



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

7 | Vermogensschade in Duitsland

7.1 INLEIDING

In het Duitse recht begroten rechters vermogensschade in beginsel aan de hand van de zogenoemde *Differenzhypothese*. Deze begrotingsmethode schrijft een vergelijking tussen twee vermogensposities voor. Allereerst moet de rechter bepalen wat het totale vermogen van de benadeelde is na de fout van de aansprakelijke partij, zoals een onrechtmatige daad of een wanprestatie. Dit huidige vermogen na de fout moet hij vervolgens vergelijken met het totale vermogen dat de benadeelde zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat de aansprakelijke partij geen fout zou hebben gemaakt. Uit deze *Gesamtvermögensvergleich* blijkt vervolgens of de benadeelde vermogensschade heeft geleden en, zo ja, hoeveel.¹

Op dit uitgangspunt bestaan tegenwoordig twee belangrijke uitzonderingen in het geval dat een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen. Beide uitzonderingen kwamen vlak na de Tweede Wereldoorlog tot ontwikkeling. In 1952 besluit een Duits echtpaar op een cruise te gaan naar de Canarische eilanden. Het cruiseschip vertrekt vanuit Rotterdam. Door een fout van de Duitse douane blijft de bagage van het echtpaar, die vooruit was gestuurd naar Nederland, steken in het douanepot van het grensplaatsje Emmerich. Als gevolg hiervan bereikt de bagage de haven niet op tijd en moeten de echtgenoten het de achttien dagen op zee zonder hun bagage stellen, waardoor zij aanzienlijk minder van hun vakantie genieten. Een *Gesamtvermögensvergleich* zou tot de conclusie leiden dat de echtgenoten geen vermogensschade hebben geleden. Hun vermogenspositie is immers niet veranderd door de fout van de douane. De echtgenoten zijn net zo arm of rijk als ze zouden zijn geweest wanneer hun bagage wel zou zijn meegekomen op het cruiseschip. Weliswaar liepen ze het plezier van hun cruise naar de Canarische eilanden voor een deel mis, maar dat is volgens de traditionele *Differenzhypothese* geen vermogensschade. In zijn arrest over dit geschil geeft het BGH voor het eerst een ruimere interpretatie aan het vermogensschadebegrip:

‘Bei dem mit der Seereise erstrebten und normalerweise erzielten Genuß handelt es sich nicht um einen rein immateriellen, ideellen Wert, vielmehr ist ein solcher

1 Würthwein 2001, p. 1-3; Bitter *AcP* 2005, p. 745-746 en Benecke & Pils *Jur. Ar.* 2007, p. 242.

„Genuß“ angesichts dessen, daß er in aller Regel nur durch entspr. Vermögensaufwendungen „erkauft“ werden kann und auch hier tatsächlich erkauft worden ist, in gewissem Umfang kommerzialisiert, so daß eine Beeinträchtigung dieses Genusses auch eine Beeinträchtigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten – Vermögenswerten – Äquivalentes darstellt.²

Deze overweging vormt het begin van een omvangrijk debat in de Duitse literatuur, dat uiteindelijk uitmondt in twee verschillende theorieën over het vermogensschadebegrip: de *Kommerzialisierungsgedanke* (de commercialiseringsgedachte) en de *Frustrationlehre* (de frustratieleer).³ Volgens beide theorieën leidt het mislopen van onstoffelijk voordeel niet slechts tot immateriële schade maar ook tot vermogensschade. Beide ruime interpretaties van het vermogensschadebegrip zijn altijd omstreden geweest in de literatuur en rechtspraak, maar desondanks heeft zowel de commercialiseringsgedachte als de frustratieleer uiteindelijk haar weerslag gevonden in het Duitse recht.⁴ In het huidige recht kan het daarom zo zijn dat een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, vermogensschade lijdt die voor vergoeding in aanmerking komt. Reeds sinds de jaren zestig van de vorige eeuw aanvaardt de Duitse rechtspraak de commercialiseringsgedachte (§ 7.2.1) in bepaalde gevallen waarin een benadeelde het gebruiksgenot van een goed tijdelijk is misgelopen (§ 7.2.2 en § 7.2.3). De frustratieleer werd daarentegen lange tijd niet aanvaard in de rechtspraak (§ 7.3). Pas toen aan het begin van dit millennium de wetgever besloot om met deze lijn in de rechtspraak te breken en hij § 284 opnam in het BGB, is ook de frustratieleer geldend recht geworden (§ 7.4).

7.2 DE COMMERCIALISERINGSGEDACHTE

7.2.1 Het gemiste genot van een cruise als vermogensschade

De commercialiseringsgedachte houdt in essentie in dat alle gemiste onstoffelijke voordelen die in het economische verkeer tegen betaling verkregen kunnen worden, als vermogensschade kwalificeren. Grunsky vat het bondig samen:

‘Ein Vermögensschaden ist immer dann gegeben, wenn dem Geschädigten ein Vorteil entzogen worden ist, der gegen Geld erworben werden kann. Ist dies der Fall, so spielt es keine Rolle, ob der Vorteil seinerseits dem Gelderwerb des Geschädigten oder nu der Bequemlichkeit diene.’⁵

2 BGH 7 mei 1956, NJW 1956, 1234, p. 1235.

3 Hagen JZ 1983, p. 833 noemt de *Seereise-fall* de ‘geestelijk vader’ van deze ontwikkeling in het Duitse recht.

4 Hagen JZ 1983, p. 833.

5 Grunsky 1968, p. 86.

De commercialiseringsgedachte breidt daarmee het vermogensschadebegrip uit naar alle door de fout van een ander verloren onstoffelijke voordelen die tegen betaling verkregen kunnen worden, zoals het plezier van een goed aangeklede cruise naar de Canarische eilanden.⁶ De fout van de douane leidt er weliswaar niet toe dat het echtpaar armer is geworden – er staat, bij wijze van spreken, net zoveel geld op de bankrekening – maar haar fout resulteert wel in het verlies van een onstoffelijk voordeel met een economische waarde. Daarom is ook het verlies van zulk voordeel vermogensschade.⁷

In de literatuur lopen de meningen vervolgens uiteen over de vraag wat nu precies gecommmercialiseerd is: het onstoffelijke voordeel zelf of de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed die een benadeelde in staat stelt onstoffelijk voordeel te verkrijgen.⁸ Het verschil tussen deze twee interpretaties kan verduidelijkt worden aan de hand van het voorbeeld van een auto die door een verkeersfout van een ander beschadigd raakt en daardoor tijdelijk onbruikbaar is. Volgens de eerste interpretatie van de commercialiseringsgedachte vormt het concreet gemiste gebruiksgenot van een auto – het snel en comfortabel naar het werk reizen – de vermogensschade.⁹ Volgens de tweede interpretatie is niet deze snelle en comfortabele autorit naar het werk gecommmercialiseerd, maar de abstracte gebruiksmogelijkheid die een auto biedt of, anders gezegd, het gebruiksrecht van de auto. De vermogensschade is gelegen in de aantasting van de gebruiksmogelijkheid van de auto, die een benadeelde in staat stelt om snel op zijn werk te komen.¹⁰ Hoewel het verschil tussen de twee interpretaties misschien subtiel en ietwat academisch lijkt, is veel onenigheid over de commercialiseringsgedachte terug te voeren op dit interpretatieverschil.¹¹

Zeker de eerste interpretatie is omstreden. Het missen van genot, plezier of gemak heeft geen nadelige invloed op iemands vermogenspositie en vormt gewoon immateriële schade, aldus tegenstanders van de commercialiseringsgedachte.¹² Bovendien 'koopt' een benadeelde nooit het onstoffelijke voordeel zelf, maar slechts een goed dat hem in staat stelt zulk voordeel te realiseren. Een autoverhuurder verplicht zich niet tot het bieden van een snelle en comfortabele reis, maar slechts tot het tijdelijk in gebruik geven van een auto. Of de benadeelde het onstoffelijke voordeel verkrijgt, is vervolgens van veel meer afhankelijk dan slechts het hebben van deze gebruiksmogelijkheid. Of iemand

6 Wiese 1964, p. 17-18.

7 Grunsky 1968, p. 83-85.

8 Würthwein 2001 schreef over uitsluitend deze vraag een meer dan vierhonderd pagina's tellend proefschrift. Zie eerder: Larenz 1969, p. 158.

9 Zie bijvoorbeeld impliciet: Stoll JZ 1976, p. 282-283 en Hagen JZ 1983, p. 834. Expliciet: Würthwein 2001, p. 292-296 en, voor gederfd reisgenot, Grunsky 1968, p. 83-85.

10 Zie bijvoorbeeld: Wiese 1964, p. 24-25; Mertens 1967, p. 156-158 en Bitter AcP 2005, p. 769-771. Zie ook, met betrekking tot het gederfde gebruiksgenot van zaken, Grunsky 1968, p. 37. Zie verder: Tolk 1977, p. 46-49.

11 Larenz 1965, p. 493-495.

12 Böhmer MDR 1964, p. 453-454 en Fielenbach NZV 2013, p. 266.

een snelle en comfortabele reis heeft, hangt bijvoorbeeld ook af van de verkeersdrukke en het rijgedrag van andere weggebruikers.¹³ Daarnaast heeft de wetgever met § 253 BGB het recht op schadevergoeding voor immateriële schade willen beperken tot enkele in de wet geregelde gevallen. Door met een ingewikkelde dogmatische constructie gemist onstoffelijk voordeel om te vormen tot vermogensschade, ondergraaft de commercialiseringsgedachte § 253 BGB en daarmee de wil van de wetgever.¹⁴ Bovendien holt de commercialiseringsgedachte deze bepaling vrijwel helemaal uit. In een moderne kapitalistische samenleving is immers vrijwel ieder onstoffelijk voordeel tegen betaling te verkrijgen. In het verlengde van dit argument is aangevoerd dat een aanvaarding van de commercialiseringsgedachte de schadevergoedingsplicht van aansprakelijke partijen in te grote mate zou doen uitdijen, met name wanneer een benadeelde ernstig letsel oploopt. Gedurende de tijd dat het slachtoffer bedlegerig is, zal hij tal van onstoffelijke voordelen mislopen. Zo kan hij bijvoorbeeld niet meer naar de sportschool, geen auto meer rijden en niet meer genieten van zijn vrijstaande woning. Al deze gemiste voordelen hebben onmiskenbaar een marktwaarde en kwalificeren volgens deze interpretatie van de commercialiseringsgedachte als vermogensschade. De aansprakelijke partij zou dan voor al dit nadeel aansprakelijk zijn.¹⁵

Ook tegen de tweede interpretatie van de commercialiseringsgedachte zijn bedenkingen geuit in de Duitse literatuur. Zo betwijfelt men of de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed – of, anders gezegd, het gebruiksrecht – een zelfstandige vermogenswaarde heeft *naast* de marktwaarde van dit goed. De eventuele gebruiksmogelijkheid van een goed is namelijk al verdisconteerd in de marktprijs. De marktprijs van een vrijstaand huis is hoger dan die van een driekamerappartement, mede omdat een vrijstaand huis meer gebruiksmogelijkheden biedt. Met andere woorden, de enkele gebruiksmogelijkheid van een goed heeft geen zelfstandige economische waarde naast de marktwaarde. Het verlies ervan vormt daardoor geen zelfstandige schadepost. De inzet van de gebruiksmogelijkheid van een goed kan uiteraard winst opleveren. Zo kan een eigenaar zijn appartement verhuren. Hij heeft uiteraard recht op schadevergoeding voor zijn misgelopen winst, wanneer hij door een beschadiging zijn appartement niet of slechts tegen een lager bedrag verhuurd krijgt. Een aantasting van het gebruiksrecht kan schade tot gevolg hebben, maar dat maakt de aantasting op zichzelf nog geen vermogensschade.¹⁶

13 Larenz 1965, p. 496-497.

14 Löwe *VerS* 1963, p. 308; Larenz *VerS* 1963, p. 312; Löwe *NJW* 1964, p. 702-703 en Böhmer *MDR* 1964, p. 453-454.

15 Zeuner *AcP* 1963, p. 392-393; Löwe *VerS* 1963, p. 308; Löwe *NJW* 1964, p. 702-703; Larenz 1969, p. 160; Tolk 1977, p. 94-95; Schulte 1978, p. 52 en Küppers 1976, p. 22-27.

