



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Beumers, M.T.

Citation

Beumers, M. T. (2021, June 30). *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3193531>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3193531>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <https://hdl.handle.net/1887/3193531> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Beumers, M.T.

Title: De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Issue Date: 2021-06-30

4 | Smartengeld in Duitsland

4.1 INLEIDING

Artikel 6:95 BW is ‘geïmporteerde waar’.¹ De bepaling is geïnspireerd op § 253 van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch.² Ook in het Duitse recht heeft een benadeelde uitsluitend recht op een vergoeding van zijn immateriële schade wanneer dat wettelijk is bepaald. De wetgever introduceerde deze hoofdregel al bij de invoering van het BGB en heeft het sindsdien steeds gehandhaafd (§ 4.2.1). Tegelijkertijd is § 253 BGB altijd omstreden geweest in de Duitse literatuur. De beperkte vergoedbaarheid van immateriële schade is in algemene zin bekritiseerd. Bovendien pleit een deel van de literatuur voor een specifieke aanspraak op smartengeld bij wanprestatie. Een benadeelde zou recht moeten hebben op smartengeld, wanneer een overeenkomst tot doel heeft hem onstoffelijk voordeel te verschaffen, maar hij dit voordeel door de wanprestatie van zijn wederpartij is misgelopen (§ 4.2.2). Tot op heden bestaat zo’n algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie niet, maar bij één specifieke benoemde overeenkomst heeft een benadeelde wel recht op een vergoeding van zijn immateriële schade (§ 4.2.3). Op grond van § 651n BGB heeft een gedupeerde reiziger bij een wanprestatie van een pakketreisovereenkomst recht op smartengeld. Hoewel het BGH analoge toepassing van § 651n BGB op andere reisovereenkomsten onder omstandigheden toestaat, heeft de benadeelde die met een overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreeft, in de meeste gevallen geen recht op smartengeld (§ 4.3). Sinds de hervorming van het schadevergoedingsrecht in 2002 heeft een benadeelde niet alleen bij een onrechtmatige daad, maar óók bij wanprestatie recht op een vergoeding van zijn immateriële schade bij een ‘Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung’. Op het eerste oog lijkt dit een belangrijke uitbreiding van de rechten van teleurgestelde contractspartijen te zijn, maar bij nadere beschouwing blijkt dat ook na deze hervorming contractspartijen nauwelijks aanspraak hebben op smartengeld wanneer zij onstoffelijk voordeel zijn misgelopen als gevolg van een wanprestatie (§ 4.4.1-§ 4.4.2). Een deel van de Duitse literatuur is van mening dat een recht op een vergoeding van immateriële schade onder

1 Overeem 1979, p. 49.

2 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 378 (*Toelichting-Meijers*).

omstandigheden kan worden afgeleid uit de door partijen gesloten overeenkomst zelf (§ 4.4.3).

4.2 DE HOOFDREGEL – EEN GESLOTEN STELSEL

4.2.1 De hoofdregel van § 253 BGB

Sinds de invoering van het BGB is de eerste zin van § 253 BGB³ onveranderd gebleven:

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

Het Duitse recht kent dus een gesloten stelsel van smartengeld. Uitsluitend wanneer dat wettelijk is bepaald, heeft een benadeelde recht op een vergoeding van zijn immateriële schade. Dit betekent *a contrario* dat wanneer een wettelijke grondslag ontbreekt, een benadeelde geen recht heeft op zo'n vergoeding.⁴ Verder volgt uit § 253 BGB een analogieverbod. Een wettelijke bepaling die een benadeelde recht geeft op smartengeld kan niet analoog worden toegepast op een vergelijkbaar geval dat buiten het toepassingsbereik van deze wettelijke regeling valt. Uit § 253 BGB volgt immers dat de beslissing in welke gevallen een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade en in welke gevallen niet, is voorbehouden aan de wetgever. Het staat rechters niet vrij om door middel van analoge toepassing het recht op smartengeld te verruimen.⁵ Zowel bij de invoering als bij latere hervormingen van het BGB is de Duitse wetgever steeds terughoudend geweest met het toekennen van zulke wettelijke rechten op smartengeld, met name in het contractenrecht. Zo bestond er gedurende de twintigste eeuw geen algemeen recht op schadevergoeding voor immateriële schade bij wanprestatie. Slechts in uitzonderlijke gevallen had een contractspartij recht op smartengeld.⁶ Dit veranderde pas toen de wetgever in 2002 besloot om § 847 BGB (oud) – de paragraaf waarin was geregeld in welke gevallen een slachtoffer van een onrechtmatige daad recht had op een vergoeding van zijn immateriële schade – te veralgemeniseren en om benadeelden bij wanprestatie in dezelfde gevallen als bij onrechtmatige daad recht op smartengeld toe te kennen.⁷

3 In 2002 voegde de wetgever wel een lid toe aan deze bepaling, zie daarover § 4.4.1.

4 *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 7.

5 *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 7.

6 Van deze uitzonderingen is naar huidige verkeersopvattingen de oude § 1300 BGB zonder twijfel het opvallendst. Het gaf een verloofde vrouw ‘van onbesproken gedrag’, recht op zogenoemd ‘Kranzgeld’ wanneer zij gedurende de verloving het bed had gedeeld met haar verloofde en deze vervolgens zonder goede reden de verloving had verbroken.

7 BT-Drs. 14/7752. Zie over dit voorstel: Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1031-1032.

Uit de parlementaire geschiedenis van het BGB blijkt dat de wetgever destijds twee redenen had om het recht op schadevergoeding voor immateriële schade te beperken tot enkele in de wet geregelde gevallen. Allereerst zou een algemeen recht op smartengeld lagere rechters een 'soevereiniteit' geven, die het Duitse recht vreemd was in de negentiende eeuw. Lagere rechters zouden dan namelijk een discretionaire bevoegdheid krijgen om naar eigen inzicht de omvang van immateriële schade te begroten. Het *Reichsgericht* zou onvoldoende in staat zijn om de uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid te corrigeren.⁸ Men vreesde dat dit zou leiden tot 'Franse toestanden'. In Frankrijk zouden rechters namelijk 'jeden Maßstab verloren' zijn.⁹ Ten tweede zou het aannemen van een algemeen recht op smartengeld indruisen tegen de in 'betere kringen van de samenleving' heersende verkeersopvattingen van die tijd. Deze verkeersopvattingen van de hogere standen van de Duitse samenleving zouden zich verzetten tegen het met geld compenseren van smart. Smartengeld zou uitsluitend 'die schlechteren Elemente' tot voordeel strekken, zou winstbejag, egoïsme en begeerte bevorderen en zou leiden tot talrijke chicaneuze gerechtelijke procedures.¹⁰

De consensus in de moderne literatuur is dat deze oorspronkelijke redenen om het recht op smartengeld te beperken grotendeels achterhaald zijn. De rol van de Duitse rechter is in de loop der jaren fundamenteel veranderd: het staat tegenwoordig niet meer ter discussie dat rechters een discretionaire bevoegdheid hebben – en zouden moeten hebben – om naar eigen inzicht geleden schade te begroten.¹¹ Ook de Duitse verkeersopvattingen zijn sinds de negentiende eeuw fundamenteel gewijzigd. Het toekennen van smartengeld vindt men tegenwoordig niet meer amoreel of verwerpelijk.¹² Voor de hoofdregel van § 253 BGB *zelf* is desalniettemin – zij het om andere redenen dan die in de parlementaire geschiedenis naar voren zijn gebracht – ook tegenwoordig nog steun.¹³ Zo vrezen voorstanders van deze bepaling een te grote uitdijning van het schadevergoedingsrecht wanneer alle immateriële schade voor vergoeding in aanmerking zou komen.¹⁴ Het feit dat het onmogelijk is voor feitenrechters om immateriële schade precies te begroten en daarmee om de door hen toegekende smartengeldbedragen te controleren, is ook tegenwoordig een belangrijk argument ten faveure van § 253 BGB.¹⁵ Bovendien is er onverminderd angst voor onaangename en onsmakelijke gerechtelijke procedures

8 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*).

9 Mugdan 1899, p. 517 (*Materialien II, Protokolle*).

10 Mugdan 1899, p. 517 (*Materialien II, Protokolle*).

11 Nörr AcP 1958, p. 2-3; Coing JZ 1958, p. 558-559; Wiese 1964, p. 13-14; Hohloch 1981, p. 439 en Lange/Schiemann 2003, p. 426.

12 Nörr AcP 1958, p. 2-3; Coing JZ 1958, p. 558-559; Wiese 1964, p. 14-16; Hohloch 1981, p. 439-440; Lange/Schiemann 2003, p. 426 en Maslow 2015, p. 107.

13 Voor een overzicht: Maslow 2015, p. 107.

14 Lange/Schiemann 2003, p. 426-427.

15 Lange/Schiemann 2003, p. 426.

en misbruik door benadeelden.¹⁶ Ook zou het toekennen van smartengeld leiden tot een stijging van de prijzen van goederen en diensten. Een aanbieder loopt een groter aansprakelijkheidsrisico wanneer hij bij wanprestatie ook immateriële schade moet vergoeden. Tegen dit risico zal hij zich willen verzekeren, wat vervolgens zijn weerslag vindt in de door hem gevraagde prijs voor zijn goederen en diensten.¹⁷

4.2.2 Een tegengeluid

4.2.2.1 Algemeen

De hoofdregel van § 253 BGB is altijd omstreden geweest. Al in de negentiende eeuw bestond er een stroming in de Duitse literatuur die pleitte voor een algemeen recht op schadevergoeding voor immateriële schade, juist ook in het contractenrecht. Deze stroming bestreed in de eerste plaats de dominante opvatting in de oudere Duitse literatuur¹⁸ dat van een verbintenis pas sprake kan zijn wanneer de prestatie waartoe de verbintenis verplicht een economische waarde heeft.¹⁹ Deze oudere Duitse literatuur was van mening dat het vermogensrecht uitsluitend vermogensbelangen beschermt.²⁰ Er is geen sprake van een verbintenis wanneer een contractspartij een prestatie bedingt die geen vermogenswaarde heeft maar haar uitsluitend onstoffelijk voordeel verschaft, zoals een vakantieganger die een hotelkamer met uitzicht boekt, een verhuurder die contractueel vastlegt dat zijn huurder geen piano mag spelen en een gezin dat kaartjes koopt voor een speeltuin. Zulke bedingen zijn niet in rechte afdwingbaar, omdat het plezier van een mooi uitzicht, een rustig huis of toegang tot een speeltuin geen vermogensvermeerdering tot gevolg heeft. Wanneer zulke prestaties uitblijven, is er dus ook geen recht op een vergoeding van eventuele immateriële schade.²¹ Von Jhering vond allereerst deze interpretatie van het begrip vermogensbelang te beperkt. Hoewel contractuele prestaties zoals die van de hotelgast, de verhuurder en het gezin, geen vermogensvermeerdering tot gevolg hebben, kunnen zulke prestaties wel degelijk een economische waarde hebben. De contactspartijen in deze voorbeelden hebben immers uitgaven moeten doen om het onstoffelijke voordeel te verkrijgen. De contractuele prestaties hebben, met andere woorden, geld gekost, waardoor ze wel degelijk een economische waarde hebben. De beperkte interpretatie van het begrip vermogensbelang zou er volgens Von Jhering ten onrechte toe

16 *Lange/Schiemann* 2003, p. 426.

17 *Honsell JuS* 1976, p. 228.

18 Een opvatting van de zogenoemde Historische School.

19 Zie Göthel *AcP* 2005, p. 49 voor een overzicht.

20 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 43-44.

