen, dass Fehlankünfte vermieden werden, die den Mandanten erkennbar so existenziell belasten, dass mit einer Gesundheitsbeeinträchtigung zu rechnen ist. Folglich vermag es nicht zu befriedigen, wenn der BGH²² lediglich betont, der Anwaltsfehler betreffe eine vertragliche Hauptpflicht, die allein auf die Erteilung

²⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 2946; BGH NJW-RR 2001, 1142; BGH NJW 2002, 2459; BGH NJW-RR 2007, 742; BGH NJW 2009, 1589.

²¹ § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) [...].

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

²² BGH NJW 2009, 3025, 3026 Rn. 17.

ordnungsgemäßer Rechtsauskünfte im betreffenden vermögensrechtlichen Bereich gerichtet sei. Denn dass der Rechtsanwalt den Schutz der Gesundheit des Mandanten nicht versprochen hat, dieser also nicht zum Leistungsinteresse gehört, ist zwar richtig, aber im Rahmen der Schutzpflichtenlehre gerade nicht hinreichend, um eine Haftung zu verneinen. Auch lässt sich die mögliche Schutzpflichtverletzung – anders als der Hinweis des BGH auf die Hauptpflicht impliziert – durchaus von der Verletzung der Leistungspflicht isolieren. Dies wird deutlich, wenn man sich fragt, wie der Rechtsanwalt sich korrekterweise hätte verhalten müssen, um den Pflichtenverstoß zu vermeiden. Während er einen Bruch des vertraglichen Leistungsversprechens nur durch eine einwandfreie Beratung hätte vermeiden könnten, ist die Lage in Bezug auf die mögliche Schutzpflicht anders: Die Gesundheitsschädigung hätte der Rechtsanwalt alternativ dadurch abwenden können, dass er gar keine Auskunft erteilt oder klar zum Ausdruck gebracht hätte, dass seine Angabe erst einer Überprüfung bedürfte. Damit wird deutlich, dass von dem Rechtsanwalt nicht etwa gleichsam auf dem Umweg der Schutzpflicht verlangt wird, ein Leistungsversprechen zu erfüllen, das er allein zum Zwecke des Schutzes von Vermögensinteressen abgegeben hat. Vielmehr geht es um das schlichte Unterlassen eines Verhaltens, das den Mandanten erkennbar in die Gefahr eines Gesundheitsschadens bringt. Dass die Entscheidung eine tragfähige Begründung für die Verneinung einer Schutzpflichtverletzung vermissen lässt, spiegelt anschaulich eine erste Stellungnahme wider.²³ Diese interpretiert die aktuelle Entscheidung als Beleg dafür, dass „für den Fall der Schlechterfüllung von vertraglichen Hauptleistungspflichten ein Schmerzensgeld generell nur dann in Betracht [kommt], wenn der jeweilige Vertrag den Schutz von Körper und Gesundheit bzw. eines anderen Rechtsgutes nach § 253 Abs 2 BGB bezweckt“, wobei betont wird, dass die Entscheidung damit nicht nur den Anwaltsvertrag, sondern das gesamte Vertragsrecht“ betreffe. Folgt man diesem Verständnis in dieser Allgemeinheit, dann dürfte beispielsweise in Produkthaftungsfällen mit Personenschäden kein Schmerzensgeld geleistet werden, kann doch von einem Kaufvertrag etwa über eine Produktionsmaschine, die später in Brand gerät, nicht angenommen werden, dass er den Schutz von Körper und Gesundheit bezweckt. Erkennt man aber umgekehrt erst einmal an, dass mit der Verletzung einer Hauptleistungspflicht zugleich eine – davon zu unterscheidende – Schutzpflichtverletzung einhergehen kann, dann liefert die Begrenzung des Leistungsinteresses keine tragfähige Begründung mehr für die Ablehnung einer Schutzpflicht.

III. Ersatz immaterieller Schäden jenseits des § 253 BGB

Ich habe Ihnen bisher im Wesentlichen aufgezeigt, welchen engen Grenzen der Ersatz immaterieller Schäden in Deutschland unterliegt. Es gibt allerdings auch gewisse Entwicklungen in der Rechtsprechung und Gesetzgebung zu verzeichnen, die zu einer Ausweitung des Ersatzes immaterieller Schäden geführt hat.