16 Löwe *VerS* 1963, p. 309; Larenz 1965, p. 497-503; Stoll *JuS* 1968, p. 504-513; Tolk 1977, p. 95-96; Schiemann *JuS* 1988, p. 22-24 en Würthwein 2001, p. 219-221.

7.2.2 Gederfd gebruiksgenot van goederen

7.2.2.1 Inleiding

Aan een algemene aanvaarding van de commercialiseringsgedachte heeft het BGH zich nooit gewaagd. Het is dus zeker niet zo dat in het Duitse recht ieder gemist onstoffelijk voordeel met een economische waarde als vermogensschade wordt gekwalificeerd. Slechts voor één specifiek geval heeft het BGH aangenomen dat gemist onstoffelijk voordeel vermogensschade kan zijn, namelijk bij het gederfde gebruiksgenot van bepaalde goederen. Het gebruiksgenot van deze goederen kan, zo oordeelde het BGH, in het economische verkeer tegen betaling worden verkregen. Het verlies van het gebruiksgenot van zulke goederen is vermogensschade. Deze aanvaarding van de commercialiseringsgedachte bij gemist gebruiksgenot is het resultaat van een lange ontwikkeling in de rechtspraak van het BGH. In deze soms grillige lijn in de rechtspraak zijn allerlei additionele vereisten en deelregels voor de vergoeding van gederfd gebruiksgenot ontstaan.

7.2.2.2 Voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen

Zo heeft een benadeelde uitsluitend recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot wanneer het om een goed gaat 'auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers derart angewiesen ist'.¹⁷ Het gemiste gebruiksgenot van luxegoederen, zoals bontmantels en zeiljachten, komt daarentegen niet voor vergoeding in aanmerking. Dit onderscheid tussen voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen heeft een lange voorgeschiedenis, waarin de verschillende senaten van het BGH enkele jaren lijnrecht tegenover elkaar stonden.

Wir leben Autos

Het begint allemaal met een relatief onschuldig ongeval op een provinciale weg. Op 18 maart 1960 maakt een wegwerker tijdens werkzaamheden een fout, waardoor de auto van een weggebruiker beschadigd raakt. Gedurende de reparaties heeft deze automobilist drie dagen geen beschikking over zijn beschadigde auto. De automobilist vordert in een civiele procedure onder meer schadevergoeding voor het tijdelijk gederfde gebruiksgenot van zijn auto. De wegwerker stelt zich op het standpunt dat het tijdelijk gemiste gebruiksgenot van een personenauto geen vermogensschade is, maar immateriële schade. Het missen van het plezier en gemak van een auto heeft voor de automobilist immers geen vermogensachteruitgang tot gevolg gehad.

17 BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 51 (III).

De derde senaat van het BGH ziet een duidelijke parallel met het echtpaar dat het zonder bagage moest stellen en geeft de automobilist gelijk:¹⁸

‘Noch stärker als [...] in dem [...] Seereise-Fall gilt der Satz, daß die Benutzungsmöglichkeit des Wagens angesichts dessen, daß sie in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen „erkauft“ werden kann, tatsächlich „kommerzialisert“ worden ist.’

In daaropvolgende arresten hield de derde senaat van het BGH – en later ook de zesde senaat – vast aan deze nieuwe rechtsregel. Het tijdelijk gederfde gebruiksgenot van een auto kwalificeerden zij niet als immaterieel nadeel maar als vermogensschade. Dat uit een *Gesamtvermögensvergleich* geen vermogensachteruitgang blijkt, betekent niet noodzakelijkerwijs dat de benadeelde geen vermogensschade heeft geleden.¹⁹ Het genot van een auto is naar verkeersopvattingen immers een economisch voordeel, ongeacht of de benadeelde zijn auto bedrijfsmatig of privé inzet.²⁰ Dat blijkt onder meer uit het feit dat voor het verkrijgen van het genot van een auto uitgaven moeten worden gedaan, zoals aan wegenbelastingen en aan premies voor een autoverzekering.²¹ Bovendien kan de waarde van zulk genot objectief worden vastgesteld, namelijk aan de hand van de gebruikelijke huurprijs van een vergelijkbare auto. Er is, met andere woorden, een markt voor het tijdelijke gebruik van auto's.²² Wie het gebruiksgenot van een auto misloopt, lijdt dus vermogensschade.

In de literatuur reageerde men overwegend kritisch op deze nieuwe lijn in de rechtspraak, met name omdat deze in belangrijke mate was gebaseerd op de commercialiseringsgedachte. Tegenstanders wezen vooral op het gevaar dat het schadevergoedingsrecht oeverloos zou uitdijen. Wat voor het gebruiksgenot van auto's opgaat, geldt immers evengoed voor het gebruiksgenot van andere goederen. Het BGH zou daarmee § 253 BGB uithollen.²³ Mede door deze kritiek waren sommige andere senaten van het BGH, met name de vijfde, terughoudend met de analoge toepassing van de nieuwe rechtsregel op andere goederen.²⁴ De zesde senaat gaf in één van zijn arresten zelfs een alternatieve rechtvaardiging voor het recht op schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van een auto. Deze alternatieve rechtvaardiging berustte op

18 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542, p. 543 (II.2).

19 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542, p. 542-543 (I).

20 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 717; BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260, p. 1261 (II.1); BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692, p. 1693 (I). Zie ook: BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341, p. 2342 (2).

21 BGH 30 september 1963, *NJW* 1964, 542, p. 543 (II.2) en BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692, p. 1693 (I).

22 BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260, p. 1260 (II.1).

23 Zie: Böhmer *MDR* 1964, p. 453-454 en Löwe *NJW* 1964, p. 702-703.

24 Zie bijvoorbeeld: BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1630-1631 (III) en BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2040 (VI.4.b).

billijkheidsoverwegingen, die zich niet eenvoudig analoog lieten toepassen op andere goederen. In het Duitse recht heeft de benadeelde gedurende de reparatie van zijn beschadigde auto recht op een vergoeding voor de huurkosten van een vervangende auto. Het zou onbillijk zijn wanneer een spaarzame of arme benadeelde geen recht op zo'n vergoeding zou hebben, omdat hij het gederfde gebruiksgenot voor lief neemt of omdat hij simpelweg de kosten van een huurauto niet kan voorschieten. Bovendien zouden schadeveroorzakers – en hun verzekeraars – een perverse prikkel krijgen om dwars te liggen bij het vergoeden van de kosten van een huurauto. Immers, als zij het slachtoffer met succes ontmoedigen een vervangende auto te huren, vervalt hun plicht om een vergoeding te betalen.²⁵

Een algemenere toepassing

Het was dus geen uitgemaakte zaak dat de rechtspraak over beschadigde auto's analoog kon worden toegepast op andere goederen. Met name ten aanzien van woonhuizen liepen de meningen van de verschillende senaten van het BGH uiteen. De derde en later ook de achtste senaat van het BGH pasten de commercialiseringsgedachte zonder veel omhaal toe op gevallen waarin een benadeelde het genot van een woonhuis was misgelopen. Zo kreeg de eigenaar van een huis dat was gelegen naast een club voor in Duitsland gestationeerde Amerikaanse militairen schadevergoeding voor het gederfde woongenot dat door de geluidsoverlast van deze club werd veroorzaakt.²⁶ Deze senaten verwezen daarbij expliciet naar eerdere arresten waarin de commercialiseringsgedachte was aanvaard, met name ook naar de jurisprudentie over personenauto's.²⁷

De vijfde senaat van het BGH stelde zich daarentegen terughoudend op. Deze senaat overwoog dat het gederfde gebruiksgenot van een woning voor een benadeelde geen vermogensachteruitgang tot gevolg heeft. In zulke gevallen is om die reden geen sprake van vermogensschade, maar van immaterieel nadeel.²⁸ Een algemene aanvaarding van de commercialiseringsgedachte zou tot een uitdijning van het schadevergoedingsrecht leiden en § 253 BGB ondergraven.²⁹ De vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van een auto was hoofdzakelijk te rechtvaardigen vanwege specifieke billijkheidsoverwegingen en niet zozeer op grond van de commercialiseringsgedachte. Deze jurispruden-

25 BGH 15 april 1966, *NJW* 1966, 1260, p. 1261 (II.1). Zie in de literatuur: Hagen *JZ* 1983, p. 833-840.

26 BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020, p. 2021 (III).

27 BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020, p. 2021 (III) respectievelijk BGH 14 juni 1967, *NJW* 1967, 1803, p. 1803-1804 (II.6).

28 Zie met name: BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2038-2039 (VI.1).

29 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1630 (II.3.a.aa); BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775, p. 777 (II.c) en BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2040 (VI.3.b.bb).

tie kon daarom niet analoog worden toegepast op andere goederen, zoals woningen.³⁰

De vijfde senaat slaagde er in zijn eerste arresten nog in schadevergoeding voor gedeerd gebruiksgenot af te wijzen zonder tegen de nieuwe rechtsregel van de derde en de achtste senaat in te gaan. In zijn eerste twee arresten over gedeerd genot van een woning ging het om een aannemer die een nieuwe woning te laat had opgeleverd aan zijn kopers. Anders dan de eigenaren van een auto, waren de kopers nog geen eigenaar of bezitter van de woning op het moment dat ze het gebruiksgenot ervan misliepen. Dat rechtvaardigde een afwijzing van hun vorderingen, aldus de vijfde senaat.³¹ In een andere zaak had de woningeigenaar een gedeelte van zijn huis nog kunnen gebruiken tijdens de reparaties en kon de vijfde senaat de schadevergoedingsvordering om die reden afwijzen.³² Andere senaten trokken de overwegingen van de vijfde senaat – die hij wel *obiter dictum* steeds naar voren bracht – in twijfel.³³ Zo kregen de kopers van een ondergrondse garage schadevergoeding voor het gemiste gebruiksgenot ervan dat was ontstaan door een constructiefout van de aannemer.³⁴

Op den duur kon een confrontatie tussen de tegenstrijdige richtingen van de verschillende senaten niet uitblijven. Door een fout bij het afgraven van een helling op een aangrenzend perceel verzakte een woonhuis zodanig dat de gemeente het tijdelijk onbewoonbaar verklaart. Tijdens de herstelwerkzaamheden zijn de eigenaar en zijn echtgenoot gedwongen om in een camper naast hun verzakte huis te wonen. De eigenaar vordert onder meer schadevergoeding voor het tijdelijk gemiste genot van zijn woonhuis. De vijfde senaat zag zich genooddaakt om een prejudiciële vraag aan de grote senaat van het BGH te stellen, die in essentie op het volgende neerkwam: is het tijdelijk gedeerd genot van een woning vermogensschade? Zelf stelde de vijfde senaat voor deze vraag ontkennend te beantwoorden.³⁵

Goederen van centrale betekenis voor het levensonderhoud

De grote senaat zag daarentegen wel ruimte voor een algemener recht op schadevergoeding voor gedeerd gebruiksgenot. Naar zijn mening kan

‘[...] über die Fälle der Eigennutzung eines Kraftfahrzeugs hinaus jedenfalls bei Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung

30 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1630 (II.1) en 1631 (II.3.b.aa.). Zie ook: BGH, 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2040 (VI.3.b.aa.).

31 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1631 (II.3.c) en BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806-1807 (3).