21 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 43-49.

leiden dat al het vermogen van een benadeelde dat is omgezet in onstoffelijke voordelen onbeschermd blijft.²²

Von Jhering bekritiseerde niet alleen deze enge interpretatie van het begrip vermogensbelang, maar bestreed ook de achterliggende gedachte dat het verbintenissenrecht uitsluitend de vermogensbelangen van een contractspartij – en dus niet zijn immateriële belangen – zou beschermen. Voor de bescherming van de bindende kracht van overeenkomsten is het onontbeerlijk dat een benadeelde ook recht heeft op schadevergoeding wanneer hij slechts immateriële schade lijdt als gevolg van een wanprestatie. Von Jhering erkent dat geld niet het precieze equivalent is van de geleden immateriële schade, maar wijst erop dat een geldbedrag wel ‘Satisfaktion’ kan bieden aan een benadeelde.²³ Von Jhering stond zeker niet alleen.²⁴ Een deel van de literatuur deelde zijn opvatting dat geld en onstoffelijke voordelen, zoals plezier, gezondheid en eer, weliswaar ongelijke grootheden zijn, maar dat een geldbedrag wel degelijk enige compensatie kan bieden voor immateriële schade. Een vergoeding stelt de benadeelde immers in staat op een andere wijze zijn levensgeluk te vergroten.²⁵ Smartengeld werd gezien als een ‘Gegenvorteil’. Voorstanders verschilden enigszins van mening over de functie van smartengeld. Een deel van de literatuur benadrukte dat smartengeld genoegdoening biedt voor het geschonden rechtsgevoel van de benadeelde en wees op de preventieve werking van smartengeld, terwijl het andere deel van de literatuur de nadruk legde op de compensatiefunctie. Zij deelden de opvatting dat zulke vergoedingen geenszins privaatrechtelijke boetes zijn of een bestraffende functie hebben, zoals tegenstanders van een algemeen recht op smartengeld regelmatig aanvoerden.²⁶

Precies deze aan populariteit winnende rechtsopvatting wilde de wetgever met de invoering van § 253 BGB de kop indrukken. Een inperking van het recht op smartengeld was, volgens de wetgever, nodig

‘[...] da gegenwärtig eine lebhaftige Strömung zu Gunsten einer solchen Entschädigung besteht’.²⁷

Wel aanvaardde de wetgever dat ook sprake kan zijn van een verbintenis, wanneer de prestatie waartoe deze verbintenis verplicht geen vermogenswaar-

22 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 49.

23 Von Jhering *Jher. Jb.* 1880, p. 50-53 en Von Jhering 1881, p. 84-86.

24 Zie Göthel *AcP* 2005, p. 51-53 voor een uitgebreid overzicht.

25 Von Wächter 1874, p. 74-75 en Köhler *Arch. BR* 1891, p. 257-258 wezen erop dat het feit dat iets niet volledig in geld kan worden uitgedrukt, er niet toe kan leiden dat er helemaal niets betaald hoeft te worden. Men moet proberen het nadeel zoveel mogelijk te benaderen. Het is ook niet mogelijk om de intrinsieke waarde van een kunstwerk of een wetenschappelijke ontdekking in een geldsom te vatten, maar dat betekent niet dat de kunstenaar en de wetenschapper daarom niet betaald hoeven te worden.

26 Göthel *AcP* 2005, p. 51-53.

27 Mugdan 1899, p. 515 (*Materialien II, Protokolle*).

de heeft, maar uitsluitend onstoffelijk voordeel verschaft.²⁸ Maar, zo overweegt de wetgever, uit deze aanvaarding volgt geenszins dat

'[...] bei Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein soll'.²⁹

Een deel van de Duitse literatuur vond deze overwegingen van de wetgever inconsequent. Wanneer men eenmaal aanvaardt dat het verbintenissenrecht ook immateriële belangen beschermt, moet men benadeelden bij de aantasting van zulke belangen ook een recht op smartengeld geven.³⁰ Door § 253 BGB wordt de bescherming van immateriële belangen ten onrechte achtergesteld bij de bescherming van vermogensbelangen.³¹ Het BGB zou daarmee materialistisch zijn, omdat het uitsluitend bescherming biedt aan de vermogenspositie van de benadeelde, maar geen oog heeft voor zijn geestelijke welbevinden.³² Smartengeld zou een benadeelde in staat stellen zijn levensgeluk op een andere wijze te vergroten. Geld vormt, volgens Von Gierke, immers 'den Schlüssel für ideale Genüsse'.³³

Ondanks deze fundamentele kritiek vindt men, zoals gezegd, § 253 BGB ook in het huidige BGB terug. In de naoorlogse literatuur stond het gesloten stelsel zelf eigenlijk nauwelijks meer ter discussie. Zo was Hohloch, die ter voorbereiding op een voorgenomen hervorming van het BGB door de Minister van Justitie was gevraagd een advies te schrijven over het Duitse schadevergoedingsrecht, zeer kritisch over het toenmalige § 253 BGB. Hij deed tal van voorstellen om het recht op smartengeld te verruimen, maar hij adviseerde ook om het gesloten stelsel *zelf* te behouden.³⁴ Recente kritiek in de literatuur richt zich met name op de gevallen waarin de wet niet voorziet in een recht op een vergoeding van immateriële schade, maar dat wel zou moeten doen. Zo wordt er in de Duitse literatuur al decennia gepleit om wettelijk te bepalen

28 De discussie over wat een vermogensbelang en wat een immaterieel belang is, verloor daardoor enigszins haar relevantie. Voor een overzicht van de Duitse literatuur, zie Küppers 1976, p. 5-17. Hij laat zien dat dit debat in wezen de voorloper is van de discussie over de vraag waar de grens tussen vermogensschade en ander nadeel ligt.

29 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*).

30 Braschos 1979, p. 130.

31 Coing JZ 1958, p. 560; Wiese 1964, p. 12-13 en Stoll 1965, p. 125.

32 Stoll 1965, p. 61 onder verwijzing naar Von Liszt. Zowel voor- als tegenstanders schermen overigens met het verwijt van materialisme. Men kan namelijk evengoed volhouden dat materialisme wordt aangewakkerd als men ieder immaterieel nadeel of voordeel in geld probeert uit te drukken, zie: Lange/Schiemann 2003, p. 426-427. Honsell JuS 1976, p. 226 wijst erop dat om precies die reden in (ondertussen voormalige) Oostbloklanden geen recht op smartengeld bestond. Het uitdrukken van ideële waarde in geld is het toppunt van bourgeoisie.

33 Von Gierke 1917, p. 83. In vergelijkbare zin: Von Gierke 1888, p. 196-198; Nörr AcP 1958, p. 2; Wiese 1964, p. 14 en Braschos 1979, p. 131.

34 Hohloch 1981, p. 439-440. Zie eerder ook: Nörr AcP 1958, p. 4-5, 16 en Wiese 1964, p. 61.

dat bij ernstige schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht een benadeelde aanspraak heeft op smartengeld.³⁵ Vóór de hervorming van het BGB in 2002 richtte een deel van de kritiek in de literatuur zich op het feit dat bij onrechtmatige daad in bepaalde gevallen een recht op smartengeld bestond, maar bij wanprestatie niet.³⁶ Met de hervorming van het schadevergoedingsrecht is dit verschil tussen onrechtmatige daad en wanprestatie verdwenen, maar sinds de negentiende eeuw gaan er in de literatuur stemmen op om bij wanprestatie nog een stap verder te gaan.

4.2.2.2 Overeenkomsten waarmee onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd

In de kern komt het in de literatuur bepleite voorstel er op neer om een contractspartij ook een recht op smartengeld toe te kennen, wanneer een overeenkomst tot doel heeft om haar onstoffelijk voordeel verschaffen, maar zij dit voordeel is misgelopen doordat haar wederpartij haar contractuele verplichtingen niet is nagekomen.

De oorsprong van dit idee ligt in het voorontwerp van het BGB. Voorontwerper Von Kübel overwoog dat een contractspartij bij wanprestatie recht zou moeten hebben op een vergoeding van haar immateriële schade wanneer de door haar bedongen prestatie geen vermogenswaarde heeft, maar haar slechts onstoffelijk voordeel beoogt te verschaffen. Zonder zo'n aanspraak zou de rechtsbescherming van contractspartijen die met een overeenkomst onstoffelijk voordelen nastreven, tekortschieten. Het zou immers betekenen dat een contractspartij met lege handen achterblijft, wanneer het vorderen van nakoming van de contractuele verplichtingen niet meer mogelijk is. Wanneer men eenmaal aanvaardt dat ook sprake kan zijn van een verbintenis wanneer de prestatie waartoe de verbintenis verplicht geen economische waarde heeft, moet een benadeelde bij een aantasting van zijn immateriële contractuele belangen ook recht hebben op een vergoeding van zijn immateriële schade.³⁷ Von Kübel deed een concreet voorstel:

‘Ist der Schuldner durch einen Vertrag zu einer Leistung verpflichtet, welche keinen Vermögenswerth hat, so ist der Gläubiger wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit Schadensersatz in Geld nach billigem Ermessen, jedoch nicht über den Betragen von 6000 M. zu fordern berechtigt.’³⁸

Zoals gezegd, stond de wetgever afwijzend tegenover een recht op vergoeding van immateriële schade bij wanprestatie. Bovendien deelde hij niet de opvatting dat zonder dit voorgestelde recht op smartengeld een leemte zou ontstaan

35 Zie daarover: MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 5.

36 Braschos 1979, p. 1 wijdde nog de helft van zijn proefschrift aan deze vraag. Zie ook: Wiese 1964, p. 10-11 en Hohloch 1981, p. 438.

37 Schubert 1980, p. 17-19. Zie ook: Maslow 2015, p. 104-106.

38 Mugdan 1899, p. 515 (*Materialien II, Protokolle*).

in de rechtsbescherming van teleurgestelde contractspartijen. Een contractspartij kan immers tijdens de onderhandelingen een boete of een recht op een vergoeding van haar immateriële schade bedingen.³⁹ Dit argument heeft de Duitse literatuur nooit kunnen overtuigen. Binnen het huidige economische verkeer is het idee dat een consument een boete of een recht op smartengeld kan bedingen 'op zijn best naïef te noemen', aldus Schiemann.⁴⁰ Wanneer een consument een overeenkomst aangaat met een commerciële partij zal er in de regel helemaal geen ruimte zijn om te onderhandelen over de algemene voorwaarden, zeker niet wanneer hij contracteert met een grote aanbieder.⁴¹ Bovendien zullen de meeste leken niet eens weten dat er een mogelijkheid bestaat om een contractueel recht op smartengeld te bedingen.⁴²

Sinds de invoering van het BGB gaan er dan ook stemmen op om een wettelijk recht op smartengeld aan het BGB toe te voegen dat contractspartijen bij wanprestatie aanspraak geeft op een vergoeding van hun immateriële schade, wanneer zij met hun overeenkomst onstoffelijk voordeel nastreven. In zijn advies aan de Minister van Justitie uit 1987 stelde Hohloch een nieuw wettelijk recht op smartengeld voor dat vergelijkbaar is met Von Kübels voorstel uit het voorontwerp van het BGB. Hohloch adviseerde om aan § 253 BGB toe te voegen dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt

'[...] wenn der Schutz oder die Förderung der immateriellen Interessen Gegenstand einer besonderen Vereinbarung oder Pflichtenstellung des Schädigers war'.⁴³

Hohloch brengt een essentiële beperking aan die andere voorstanders in de regel ook verdedigen: de wederpartij is pas aansprakelijk voor immateriële schade wanneer de bescherming of bevordering van immateriële belangen binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst valt.⁴⁴ Deze beperking – die bij sommige voorstanders op het Engelse recht is geïnspireerd⁴⁵ – moet voorkomen dat bijvoorbeeld bij 'gewone' koopovereenkomsten, de wanpresterende verkoper aansprakelijk is voor alle gemiste onstoffelijke voordelen en al het geleden immateriële nadeel van zijn koper. De verkoper zou zich in beginsel niet moeten hoeven te bekommeren om alle mogelijke immateriële doelen die zijn koper nastreeft met het gekochte goed. Het mislopen van onstoffelijke voordelen en de eventuele ergernis en frustratie die het gevolg

39 Mugdan 1899, p. 12 (*Motiven II*).

40 Lange/Schiemann 2003, p. 426. Zie ook: Voß ZRP 1999, p. 453 en Maslow 2015, p. 171-172.

41 Wagner 2006, p. 52 en Maslow 2015, p. 171-172.

42 Wiese 1964, p. 11 en Maslow 2015, p. 171.

43 Hohloch 1981, p. 374.

44 Stoll 1965, p. 148-149; Schmitz 1980, p. 253-258; Thüsing *VerS* 2001, p. 296-297; Wagner *JZ* 2004, p. 330 en Wagner 2006, p. 53. Een vergelijkbare uitzondering bepleit in wezen Maultzsch *JZ* 2010, p. 944-945.