²³ S Podewils, LMK 2009, 291389.

1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Unmittelbarer Rückgriff auf Artt. 1, 2 Abs. 1 GG²⁴

An erster Stelle ist hier vielleicht das Recht auf Ersatz immaterieller Schäden im Falle der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu nennen. Obwohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht weder in § 253 BGB noch im alten § 847 BGBa.F. Erwähnung findet, entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Schmerzensgeld gewährt werden kann. In der Praxis spielen bis in die Gegenwart hinein insbesondere Pressedelikte eine große Rolle.²⁵ Die Rechtsprechung leitet diesen Schutz unmittelbar aus der Verfassung, i.e. aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG ab.²⁶ Den Gesetzgebungsmaterialien²⁷ zum Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetz lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber diese Praxis billigte und beibehalten wollte. Deshalb verzichtete er darauf, dass allgemeine Persönlichkeitsrecht in § 253 Abs. 2 BGB aufzunehmen. Damit wird dessen Schutz weiterhin unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet. Dies ist allerdings methodisch nicht unbedenklich, wenn man bedenkt, dass § 253 Abs 1 BGB einen Ersatz immaterieller Schäden nur unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Anordnung erlaubt. Denn Art. 1 und 2 Abs. 1 GG gebieten zwar den Schutz der Persönlichkeit, der Ersatz von Nichtvermögensschäden wird dort aber nicht angeordnet. Vorzugswürdig wäre es deshalb gewesen, der Gesetzgeber hätte das Persönlichkeitsrecht in die Neuregelung aufgenommen.

2. Ersatz immaterieller Nachteile im Rahmen der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB²⁸

Im deutschen Schadensrecht gilt das Prinzip der Naturalrestitution. Vorrangig vor der Entschädigung in Geld ist der Schädiger nach § 249 Abs. 1 BGB verpflichtet, den hypothetischen Zustand, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde, in Natur herzustellen. Bei einer solchen Herstellung können auch immaterielle Beeinträchtigungen beseitigt werden, ohne dass dies einen Verstoß gegen § 253 Abs. 1 BGB darstellen

²⁴ Art 1 Grundgesetz

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Art 2 Grundgesetz

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

[...]

²⁵ Vgl. nur die Nachw. bei Palandt/Sprau, 69. Aufl. 2010, §823 Rn. 99 ff.

²⁶ Vgl. nur BGHZ 35, 363, 367 f.; 39, 124, 130 ff.; 128, 1, 15.

²⁷ S. BT-Drs. 14/7752, S. 24 f.

²⁸ § 249 Bürgerliches Gesetzbuch: Art und Umfang des Schadensersatzes

(1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

[...]

würde. Beispiele sind etwa der Ersatz von Heilungskosten bei Körperverletzungen oder auch der Anspruch auf Widerruf einer ehrverletzenden Äußerung.²⁹

3. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB³⁰

Eine durchaus weitreichende Erweiterung des Ersatzes immaterieller Schäden hat die Vorschrift § 284 BGB gebracht, die im Jahre 2002 im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung neu in das BGB aufgenommen wurde.³¹ Danach kann im Falle der Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis der Geschädigte anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung, also des Nichterfüllungsschadens, Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigt hat, die aber nun aufgrund der Pflichtverletzung ihren Zweck verfehlt haben. Die Bestimmung erfasst nicht nur solche Aufwendungen, die der Geschädigte zu kommerziellen Zwecken getätigt hat, sondern eben auch Aufwendungen, mit denen ideelle Zwecke verfolgt werden und deren Vergeblichkeit sich deshalb nicht als Vermögensschaden niederschlägt. Kauft etwa jemand ein Zugticket, um zu einem Konzert zu gelangen und erlangt er dann keinen Zutritt zu der Veranstaltung, weil versehentlich zu viele Tickets verkauft wurden, dann kann der Geschädigte nach § 284 BGB Ersatz der Kosten für das Zugticket verlangen, obwohl sein Vermögen keine Negativedifferenz aufweist, sondern er auch dann mit diesen Kosten belastet wäre, wenn er das Konzert angehört hätte. Mit § 284 BGB ist damit letztlich für den begrenzten Bereich der Verletzung von Leistungspflichten aus Schuldverhältnissen die zuvor vielfach schon in allgemeinerer Weise erhobene³² Forderung aufgegriffen worden, bei frustrierten Aufwendungen den Schaden nach dem Aufwand zu berechnen.