32 BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775, p. 777 (II.c en II.d).

33 BGH 28 februari 1980, *NJW* 1980, 1386, p. 1386 (I en II) en BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427, p. 428 (2b).

34 BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427, p. 428 (2b).

35 BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037.

des Eigentümers derart angewiesen ist, wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus, der zeitweise Verlust ihrer Möglichkeit zum eigenen Gebrauch infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum bereits ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein'.³⁶

Met zijn beslissing breidde de grote senaat het recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot uit naar alle goederen waarvan de voortdurende beschikbaarheid essentieel is voor het dagelijkse levensonderhoud van de benadeelde, zoals auto's en woningen. De mobiliteit die een auto biedt, is in veel huishoudens van groot belang om het gezin 'draaiend te houden'. De auto is nodig om de kinderen naar school te brengen en om op tijd op het werk te verschijnen. Een woning is van vergelijkbaar belang voor het dagelijkse levensonderhoud. Anderzijds volgt uit de beslissing van de grote senaat ook een beperking: er bestaat geen recht op schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van goederen die *niet* van centrale betekenis zijn voor het levensonderhoud van de benadeelde.

Met deze overweging sloot de grote senaat zich aan bij een gedachte die reeds in eerdere arresten van het BGH besloten lag. Eén van de redenen om het missen van het gebruiksgenot van een auto als vermogensschade te kwalificeren was dat een auto niet louter comfort en plezier verschaft aan zijn eigenaar, maar vooral ook een middel is om tijd te besparen en snel ergens te komen zonder afhankelijk te zijn van het openbaar vervoer. Een auto is veelal nodig om in het levensonderhoud te voorzien.³⁷ Dat dit niet voor alle goederen geldt, schemerde al door in een arrest over een vrouw die enkele jaren het gebruiksgenot van een op maat gemaakte bontmantel moest missen, omdat door een fout van de verkopende kleermaker de mantel de vrouw niet goed paste. Volgens het BGH is het gebruiksgenot van een bontmantel immaterieel van aard. De vrouw voerde in feitelijke instanties namelijk aan dat ze de bontmantel had willen gebruiken om er chic uit te zien op feestjes. Het is bovendien ongebruikelijk om een bontmantel te huren, aldus het BGH. Het is een eigenaar van een bontmantel er immers om te doen 'nicht einen sondern seinen Pelzmantel [zu] tragen'.³⁸ Het gemiste gebruiksgenot van een privé-zwembad kwam om een vergelijkbare reden niet voor vergoeding in aanmerking. Anders dan een auto, vervult een privézwembad geen alledaagse behoeften van de benadeelde. Een zwembad is een 'liebhabelei' die vooral het immateriële levensgeluk verhoogt.³⁹ Bij zowel bontmantels als privézwembaden speelt in de overwegingen van het BGH ook mee dat er helemaal geen huurmarkt is voor het tijdelijke gebruiksgenot van zulke goederen. Dat versterkte het argument dat deze goederen niet gecommmercialiseerd zijn. Voor vakantie-

36 BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 51 (III).

37 BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542, p. 543 (II.2).

38 BGH 12 februari 1975, NJW 1975, 733, p. 734-735 (II.2.b).

39 BGH 28 februari 1980, NJW 1980, 1386, p. 1388 (II.2).

woonwagens en zeiljachten is zo'n markt er wel degelijk. Het BGH wees desalniettemin schadevergoedingsvorderingen voor het gedeeld gebruiksgenot van deze goederen eveneens af met het argument dat het hier niet ging om goederen die essentiële levensbehoeften bevredigen. Deze goederen vervullen 'Luxusbedürfnissen' en zien daarmee slechts op het vergroten van het immateriële levensgeluk van de benadeelde.⁴⁰

Deze beperking aan het recht op schadevergoeding voor gedeeld gebruiksgenot is volgens de grote senaat noodzakelijk om te voorkomen dat immateriële schade via een omweg toch voor vergoeding in aanmerking komt. Dat zou namelijk in strijd zijn met § 253 BGB. Bovendien zorgt de beperking ervoor dat rechters zuiver subjectief nadeel niet op geld hoeven te waarderen. Voor de waardebepaling van het gebruiksgenot van voor het levensonderhoud essentiële goederen, zoals auto's en huizen, zijn in de regel objectieve maatstaven voorhanden.⁴¹ De vraag of een goed van centrale betekenis is voor het dagelijkse levensonderhoud, moet de rechter aan de hand van de verkeersopvattingen bepalen.⁴²

Het door de grote senaat gemaakte onderscheid tussen voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen kan in de literatuur op de nodige kritiek rekenen. Het feit dat een rechter aan de hand van de verkeersopvattingen moet bepalen of een goed van centrale betekenis voor het dagelijkse levensonderhoud is of niet, leidt tot rechtsonzekerheid.⁴³ Dit criterium roept voor ieder goed immers de vraag op of het een luxeproduct is of niet.⁴⁴ Bovendien is het onderscheid tussen luxegoederen en 'alledaagse goederen' dogmatisch niet te rechtvaardigen. Medicus wijst erop dat voor andere vormen van vermogensschade geen onderscheid wordt gemaakt tussen alledaagse goederen en luxegoederen. Wanneer iemand onrechtmatig een zaak beschadigt, is hij aansprakelijk voor de reparatiekosten, ongeacht of het om een bescheiden gezinsauto of een peperduur zeiljacht gaat. Hij kan zich niet tegen aansprakelijkheid voor de reparatiekosten verweren met het argument dat hij 'slechts' een luxeproduct heeft beschadigd.⁴⁵ Vanuit de commercialiseringsgedachte kan dit onderscheid evenmin worden verklaard. Ook het gebruiksgenot van een luxeproduct kan namelijk een duidelijke economische waarde hebben. Waarom voor het tijdelijk missen van een zeiljacht *geen* schadevergoeding kan worden toegekend, maar voor het missen van een personenauto wel, is vanuit deze gedachte niet te verdedigen.⁴⁶ De beslissing van de grote senaat lijkt

40 Zie: BGH 15 december 1982, *NJW* 1983, 444, p. 445-446 (II.3 en II.4) en BGH 15 november 1983, *NJW* 1984, 724, p. 725 (III).

41 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 52-53 (III.4.a).

42 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 53 (III.4.b).

43 Hagen *JZ* 1983, p. 836, 840; Jahr *JZ* 1984, p. 574; Dunz *JZ* 1984, p. 1014; Schulte 1978, p. 50-53; Rauscher *NJW* 1986, p. 2014 en Fielenbach *NZV* 2013, p. 266-267.

44 Medicus 2000, p. 209-210.

45 Medicus *NJW* 1989, p. 1889-1890; Bitter *AcP* 2005, p. 744 en Fielenbach *NZV* 2013, p. 266-267.

46 In die zin: Dunz *JZ* 1984, p. 1013; Jahr *JZ* 1984, p. 574 en Würthwein 2001, p. 70.

vooral een door praktische overwegingen ingegeven compromis te zijn tussen de twee richtingen die in de rechtspraak van de verschillende senaten was ontstaan.⁴⁷

Desalniettemin handhaaft het BGH tot op heden het onderscheid tussen voor het levensonderhoud essentiële goederen en luxegoederen.⁴⁸ Bovendien geldt een strenge maatstaf voor de toets of een goed naar verkeersopvattingen van centrale betekenis is voor het levensonderhoud.⁴⁹ Een camper is bijvoorbeeld geen voor het levensonderhoud essentieel goed, omdat deze hoofdzakelijk wordt gebruikt voor vakanties.⁵⁰ Een ADSL-aansluiting en een mobiele telefoon zijn wel van centrale betekenis voor het levensonderhoud. In het huidige maatschappelijke verkeer zijn beide goederen namelijk onmisbaar. Ze zijn nodig om afspraken te maken, goederen aan te schaffen en zelfs om belastingaangifte te doen.⁵¹ Een faxmachine is daarentegen wel een luxegoed, omdat faxen slechts verhoogde snelheid en extra gemak biedt ten opzichte van de reguliere post.⁵² Een motor vormt een voor het levenshoud essentieel goed, mits de motorrijder hem niet slechts hobbymatig gebruikt maar het zijn dagelijkse vervoermiddel is.⁵³ Ook in de lagere rechtspraak is voor uiteenlopende goederen – van fietsen tot privéjets en van televisies tot keukens – beslist of ze wel of geen luxeproducten zijn.⁵⁴

7.2.2.3 Onbruikbaarheid van het goed zelf

Een benadeelde heeft slechts recht op een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot als het goed *zelf* onbruikbaar is geworden door de fout van een ander. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer door een verkeersfout een auto beschadigd raakt en enkele dagen voor reparaties naar een garage moet. Het gederfde gebruiksgenot van deze auto is dan het gevolg van een beschadiging van het goed zelf. Als het gederfde gebruiksgenot daarentegen *niet* het gevolg is van de onbruikbaarheid van het goed zelf, maar de benadeelde om een andere reden het gebruiksgenot van een goed is misgelopen, heeft hij geen recht op een vergoeding.⁵⁵

47 Zwirlein *JuS* 2013, p. 489 en Pauly *MDR* 2014, p. 874.

48 BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1086 (II. 1) en BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1072-1073 (II.2.a).

49 BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1086 en BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1072-1073 (II.2.a).

50 BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1087 (II.2).

51 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073-1074 (II.2.b.bb en cc).

52 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073 (II.2.b.aa).

53 BGH 12 december 2011, *NZV* 2012, 223, p. 223 (II.2) betrof een hobbymatige motorrijder en BGH 23 januari 2018, *VerS* 2018, 490, p. 491-492 (II.2) een motorrijder die zijn motor gebruikte om naar zijn werk te gaan.

54 *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, *BGB* § 249, rl. 61-63.

55 Hagen *JZ* 1983, p. 834 en Würthwein 2001, p. 297-302.

Het geschil over een jager die ernstig gewond raakt bij een verkeersongeval, illustreert dit vereiste op een heldere wijze. In zijn vrije tijd jaagt het gewonde slachtoffer, maar door zijn verwondingen is hij daartoe een jaar lang niet in staat. Vlak voor het ongeval sloot hij voor negen jaar een pachtovereenkomst om in een groot gebied te mogen jagen. Hij vordert vervolgens schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van dit pachtrecht gedurende het jaar dat hij door zijn verwondingen niet kon jagen. Het BGH wijst zijn vordering af. Het Hof overweegt dat de gebruiksmogelijkheid van het goed zelf – het pachtrecht – niet op enigerlei wijze is aangetast door de onrechtmatige daad, maar dat de jager vanwege zijn letsel – zijn persoonlijke dispositie dus – niet in staat was het pachtrecht te gebruiken. Met andere woorden, objectief gezien kan het pachtrecht onverminderd en volledig worden benut. Het is voor de jager slechts in subjectieve zin onmogelijk om van het pachtrecht te genieten. Hij kan nog wel over het pachtrecht beschikken, bijvoorbeeld door iemand anders toestemming te geven om te jagen in het door hem gepachte gebied.⁵⁶ Dit vereiste van onbruikbaarheid van het goed zelf paste het BGH vervolgens ook toe in gevallen waarin de politie ten onrechte een rijbewijs van een automobilist had ingenomen vanwege vermeend rijden onder invloed. Ook in deze zaken wees het BGH een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van de auto af. De onrechtmatige gedraging van de politie had immers de gebruiksmogelijkheid van de auto zelf niet aangetast. De auto's waren, objectief gezien, nog net zo bruikbaar als toen hun eigenaren wel de beschikking over hun rijbewijs hadden.⁵⁷ Een deel van de literatuur voegde instemmend aan deze overweging toe dat de schade in zulke gevallen niet zozeer is gelegen in het derven van het gebruiksgenot van een goed, maar in de beperking van de persoonlijke vrijheid van het slachtoffer. Zo'n beperking van de persoonlijke vrijheid is geen vermogensschade maar zuiver immaterieel nadeel.⁵⁸

Een ander deel van de literatuur is juist kritisch over dit vereiste. Zowel de benadeelde met een beschadigde auto als de benadeelde wiens rijbewijs ten onrechte is ingenomen, kan zijn auto tijdelijk niet gebruiken. Beiden derven het gecommmercialiseerde gebruiksgenot van hun auto. Anders gezegd, ze kunnen beiden een tijdje niet de weg op met hun auto. Waarom zulk nadeel wel voor vergoeding in aanmerking komt als de oorsprong ervan ligt in de onbruikbaarheid van de auto zelf, maar niet als deze ligt in het ten onrechte innemen van een rijbewijs, laat zich niet rechtvaardigen.⁵⁹ Wanneer men aanvaardt dat gederfd gebruiksgenot vermogensschade is, moet het onder dezelfde voorwaarden voor vergoeding in aanmerking komen als alle andere

56 BGH 15 december 1970, *NJW* 1971, 796, p. 797 (3.a).

57 BGH 31 november 1974, *NJW* 1975, 347, p. 349 (IV) en BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341, p. 2342 (2).