45 Zie bijvoorbeeld: Schmitz 1980, p. 253-258; Thüsing *VerS* 2001, p. 290-292 en Maslow 2015, p. 180.

zijn van zijn wanprestatie zouden in beginsel voor risico van de koper moeten blijven.⁴⁶ Dat wordt slechts anders wanneer de contractspartijen het verwezenlijken van onstoffelijk voordeel binnen het beschermingsbereik van de overeenkomst hebben gebracht en de verkoper het risico op het ontstaan van immateriële schade bij wanprestatie heeft overgenomen.⁴⁷

De hamvraag is dan vervolgens wanneer van zulke risico-overname sprake zou zijn. In de literatuur zijn een paar algemene lijnen te ontwaren. Het enkele feit dat de wederpartij kon voorzien dat de benadeelde onstoffelijke voordelen nastreefde met een overeenkomst, is nog niet voldoende om haar aansprakelijk te houden voor de geleden immateriële schade. Ook het feit dat de benadeelde aan zijn wederpartij kenbaar heeft gemaakt dat hij met de overeenkomst immateriële doelen nastreeft, volstaat nog niet voor aansprakelijkheid.⁴⁸ Er moeten daarnaast concrete omstandigheden zijn waaruit blijkt dat de wederpartij zich heeft verplicht de immateriële belangen van de benadeelde te waarborgen. Met andere woorden, het realiseren van onstoffelijk voordeel moet een 'beschermingsdoel' (*Schutzzweck*) van de overeenkomst zijn.⁴⁹ Dat kan bijvoorbeeld blijken uit het feit dat de contractsprijs hoger is dan gebruikelijk, uit mededelingen van de wederpartij die bij de benadeelde het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij zijn onstoffelijke voordeel zou verkrijgen, uit garanties van de wederpartij of uit additionele bedongen contractuele verplichtingen die ter bescherming van zijn immateriële contractuele belang dienen.⁵⁰ Riedel geeft als voorbeeld een transportbedrijf dat in opdracht een juweel met grote emotionele waarde vervoert. Wanneer de opdrachtgever niets mededeelt over de emotionele waarde van het sieraad, is het transportbedrijf niet aansprakelijk voor de eventuele immateriële schade wanneer het het juweel tijdens het vervoer kwijtraakt. Stelt de opdrachtgever het transportbedrijf daarentegen op de hoogte van de grote emotionele waarde van het juweel en garandeert het transportbedrijf, bijvoorbeeld tegen een hogere vergoeding, extra goed op het sieraad te zullen letten, dan is het transportbedrijf wel aansprakelijk voor de immateriële schade van de opdrachtgever wanneer het het sieraad vervolgens alsnog verliest.⁵¹

Bovendien aanvaardt een deel van de literatuur dat bepaalde overeenkomsten er naar hun aard toe strekken de immateriële belangen van een van de contractspartijen te waarborgen. Bij zulke overeenkomsten vallen de immateriële contractuele belangen inherent binnen het beschermingsbereik van de

46 Braschos 1979, p. 143-145; Ströfer 1982, p. 229-230; Riedel 2003, p. 165 en Maslow 2015, p. 182-183. Zie met name ook: Thüsing *VerS* 2001, p. 296.

47 Maslow 2015, p. 180-181 en 183.

48 Braschos 1979, p. 145; Ströfer 1982, p. 217; Riedel 2003, p. 165 en Maslow 2015, p. 183-184.

49 Braschos 1979, p. 145 stelt voorop dat partijen het uiteraard ook gewoon op papier kunnen zetten, maar dat dit nauwelijks gebeurt.

50 Braschos 1979, p. 145-147; Ströfer 1982, p. 229-230; Riedel 2003, p. 172-173 en Maslow 2015, p. 183-187.

51 Riedel 2003, p. 165.

overeenkomst. In deze gevallen heeft de benadeelde dus in beginsel wel aanspraak op smartengeld wanneer zijn wederpartij de overeenkomst niet nakomt.⁵² Als voorbeeld van zo'n overeenkomst voert de literatuur steevast de pakketreisovereenkomst aan. Het is evident dat een vakantieganger met zo'n overeenkomst hoofdzakelijk onstoffelijk voordeel nastreeft en hij immateriële schade lijdt wanneer de reisorganisator zijn contractuele verplichtingen niet nakomt.⁵³ Andere voorbeelden die veelvuldig naar voren komen zijn huur- of cateringovereenkomsten met betrekking tot feestlocaties⁵⁴ en de tamelijk specifieke overeenkomst tot het invriezen en bewaren van sperma van mannen die door een geplande geneeskundige behandeling onvruchtbaar dreigen te worden.⁵⁵ Ook overeenkomsten in de familierechtelijke sfeer, zoals convenanten tussen gescheiden ouders over de omgang met hun kinderen, rekent men tot zulke 'sachttypische' overeenkomsten.⁵⁶

Hohlochs voorgestelde toevoeging aan § 253 BGB heeft het uiteindelijke wetsvoorstel niet gehaald. Toch is dit in de literatuur bepleite idee niet zuiver academisch gebleven. In het huidige Duitse recht heeft een teleurgestelde contractspartij bij één benoemde overeenkomst wel aanspraak op een vergoeding van haar immateriële schade. Deze benoemde overeenkomst heeft bovendien bij uitstek tot doel een onstoffelijk voordeel te verschaffen: de pakketreisovereenkomst.

4.3 DE UITZONDERING – PAKKETREIZEN

4.3.1 Geharmoniseerd recht

In het Duitse recht heeft een vakantieganger recht op schadevergoeding voor gederfd reisgenot wanneer een reisorganisator zijn contractuele verplichtingen uit een pakketreisovereenkomst niet nakomt. Ook in Duitsland volgt dat sinds *Leitner/TUI* simpelweg uit het Europese recht. Toch is het interessant uitgebreider stil te staan bij het Duitse recht op schadevergoeding voor gederfd reisgenot, dat in het huidige BGB is te vinden in § 651n lid 2 BGB en voorheen in § 651f lid 2 BGB. Net zoals in Nederland, bestond er in Duitsland namelijk al vóór *Leitner/TUI* een nationaalrechtelijke aanspraak op schadevergoeding bij mislukte vakanties. De ontwikkeling van dit Duitse recht op schadevergoeding is bovendien interessant omdat het een heuse metamorfose heeft ondergaan. Het BGH zag de geleden schade eerst nog als een vorm van vermogensschade,

52 Maslow 2015, p. 187-189 en, in zekere zin, Schmitz 1980, p. 257. Zie ook: Braschos 1979, p. 147-149 en Riedel 2003, p. 168-169, die in veel beperkte mate het bestaan van zulke overeenkomsten aannemen.

53 Ströfer 1982, p. 225-227; Riedel 2003, p. 169 en Maslow 2015, p. 189-192.

54 Wagner JZ 2004, p. 330.

55 Maslow 2015, p. 192-193.

56 Braschos 1979, p. 148 en Riedel 2003, p. 170.

maar gaandeweg veranderde zijn visie. Tegenwoordig kwalificeert het BGH de vordering van § 651n lid 2 BGB als een vergoeding van immateriële schade voor gederfd vakantiegenot.

4.3.2 Een metamorfose

4.3.2.1 *Verspilde vakantiedagen*

In het *Seereise-fall* kregen twee echtgenoten schadevergoeding voor het feit dat zij het tijdens een cruise naar de Canarische eilanden zonder hun bagage moesten stellen. Het BGH kwalificeerde de door het echtpaar geleden schade als vermogensschade, maar maakte onvoldoende duidelijk waar die vermogensschade precies in gelegen was: het gemiste genot van de cruise zelf of de tevergeefs gemaakte kosten om het plezier van de cruise te verkrijgen. In zijn latere jurisprudentie over het tijdelijk missen van het gebruiksgenot van een goed aanvaardde het BGH de commercialiseringsgedachte. Het gemiste gebruiksgenot zelf, zoals dat van een auto of een huis, vormt onder omstandigheden vermogensschade.⁵⁷ In latere jurisprudentie over mislukte vakanties kwalificeerden lagere rechters daarentegen de tevergeefs gemaakte kosten om het vakantiegenot te verkrijgen als de te vergoeden schade. Zij leken daarmee juist de frustratieleer te aanvaarden.⁵⁸

Toch begon ook in deze jurisprudentie de commercialiseringsgedachte gaandeweg een essentiële rol te spelen. Wanneer iemand met een inkomen op vakantie wil, zal hij vrije dagen moeten opnemen. Als de vakantie vervolgens door een fout van de reisorganisator in het water valt, is het opnemen van deze vakantiedagen tevergeefs geweest. In de literatuur en de jurisprudentie ontstond discussie over de vraag of vrije dagen een vermogenswaarde hebben en daarmee of het tevergeefs opnemen van zulke dagen – net zoals het tevergeefs voldoen van een reissom – vermogensschade is voor een benadeelde. Het OLG Frankfurt meende van wel en baseerde zijn oordeel hoofdzakelijk op de commercialiseringsgedachte: een vrije dag is op zichzelf weliswaar een onstoffelijk voordeel, maar heeft in het huidige maatschappelijke verkeer een duidelijke economische waarde. Verlof is, met andere woorden, gecommuniceerd.⁵⁹ Deze overweging was niet onomstreden.⁶⁰ Andere lagere rechters

57 Zie uitgebreid hierover: § 7.2.1 en 7.3.1.

58 Zie bijvoorbeeld: LG Freiburg 24 mei 1972, *NJW* 1972, 1719, p. 1920-1921 (b). In de literatuur: Bartl *NJW* 1972, p. 511 en Grunsky *JZ* 1973, p. 425-426.

59 OLG Frankfurt 17 februari 1967, *NJW* 1967, 1372, p. 1372-1373. Zie ook: KG 10 oktober 1969, *NJW* 1970, 474, p. 474; OLG Frankfurt 11 november 1972, *NJW* 1973, 470, p. 473; OLG Köln 17 januari 1973, *NJW* 1973, 1083, p. 1084-1085 en OLG Köln 5 december 1973, *NJW* 1974, 561, p. 561-562. In de literatuur: Mammey *NJW* 1969, p. 1152-1153.

60 Heldrich *NJW* 1967, p. 1737-1740; Landwehrmann *NJW* 1970, p. 1867-1869 en Landwehrmann *NJW* 1972, p. 1204.

waren van mening dat het tevergeefs opnemen van vrije dagen geen vermogensschade, maar immateriële schade tot gevolg had. Zij wezen zulke schadevergoedingsvorderingen voor verspilde vakantiedagen dan ook af.⁶¹

In 1974 komt deze kwalificatievraag bij het BGH voor te liggen. De eigenaar van een kledingfabriek boekt bij een reisbureau een vakantie naar de Roemeense Zwarte Zeekust. De vakantie in Roemenië voldoet geenszins aan zijn verwachtingen, met name het hotel en de badplaats niet. De fabriekseigenaar vordert vervolgens in een civiele procedure niet alleen zestig procent van de reissom terug, maar ook een vergoeding voor 'Vertane Urlaubszeit'. Deze schadepost berekent hij door zestig procent te nemen van het bedrag dat hij kwijt was om gedurende zijn vakantie in Roemenië een zaakwaarnemer aan te stellen in zijn fabriek. Het BGH

'[...] folgt der herrschenden Meinung, wonach Urlaub schon als solcher Vermögenswert besitzt, jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, daß es sich um Erholungsurlaub handelt, der der Erhaltung oder Wiedererlangung der Arbeitskraft dient, wenn der Urlaub durch Arbeitsleistung verdient oder durch besondere Aufwendungen für eine Ersatzkraft ermöglicht wird'.⁶²

Deze beslissing van het BGH is gegrond op de commercialiseringsgedachte. Net zoals het gebruiksgenot van een auto, zijn in het huidige economische verkeer vakantiedagen gecommmercialiseerd, omdat ze tegen betaling 'gekocht' kunnen worden en zodoende een zekere vermogenswaarde hebben.⁶³ Dat is evident bij werknemers in loondienst, aldus het Hof. Door arbeid te verrichten bouwt een werknemer vakantiedagen op. De vakantiedagen worden in zekere zin 'meeverdiend' met het salaris. Dat blijkt onder andere uit het feit dat niet-opgenomen vakantiedagen aan het einde van een dienstbetrekking worden uitbetaald.⁶⁴ Voor zelfstandigen gaat volgens het BGH een vergelijkbare redenering op. Hoewel zij geen vakantiedagen hoeven op te nemen, kost vrij nemen hun wel geld. Zij kunnen gedurende de dagen dat zij op vakantie zijn immers geen omzet draaien of moeten een tijdelijke vervanger inhuren.⁶⁵ Voor zowel de zelfstandige als iemand in loondienst heeft een vrije dag dus een economische waarde. Wanneer een werknemer of zelfstandige zulke dagen tevergeefs opneemt, lijdt hij dan ook vermogensschade.⁶⁶

61 KG 25 november 1971, *NJW* 1972, 769; LG Freiburg 24 mei 1972, *NJW* 1972, 1719 en OLG Düsseldorf 29 oktober 1973, *NJW* 1974, 150.