4. Kommerzialisierung immaterieller Vorteile in der Rechtsprechung

a. Ständige Rspr.: Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung privat genutzter Pkw und anderer Lebensgüter, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist

Eine Ausweitung des Ersatzes immaterieller Schäden hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit in bestimmten Bereichen durch den Kommerzialisierungsgedanken bewirkt. Dahinter steckt vereinfacht gesprochen die Überlegung, bestimmten Nutzungsvorteilen oder auch anderen Vorteilen wie etwa dem Vorteil von Urlaubszeit oder einer Urlaubsreise einen in Geld ausgedrückten Wert zuzusprechen, soweit es dafür einen Markt gibt.³³ Das Problem dieses Kommerzialisierungsgedankens besteht weniger in der Bestimmbarkeit des Marktwertes des jeweiligen Vorteils, sondern darin, dass auch der entgangene Genuss eines „erkauften“ Vorteiles ein immaterieller Schaden ist, soweit sich keine Negativedifferenz im Vermögen ergibt.

²⁹ S. nur BGH NJW 1953, 1386.

³⁰ § 284 Bürgerliches Gesetzbuch: Ersatz vergeblicher Aufwendungen

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

³¹ Dazu ausf. Gsell, in Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321 ff.

³² Vgl. nur die Nachw. bei MünchKomm/Oetker, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 46.

³³ Vgl. nur Staudinger/Schiemann, 2004, § 253 Rn. 12 ff. m.w.Nachw.

Dennoch gewährt die Rechtsprechung bei der Beschädigung privat genutzter Pkw eine sog. abstrakte Nutzungsentschädigung, d.h. der Geschädigte kann auch dann, wenn er kein Ersatzfahrzeug anmietet und deshalb keinen messbaren Vermögensschaden hat, grundsätzlich Ersatz für die entgangenen Nutzungsvorteile des Pkw verlangen.³⁴ Dahinter steckt letztlich die ganz pragmatische Überlegung, dass der sparsame Geschädigte, der auf einen Mietwagen verzichtet, nicht „leer ausgeht“.³⁵

Eine Entscheidung des Großen Senates für Zivilsachen des BGH³⁶ hat sich dafür ausgesprochen, diese Art von abstrakter Nutzungsentschädigung auf Sachen zu beschränken, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebensführung typischerweise angewiesen ist, wobei es sich um Wirtschaftsgüter von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung handeln muss. Danach wird eine solche abstrakte Nutzungsentschädigung etwa beim Verlust der Gebrauchsvorteile des Wohnhauses³⁷, nicht aber etwa der Ferienwohnung³⁸ anerkannt. Eine dogmatisch überzeugende Begründung für diese Begrenzung auf bestimmte Güter ist jedoch nicht ersichtlich.

b. Aber: Keine Kommerzialisierung nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit mehr bei Delikt, BGH NJW 1983, 1107

Die Rechtsprechung hat den Kommerzialisierungsgedanken in der Vergangenheit auch für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit bemüht.³⁹ Nachdem jedoch im Jahre 1979 § 651f Abs. 2 BGB als rein vertragsrechtliche Regelung geschaffen wurde, hat der BGH für das Deliktsrecht eine kommerzialisierende Bewertung des Urlaubs abgelehnt.⁴⁰

IV. Deutsches Recht im Vergleich zum Europarecht

1. Der *acquis communautaire*
2. Die *Acquis-Principles*
3. Der DCFR

V. Fazit in Thesen

³⁴ Vgl. nur die Nachw. bei Palandt/Grüneberg, 69. Aufl. 2010, § 249 Rn. 40 ff.

³⁵ BGH NJW 1964, 542; BGH NJW 1983, 444.

³⁶ BGH NJW 1987, 50.

³⁷ S. den Nachw. in der vorhergehenden Fn.

³⁸ BGH NJW 1988, 251.

³⁹ Vgl. nur den Seereise-Fall BGH NJW 1956, 1234: Reisende Eheleute hatten infolge eines Verschuldens der Zollverwaltung ihr Gepäck nicht zur Verfügung und konnten die Reise deshalb nicht in der Weise genießen, wie dies geplant war.

⁴⁰ BGH NJW 1983, 1107