58 Wiese 1964, p. 25-27; Mertens 1967, p. 151-153, 156-157; Grunsky 1968, p. 43-45; Tolk 1977, p. 35 en Würthwein 2001, p. 298-302.

59 Stoll *JZ* 1976, p. 282-283 en Schiemann 1981, p. 54-61.

vermogensschade. Bij iedere andere vorm van vermogensschade, zoals gederfde winst, wordt geen onderscheid gemaakt tussen schade die het gevolg is van een aantasting van de gebruiksmogelijkheid van een goed zelf en schade die dat niet is. Het vereiste dat de gebruiksmogelijkheid zelf moet zijn aangetast, is daarmee een *Fremdkörper* in het Duitse schadevergoedingsrecht.⁶⁰

7.2.2.4 Voelbaarheid

De onbruikbaarheid van het goed zelf is noodzakelijk, maar nog niet voldoende om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot. Het is eveneens vereist dat de benadeelde het goed feitelijk wilde en kon gebruiken gedurende de tijd dat het onbruikbaar was. Het missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van het goed moet in het concrete geval wel door de benadeelde zijn 'gevoeld'. Hij moet er, met andere woorden, feitelijk last van hebben gehad.

Dit vereiste stelde het BGH al in zijn eerste arresten over personenauto's. Het Hof overwoog dat een benadeelde geen recht heeft op schadevergoeding voor het louter missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een auto. Een slachtoffer moet *Nutzungswillen* en *Nutzungsmöglichkeit* hebben gehad tijdens de reparaties. Het voelbaarheids criterium kan op twee verschillende wijze aan een recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot in de weg staan. Door dit vereiste heeft een benadeelde allereerst geen recht op schadevergoeding wanneer hij de beschadigde auto toch niet zou hebben gebruikt tijdens de reparaties, bijvoorbeeld omdat hij op vakantie was of omdat hij niet beschikt over een rijbewijs.⁶¹ Zelfs wanneer een benadeelde *door het ongeval zelf* geen gebruik kan maken van zijn auto, is niet aan het voelbaarheids criterium voldaan. Zo kreeg een automobilist die door het ongeval gedurende de reparatieduur van zijn auto bedlegerig was, geen schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot. Hij zou immers toch niet in staat zijn geweest zijn beschadigde auto te gebruiken.⁶² Aan het voelbaarheids criterium is daarnaast niet voldaan wanneer de benadeelde een tweede auto tot zijn beschikking heeft. Ook dan voelt hij de tijdelijke onbruikbaarheid van zijn beschadigde auto niet.⁶³

De grote senaat heeft dit voelbaarheids criterium vervolgens bevestigd. Het gederfde gebruiksgenot van goederen die van centrale betekenis voor het

60 Hagen JZ 1983, p. 836.

61 Zie: BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542 p. 544 (II.4) en BGH 15 april 1966, NJW 1966, 1260, p. 1261-1262 (II.3).

62 BGH 7 juni 1968, NJW 1968, 1778, p. 1779 (II.2). Ook aan het voelbaarheids criterium is voldaan wanneer de eigenaar van een goed er weliswaar zelf geen gebruik (meer) van maakt, maar zijn auto gewoonlijk ter beschikking stelt aan derden, zoals aan een verloofde (BGH 28 januari 1975, NJW 1975, 922) of een zoon (BGH 16 oktober 1973, NJW 1974, 33). Kritisch over deze lijn: Wiese 1964, p. 25. Positiever: Würthwein 2001, p. 296.

63 BGH 14 oktober 1975, NJW 1976, 286, p. 286 (II.1).

dagelijkse levensonderhoud zijn, komt alleen voor vergoeding in aanmerking, zo overweegt hij, '[...] sofern der Eigentümer die Sache in der Zeit ihres Ausfalls entsprechend genutzt hätte'.⁶⁴ Ook de grote senaat benadrukt dat een benadeelde geen schadevergoeding krijgt voor het louter tijdelijk missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed. De grote senaat maakt een vergelijking met het commerciële gebruik van goederen. Wanneer een benadeelde een tijdelijk onbruikbaar goed zou hebben ingezet om winst te maken, kan de aansprakelijke partij zich verweren met de stelling dat de benadeelde ook zonder de tijdelijke onbruikbaarheid van het goed helemaal geen winst zou hebben gerealiseerd. De aansprakelijke partij moet een vergelijkbaar verweer toekomen wanneer de benadeelde het tijdelijk onbruikbare goed in de privésfeer inzet.⁶⁵

Ook het voelbaarheidscriterium is in twijfel getrokken. Het schadevergoedingsrecht kent over het algemeen namelijk geen vereiste dat het slachtoffer de schade moet hebben 'gevoeld'.⁶⁶ Volgens Grunsky is het criterium dan ook onverdedigbaar. Ter illustratie maakt hij een vergelijking met zaakschade. Iemand die brand sticht in een vakantiehuisje, kan zich niet tegen zijn schadevergoedingsplicht voor de reparatiekosten verweren met het argument dat het vakantiehuisje toch al jaren leegstond en de eigenaar het huisje ook de komende jaren niet zou gebruiken. Het staat een eigenaar immers vrij om over zijn goederen te beschikken zoals hij dat zelf wil. Hoe een eigenaar zijn vakantiehuisje benut, gaat de aansprakelijke partij niets aan. Hetzelfde zou moeten gelden voor aantastingen van de gebruiksmogelijkheden van goederen.⁶⁷

De kritiek op het voelbaarheidscriterium en op het vereiste van onbruikbaarheid van het goed zelf raakt aan de onderliggende vraag wat nu precies de te vergoeden vermogensschade is in deze gevallen: het verlies van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een zaak – het verlies van de mogelijkheid om een auto te benutten, ongeacht of en hoe vaak de automobilist met zijn auto rijdt – of het concreet door de benadeelde ervaren gederfde gebruiksgenot – het tijdelijk missen van de dagelijkse comfortabele autorit naar het werk en de kinderopvang.⁶⁸ Zoals gezegd, ziet een deel van de literatuur het loutere missen van de abstracte gebruiksmogelijkheid van een goed als de te vergoeden vermogensschade. Volgens deze interpretatie is het voelbaarheidscriterium niet te rechtvaardigen, omdat het een onverklaarbare additionele beperking oplegt, die het schadevergoedingsrecht in algemene zin vreemd is. Het vereiste van onbruikbaarheid van het goed zelf past wel bij deze interpretatie van de commercialiseringsgedachte. Volgens deze theorie is de

64 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 51 (III).

65 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1987, 50, p. 52 (III.2). Zie recenter: BGH 10 juni 2008, *VerS* 2008, 1086, p. 1087 (II.2) en BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073 (II.2.bb).

66 Zie ook: Hagen *JZ* 1983, p. 836 en Fielenbach *NZV* 2015, p. 272.

67 Grunsky 1968, p. 37. Zie ook: Bitter *AcP* 2005, p. 769-771.

68 Würthwein 2001, p. 73.

vermogensschade immers gelegen in de aantasting van de abstracte gebruiksmogelijkheid van het goed.⁶⁹ Een ander deel van de literatuur kwalificeert het concreet gemiste gebruiksgenot van een goed als de te vergoeden vermogensschade. Volgens deze interpretatie lijdt de benadeelde geen schade, wanneer weliswaar de gebruiksmogelijkheid van zijn goed door een fout tijdelijk is aangetast, maar hij toch niet van plan of in staat was het goed op enigerlei wijze te benutten. Voor aanhangers van deze interpretatie is het voelbaarheids criterium niet meer dan logisch. De benadeelde lijdt pas schade zodra hij concreet gebruiksgenot is misgelopen. Het voelbaarheids criterium geeft daar uitdrukking aan.⁷⁰ Dit deel van de literatuur loopt juist te hoop tegen het vereiste dat het goed zelf onbruikbaar moet zijn. Als het concreet gederfde gebruiksgenot de te vergoeden vermogensschade is, zou het vervolgens niet moeten uitmaken of zulk gederfd genot het gevolg is van de onbruikbaarheid van het goed zelf of niet.⁷¹

7.2.2.5 Gedeeltelijk derven van het gebruiksgenot

Een aan het voelbaarheids criterium gerelateerde vraag is of een benadeelde ook recht heeft op een vergoeding wanneer hij het gebruiksgenot van een goed slechts gedeeltelijk is misgelopen door de fout van een ander. In sommige gevallen is namelijk een goed ondanks de fout nog gedeeltelijk bruikbaar voor de benadeelde. In andere gevallen staat de benadeelde een vervangend goed ter beschikking dat minder gebruiksgenot verschaft dan het tijdelijk onbruikbare goed.

De lijn van het BGH was lange tijd niet eenduidig. Zo oordeelde het BGH dat een eigenaar die gedurende een reparatie van zijn beschadigde auto een vervangende auto uit een goedkopere klasse huurde, geen recht had op een vergoeding voor het mindere comfort dat deze kleinere huurauto bood ten opzichte van zijn beschadigde auto.⁷² Een andere eigenaar kon aantonen dat het gebruik van een auto uit een duurdere klasse (Mercedes) meer was dan een 'liefhebberij' en onmisbaar was in zijn dagelijkse leven. Hij kreeg wel een vergoeding voor het gederfde gebruiksgenot van zijn Mercedes, hoewel hem een kleinere, mindere snelle auto (een Opel) ter beschikking stond.⁷³ Ook

69 Recent verdedigde Bitter *AcP* 2005, p. 766-775 nog dat het missen van de gebruiksmogelijkheid van een goed zelf, ongeacht of en hoe de benadeelde het goed zou hebben benut, als schade zou moeten worden gezien. Zie ook: Mertens 1967, p. 151-153, 156-157.

70 Wiese 1964, p. 24-25; Schiemann *JuS* 1988, p. 22-23 en Würthwein 2001, p. 292-296. Als men het gemiste gebruiksgenot als schadepost ziet, heeft men het voelbaarheids criterium strikt genomen niet nodig. Dat iemand het missen van de gebruiksmogelijkheid van een goed 'gevoeld' moet hebben, ligt immers al in de schadepost zelf besloten. Volgens Fielenbach *NZV* 2015, p. 272 is het criterium dan ook verwarrend en overbodig.