62 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 41 (2).

63 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 41 (2.a).

64 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 41-42 (2.b.aa).

65 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 42 (2.b.bb).

66 BGH 10 oktober 1974, *NJW* 1975, 40, p. 42 (2.c). Net zoals bij andere tevergeefs gemaakte kosten stuit men bij verspilde vakantiedagen op een causaliteitsprobleem. Immers, als de reisorganisator zijn verplichtingen wel zou zijn nagekomen, zou de vakantieganger ook zijn vakantiedagen hebben opgenomen. In andere uitspraken stond dit causaliteitsprobleem aan een vergoeding in de weg, maar het BGH stapt in deze zaak over dat probleem heen.

Een belangrijke consequentie van deze overwegingen van het BGH was dat uitsluitend vakantiegangers die een inkomen verdienden aanspraak konden maken op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen. Gedupeerde reizigers zonder inkomen hadden geen recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen, omdat 'vrij nemen' hun niets kost.⁶⁷ Hoewel het BGH onbetaald werk in het huishouden gelijkstelde aan een betaalde baan, was de literatuur kritisch over het onderscheid tussen werkende en niet-werkende vakantiegangers.⁶⁸ Ook voor werklozen, gepensioneerden en studenten kan een vakantie van grote waarde zijn. Het enkele feit dat zij geen inkomen hebben, rechtvaardigt niet dat zij geen enkele aanspraak kunnen maken op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen.⁶⁹ In het verlengde hiervan bekritiseerden deze auteurs het feit dat de hoogte van de schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen inkomensafhankelijk was. Naarmate een gedupeerde meer verdient, 'kost' een vrije dag hem meer. Hoe meer iemand verdiende, des te hoger zijn schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen uitviel. Ook dat was moeilijk te billyken. Het enkele feit dat iemand een bescheiden inkomen heeft, betekent niet dat zijn vakantiedag 'minder waard' is dan een vakantiedag van iemand met een riant salaris.⁷⁰ Een andere stroming in de literatuur betwijfelde juist of vakantiedagen van iemand met een inkomen überhaupt wel gecommercialiseerd zijn. Verlof is een hoogstpersoonlijk recht. Een werknemer kan zijn vrije dagen in de regel niet laten uitbetalen door zijn werkgever of verkopen aan een derde. Daarmee wijkt het genot van vrije dagen af van het gebruiksgenot van een zaak, zoals dat van auto's en woningen, dat namelijk vrij verhandelbaar is en ook een duidelijke marktwaarde heeft. Verspilde vakantiedagen zijn volgens deze auteurs dus gewoon immateriële schade.⁷¹

4.3.2.2 Een wettelijke regeling

Eind jaren zeventig besloot de Duitse wetgever een wettelijke regeling ten aanzien van de pakketreisovereenkomst op te nemen in het BGB. In het kader

Ook in de literatuur richt de discussie zich niet op dit causaliteitsprobleem. Stoll JZ 1975, p. 252-253 wijst er wel op.

67 Zie bijvoorbeeld: OLG Köln 5 december 1973, NJW 1974, 561, p. 561-562. Een verspilde zaterdag of zondag leverde om een vergelijkbare reden geen vermogensschade op, zie: BGH 19 november 1982, NJW 1982, 377, p. 378 (II.1.a-c). Kritisch daarover: Grunsky NJW 1975, p. 610.

68 BGH 12 mei 1980, NJW 1980, 1947, p. 1946-1949 (II.1.4).

69 Stoll JZ 1975, p. 255; Honsell JuS 1976, p. 226; Tolk 1977, p. 39, 101-102 en Schulte 1978, p. 76. In vergelijkbare zin: Grunsky NJW 1975, p. 610.

70 Stoll JZ 1975, p. 255 en Küppers 1976, p. 158. Zie eerder al: Landwehrmann NJW 1970, p. 1869.

71 Stoll JZ 1975, p. 253; Küppers 1976, p. 149-150; Honsell JuS 1976, p. 227 en Blaurock NJW 1980, p. 1949.

van deze nieuwe wettelijke regeling introduceerde hij onder meer § 651f lid 2 BGB:

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

Op het eerste gezicht lijkt deze nieuwe bepaling uitsluitend een codificatie te zijn van de jurisprudentie over verspilde vakantiedagen. Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met deze bepaling hoofdzakelijk beoogde om de in de jurisprudentie ontwikkelde schadevergoedingsaanspraak voor verspilde vakantiedagen in de wet vast te leggen.⁷² Een deel van de literatuur nam daarom aan dat § 651f lid 2 BW geen uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen inhield.⁷³

De parlementaire geschiedenis was alleen niet eenduidig. De wetgever gaf ook aanleiding om § 651f lid 2 BGB wel degelijk als een verruiming van het recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen te zien. Zo gaf hij aan dat de nieuwe bepaling ertoe strekte om ook reizigers zonder inkomen, zoals studenten en gepensioneerden, een recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen te bieden.⁷⁴ Mede om die reden schrijft § 651f lid 2 BGB geen ‘starre’ begrotingsmaatstaf aan de hand van het inkomen van de vakantieganger voor, aldus de wetgever, maar zijn alle omstandigheden van het geval van belang bij de begroting, zoals de betaalde reissom, de mate waarin de vakantie is verstoord en de mate van verwijtbaarheid van de reisorganisator.⁷⁵ Een ander deel van de literatuur zag in de nieuwe bepaling daarom wel degelijk een uitbreiding van het recht op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen. Bovendien gaf § 651f lid 2 BGB volgens deze auteurs – in afwijking van de eerdere jurisprudentie – vakantiegangers recht op smartengeld en niet op een vergoeding van hun vermogensschade. De nieuwe bepaling vormde in deze visie een wettelijk recht op een vergoeding van immateriële schade, zoals bedoeld in § 253 BGB.⁷⁶ Ook over de kwalificatievraag was de parlementaire geschiedenis ambivalent. De wetgever expliciteerde enerzijds dat § 651f lid 2 BGB vakantiegangers een recht op schadevergoeding voor vermogensschade bestaande uit verspilde vakantiedagen biedt, maar gaf anderzijds aan dat ook ‘immateriële Momente’ van belang zijn bij de begroting van deze vermogensschade.⁷⁷

72 BT-Drs. 8/786, p. 30.

73 Bartl *NJW* 1979, p. 1388 en Teichmann *JZ* 1979, p. 740.

74 BT-Drs. 8/786, p. 30.

75 BT-Drs. 8/786, p. 30 en BT-Drs. 8/2343, p. 19.

76 Zie bijvoorbeeld: Blaurock *NJW* 1980, p. 1950 en Burger *NJW* 1980, p. 1253-1254.

77 BT-Drs. 8/786, p. 30.

4.3.2.3 Een metamorfose

Het BGH koos al vrij snel na de invoering van § 651f lid 2 BGB voor een ruime uitleg van de nieuwe bepaling. Zo besliste het BGH al in 1982 dat de nieuwe bepaling ook vakantiegangers zonder inkomen, zoals scholieren, recht gaf op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen.⁷⁸ Ook liet het BGH de 'starre' begrotingsmaatstaf aan de hand van het inkomen varen. Door de invoering van § 651f lid 2 BGB waren rechters 'wezenlijk vrij' om de tevergeefs opgenomen vakantiedagen te begroten, aldus het BGH.⁷⁹

Het bleef vervolgens lange tijd een open vraag hoe de schade bestaande uit verspilde vakantiedagen diende te worden begroot en welke omstandigheden daarbij een doorslaggevende rol speelden. Er waren grofweg twee stromingen in de literatuur en de rechtspraak.⁸⁰ Een deel van de literatuur hield vast aan het inkomen als doorslaggevende factor bij de schadebegroting en deed suggesties hoe tot een fictieve economische waarde van vrije dagen van vakantiegangers zonder inkomen kon worden gekomen.⁸¹ Ook een deel van de feitenrechters bleef het inkomen als uitgangspunt nemen.⁸² Zo kende het OLG Frankfurt aan alle vakantiegangers een standaardbedrag per verspilde vrije dag toe. Dit standaardbedrag was gebaseerd op het gemiddelde netto-inkomen van de Duitse beroepsbevolking.⁸³ Een ander deel van de literatuur meende daarentegen dat de betaalde reissom richtinggevend zou moeten zijn bij de schadebegroting, aangezien de reissom beter dan het inkomen reflecteert welke waarde een vakantie voor een benadeelde heeft.⁸⁴ Bovendien voorkomt een begroting aan de hand van de betaalde reissom dat in gevallen waar vergelijkbare vakanties op vergelijkbare wijze worden verstoord, iemand met een hoog inkomen een hogere schadevergoeding krijgt dan iemand met een laag inkomen.⁸⁵ Ook deze begrotingswijze zag men terug in de lagere rechtspraak.⁸⁶

In 2005 laat uiteindelijk ook het BGH zich uit over de schadebegroting van verspilde vakantiedagen. Het Hof overweegt allereerst dat het inkomen van

78 BGH 21 oktober 1982, *NJW* 1983, 218, p. 219-220 (II.1-2).

79 BGH 25 maart 1982, *NJW* 1982, 1522, p. 1522. Onder het nieuwe recht stond het rechters bijvoorbeeld vrij om de betaalde reissom mee te wegen, zie: BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 35, p. 37 (II.2.a).

80 Voor een overzicht zie: Benderf *NJW* 1986, p. 1721.

81 Zie met name: Benderf *NJW* 1986, p. 1722-1725.

82 Zie bijvoorbeeld: LG Stuttgart 16 januari 1986, *NJW-RR* 1986, 349, p. 350.

83 OLG Frankfurt 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451, p. 1451-1454.

84 Zie bijvoorbeeld: Stoll *JZ* 1975, p. 255; Küppers 1976, p. 158 en Blaurock *NJW* 1980, p. 1950.

85 Om die reden ging OLG Frankfurt 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451, p. 1451-1454 al uit van een standaardbedrag per dag, ongeacht iemands vermogenspositie.

86 Zie bijvoorbeeld: AG Frankfurt 29 oktober 1985, *NJW* 1986, 348, p. 348-349. Vóór de invoering van § 651f lid 2 BW al: OLG Frankfurt 2 december 1980, *NJW* 1981, 827 (in cassatie vernietigd). Later is hetzelfde hof kritisch over deze beslissing OLG Frankfurt, 19 september 1988, *NJW-RR* 1988, 1451, p. 1453.

vakantiegangers geen geschikte maatstaf is voor de schadebegroting en komt expliciet terug op zijn eerdere rechtspraak waarin het inkomen wel als een relevante omstandigheid was aangemerkt.⁸⁷ De betaalde reissom is daarentegen, zo vervolgt het Hof, wel een geschikte begrotingsmaatstaf omdat

‘[...] der Reisepreis zeigt, wieviel Geld der mit der geplanten Reise verbundene immaterielle Gewinn dem Kunden wert war’.⁸⁸

Het BGH koos daarmee voor een schadebegroting op basis van de reissom in plaats van het inkomen van de vakantieganger.⁸⁹ Het BGH liet zo eigenlijk ook het idee varen dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen, omdat zijn vrije dagen een zekere vermogenswaarde hebben. Deze ingewikkelde constructie was vóór de invoering van § 651f lid 2 BGB nodig om gedupeerde reizigers schadevergoeding toe te kennen, aldus het BGH. De immateriële schade bestaande uit het gederfde reisgenot kwam immers, bij gebrek aan een wettelijke grondslag, niet voor vergoeding in aanmerking. Door § 651f lid 2 BGB veranderde dat. Mede in het licht van *Leitner/TUI*, kwam het BGH tot de conclusie dat naar huidig recht een benadeelde op grond van deze bepaling recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade bestaande uit gederfd reisgenot.⁹⁰

4.3.3 De uitzondering van § 651n lid 2 BGB

Daarmee was de metamorfose van het toenmalige § 651f lid 2 BGB – tegenwoordig § 651n lid 2 BGB – tot een zelfstandig recht op smartengeld voor gederfd reisgenot een feit. Dit recht bestaat tegenwoordig naast een eventueel recht op prijsvermindering, ontbinding of een vergoeding van vermogensschade. Zo heeft een benadeelde naast teruggave van (een deel van) de reissom ook recht op smartengeld voor gemist vakantiegenot.⁹¹ Deze vergoeding biedt, in de woorden van het BGH, immers een vergoeding voor het gederfde ‘immateriële Gewinn’, terwijl de prijsvermindering alleen de lagere economische waarde van de geleverde vakantie ten opzichte van de overeengekomen vakantie tot uitdrukking brengt.⁹²

87 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.aa).