71 Zie hierboven voetnoot 59 en 60. Anders: Würthwein 2001, p. 297-302.

72 BGH 2 december 1966, *NJW* 1967, 552, p. 553 (II).

73 BGH 17 maart 1970, *NJW* 1970, 1120, p. 1120-1122 (II).

bij gederfd woongenot liepen de oordelen van het BGH lange tijd uiteen. De woningeigenaar die geluidsoverlast van een nabijgelegen nachtclub ondervond, kreeg van de derde senaat schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot toegekend, hoewel hij gewoon in zijn huis was blijven wonen en het genot van zijn woning dus slechts gedeeltelijk misliep.⁷⁴ De vijfde senaat van het BGH kwam in een vergelijkbaar geval tot een tegenovergesteld oordeel. Bij de bouw van een brug maakt een onderaannemer iets te fanatiek gebruik van springstof, waardoor scheuren ontstaan in een huis, met als gevolg dat deze woning deels onbewoonbaar wordt. In het andere deel van het huis kan de eigenaar echter gewoon blijven wonen en hij behelpt zich daar door in het souterrain een tijdelijk slaapvertrek voor zichzelf in te richten. De vijfde senaat overwoog dat hierdoor niet aan het voelbaarheids criterium was voldaan. De eigenaar kon immers gewoon – zij het in verminderde mate – van het huis gebruik blijven maken.⁷⁵

Grunsky vroeg zich destijds al af waarom een benadeelde met verminderd gebruiksgenot genoeg zou moeten nemen. De benadeelde heeft immers recht op het volledige gebruiksgenot van zijn goed. Hij ziet een parallel met zaak-schade. De vandaal die een Mercedes in brand steekt, kan niet volstaan met een vergoeding van een geldbedrag waarmee de benadeelde een Opel kan kopen, met het argument dat de benadeelde met een goedkopere auto óók kan autorijden.⁷⁶ In recentere jurisprudentie lijkt het BGH meer ruimte te bieden om schadevergoeding toe te kennen voor het verminderde gebruiksgenot van een goed. Alleen wanneer de benadeelde 'iets vergelijkbaars aan de beschadigde zaak' ter beschikking staat, wijst het Hof schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot af.⁷⁷ De koper van een huis kreeg schadevergoeding toegekend voor het gederfd gebruiksgenot van een nieuw gekochte maar te laat opgeleverde woning, hoewel hij in de periode dat levering uitbleef een andere, maar kleinere woning tot zijn beschikking had. Aangezien deze woning aanzienlijk kleiner was dan de niet-geleverde woning, stond de koper geen vergelijkbare woonruimte ter beschikking, aldus het BGH. Het enkele feit dat deze woning 'toereikend' was voor zijn gezin, deed aan zijn recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot niets af.⁷⁸

74 BGH 11 juli 1963, *NJW* 1963, 2020, p. 2021 (III).

75 BGH 30 november 1979, *NJW* 1980, 775, p. 777 (II.2.c). Het Hof weet deze zaak te onderscheiden van de bovengenoemde zaak door te wijzen dat het daar ging om een toepassing van § 906 BGB en niet het schadevergoedingsrecht in het algemeen. Zie eerder al: BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1631 (3.b.bb).

76 Grunsky 1968, p. 45-46.

77 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072, p. 1073-1074 (II.2.b.bb en cc) en BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1375-1376 (II.4).

78 BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1375-1376 (II.4). Zie ook: Pauly *MDR* 2014, p. 875.

7.2.2.6 Toepasselijkheid in het contractenrecht

Het recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot vindt zijn oorsprong in gevallen waarin een goed beschadigd raakt als gevolg van een onrechtmatige daad. Vrijwel meteen kenden rechters zulke vergoedingen ook toe in gevallen waarin het gederfde gebruiksgenot van een goed het gevolg was van een wanprestatie. Zo zag het BGH geen belemmering om bij een tekortkoming in de nakoming van een aannemingsovereenkomst schadevergoeding toe te kennen voor het gemiste gebruiksgenot van een ondergrondse garage, die door ernstige constructiefouten lange tijd onbruikbaar was.⁷⁹

In het geschil dat bij de grote senaat voorlag, was de derving van het gebruiksgenot van de verzakte woning het gevolg van een onrechtmatige daad. De grote senaat spitst zijn oordeel weliswaar toe op gevallen waarin het gederfde gebruiksgenot het gevolg is van een onrechtmatige daad, maar sluit in zijn overwegingen niet uit dat ook bij een wanprestatie gederfd gebruiksgenot voor vergoeding in aanmerking kan komen.⁸⁰ In latere jurisprudentie heeft het BGH vervolgens aanvaard dat ook bij wanprestatie schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot kan worden toegekend, bijvoorbeeld wanneer een internetprovider zijn contractuele verplichtingen jegens zijn klant gedurende een bepaalde periode niet nakomt, waardoor de klant tijdelijk verstoken is van een internetverbinding.⁸¹ In een recent arrest laat het BGH er geen misverstand over bestaan:

‘Diese für eine deliktische Haftung entwickelten Grundsätze des Großen Senats für Zivilsachen hat der BGH auf die Vertragshaftung übertragen.’⁸²

Op een ander punt was de rechtspraak van het BGH daarentegen lange tijd minder eenduidig. In gevallen waarin een aannemer een huis te laat opleverde, oordeelde de vijfde senaat van het BGH tweemaal dat geen recht bestond op een vergoeding voor gederfd woongenot. Deze senaat stelde voorop dat een koper van een huis tijdens het verzuim nog geen eigenaar van het huis is. Het recht op een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot vindt nu juist zijn grondslag in het eigendomsrecht, aldus de vijfde senaat. Een koper die een huis te laat krijgt opgeleverd, heeft daarom geen recht op een vergoeding voor zijn gederfde gebruiksgenot van deze woning.⁸³ Deze beperking zou ertoe leiden

79 BGH 10 oktober 1985, *NJW* 1986, 427, p. 428 (2). Zie eerder: BGH 28 februari 1980, *NJW* 1980, 1386, p.1388 (II.2).

80 Twijfelend nog de vijfde senaat in BGH 31 oktober 1986, *NJW* 1987, 771, p. 772 (II.a.4). Zie ook: Schiemann *JuS* 1988, p. 25.

81 BGH 24 januari 2013, *NJW* 2013, 1072. Zie eerder de vijfde senaat (!): 21 februari 1992, *NJW* 1992, 1500, p. 1500 (II).

82 BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1374 (II.2).

83 BGH 14 mei 1976, *NJW* 1976, 1630, p. 1631 (3.c) en BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806 (3).

dat juist bij wanprestatie een benadeelde veelal geen recht heeft op schadevergoeding voor zijn gederfde gebruiksgenot. Binnen een contractuele verhouding is de benadeelde immers veelal niet op grond van een eigendomsrecht gerechtigd tot het gebruiksgenot van een goed. Zo hebben teleurgestelde huurders slechts een contractueel recht op het gebruiksgenot en hebben kopers slechts een contractueel recht op het verkrijgen van de eigendom (en daarmee het gebruiksrecht) van het goed.

Andere senaten uitten hun twijfels over deze beperking.⁸⁴ Na het arrest van de grote senaat ontstond er gaandeweg consensus dat niet alleen eigenaren of bezitters, maar ook benadeelden die op grond van een overeenkomst gerechtigd zijn tot het gebruik van een goed, recht hebben op schadevergoeding voor hun gederfde gebruiksgenot.⁸⁵ Op grond van een echtscheidingsconvenant mocht een man samen met zijn kinderen de schoolvakanties doorbrengen in het Zwitserse vakantiehuisje van zijn ex-vrouw. In strijd met deze overeenkomst weigerde de vrouw haar ex-man toegang tot het huisje te geven. Het BGH zag in het feit dat de aanspraak op het gebruiksgenot uit een overeenkomst voortvloeit – en niet uit de eigendom of het bezit van het huisje – geen goede reden om een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot af te wijzen.⁸⁶ In 2014 rekent het BGH vervolgens definitief af met de gedachte dat bij te late oplevering van een huis geen recht op schadevergoeding voor gederfd gebruiksgenot bestaat, omdat de koper nog geen bezitter of eigenaar is. Zelfs als de koper het huis uiteindelijk nooit in bezit of eigendom verkrijgt – hij heeft bijvoorbeeld de koopovereenkomst ontbonden en een ander huis gekocht – heeft hij recht op schadevergoeding voor het gederfde gebruiksgenot voor de tijd dat de aannemer in strijd met zijn contractuele verplichtingen het huis niet aan hem heeft opgeleverd.⁸⁷

7.2.3 Begroting

In het Duitse recht hebben lagere rechters grote vrijheid om schade naar eigen inzicht te begroten.⁸⁸ Desalniettemin heeft het BGH aanwijzingen geven hoe lagere rechters het gederfde gebruiksgenot dienen te begroten. De grote senaat zette met name uiteen hoe het *niet* moet. Zo is de waarde van het gebruiksgenot niet gelijk aan de prijs die de benadeelde zou moeten betalen om op de markt een vervangende zaak te huren. Hij heeft immers geen kosten gemaakt om een vervangende zaak te huren. De prijs waarvoor de benadeelde

84 BGH 12 februari 1975, *NJW* 1975, 733, p. 734 (II.1) en later: BGH 14 juli 1982, *NJW* 1982, 2304 (over de teruggaveplicht van een personenauto).

85 Zie niet in de laatste plaats de vijfde senaat in BGH 21 februari 1992, *NJW* 1992, 1500, p. 1500 (2).

86 BGH 16 september 1987, *NJW* 1988, 251, p. 252-253 (2).

87 BGH 20 februari 2014, *NJW* 2014, 1374, p. 1374-1375 (II.3). Zie ook: Pauly *MDR* 2014, p. 875.

88 BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 1692, p. 1693 (I.2).

bereid zou zijn geweest het gebruik van zijn goed tijdelijk ter beschikking te stellen aan een derde vormt om een vergelijkbare reden geen geschikte maatstaf. De benadeelde was immers niet voornemens het goed te verhuren.⁸⁹

Het probleem van beide methoden is volgens het BGH dat een deel van de huurprijs bestaat uit nettowinst. Zulke nettowinst heeft niets te maken met de waarde van het gebruiksgenot van een goed, maar dient enkel om de vermogenspositie van de verhuurder te verbeteren. Een rechter kan de begroting van het gedeelde gebruiksgenot baseren op de gebruikelijke huurprijs van een goed, maar zal dit bedrag vervolgens moeten *bereinigen* van ondernemingswinst.⁹⁰ In de praktijk komt dat meestal neer op een korting van enkele tientallen procenten.⁹¹ Een alternatieve begrotingswijze van het gedeelde gebruiksgenot is gebaseerd op de vaste kosten die noodzakelijk zijn om het goed te verkrijgen en te behouden, zoals afschrijvingen, belastingen en verzekeringen.⁹² Aan de hand van zulke vaste lasten kan immers worden bepaald wat het gebruiksgenot van een goed een gemiddelde gebruiker ongeveer kost en daarmee wat de economische waarde ervan is. Ook deze begrotingswijze kan op de goedkeuring van de grote senaat rekenen. Het staat de rechter bovendien vrij om deze vaste kosten met een percentage op te slaan. Deze opslag is gerechtvaardigd omdat een deel van de vaste lasten zich lastig laat vaststellen.⁹³ De toelaatbaarheid van beide methoden is meermaals bevestigd door het BGH.⁹⁴

7.3 DE FRUSTRATIELEER

7.3.1 De tevergeefs gemaakte kosten aan de cruise als vermogensschade

De commercialiseringsgedachte is dus allerminst onomstreden. De overweging van het BGH in de *Seereise-fall* waarop de commercialiseringsgedachte grotendeels berust, is bovendien ambigu. De overweging kan namelijk ook anders worden uitgelegd. Het BGH overwoog namelijk niet alleen dat het genot van een zeereis tegen betaling *kan* worden verkregen, maar 'hier tatsächlich erkaufte worden ist'. Het echtpaar had een reissom betaald voor de cruise. Door de fout van de douanebeambte was deze uitgave deels tevergeefs. Een alternatieve interpretatie van de overweging is dan ook dat de vermogensschade niet is

⁸⁹ BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 54 (IV).

⁹⁰ BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 54 (IV). Bij auto's begrooten rechters schade reeds op deze manier, zie bijvoorbeeld: BGH 30 september 1963, NJW 1964, 542, p. 545 (II.5).

⁹¹ *MiKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, BGB § 249, rl. 79.

⁹² Zie bijvoorbeeld eerder al bij een personenauto: BGH 18 mei 1971, NJW 1971, 1692, p. 1694 (I.2.b).

⁹³ BGH 9 juli 1986, NJW 1987, 50, p. 54 (IV).

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: BGH 16 september 1987, NJW 1988, 251, p. 253-254 (3) en BGH 24 januari 2013, NJW 2013, 1072, p. 1074 (II.3).

gelegen in het gemiste plezier van de cruise, maar in de door de fout gefrustreerde uitgaven aan de zeereis.⁹⁵ De frustratieleer verlegt zo de blik van het gemiste onstoffelijke voordeel naar de tevergeefs gedane uitgaven. Door de tevergeefs gemaakte kosten als de te vergoeden vermogensschade te kwalificeren, voortkomt deze theorie, volgens voorstanders, dat schade die eigenlijk immaterieel van aard is, zoals gederfd reisgenot, op gekunstelde wijze wordt gekwalificeerd als vermogensschade. Anders dan de commercialiseringsgedachte respecteert de frustratieleer daarmee het onderscheid tussen vermogensschade en immaterieel nadeel en zo ook § 253 BGB. Bovendien zijn eventuele tevergeefs gemaakte kosten concreet en objectief te bepalen, waardoor de schade veel eenvoudiger te berekenen is.⁹⁶

Maar ook de frustratieleer is omstreden in de Duitse literatuur. Zo ontbreekt volgens tegenstanders van deze leer causaliteit tussen de gedane uitgaven en de fout. De echtgenoten hebben de reissom voor de cruise vrijwillig voldaan aan het reisbureau. Deze uitgave is niet veroorzaakt door de fout van de douanebeambte. De reissom zou immers ook zijn betaald in het hypothetische geval dat de echtgenoten wel beschikking zouden hebben gehad over hun bagage. Löwe biedt dit causaliteitsprobleem het hoofd door simpelweg te pleiten voor een billijkheidsuitzondering op het causaliteitsvereiste voor zulke tevergeefs gemaakte kosten.⁹⁷ Larenz bepleit daarentegen dat zo'n billijkheidsuitzondering helemaal niet nodig is. Hoewel de uitgaven zelf niet zijn veroorzaakt door de wanprestatie of de onrechtmatige daad, is er naar zijn mening wel causaal verband tussen de fout en 'de vergeefsheid' van deze uitgaven. Zonder de fout zouden de uitgaven immers een onstoffelijk voordeel hebben opgeleverd en juist als gevolg van de fout loopt de benadeelde dit voordeel mis en blijken de gedane uitgaven tevergeefs te zijn. De uitgaven zelf zijn weliswaar vrijwillig gedaan door de benadeelde, maar dat ze tevergeefs zijn geworden, was uiteraard niet zijn bedoeling. Het echtpaar wilde geen tevergeefse, maar een zinvolle uitgave doen. Dit onvrijwillige karakter van de *tevergeefs* gemaakte kosten rechtvaardigt het om zulke uitgaven gelijk te stellen aan schade en – naar analogie – voor vergoeding in aanmerking te laten komen.⁹⁸

Een andere bedenking bij de frustratieleer is dat aanvaarding ervan zou leiden tot een aanzienlijke uitdijning van de schadevergoedingsplicht van aansprakelijke partijen. Een veelgebruikt voorbeeld is het slachtoffer dat door de fout van een ander in het ziekenhuis belandt. Tal van kosten die hij tijdens zijn ziekenhuisverblijf maakt, zijn tevergeefs, zoals de huur van zijn woning,

95 Tolk 1977, p. 38.

96 Löwe *VerS* 1964, p. 310-312. Zie ook: Böhmer *MDR* 1964, p. 454.

97 Löwe *VerS* 1963, p. 310-311.

98 Larenz *VerS* 1963, p. 312-313 en Larenz 1969, p. 161. In vergelijkbare zin: Mertens 1967, p. 159. Kritisch: Zeuner *AcP* 1963, p. 392-394 en Tolk 1977, p. 109-111, die zich op het standpunt stellen dat in wezen het niet bereiken van het onstoffelijke voordeel onvrijwillig is.

de kosten voor zijn auto en zijn lidmaatschap van een sportclub. In deze periode verkrijgt hij immers het nagestreefde onstoffelijke voordeel van deze goederen en diensten niet, terwijl hij wel uitgaven heeft gedaan om deze voordelen te verkrijgen.⁹⁹ Om de uitdijning binnen de perken te houden, is door sommige voorstanders van de frustratieleer bepleit om het recht op schadevergoeding te beperken tot gevallen waarin de benadeelde met zijn uitgaven een 'concreet levensdoel' heeft nagestreefd en hij zijn gedane uitgaven uitsluitend voor het bereiken van dit concrete levensdoel heeft ingezet. Een voorbeeld van zulke uitgaven zijn de kosten van een vliegticket en een hotel voor een korte vakantie naar Napels. Wanneer de benadeelde door het opgelopen letsel niet op vakantie kan, verwezenlijkt hij een concreet levensdoel niet: Napels zien. Bovendien kan hij de uitgaven voor het vliegticket en de hotelovernachting niet op een andere wijze zinvol inzetten. Ze zijn daarmee onomkeerbaar tevergeefs geworden. Met algemene uitgaven voor levensonderhoud, zoals de aflossing van een hypotheek en de vaste lasten van een auto, streeft een benadeelde geen concreet levensdoel na, maar bevordert hij zijn welzijn in algemene zin. Zulke uitgaven zijn, volgens deze auteurs, niet tevergeefs geweest wanneer de benadeelde tijdelijk geen gebruik kan maken van zijn woning of auto. Aangezien deze kosten niet een concreet levensdoel dienen, kan de benadeelde nog op een andere wijze zinvol over deze zaken beschikken wanneer hij ze zelf vanwege het opgelopen letsel niet kan gebruiken, bijvoorbeeld door ze uit te lenen aan een vriend.¹⁰⁰ Tegenstanders van deze ingeperkte frustratieleer werpen tegen dat het onderscheid tussen uitgaven aan 'concrete levensdoelen' en voor 'het dagelijkse levensonderhoud' te onduidelijk is en daarmee in de praktijk onwerkbaar zou zijn.¹⁰¹ Het vergoeden van tevergeefs gemaakte kosten leidt verder tot moeilijk te rechtvaardigen verschillen tussen op het oog zeer vergelijkbare gevallen. Een benadeelde die voor een concert zelf een kaartje koopt, zou recht hebben op een vergoeding, terwijl de benadeelde die het concertkaartje cadeau krijgt van zijn ouders geen aanspraak zou hebben, simpelweg omdat hij geen kosten heeft gemaakt voor het concert.¹⁰²

Mede vanwege deze weerstand in de literatuur is de frustratieleer door het BGH jarenlang resoluut van de hand gewezen. Dat deed het Hof allereerst in gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheid, bijvoorbeeld in het geval van de jager die door een verkeersongeval tevergeefs geld had uitgegeven aan een pachtrecht voor een jachtgebied en in het geval van de automobilist die door een onterechte inbeslagname van zijn rijbewijs tevergeefs kosten had

99 Zeuner *AcP* 1963, p. 393-394; Stoll *JZ* 1971, p. 593 en Küppers 1976, p. 35-36.

100 Mertens 1967, p. 160. Zie ook: Larenz 1969, p. 162-164.

101 Küppers 1976, p. 34.

102 Wiese 1964, p. 28 en Küppers 1976, p. 34-35.

gemaakt voor zijn auto.¹⁰³ Enkele jaren later wees het BGH ook voor het contractenrecht de frustratieleer van de hand. Op 15 maart 1984 verhuurde een gemeente het auditorium van haar gemeentehuis aan een politieke vereniging, die daar een kleine maand later een lezing wilde organiseren. Dat veroorzaakte ophef in de gemeenteraad, omdat deze vereniging rechtsextremistisch bleek te zijn. De vereniging propageerde openlijk het nationaalsocialisme en de door haar georganiseerde lezing had als onderwerp de hooggeplaatste nazi-politicus Rudolf Hess. Naar aanleiding van deze ophef zei de gemeente de huurovereenkomst op. Volgens het BGH rechtvaardigde de ontstane ophef de opzegging door de gemeente niet. Als gevolg van de wanprestatie moest de vereniging haar lezing afzeggen. Zij vorderde in een civiele procedure schadevergoeding, hoofdzakelijk voor enkele tevergeefs gemaakte kosten aan deze lezing, zoals reclamekosten, een reeds betaald homarium voor de spreker en zijn reiskosten. Het BGH wees deze vordering af. De politieke partij maakte de kosten immers vrijwillig en de uitgaven waren niet het gevolg van de wanprestatie van de gemeente. Causaal verband ontbrak dus volgens het Hof.¹⁰⁴ In eerdere arresten had het BGH bovendien bij de afwijzing van de frustratieleer overwogen dat aanvaarding ervan zou leiden tot een te grote uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht en tot een uitholling van § 253 BGB.¹⁰⁵

Tevergeefs gemaakte kosten spelen wel sinds het begin van de twintigste eeuw een belangrijke rol in een ander leerstuk van het Duitse schadevergoedingsrecht, namelijk het zogenoemde rentabiliteitsvermoeden. Maar ook dat leerstuk biedt geen bescherming aan benadeelden die onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

7.3.2 Het rentabiliteitsvermoeden

Vóór de modernisering van het Duitse verbintenissenrecht kleefde aan het recht van ontbinding een groot nadeel. Het was niet mogelijk om de ontbinding van een overeenkomst te combineren met een vordering tot schadevergoeding voor de schade die als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van deze overeenkomst was ontstaan. Een benadeelde kon niet én de overeenkomst ontbinden én schadevergoeding vorderen voor zijn positieve contractsbelang.

103 BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 796 en BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341. Zie met betrekking tot woningen ook: BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805 en BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2042 (VI.3.c).

104 BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834-835 (III.2.a.cc). Ook wijst het BGH het recht voor het slachtoffer om te kiezen voor een vergoeding van vertrouwensschade van de hand (II.2.a.dd). Zie eerder al met betrekking tot het contractenrecht: BGH 21 april 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806 (3).

105 Het gevaar van uitdijing: BGH 18 mei 1971, *NJW* 1971, 796, p. 798 (4) en BGH 18 september 1975, *NJW* 1975, 2341, p. 2342 (2). Het gevaar van uitholling: BGH 22 november 1985, *NJW* 1986, 2037, p. 2042 (VI.3.c).

Een benadeelde die als gevolg van een wanprestatie aanzienlijke schade leed, zag daarom meestal af van een ontbinding en vorderde uitsluitend schadevergoeding.¹⁰⁶

De benadeelde moest dan wel kunnen bewijzen dat hij schade had geleden als gevolg van de wanprestatie. Dat kan voor een benadeelde een lastige opgave zijn. Al aan het begin van de twintigste eeuw kwam het *Reichsgericht* benadeelde kopers daarom in de bewijslast van hun schade tegemoet. Het Hof nam aan dat de geleden schade van een benadeelde koper ten minste gelijk was aan de reeds betaalde koopprijs voor het aangeschafte goed. De reeds voldane koopprijs vormde zo de 'erster handgreiflicher Schaden' of 'Mindestschaden' bij de schadeberekening. Het *Reichsgericht* benadrukte dat de koopprijs slechts diende als een rekenmiddel om de geleden schade te begroten. Het ging dus niet, zoals bij een ontbinding van de overeenkomst, om een terugbetalingsplicht van de koopprijs.¹⁰⁷ De koopprijs zelf was namelijk geen schadepost voor de benadeelde koper, aangezien hij deze ook bij correcte nakoming door de verkoper zou hebben betaald.¹⁰⁸ De facto verzekerde het BGH zo dat de benadeelde koper wel op zijn minst 'zijn geld terugkreeg' wanneer hij schadevergoeding vorderde in plaats van ontbinding.