88 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.bb).

89 Tonner *JZ* 2005, p. 736; Fühlich *MDR* 2009, p. 911-912 en Maslow 2015, p. 124-125.

90 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.b.1.aa). Zie eerder al: OLG Hamm 5 februari 1998, *NJW-RR* 1998, 1668-1669.

91 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1048 (II.2.a). In die zin ook: Fühlich *MDR* 2009, p. 911-912; Maslow 2015, p. 114-115 en *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 651f, rl. 42. Kritisch daarover waren nog: Honsell *JuS* 1976, p. 228; Ströfer 1982, p. 257-264 en Ady *ZGS* 2003, p. 16-17.

92 Maslow 2015, p. 196-197. Zie ook: BGH 29 mei 2018, *NJW* 2018, 3173, p. 3173-3174, rl. 18 (I.2.b).

In lijn met het idee dat § 651n lid 2 BGB een benadeelde recht geeft op smartengeld voor gederfd vakantiegenot, liet het BGH een in eerdere jurisprudentie ontwikkeld vereiste voor schadevergoeding voor verspilde vakantie-dagen varen. In eerdere rechtspraak toetste het BGH nog of vakantiedagen wel echt *tevergeefs* waren opgenomen. Dat betekende onder meer dat wanneer een benadeelde de voor de mislukte vakantie opgenomen vrije dagen op een andere wijze nuttig had besteed – bijvoorbeeld door ergens anders op vakantie te gaan of door zijn vrije dagen te verzetten – hij geen recht had op schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen. De vrije dagen waren dan toch nuttig gebleken en daarmee niet *tevergeefs* opgenomen.⁹³ In 2005 ging het BGH om en overwoog dat de benadeelde recht heeft op schadevergoeding op grond van § 651f lid 2 BGB, ongeacht hoe hij zijn vrije dagen uiteindelijk heeft besteed. Zodra de geboekte reis niet doorgaat of niet aan de verwachtingen voldoet, staat het vast dat het door de benadeelde nagestreefde reisgenot niet is verkregen en daarmee dat hij immateriële schade lijdt. Dat hij vervolgens door eigen inspanningen nog iets van zijn vrije dagen weet te maken, gaat de reisorganisator niets aan.⁹⁴ Het was bovendien gebruikelijk om de hoogte van de schadevergoeding voor verspilde vakantiedagen te verminderen wanneer de gedupeerde vakantieganger na bijvoorbeeld een annulering de vrije dagen thuis had doorgebracht. Deze thuis doorgebrachte vrije dagen, zo was de gedachte, hadden de benadeelde toch nog enige ontspanning en rust verschaft, waardoor ze niet volledig waren verspild.⁹⁵ Ook van deze ‘thuisvakantiekorting’ nam het BGH expliciet afstand.⁹⁶

Voor een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot moet wel aan een zekere drempel zijn voldaan.⁹⁷ Een benadeelde heeft volgens het huidige § 651n lid 2 BGB pas recht op smartengeld wanneer zijn vakantie ‘vereitelt of erheblich beeinträchtigt’ is. Het vakantiegenot moet, anders gezegd, in voldoende substantiële mate zijn misgelopen. Dat is zeker het geval wanneer de geboekte vakantie helemaal niet doorgaat, bijvoorbeeld omdat de reisorganisator voor aanvang van de reis te kennen geeft dat hij de geboekte vakantie toch niet georganiseerd krijgt of slechts met zodanige aanpassingen dat de vakantieganger dit in redelijkheid niet hoeft te aanvaarden. Zo hoefde een benadeelde die een vakantie had geboekt naar een specifiek eiland op de Malediven, er

93 Zie met name BGH 19 november 1982, *NJW* 1982, 377, p. 378 (II.1.a-c) over iemand die zijn vakantiedagen kon verzetten. In de literatuur was iets vergelijkbaars verdedigd voor mensen die hun vakantie ergens anders hadden doorgebracht, zie bijvoorbeeld Bartl *NJW* 1979, p. 388.

94 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1049-1050 (II.3.a.2).

95 Zie bijvoorbeeld: BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 35, p. 36 (I.4.b.).

96 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1050 (II.3.b.3). Zie: Fühlich *MDR* 2009, p. 909-910 en *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 53.

97 Er is nog enige discussie over de vraag of deze drempel niet in strijd is met het Europese recht, nu *Leitner/TUI* aanspraak geeft op smartengeld voor gederfd reisgenot zonder zo’n drempel. Zie daarover bijvoorbeeld: Fühlich *MDR* 2009, p. 907 en *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 51.

geen genoeg mee te nemen dat zijn reisorganisator geen vliegticket meer naar dit eiland kon bemachtigen en hem daarom op een ander eiland van het archipel wilde onderbrengen.⁹⁸ Buiten zulke gevallen van annulering, heeft een gedupeerde vakantieganger uitsluitend recht op smartengeld voor gederfd vakantiegenot wanneer zijn vakantie in substantiële mate is aangetast door de fout van de reisorganisator. Voor deze toets is de hoogte van de toegekende prijsvermindering niet meer doorslaggevend. Voorheen namen lagere rechters een wezenlijke aantasting pas aan bij een prijsvermindering van meer dan vijftig procent, maar deze kwantitatieve benadering heeft het BGH recent verworpen.⁹⁹ Een rechter moet toetsen in welke mate de fout van de reisorganisator de vakantie van de benadeelde negatief heeft beïnvloed. Daarbij zijn het samenstel van de overeengekomen reisdiensten en het doel van de reisovereenkomst van belang alsook de aard en de duur van de aantasting van de reis.¹⁰⁰ Een flinke prijsvermindering is een indicatie dat sprake is van een wezenlijke aantasting van een vakantie, maar andersom gaat deze redenering niet op. Een geringe prijsvermindering is geenszins een indicatie dat het reisgenot slechts in geringe mate is aangetast. Zo was sprake van een wezenlijke aantasting van het reisgenot bij een stel dat drie à vier vakantiedagen aan de Turkse kust in een smerig en onhygiënisch hotel verbleef, maar waarvoor de reisorganisator voor de daaropvolgende zeven à acht dagen een nieuw hotel had geregeld. Anders dan bij prijsvermindering, kan een rechter voor de vaststelling of sprake is van een wezenlijke derving van het reisgenot zich niet beperken tot een afweging van de 'slechte' vakantiedagen tegen de 'goede' vakantiedagen.¹⁰¹

98 BGH 11 januari 2005, *NJW* 2005, 1047, p. 1047-48 (II.2.a-c). Zie *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 48 en *Führich MDR* 2009, p. 907-908.

99 BGH 14 mei 2013, *NJW* 2013, 3170, p. 3172, rl. 31-38 (II.4.a-b) en BGH 21 november 2017, *NJW* 2018, 789, p. 790, rl. 13 (III.1). Zie daarover: *Tonner JZ* 2005, p. 736; *Führich MDR* 2009, p. 908-909; *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 49-50 en *Bergmann NJW* 2018, p. 791.

100 BGH 14 mei 2013, *NJW* 2013, 3170, p. 3172, rl. 31-38 (II.4.a-b). Zie ook: *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, *BGB* § 651f, rl. 49; *Bergmann NJW* 2018, p. 791 en *Staudinger & Schröder NJW* 2018, p. 908-909.

101 BGH 21 november 2017, *NJW* 2018, 789, p. 790, rl. 16-219 (III.2). Dit heeft ook invloed op de begroting van het gederfde reisgenot. Zie BGH 29 mei 2018, *NJW* 2018, 3173, p. 3173-3174, rl. 12-22 (I.2.b), waarin het BGH oordeelt dat het niet doorgaan van een reis niet betekent dat de hoogte van de schadevergoeding voor gederfd genot gelijk is aan eenmaal de contractsprijs en bij een wezenlijke aantasting van de vakantie altijd lager dan dat moet uitvallen. Die logica geldt alleen voor prijsvermindering. Bij schadevergoeding voor gederfd reisgenot gaat het om de negatieve ervaringen van een reiziger. Het gederfde vakantiegenot kan in het geval van een week lang verblijven in een 'horrorhotel' groter zijn dan wanneer iemand gewoon is thuisgebleven, zie daarover ook: *Maslow* 2015, p. 124-125 en *Führich NJW* 2018, p. 371. Anders nog: *Tonner JZ* 2005, p. 736.

4.3.4 Analoge toepassing

Het toepassingsbereik van § 651n lid 2 BGB lijkt op het eerste oog bescheiden. Een recht op smartengeld voor gederfd reisgenot bestaat uitsluitend bij wanprestatie van een pakketreisovereenkomst en van zo'n overeenkomst is pas sprake wanneer een reisorganisator zich verplicht om voor één vakantie twee of meer verschillende reisdiensten te verzorgen, zoals vervoer, overnachtingen of een toeristische uitstapje.¹⁰² Vrijwel meteen na de invoering van de wettelijke regeling ten aanzien van de pakketreisovereenkomst overwoog het BGH echter dat § 651f lid 2 BGB onder omstandigheden analoog kan worden toegepast.

Een vrouw boekte via een reisbureau een vakantiewoning in Denemarken. Ze selecteerde het huisje uit een omvangrijke catalogus van het reisbureau. Bij aankomst in Denemarken bleek het huisje met talrijke gebreken behept te zijn en besloot zij meteen rechtsomkeert te maken. In een civiele procedure vorderde de vrouw vervolgens schadevergoeding op grond van § 651f lid 2 BGB. Aangezien het reisbureau zich slechts tot het leveren van één reisdienst had verplicht, was geen sprake van een pakketreisovereenkomst en was § 651f lid 2 BGB niet rechtstreeks van toepassing. Het BGH zag in dit geval wel aanleiding om deze bepaling analoog toe te passen. Voor het antwoord op de vraag of een reisbureau smartengeld voor gederfd vakantiegenot moet vergoeden zou het niet doorslaggevend moeten zijn hoeveel diensten het heeft geleverd, maar of het als een reisorganisator heeft opgetreden of slechts als bemiddelaar, aldus het BGH. Zodra het reisbureau op eigen naam een overeenkomst aangaat en de verantwoordelijkheid op zich neemt dat de aangeboden vakantiewoning beschikbaar is en in goede staat verkeert, treedt het in de hoedanigheid van reisorganisator op en vindt § 651f lid 2 BGB analoog toepassing. Net zoals bij een pakketreis, neemt een reisbureau in zulke gevallen namelijk de contractuele verantwoordelijkheid op zich om een vakantie mogelijk te maken, omdat het zich verplicht een voor de vakantie 'wezenlijke prestatie' te leveren.¹⁰³ Dat het toepassingsbereik van § 651f lid 2 BGB is beperkt tot pakketreizen vormt een door de wetgever ongewilde leemte in de wet. Het belang van een consument en het door hem in het reisbureau gestelde vertrouwen zijn niet wezenlijk anders wanneer hij in plaats van een

102 Zie: § 651a BGB e.v. De Europese Richtlijn kent overigens tal van nuances, die hier niet in detail besproken worden.

103 Het BGH 17 januari 1985, NJW 1985, 906, p. 906-907 (I.2.b) overweegt dat de wetgever de pakketreisovereenkomst als *Leitbild* zag voor gevallen waarin een aanbieder de organisatie van een reis op zich neemt, maar daarmee niet wilde uitsluiten dat andere overeenkomsten ook een element van reisorganisatie kunnen bevatten. Omgekeerd is het naar Duits recht ook niet zo dat het enkele feit dat een aanbieder zich verplicht om meer dan één reisdienst te leveren, automatisch betekent dat hij de reisorganisatie op zich neemt en de regeling omtrent pakketreizen van toepassing is. Zie daarover: Maslow 2015, p. 112 en *MiKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 651a. rl. 8.