In deze eerste zaken nam het *Reichsgericht* aan dat de schade ten minste gelijk was aan de vooruitbetaalde koopsom. Het betrof dus steeds het geldbedrag dat de koper had voldaan aan de wanpresterende verkoper zelf. Een koper zal soms ook bij derden kosten maken om een gekocht goed te verkrijgen, bijvoorbeeld notariskosten of overdrachtsbelasting. Dat riep de vraag op of zulke uitgaven aan derden ook als 'Mindestschaden' hebben te gelden. Het *Reichsgericht* oordeelde van wel. Het idee dat de schade ten minste gelijk is aan de betaalde koopprijs en eventuele andere kosten om het gekochte goed te verkrijgen, is gegrond op de gedachte dat contractspartijen die economisch efficiënt handelen, er naar streven dat de wederzijdse prestaties waartoe een overeenkomst verplicht, een gelijke economische waarde hebben.¹⁰⁹ Alle kosten om een prestatie te verkrijgen worden, zo is de gedachte, terugverdiend met de tegenprestatie van de wederpartij.¹¹⁰ Het vermoeden is dus dat partijen met een overeenkomst iets uitruilen van een gelijke economische waarde. Het *Reichsgericht* gaf de wanpresterende contractspartij wel het recht om dit vermoeden te weerleggen door te bewijzen dat de gemaakte kosten de waarde van haar tegenprestatie overtroffen.

106 Faust 2002, p. 163.

107 Zie over deze eerste zaken: Müller-Laube *JZ* 1995, p. 439 met verdere verwijzingen.

108 Zie ook: Stoll 1977, p. 642.

109 RG 19 februari 1930, RGZ 127, p. 248-250.

110 BGH 21 maart 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806-1807 (3); BGH 12 december *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.aa); BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278 (II.2) en BGH 22 oktober 1999, *NJW* 2000, 506, p. 508 (III.1).

Na de Tweede Wereldoorlog hield het BGH vast aan dit rentabiliteitsvermoeden.¹¹¹ Aan de achterliggende gedachte van het vermoeden dat in een overeenkomst de prestaties en de tegenprestaties een gelijke economische waarde hebben, verbond het BGH vervolgens enkele consequenties ten aanzien van het toepassingsbereik van dit leerstuk. Zo vindt het rentabiliteitsvermoeden slechts toepassing bij wederkerige overeenkomsten, zoals koop en huur.¹¹² Bovendien overwoog het BGH dat het rentabiliteitsvermoeden niet zo algemeen is dat wordt vermoed dat alle uitgaven die een benadeelde doet met als doel winst te realiseren, zouden zijn terugverdiend bij de nakoming van de overeenkomst:

‘Eine allgemeine Vermutung, eine Beteiligung am Wirtschaftsverkehr werden rentieren, besteht nicht.’¹¹³

Wat de grenzen van het toepassingsbereik van het rentabiliteitsvermoeden zijn, blijkt goed uit een zaak over een echtpaar dat een bebouwd perceel had gekocht met het plan om daarop een discotheek te openen. De verkopers garandeerden dat het echtpaar een vergunning van de gemeente zou krijgen om op het verkochte perceel een discotheek te exploiteren. Dat bleek niet zo te zijn. De gedupeerde echtgenoten vorderden schadevergoeding voor gederfde winst, die zij, met een beroep op het rentabiliteitsvermoeden, stelden op alle tevergeefs gemaakte kosten voor de discotheek. Het BGH maakt in zijn beslissing vervolgens onderscheid tussen twee groepen van tevergeefs gemaakte kosten. Allereerst had het echtpaar kosten gemaakt om de tegenprestatie – het bebouwde perceel – te *verkrijgen*, zoals aan het passeren van een notariële akte en aan een inschrijving in het kadaster. Daarnaast had het echtpaar enkele kosten gemaakt die niet noodzakelijk waren om het perceel te verkrijgen, maar wel ‘in notwendigem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung’ stonden, zoals aan grondbelastingen, aan landmetingen en aan premies voor een brandverzekering. Voor al zulke kosten geldt het vermoeden dat zij door de tegenprestatie zouden zijn terugverdiend.¹¹⁴ Deze eerste groep kosten onderscheidt het BGH van uitgaven die niet zien op het verkrijgen van de tegenprestatie of daar noodzakelijk mee samenhangen, maar die zien op het verdere gebruik van de tegenprestatie in het economische verkeer. Voor zulke tevergeefs gemaakte kosten geldt geen rentabiliteitsvermoeden. Zij hebben immers niets meer te maken met de aanname dat de prestatie en de tegenprestatie een gelijke economische waarde hebben. Voor de uitgaven die het echtpaar deed aan een verbouwing gold daarom geen rentabiliteitsvermoeden.

111 Zie over de ontwikkeling van dit leerstuk in de jurisprudentie: Müller-Laube *JZ* 1995, p. 439-440; Weitemeyer *AcP* 2005, p. 279-281 en Meier & Jocham *JuS* 2018, p. 1168-1173.

112 BGH 23 september 1982, *NJW* 1983, 442, p. 443-444 (II.2.c).

113 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278-2279 (II.5a). Zie ook: BGH 22 oktober 1999, *NJW* 2000, 506, p. 508 (III.1).

114 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278 (II.3a).

den, omdat zulke uitgaven zien op de economische inzet van het geleverde perceel en niet op de verkrijging ervan.¹¹⁵ Dit beperkte toepassingsbereik van het vermoeden heeft ook gevolgen voor de wanpresterende partij die het bewijsvermoeden wil te weerleggen. Zij kan zich er niet op beroepen dat het voorgenomen economische gebruik van haar tegenprestatie – in dit geval, het exploiteren het verkochte perceel als discotheek – verliesgevend zou zijn geweest. Het bewijzen van zulke verliezen ontkracht namelijk niet het bewijsvermoeden dat de prestatie en de tegenprestatie een gelijke economische waarde hebben.¹¹⁶

Verder benadrukte het BGH dat het rentabiliteitsvermoeden slechts een bewijsregel is en geen materieel recht geeft op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten.¹¹⁷ Het rentabiliteitsvermoeden verlegt slechts een deel van de bewijslast van de gederfde winst naar de wanpresterende contractspartij. Tevergeefs gemaakte kosten dienen als een rekenmiddel om tot een vermoeden te komen wat de gederfde winst van de benadeelde ten minste zou zijn geweest. Die gederfde winst vormt dan ook de schade, overweegt het BGH.¹¹⁸

‘Im Verlust dieser Kompensationsmöglichkeit, nicht in den Aufwendungen als solchen liegt hier – genau genommen – der Nichterfüllungsschaden.’

Uit het bewijsrechtelijke karakter van het leerstuk volgt een andere beperking aan de reikwijdte van het rentabiliteitsvermoeden. Het vermoeden vindt geen toepassing wanneer de benadeelde een onstoffelijk voordeel nastreeft met de overeenkomst. Ook dat bleek uit het arrest van het BGH over de nationaalsocialistische vereniging. De vereniging deed namelijk ook een beroep op het rentabiliteitsvermoeden. Het BGH overweegt:¹¹⁹

‘Im vorliegenden Falle ist aber für die Anwendung dieser Grundsätze kein Raum, weil die Kläger mit der Nutzung der Stadthalle bzw. mit der geplanten Veranstaltung einen ideellen Zweck verfolgte und sie die dafür aufgewendeten Kosten auch bei Durchführung des Mietvertrages nicht wieder hereinbekommen hätte.’

Het rentabiliteitsvermoeden beperkt zich dus tot de gevallen waarin de benadeelde een economisch voordeel nastreeft met de overeenkomst. Wanneer een onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd – zoals het verspreiden van een politiek gedachtegoed – faalt het beroep op het rentabiliteitsvermoeden om de simpele

115 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278-2279 (II.5a).

116 BGH 19 april 1991, *NJW* 1991, 2277, p. 2278 (II.3b).

117 BGH 21 maart 1978, *NJW* 1978, 1805, p. 1806-1807 (3) en BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.a.aa). Zie ook: Faust 2002, 159.

118 BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.a.aa).

119 BGH 12 december 1986, *NJW* 1987, 831, p. 834 (III.2.a.bb).

reden dat uit de aard van het nagestreefde voordeel al volgt dat de gedane uitgaven nooit zouden zijn terugverdiend.¹²⁰

7.4 EEN NIEUWE PARAGAAF IN HET BGB

7.4.1 De nieuwe § 284 BGB: een wettelijke bepaling over tevergeefs gemaakte kosten

De beslissing over de toepasselijkheid van het rentabiliteitsvermoeden in gevallen dat een benadeelde onstoffelijk voordeel nastreeft, was omstreden in de Duitse literatuur. Benadeelden die onstoffelijke voordelen nastreven met een overeenkomst, zouden ten onrechte worden achtergesteld op contractspartijen met een economisch belang in hun overeenkomst.¹²¹ Toen rond de millenniumwisseling het Duitse verbintenissenrecht ingrijpend werd hervormd, besloot de wetgever daarom eveneens het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten ingrijpend te veranderen. De wetgever voegde § 284 BGB toe aan de bepalingen over schadevergoeding bij wanprestatie:

‘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.’

Met deze nieuwe paragraaf schiep de wetgever een nieuw recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten bij wanprestatie. De wetgever wilde hoofdzakelijk dat, in afwijking van het oude recht, een benadeelde ook een aanspraak heeft op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten wanneer hij met een overeenkomst een onstoffelijk voordeel nastreeft.¹²² Hij zou recht moeten hebben op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten, ongeacht wat zijn belang in de overeenkomst is.¹²³

7.4.2 Positief of negatief contractsbelang

Een deel van de literatuur is van mening dat § 284 BGB de benadeelde recht geeft op een vergoeding van zijn vertrouwensschade. Volgens deze auteurs biedt de nieuwe paragraaf de benadeelde de keuze om zich in de positie te laten plaatsen waarin hij zou zijn geweest als hij nooit een overeenkomst zou

120 Faust 2002, p. 159.

121 Zie bijvoorbeeld: Wiedemann 1984, p. 728-729; Stoll JZ 1987, p. 518; Schmidt 1993, p. 423-433; Müller-Laubé JZ 1995, 541-543 en Timme ZfS 1999, p. 502-503.