pakketreis uitsluitend een vakantiewoning of een hotel via een reisbureau boekt.¹⁰⁴

De analoge toepassing van § 651n lid 2 BGB is niet noodzakelijkerwijs beperkt tot overeenkomsten waarin een reisbureau zich uitsluitend heeft verplicht tot het regelen van een vakantiewoning of een hotelovernachting. Ook bij het aanbieden van andere reisdiensten, zoals de verhuur van een zeiljacht of een camper, kan een benadeelde recht hebben op smartengeld voor gederfd reisgenot op grond van § 651n lid 2 BGB, volgens het BGH.¹⁰⁵ De vraag is steeds of de aanbieder van de reisdienst de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen om een vakantie voor zijn wederpartij mogelijk te maken en daarmee als reisorganisator heeft opgetreden.¹⁰⁶ De ruimte tot analoge toepassing van de regeling voor pakketreizen is, met andere woorden, begrensd tot andere gevallen van reisorganisatie.¹⁰⁷ Van zulke reisorganisatie is bijvoorbeeld geen sprake wanneer de aanbieder zich uitsluitend verplicht tot het vervoer naar de vakantiebestemming, bijvoorbeeld per boot of per vliegtuig.¹⁰⁸ Ook in gevallen waarin een benadeelde rechtstreeks een overeenkomst sluit met een eigenaar van een vakantiewoning of een hotel, kan men twijfelen of deze eigenaar zich heeft verplicht tot de organisatie van een vakantiereis.¹⁰⁹

Uit deze begrenzing tot gevallen van reisorganisatie volgt bovendien dat analoge toepassing op overeenkomsten waarmee een benadeelde een ander onstoffelijk voordeel dan reisgenot nastreeft, is uitgesloten. Tijdens een vuurwerkshow op een bruiloft gaat het vreselijk mis. Een deel van de vuurpijlen schiet recht op de bruiloftsgasten af. Een deel van de gasten wordt geraakt en moet per ambulance naar het ziekenhuis. Het bruidspaar loopt zelf geen letsel op, maar vordert van de eigenaar van de trouwlocatie, die het feest inclusief het vuurwerk had georganiseerd, schadevergoeding voor het gederfde plezier van de bruiloft. In rechte beroept het bruidspaar zich onder andere op analoge toepassing van § 651f lid 2 BGB. Deze bepaling vindt, volgens OLG Brandenburg, echter geen analoge toepassing buiten het reisrecht.¹¹⁰ Contractspartijen die een ander onstoffelijk voordeel dan reisgenot nastreven, moeten terugvallen op het algemene recht op smartengeld bij wanprestatie.

104 BGH 9 juli 1992, *NJW* 1992, 3158, p. 3160 (IV); BGH 23 oktober 2012, *NJW* 2013, 308, p. 310-311 (II.2.a) en BGH 20 mei 2014, *NJW* 2014, 2955, p. 2955 (II.1). Zie ook: Fühlich *MDR* 2009, p. 907.

105 Zie daarover: Martis *MDR* 1998, p. 1381-1382 en Maslow 2015, p. 118-120.

106 BGH 29 juni 1995, *NJW* 1995, 2629, p. 2630 (III.2-3).

107 BGH 17 januari 1985, *NJW* 1985, 906, p. 907 (I.1-2).

108 Zie bijvoorbeeld OLG Düsseldorf 3 december 1992, *VerS* 1993, 892 en OLG Hamm 5 februari 1998, *NJW-RR* 1998, 1668-1669. Zie ook: Martis *MDR* 1998, p. 1381-1382; Fühlich *MDR* 2009, p. 907 en Maslow 2015, p. 119-120 met verdere verwijzingen.

109 Fühlich *MDR* 2009, p. 907; Maslow 2015, p. 120-123 en *MüKoBGB/Tonner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 651f, rl. 44 voor verdere verwijzingen.

110 OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253, p. 254. Een beroep op analoge toepassing van § 651f lid 2 BGB werd ook afgewezen in een geval waarin door de fout van een kaartverkoper het plezier van een concert van de Backstreet Boys was misgelopen.

4.4 VERDERE BESCHERMING BINNEN HET WETTELIJKE STELSEL (EN DAARBUITEN)

4.4.1 § 253 lid 2 BGB

4.4.1.1 *De hervorming van het schadevergoedingsrecht*

Het recht op smartengeld bij wanprestatie is in 2002 ingrijpend gewijzigd. In dat jaar hervormde de Duitse wetgever het schadevergoedingsrecht en voegde aan § 253 BGB een tweede lid toe:

‘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.’

Vóór deze hervorming had een benadeelde uitsluitend wanneer hij schadevergoeding vorderde op grond van onrechtmatige daad recht op smartengeld bij een aantasting van zijn lijf, gezondheid, vrijheid of seksuele zelfbeschikking. Wanneer hij schadevergoeding vorderde op grond van wanprestatie had hij geen recht op smartengeld. Met zijn hervorming wilde de wetgever dit verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad opheffen.¹¹¹ Deze hervorming lijkt op het eerste oog een ingrijpende verbetering van de rechtspositie van contractspartijen te zijn. Toch is volgens de Duitse literatuur de rechtspositie van benadeelden niet wezenlijk veranderd. Wanneer binnen een contractuele verhouding het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking wordt aangetast, handelt de wanpresterende contractspartij in de regel óók onrechtmatig jegens de benadeelde. Ook voor de hervorming had een contractspartij recht op smartengeld wanneer de wanprestatie van haar wederpartij eveneens een onrechtmatige daad vormde.¹¹² Voor een contractspartij is het voornaamste voordeel van de hervorming dat zij niet meer hoeft te stellen en te bewijzen dat haar wederpartij óók onrechtmatig heeft gehandeld, maar kan volstaan met een vordering uit wanprestatie.¹¹³

4.4.1.2 *De beschermde rechtsgoederen*

Bovendien is de bescherming die § 253 lid 2 BGB aan teleurgestelde contractspartijen biedt maar bescheiden. Ten eerste geeft § 253 lid 2 BGB uitsluitend bij de aantasting van bepaalde rechtsgoederen aanspraak op smartengeld, waarvan het lijf en de gezondheid ongetwijfeld de twee belangrijkste zijn. Met name aantasting van het lijf wordt ruim geïnterpreteerd in de Duitse jurispru-

111 BT-Drs. 14/7752, p. 14-16.

112 Karczewski *VerS* 2001, p. 1072 en Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1032.

113 Karczewski *VerS* 2001, p. 1072 en Neuner *JuS* 2013, p. 578.

dentie, waardoor dit meer omvat dan slechts lichamelijk of geestelijk letsel.¹¹⁴ Zo ziet het BGH een ongewenste zwangerschap als gevolg van een mislukte sterilisatie als een aantasting van het lijf van de zwangere vrouw.¹¹⁵ Ook de ongewilde vernietiging van ingevroren sperma van een man die door een kankerbehandeling onvruchtbaar dreigt te worden, stelt het BGH gelijk aan een aantasting van het lijf van deze patiënt.¹¹⁶ Door deze ruime interpretatie heeft een contractspartij in enkele gevallen ook recht op smartengeld wanneer zij geen lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen, maar een ander immaterieel contractueel belang van haar is geschaad door de wanprestatie.¹¹⁷

Buiten gevallen van aantasting van het lijf of de gezondheid heeft een benadeelde slechts recht op smartengeld bij een aantasting van zijn vrijheid en zijn seksuele zelfbeschikking. Aantasting van de seksuele zelfbeschikking doet zich hoofdzakelijk voor wanneer iemand zich onrechtmatig gedraagt in de zin van § 825 BGB. Deze buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond bepaalt dat iemand schadeplichtig is wanneer hij door arglist, bedreiging of misbruik van een afhankelijkheidsrelatie een slachtoffer dwingt seksuele handelingen te verrichten of te dulden.¹¹⁸ Vrijheid in de zin van § 253 lid 2 BGB heeft het BGH altijd restrictief geïnterpreteerd en omvat uitsluitend aantastingen van de ‘körperliche Fortbewegungsfreiheit’. Hiervan is sprake wanneer een benadeelde op onrechtmatige wijze in zijn fysieke bewegingsvrijheid wordt gehinderd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een gijzeling of bij onrechtmatige hechtenis door het openbaar ministerie. Aantastingen van iemands vrijheid in ruime zin, zoals de vrijheid tot economische ontplooiing of de vrijheid om het leven naar eigen inzicht in te richten, vallen hier niet onder.¹¹⁹

114 Aantasting van de geestelijke gezondheid legt de Duitse rechtspraak wel streng uit. Een bruid wier bruiloft niet doorging vanwege een dubbele boeking van de trouwlocatie, voldeed niet aan dit criterium. Dat de bruid ‘tagelang nach diesem Desaster geweint’ had en ‘wochenlang über das Ereignis nicht sprechen können, ohne Weinkrämpfe zu bekommen’, volstond niet om een aantasting van de geestelijke gezondheid aan te nemen, aldus OLG Saarbrücken 20 juli 1998, *NJW* 1998, 2912.

115 Schubert 2013, p. 72-74 en *Staudinger/Schiemann* 2017, p. 290, rl. 21 met verdere verwijzingen.

116 BGH 9 november 1993, *NJW* 1994, 127, p. 128 (II.2.b). Deze ruime uitleg van aantasting van het lijf stuit op veel kritiek in de literatuur. Het zou in deze zaken niet gaan om een aantasting van het lijf, maar om een aantasting van een persoonlijkheidsrecht van de patiënt, namelijk het recht op voortplanting en gezinsplanning, zie bijvoorbeeld: Laufs & Reiling *NJW* 1994, p. 775 en *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823 rl. 169-172.

117 Volgens Schubert 2013, p. 72-74 probeert het BGH met deze verruiming van het begrip aantasting van het lijf in wezen een leemte in de bescherming van immateriële contractuele belangen te verhelpen. Zij verwijst naar OLG Frankfurt 25 april 2002, *NJW* 2002, 2253 waarin een benadeelde smartengeld krijgt toegewezen voor een aantasting van zijn gezondheid, die erin bestond dat hij twee uur lang niet naar de wc kon in een hogesnelheidstrein. Zie ook: Taupitz *NJW* 1995, p. 747-748; Voß ZRP 1999, p. 452-454 en Maslow 2015, p. 133-135.

118 Schubert 2013, p. 75-76; Neuner *JuS* 2013, p. 580; *Staudinger/Schiemann* 2017, p. 290 en *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 253, rl. 23-26.

119 Schubert 2013, p. 74-75; Neuner *JuS* 2013, p. 580 en *Staudinger/Schiemann* 2017, p. 290, rl. 21 en *MüKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, BGB § 823, rl. 210.

4.4.1.3 Het beschermingsdoel van de overeenkomst

Ten tweede moet het waarborgen van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking een beschermingsdoel (*Schutzzweck*) van de overeenkomst zijn. Anders gezegd, uit de contractuele afspraken en de overige omstandigheden moet volgen dat de wederpartij instond voor de bescherming van deze rechtsgoederen van de benadeelde. Vallen het waarborgen van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking buiten het beschermingsbereik van de overeenkomst, dan heeft de benadeelde geen recht op smartengeld, zelfs wanneer het ontstaan van de geleden immateriële schade voorzienbaar was voor zijn wederpartij.¹²⁰

Voor bepaalde overeenkomsten is het evident dat deze tot doel hebben om een in § 253 lid 2 BGB genoemd rechtsgoed te beschermen. Zo heeft een geneeskundige behandelingsovereenkomst zonder twijfel tot doel het lijf en de gezondheid van de patiënt te beschermen.¹²¹ Bij andere overeenkomsten is dat minder vanzelfsprekend, bijvoorbeeld bij overeenkomsten tussen advocaten en hun cliënten. Op Tweede Kerstdag 2002 steekt een vijfjarige tweeling sterretjes af. Dat gaat kennelijk goed mis, want de door hun ouders gehuurde gezinswoning brandt als gevolg hiervan volledig uit. De verhuurder stelt de ouders van de tweeling aansprakelijk. Zij wenden zich vervolgens tot een advocaat, die hun een onjuist juridisch advies geeft. Hij vertelt de ouders dat hun aansprakelijkheidsverzekeraar de schade niet dekt, omdat sprake zou zijn van grove nalatigheid bij hun toezicht op de tweeling. Achteraf blijkt daar niets van te kloppen en stellen de ouders hun advocaat aansprakelijk voor zijn beroepsfout. Zij vorderen onder meer schadevergoeding voor het geestelijke letsel dat het onjuiste juridische advies heeft veroorzaakt. De 'Dauerpanik' over het feit dat ze economisch geruïneerd zouden zijn als hun verzekeraar niet zou uitkeren, had tot aantoonbare psychische klachten geleid bij de ouders. Het BGH wijst hun vordering desalniettemin af. De contractuele verplichtingen van hun advocaat hadden namelijk uitsluitend tot doel hun financiële belangen te waarborgen. Zijn opdracht was om de ouders te adviseren over hun aansprakelijkheid voor de vermogensschade van de verhuurder van de afgebrande huurwoning. Hun geestelijke gezondheid viel buiten het beschermingsbereik van de overeenkomst. De advocaat was daarom niet aansprakelijk voor het door zijn beroepsfout veroorzaakte geestelijke letsel van de ouders.¹²² Daarmee is volgens het BGH niet gezegd dat advocaten nooit aansprakelijk kunnen zijn voor de immateriële schade van hun cliënten. Onder omstandigheden kan de bescherming van het lijf, de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking wel binnen het beschermingsbereik van een overeenkomst tussen

120 Podewils LMK 2009 en Neuner JuS 2013, p. 578.

121 Schiemann JZ 2011, p. 526. In die zin ook: Taupitz NJW 1995, p. 747-748 en Voß ZRP 1999, p. 452-454.

122 BGH 9 juli 2009, JZ 2011, 524, p. 526 (II.3.b.2).

een cliënt en zijn advocaat vallen. Laat bijvoorbeeld een strafrechtadvocaat na om een verzoek tot vrijstelling van voorlopige hechtenis in te dienen, dan heeft zijn nodeloos in hechtenis genomen cliënt recht op smartengeld vanwege een aantasting van zijn vrijheid. Het beschermingsdoel van een overeenkomst tussen een verdachte en zijn strafrechtadvocaat is namelijk mede het waarborgen van de vrijheid van deze verdachte.¹²³ Uit de overwegingen van het BGH leidt men in de Duitse literatuur af dat een benadeelde in beginsel geen recht heeft op smartengeld op grond van § 253 lid 2 BGB, zodra een overeenkomst in de eerste plaats zijn economische belangen dient, zelfs wanneer het voorzienbaar is dat een wanprestatie immateriële schade tot gevolg kan hebben. Het BGH werpt zo een wezenlijke extra drempel op voor benadeelden die smartengeld vorderen op grond van wanprestatie.¹²⁴

Een contractspartij die een onstoffelijk voordeel nastreeft met de overeenkomst, kan in enkele gevallen dus op grond van § 253 lid 2 BGB met succes smartengeld vorderen van haar wederpartij. Met name bij overeenkomsten in de medische sfeer en bij overeenkomsten met advocaten lijkt deze bepaling enige bescherming te bieden. Verder zijn de mogelijkheden voor benadeelden beperkt, vooral omdat § 253 lid 2 BGB één essentieel rechtsgoed *niet* noemt: het algemene persoonlijkheidsrecht.

4.4.2 Schadevergoeding voor schending van het algemene persoonlijkheidsrecht

De Duitse wetgever koos er bij de invoering van het BGB bewust voor om benadeelden geen recht te geven op smartengeld bij een aantasting van hun algemene persoonlijkheidsrecht. De Duitse verkeersopvattingen van de negentiende eeuw verzetten zich tegen een recht op smartengeld voor aantastingen van de persoonlijkheid, met name voor aantastingen van de eer.¹²⁵ Een van voornaamste punten van kritiek in de Duitse literatuur is altijd geweest dat § 253 BGB niet voorzag in een recht op smartengeld voor aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht. Er werd zelfs betoogd dat § 253 BGB hierdoor in strijd was met artikel 1 en 2 van de *Grundgesetz*, die de Duitse staat opdragen om het algemene persoonlijkheidsrecht van zijn burgers te waarborgen. Het feit dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld bij een schending van zijn algemene persoonlijkheidsrecht, zou aan deze bescherming afbreuk doen.¹²⁶

123 BGH 9 juli 2009, JZ 2011, 524, p. 525, r.l. 14 (II.3.b.1). Daarmee bevestigt het BGH de beslissing van KG 17 januari 2005, NJW 2005, 1284. Zie ook: Maslow 2015, p. 130-131.

124 Faust JuS 2010, p. 70. Kritisch hierover: Schiemann JZ 2011, p. 526-527 en Neuner JuS 2013, p. 578.

125 Neuner JuS 2013, p. 581 en Schubert 2013, p. 82-83. Zie ook: Stoll 1965, p. 58-59.

126 Zie daarover reeds: Stoll 1965, p. 49-50.

Toch zag de wetgever er bij zijn hervorming van af om het algemene persoonlijkheidsrecht toe te voegen aan de in § 253 lid 2 BGB opgesomde rechtsgoederen. De voornaamste reden hiervoor was dat zich sinds de jaren vijftig – buiten de regeling van § 253 BGB om – al een recht op smartengeld voor aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht had ontwikkeld in de jurisprudentie.¹²⁷ In 1954 besliste het BGH allereerst dat het algemene persoonlijkheidsrecht ‘ein sonstiges Recht’ is zoals bedoeld in § 823 BGB, wat betekent dat een schending ervan onrechtmatig is en de benadeelde aanspraak geeft op schadevergoeding.¹²⁸ In 1958 aanvaardde het Hof vervolgens dat bij een aantasting van het algemene persoonlijkheidsrecht een benadeelde óók recht heeft op smartengeld. Artikel 1 en 2 van de Duitse grondwet garanderen immers dat eenieder het recht heeft op ‘die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit’ en daarmee op bescherming van zijn algemene persoonlijkheidsrecht. Als een benadeelde bij een inbreuk op dit recht geen aanspraak op smartengeld zou hebben, zou de bescherming van dit grondwettelijke recht tekortschieten, aldus het BGH.¹²⁹ Ondanks het analogieverbod van § 253 BGB, paste het BGH in zijn eerste arresten § 847 BGB (oud) analoog toe op gevallen waarin een algemeen persoonlijkheidsrecht van de benadeelde was geschonden. Tegenwoordig baseert het Hof het recht op smartengeld rechtstreeks op artikel 1 en 2 van de Duitse grondwet.¹³⁰

Aan dit in de jurisprudentie ontwikkelde recht op smartengeld bij onrechtmatige schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht wilde de wetgever niet tornen. Enerzijds erkende hij daarmee het recht op smartengeld bij onrechtmatige aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht, maar anderzijds verruimde hij dit recht op smartengeld niet, met name niet naar het contractenrecht.¹³¹ Naar huidig Duits recht heeft een contractspartij uitsluitend recht op schadevergoeding voor een aantasting van haar persoonlijkheidsrecht, wanneer het gedrag van haar wederpartij eveneens onrechtmatig is in de zin van § 823 BGB. Een deel van de literatuur is van mening dat de benadeelde óók recht op smartengeld voor schendingen van zijn algemene persoonlijkheidsrecht zou moeten hebben wanneer hij schadevergoeding vordert op grond van wanprestatie. De wetgever heeft volgens deze auteurs een kans laten liggen

127 BT-Drs. 14/7752, p. 25.

128 BGH 25 mei 1954, NJW 1954, 1404.

129 BGH 14 februari 1958, NJW 1958, 827, p. 830 (II); BGH 18 maart 1959, NJW 1959, 1269, p. 1272 (III.3) en BGH 19 september 1961, NJW 1961, 2059, p. 2050 (2).

130 Zie daarover onder andere: Lange/Schiemann 2003, p. 450, 452; Neuner JuS 2013, p. 580-581; Schubert 2013, p. 83-85 en Staudinger/Schiemann 2017, p. 303, r1 51. Hoewel het omzeilen van het analogieverbod altijd omstreden is geweest in de literatuur (zie bijvoorbeeld: Wiese 1964, p. 37-59 met verdere verwijzingen), is het Bundesverfassungsgericht van oordeel dat het door de beugel kan, zie: BVerG 14 februari 1973, NJW 1973, 1221.

131 BT-Drs. 14/7752, p. 25. Zie ook: Karczewski VerS 2001, p. 1072; Diederichsen VerS 2005, p. 437 en Schubert 2013, p. 85-86.

om het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad en wanprestatie volledig te harmoniseren.¹³²

Hoewel het dus zeker niet is uitgesloten dat een benadeelde binnen een contractuele verhouding recht heeft op smartengeld voor een schending van zijn algemene persoonlijkheidsrecht, zijn voorbeelden hiervan in de jurisprudentie schaars. Een eerste verklaring hiervoor kan zijn dat de jurisprudentie over schadevergoeding voor schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht hoofdzakelijk betrekking heeft op onrechtmatige publicaties, zoals het zonder toestemming gebruiken van foto's en privacy-schennende boulevardpers.¹³³ Het algemene persoonlijkheidsrecht is weliswaar veelomvattend, maar in het Duitse schadevergoedingsrecht is het tot op heden alleen bij onrechtmatige publicaties tot ontwikkeling gekomen.¹³⁴ Bovendien heeft een benadeelde uitsluitend recht op smartengeld voor schendingen van zijn algemene persoonlijkheidsrecht wanneer aan strenge voorwaarden is voldaan. Niet alleen moet het onmogelijk zijn de aantasting op een andere wijze ongedaan te maken – bij onrechtmatige publicaties kan dat soms door middel van een rectificatie – er moet ook een 'zwaarwegende' aantasting van het algemene persoonlijkheidsrecht voorliggen. Bij de beoordeling of een aantasting zwaarwegend is, komt, naast aan de 'Bedeutung und Tragweite' van de aantasting, gewicht toe aan de mate van schuld en de beweegredenen en motieven van de dader.¹³⁵

Desalniettemin ziet een deel van de literatuur ruimte voor benadeelden om binnen contractuele verhoudingen met succes smartengeld te vorderen voor schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht, met name in gevallen van fouten bij medische behandelingen, zoals sterilisaties en vruchtbaarheidsbehandelingen, en in gevallen waarin een patiënt onvoldoende is voorgelicht over de risico's van een operatie.¹³⁶ In de lagere rechtspraak zijn echter nauwelijks voorbeelden te vinden van een teleurgestelde contractspartij die smartengeld vordert op grond van een schending van haar algemene persoonlijkheidsrecht. Het algemene persoonlijkheidsrecht van een bruidspaar was niet geschonden toen de bruiloft voortijdig en op akelige wijze eindigde doordat een vuurwerkshow een deel van de bruiloftsgasten verwondde.¹³⁷

132 Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1033; Wagner *NJW* 2002, p. 2056-2057 en Wagner *JZ* 2004, p. 331.

133 BGH 14 februari 1958, *NJW* 1958, 827 ging over het onrechtmatige gebruik van een foto van een ruiter voor een middel ter bevordering van onder meer seksuele prestaties. BGH 15 november 1994, *NJW* 1995, 861 had betrekking op publicaties over Caroline van Monaco in een tabloid.

134 Schubert 2013, p. 89-91. Zij ziet nog enige ruimte voor toepassing van deze regel op gevallen van stalking.

135 Zie, met verdere verwijzingen, BGH 24 november 2009, *NJW* 2010, 763, p. 763-764, r.l. 10-11 (II.1). Zie ook: Lange/Schiemann 2003, p. 450-451; Neuner *JuS* 2013, p. 580-581; Schubert 2013, p. 88-89 en Staudinger/Schiemann 2017, p. 306-307, r.l. 58-59.

136 Taupitz *NJW* 1995, p. 7548-749; Katzenmeier *JZ* 2002, p. 1033 en Katzenmeier 2002, p. 124-127. Kritisch: Laufs & Reiling *NJW* 1994, p. 775-776 en Schubert 2013, p. 73.

137 OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253, p. 254.

AG Reinbek kende wel smartengeld toe voor de schending van het algemene persoonlijkheidsrecht van een huurder die zonder geldige reden door zijn verhuurder eigenhandig uit zijn woning was gezet. Het algemene persoonlijkheidsrecht omvat ook het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Met de onrechtmatige uitzetting had de verhuurder de persoonlijke levenssfeer van zijn huurder in zwaarwegende mate geschonden.¹³⁸

Het recht op smartengeld voor aantastingen van het algemene persoonlijkheidsrecht lijkt in potentie enige bescherming te kunnen bieden aan teleurgestelde contractspartijen, maar dit idee heeft tot op heden geen vlucht genomen in de Duitse rechtspraak of literatuur. Buiten het reisrecht zijn de mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen voor gemist onstoffelijk voordeel bescheiden.¹³⁹ Een stroming binnen de Duitse literatuur zoekt daarom niet binnen het wettelijke stelsel naar mogelijkheden om tot een recht op smartengeld voor teleurgestelde contractspartijen te komen, maar richt haar blik op de mogelijkheden die contractsuitleg kan bieden.

4.4.3 Contractsuitleg

Een belangrijk argument voor de wetgever om benadeelden bij wanprestatie een wettelijk recht op smartengeld te ontzeggen, is dat het contractspartijen vrijstaat om zelf contractuele sancties overeen te komen. Een contractspartij kan zelf voorzien in de bescherming van haar immateriële contractuele belangen door een boete of een recht op smartengeld te bedingen. De hoofdregel van § 253 BGB beperkt de partijautonomie niet en staat aan de geldigheid van een contractueel recht op smartengeld niet in de weg.¹⁴⁰ In het kader van een schikking neemt een arts (we schrijven 1952) de contractuele verplichting op zich om aan zijn buurman smartengeld te betalen voor de aantasting van diens eer. De eer van de buurman was geschonden doordat de arts echtbreuk had gepleegd met de buurvrouw. In een civiele procedure voert de arts vervolgens aan dat deze contractuele afspraak nietig is, onder andere omdat de buurman op grond van het wettelijke stelsel helemaal geen aanspraak kon maken op smartengeld. Volgens het BGH belet § 253 BGB het contractspartijen echter niet om zich contractueel te verplichten smartengeld te betalen voor immateriële schade die binnen het wettelijke stelsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. De contractuele plicht van de arts was gewoon geldig.¹⁴¹

Contractspartijen komen in de praktijk zelden uitdrukkelijk zulke smartengeldbedingen overeen. Wel kan onder omstandigheden aan de hand van

138 AG Reinbek 20 mei 2008, *BeckRS* 2008, 12225, r.l. 17-18 (I.3.b).

139 Maslow 2015, p. 131-133. Zie bijvoorbeeld over verpeste huwelijksfeestjes: OLG Brandenburg 15 maart 2004, *NJW-RR* 2005, 253 en OLG Saarbrücken 20 juli 1998, *NJW* 1998, 2912.

140 Voß *ZRP* 1999, p. 453; *Lange/Schiemann* 2003, p. 428.

141 BGH 12 juli 1955, *BeckRS* 1955, 31199748 (II.3.c)

zogenaamde *erläuternden Vertragsauslegung* uit de verklaringen en gedragingen van de contractspartijen worden afgeleid dat zij een contractueel recht op smartengeld zijn overeengekomen. In de literatuur verdedigt men bijvoorbeeld dat uit het geven van een garantie ten aanzien van een contractuele prestatie die uitsluitend een immaterieel belang dient, kan worden afgeleid dat de wederpartij zich heeft verbonden om smartengeld te betalen indien zij deze contractuele verplichting vervolgens niet nakomt.¹⁴² Ook in de jurisprudentie is dit eenmaal aangenomen. Een kaartverkoper die garandeerde dat de kaartjes voor de Oscaruitreikingen bij aankomst in het hotel in Los Angeles aan de kopers zouden worden overhandigd, was ook aansprakelijk voor de immateriële schade van de kopers toen het hem uiteindelijk toch niet lukte de beloofde kaartjes te bemachtigen. Uit de door hem gegeven garantie leidde de rechter af dat de kaartverkoper en zijn klanten waren overeengekomen dat in het geval van wanprestatie de kaartverkoper óók een vergoeding zou betalen voor het gemiste genot van de Oscars, hoewel hij daar op grond van het wettelijke stelsel niet toe gehouden was.¹⁴³

Toch zal het lang niet altijd zo zijn dat uit de gedragingen en verklaringen van de contractspartijen een contractueel recht op smartengeld kan worden afgeleid. Het enkele feit dat een contractspartij zich verplicht tot een prestatie waarmee haar wederpartij een onstoffelijk voordeel nastreeft, is volgens de meeste auteurs onvoldoende om aan te nemen dat een smartengeldbeding is overeengekomen. Wanneer iemand zich contractueel verbindt een prestatie te leveren die zijn wederpartij uitsluitend tot een onstoffelijk voordeel strekt, verbindt hij zich daarmee niet automatisch om smartengeld te betalen voor het mislopen van dit onstoffelijke voordeel wanneer hij tekortschiet in de nakoming van deze verplichting. Het zou een fictie zijn om aan te nemen dat wanneer iemand zich verplicht een prestatie te leveren, hij zich daarmee ook meteen verplicht meer schadevergoeding te betalen dan waartoe hij wettelijk gehouden is.¹⁴⁴

Een deel van de literatuur is desalniettemin van mening dat zelfs zonder zulke gedragingen en verklaringen een contractueel recht op smartengeld voor misgelopen onstoffelijk voordeel kan bestaan. Een overeenkomst kan namelijk ongewilde leemtes bevatten die er toe leiden dat de overeenkomst zodanig onvolledig is dat deze geen recht doet aan wat partijen werkelijk met hun overeenkomst willen bereiken. In zulke gevallen moet een rechter door middel van *ergänzende Vertragsauslegung* nagaan welke aanvullende hypothetische afspraken de contractspartijen zouden moeten maken om hun werkelijke

142 Maslow 2015, p. 172.

143 OLG Köln 12 november 1993, NJW-RR 1994, 687, p. 688. De immateriële schade begrootte de rechter vervolgens op de tevergeefs gemaakte kosten.

144 Honsell *JuS* 1976, p. 228; Tolk 1977, p. 1976; Braschos 1979, p. 120; Maslow 2015, p. 173. Zie anders echter: Schmitz 1979, p. 232 en Wagner *JZ* 2004, p. 330. Het is niet helemaal duidelijk waar Stoll *JZ* 1975, p. 255 op doelt.

bedoelingen met de overeenkomst wel te realiseren.¹⁴⁵ Zulke aanvulling is volgens sommige auteurs ook nodig bij overeenkomsten waarmee een van de partijen *uitsluitend* onstoffelijk voordeel nastreeft en de overeenkomst het verkrijgen van dit voordeel ook als beschermingsdoel (*Schutzzweck*) heeft. Als de partijen in deze gevallen niets afspreken over het recht op schadevergoeding bij wanprestatie, blijft het immateriële contractuele belang grotendeels onbeschermd. Zodra nakoming van de overeenkomst niet meer mogelijk is, staat de benadeelde immers met lege handen. Hij kan dan geen nakoming meer vorderen en hij heeft ook geen recht op schadevergoeding voor zijn gemiste onstoffelijke voordeel. Aangezien de contractspartijen wel de bedoeling hadden om dit immateriële contractuele belang van de benadeelde te waarborgen, bevat de overeenkomst een ongewilde leemte. In zulke gevallen kan men aannemen dat het de hypothetische wil van de contractspartijen is dat deze leemte wordt opgevuld met een adequate sanctie, namelijk een contractueel recht op smartengeld.¹⁴⁶

Deze gedachte is niet onomstreden. Een ander deel van de literatuur wijst erop dat, wanneer contractspartijen het nalaten om contractueel bepaalde rechtsgevolgen te regelen, in beginsel het aanvullende recht bepaalt wat de rechtsgevolgen zijn. Het aanvullende recht kan niet zomaar worden omzeild door aan de hand van *ergänzende Vertragsauslegung* afwijkende hypothetische contractuele regelingen te construeren.¹⁴⁷ Juist over het recht op smartengeld bij wanprestatie is het aanvullende recht altijd glashelder geweest, volgens deze auteurs. Uit § 253 BGB volgt dat er bij wanprestatie in beginsel geen recht op smartengeld bestaat. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bovendien duidelijk dat de wetgever ervoor heeft gekozen om bij wanprestatie benadeelden geen recht op smartengeld voor gemist onstoffelijk voordeel te bieden. De wetgever schrapte namelijk een voorgestelde bepaling uit het voorontwerp dat aan contractspartijen in zulke gevallen wel een recht op smartengeld toekende. Het regelend recht vult de leemte in zulke overeenkomsten dus gewoon aan, waardoor voor *ergänzende Vertragsauslegung* geen ruimte meer is.¹⁴⁸ De rechtspraak heeft zich nog niet over deze mogelijkheid tot *ergänzende Vertragsauslegung* gebogen¹⁴⁹ Het is tot op heden dus niet duidelijk of deze mogelijk-

145 Riedel 2003, p. 163, 164-165 en 177 en Maslow 2015, p. 173.

146 Stoll JZ 1975, p. 255; Küppers 1976, p. 156; Taupitz NJW 1995, p. 747-748; Voß ZRP 1999, p. 454-455; Lange/Schiemann 2003, p. 428 en Riedel 2003, p. 164-176.

147 In algemene zin: MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, BGB § 157, r. 26-59.

148 Braschos 1979, p. 121-122; Maultzsch JZ 2010, p. 943-944 en Maslow 2015, p. 173-177. Riedel 2003, p. 177-178 wijst erop dat de oorspronkelijke regeling van § 253 BGB omstreden was en bovendien dat § 651n BGB een aanwijzing is dat de wetgever immateriële belangen wenst te beschermen. Kritisch daarover is dan weer Maslow 2015, p. 176, die erop wijst dat de wetgever het in 2002 kennelijk niet nodig vond om § 253 BGB aan te passen.

149 Wel passeerde het idee tweemaal *obiter dictum* de revue bij het BGH. Kritisch: BGH 12 mei 1980, NJW 1980, 1947, p. 1947-1948 (II.1.b.). Positiever: BGH 11 januari 1983, NJW 1983, 1107, p. 1108 (II.1.b.).

heid uitsluitend een academisch idee is of daadwerkelijk enige bescherming kan bieden aan contractspartijen.

4.5 TUSSENCONCLUSIE

Sinds de invoering van het BGB in 1900 is het lange tijd de hoofdregel geweest in het Duitse recht dat een benadeelde die schadevergoeding vorderde op grond van wanprestatie helemaal geen aanspraak kon maken op smartengeld. Tot 2002 was het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot bij een tekortkoming in de nakoming van een pakketreisovereenkomst de enige belangrijke uitzondering op deze hoofdregel. Dit recht op schadevergoeding voor gederfd reisgenot heeft in het Duitse recht een metamorfose ondergaan. In eerste instantie zagen rechters zulke schade als een vorm van vermogensschade bestaande uit de verspilde vakantiedagen van vakantiegangers met een inkomen, maar gaandeweg veranderde hun visie. Tegenwoordig kwalificeert het BGH gederfd reisgenot als immateriële schade. In het huidige Duitse recht passen rechters de bepaling die gedupeerde vakantiegangers recht geeft op smartengeld bij pakketreizen bovendien analoog toe op andere reisovereenkomsten. In 2002 verruimde de Duitse wetgever het recht op smartengeld bij wanprestatie. Tegenwoordig hebben benadeelden bij wanprestatie in dezelfde gevallen recht op smartengeld als bij een onrechtmatige daad. Voor benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen heeft deze hervorming weliswaar slechts tot een bescheiden verbetering van hun rechtspositie geleid, maar hun mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen zijn zonder twijfel ruimer geworden.

Toch blijft het algemene beeld dat benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen slechts in uitzonderlijke gevallen recht hebben op smartengeld. In de Duitse literatuur is al sinds de invoering van het BGB de nodige kritiek op de beperkte mogelijkheden voor benadeelden om bij wanprestatie met succes smartengeld te vorderen, met name ook in gevallen waarin zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. In de literatuur – en zelfs in enkele wetsontwerpen – zijn voorstellen gedaan om benadeelden een recht op smartengeld te geven wanneer een overeenkomst tot doel heeft hun onstoffelijk voordeel te verschaffen. Tot op heden heeft de Duitse wetgever deze voorstellen echter niet overgenomen.