122 BT-Drs. 14/6040, p. 142-143.

123 BT-Drs. 14/6040, p. 142-143. Zie hierover ook: Bruch 2004, p. 19-20.

zijn aangegaan, in plaats van de positie waarin hij zou zijn geweest wanneer de overeenkomst zou zijn nagekomen door zijn wederpartij.¹²⁴ Deze dogmatische inpassing van § 284 BGB is door een ander deel van de literatuur bestreden. Zo is het niet te rechtvaardigen om een benadeelde bij wanprestatie een keuze te geven tussen een vergoeding van zijn positieve of zijn negatieve contractsbelang. Een onbegrensd recht op een vergoeding van het negatieve contractsbelang kan er immers toe leiden dat de benadeelde beter af is dan hij zou zijn geweest bij correcte nakoming van de overeenkomst. Zo'n recht zou dus overcompensatie tot gevolg kunnen hebben.¹²⁵ De nieuwe bepaling biedt dan ook helemaal geen onbegrensd recht op vertrouwensschade. De wanpresterende contractspartij kan immers aan haar schadevergoedingsplicht ontkomen door te bewijzen dat de benadeelde ook zonder haar wanprestatie het met de overeenkomst nagestreefde voordeel niet zou hebben verkregen.¹²⁶ Op deze wijze begrenst § 284 BGB de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten tot het positieve contractsbelang, aldus deze auteurs.¹²⁷

Volgens dit deel van de literatuur heeft § 284 BGB – net zoals het recht op schadevergoeding bij wanprestatie in het algemeen – tot doel compensatie te bieden voor het positieve contractsbelang van de benadeelde.¹²⁸ De vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten heeft tot doel de benadeelde in de positie te plaatsen waarin hij zou zijn geweest als de overeenkomst zou zijn nagekomen. Wanneer een benadeelde winst nastreeft met een overeenkomst, houdt § 284 BGB een algemeen rentabiliteitsvermoeden in. De nieuwe paragraaf behelst in deze gevallen niet meer dan een recht van de benadeelde om zich te beroepen op het bewijsvermoeden dat hij zijn tevergeefs gemaakte kosten zou hebben terugverdiend.¹²⁹ Maar ook wanneer de benadeelde met een overeenkomst een onstoffelijk voordeel nastreeft, biedt § 284 BGB een vergoeding voor zijn positieve contractsbelang. De functie van § 284 BGB is dan anders dan in commerciële geschillen, aangezien de bepaling in deze gevallen meer is dan een bewijsvermoeden dat de tevergeefs gemaakte kosten zouden zijn terugverdiend. Het geeft de benadeelde een materieel recht op een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten.¹³⁰ De te vergoeden schade bestaat niet uit de gedane uitgaven zelf, maar uit het 'tevergeefs worden' ervan. Zonder de wanprestatie zou het nagestreefde onstoffelijke voordeel wel zijn verkregen en daarmee zouden de uitgaven niet tevergeefs zijn geweest. Deze vergeefsheid van de uitgaven is hetgeen waarvoor § 284 BGB compensatie biedt in het geval

124 Weitemeyer *AcP* 2005, p. 282-284 en Ackermann 2007, p. 382-402.

125 Altmeyers *DB* 2001, p. 1403; Gsell 2003, p. 335-336 en Tröger *ZIP* 2005, p. 2240-2241.

126 Zie § 7.4.3.7.

127 Gsell 2003, p. 335. Bovendien kan deze theorie niet verklaren waarom zogenaamde opportunity costs niet voor vergoeding in aanmerking komen, zie: Gsell 2003, p. 334; Schwarze 2017, p. 378 en Bruch 2004, p. 24-25.

128 Gsell 2003, p. 336-337.

129 Gsell 2003, p. 335 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 5.

130 Gsell 2003, p. 321-322 en 335; *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 5.

dat een benadeelde een onstoffelijk voordeel is misgelopen.¹³¹ Het is discutabel of dit nog wel vermogensschade is. Het ‘tevergeefs worden’ van de uitgaven heeft voor de benadeelde immers geen vermogensachteruitgang tot gevolg. Volgens voorstanders van deze interpretatie kan de kwalificatievraag echter in het midden blijven.¹³² Het is immers de wetgever zelf geweest die benadeelden aanspraak op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten heeft gegeven. Daarmee is er, zoals § 253 BGB voorschrijft, een wettelijke grondslag om schadevergoeding voor eventuele immateriële schade toe te kennen.¹³³

7.4.3 Het toepassingsbereik van § 284 BGB

7.4.3.1 Een algemene contractenrechtelijke regeling

Met de invoering van § 284 BGB lijkt de frustratieleer uiteindelijk toch haar weerslag te hebben gekregen in het Duitse contractenrecht.¹³⁴ De nieuwe paragraaf strekt zich uit over het gehele contractenrecht, in het bijzonder ook over de benoemde overeenkomsten, zoals koopovereenkomsten en overeenkomsten van aanneming van werk.¹³⁵ Uit de toelichting op het regeringsontwerp blijkt verder dat § 284 BGB ook van toepassing is op niet-wederkerige overeenkomsten, zoals schenkingen.¹³⁶ In het huidige Duitse recht hebben benadeelden dus een algemeen recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.¹³⁷ Uit § 284 BGB volgen wel enkele additionele

131 Canaris *DB* 2001, p. 1820; Gsell 2003, p. 336-337; Stoppel *AcP* 2004, p. 85-88; Tröger *ZGS* 2005, p. 463; Tröger *ZIP* 2005, p. 2240-2241 en Schwarze 2017, p. 378-379. Kritisch: Ackermann 2007, p. 374-382 en 382-402 waarin hij uitlegt waarom het toch om een vergoeding van het negatieve contractsbelang gaat. Ook kritisch is Bruch 2004, p. 25-26.

132 Schwarze 2017, p. 378-379.

133 Canaris *DB* 2001, p. 1820 en Gsell 2003, p. 337.

134 De frustratieleer wordt slechts gedeeltelijk aanvaard, omdat de regeling van § 284 BGB onderdeel uitmaakt van de algemene bepalingen over schadevergoeding *bij wanprestatie*. Het recht op een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten is daarmee beperkt tot het contractenrecht. De bepaling vindt geen toepassing wanneer tevergeefs gemaakte kosten het gevolg zijn van een onrechtmatige daad. Daarin is een belangrijke – en in de literatuur bekritiseerde – beperking van het huidige recht gelegen, zie: Gsell 2003, p. 321, 328 en Bruch 2004, p. 32-33.

135 Zie hierover: Faust 2002, p. 160-161.

136 BT-Drs. 14/6040, p. 143-144. Zie ook: Canaris *JZ* 2001, p. 517.

137 § 284 is ook van toepassing op overeenkomsten met een economisch doel. Zie: BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848, p. 2850 (II.1.c). Daarover was bij de invoering van de nieuwe paragraaf nog discussie in de literatuur. Zie: Gsell 2003; Stoppel *AcP* 2004, p. 88; Weitemeyer *AcP* 2005, p. 278-279; Emmerich 2005, p. 108; Bunzel 2007, p. 113-114; Gsell *NJW* 2006, p. 125; Tröger *ZIP* 2005, p. 2242 en Ackermann 2007, p. 415.

vereisten. Bovendien is in de literatuur nog discussie over het toepassingsbereik van deze nieuwe bepaling in het BGB.

7.4.3.2 Uitgaven

Zo is er discussie over de vraag voor welke uitgaven een benadeelde precies een vergoeding kan krijgen op grond van § 284 BGB. Een uitgave definieert men in de Duitse literatuur als ‘een vrijwillig vermogensoffer’. Een contractspartij beslist naar eigen inzicht welke uitgaven zij doet en waaraan zij haar geld spendeert. Schade is daarentegen een onvrijwillige vermogensachteruitgang.¹³⁸ Uit de tekst van § 284 BGB volgen geen beperkingen aan de tevergeefs gedane uitgaven die voor vergoeding in aanmerking komen, maar toch wordt in de literatuur van sommige uitgaven betwijfeld of ze onder het bereik van § 284 BGB vallen.

Een uitbreiding van het rentabiliteitsvermoeden bij economische overeenkomsten

Het rentabiliteitsvermoeden beperkt zich tot de uitgaven die nodig zijn om de tegenprestatie te verkrijgen en de eventuele kosten die in noodzakelijk verband staan met de uitruil van de prestatie en de tegenprestatie. Uit de tekst van § 284 BGB lijkt geen vergelijkbare beperking te volgen.¹³⁹ Ook de toelichting op het regeringsontwerp lijkt ervan uit te gaan dat § 284 BGB ziet op alle uitgaven die zijn gedaan in het vertrouwen op de nakoming van een overeenkomst. Zo kan, wanneer een kunsthandelaar een beeld niet levert, de koper op grond van de nieuwe paragraaf een vergoeding krijgen voor zijn tevergeefs gemaakte kosten aan een verbouwing van zijn huis om het kunstwerk te plaatsen. Zulke verbouwingskosten vielen niet onder het bereik van het rentabiliteitsvermoeden, aangezien ze niet zijn gemaakt om het kunstwerk te verkrijgen, maar om het op een bepaalde wijze te benutten.¹⁴⁰

Over het algemeen neemt de Duitse literatuur dan ook aan dat voor de toepassing van § 284 BGB het binnen het rentabiliteitsvermoeden gemaakte onderscheid tussen verschillende groepen uitgaven niet relevant is en dat alle tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.¹⁴¹ Ook het BGH lijkt dit onderscheid niet te hanteren bij de toepassing van § 284 BGB.¹⁴² Daarmee vormt § 284 BGB een wezenlijke verruiming van het in de jurisprudentie ontwikkelde rentabiliteitsvermoeden. Voor de uitgaven die een echtpaar had gedaan om een pand tot een discotheek te verbouwen, gold onder

138 Faust 2002, p. 161; Stoppel AcP 2004, p. 90-91 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 17-21

139 Weitemeyer AcP 2005, p. 281.

140 Faust 2002, p. 21; Weitemeyer AcP 2005, p. 281 en Bruch 2004, p. 111.

141 Canaris 2002, p. 30-31; Gsell 2003, p. 323-324; Reim NJW 2003, p. 3664; Bruch 2004, p. 64-65; Stoppel AcP 2005, p. 95; Tröger ZIP 2005, p. 2244; Schenk ZGS 2008, p. 58; Schwarze 2017, p. 383-384 en *MiKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 17 en 26.

142 Zie bijvoorbeeld: BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2848.

het oude recht geen vermoeden dat deze verbouwingskosten zouden zijn terugverdiend. Op grond van het huidige § 284 BGB geldt er wel een vermoeden dat het echtpaar de gemaakte verbouwingskosten zou hebben terugverdiend met de discotheek.¹⁴³ Faust concludeert dan ook dat de wetgever afstand heeft genomen van de in de rechtspraak ontwikkelde rechtsregel dat er geen algemeen bewijsvermoeden bestaat dat bij correcte nakoming van de overeenkomst gedane investeringen zouden zijn terugverdiend.¹⁴⁴

De verrichte tegenprestatie

Het rentabiliteitsvermoeden strekt zich mede uit over de tegenprestatie die de benadeelde reeds aan zijn wederpartij heeft voldaan, zoals een vooruit-betaalde koopsom. Zoals gezegd, was het rentabiliteitsvermoeden een direct gevolg van de oude ontbindingsregeling. Die regeling gaf een benadeelde weliswaar recht op ongedaanmaking van de wederzijds verrichte prestaties, maar stond hem niet toe daarnaast nog schadevergoeding te vorderen. Met de modernisering van het verbintenissenrecht is dit verbod opgeheven. De nieuw ingevoerde § 325 BGB bepaalt uitdrukkelijk: 'das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadenersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen'. Volgens Faust ontvalt daarmee de noodzaak om ook de reeds aan de wederpartij voldane tegenprestatie onder het bereik van § 284 BGB te brengen. Een benadeelde kan immers via een ontbinding de door hem betaalde koopprijs terugkrijgen. Voor de reeds verrichte tegenprestatie zou exclusief de regeling van ontbinding moeten gelden. Om die reden zou een benadeelde de betaalde tegenprestatie niet op grond van § 284 BGB als een tevergeefs gedane uitgave vergoed moeten kunnen krijgen.¹⁴⁵ Hier is tegen ingebracht dat uit de tekst van § 284 BGB geenszins blijkt dat de reeds verrichte tegenprestatie niet als tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁴⁶ Daarnaast is het door de wetgever juist eindelijk mogelijk gemaakt om schadevergoeding en ontbinding te combineren. Nu ook § 284 BGB een vorm van schadevergoeding voor wanprestatie is, lijkt het systematisch onverdedigbaar om de ontbindingsregels exclusieve werking te geven ten opzichte van het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten.¹⁴⁷

Voor deze laatste opvatting is steun te vinden in de rechtspraak van het BGH, die weliswaar niet gaat over de betaalde koopprijs, maar wel betrekking heeft op de verhouding tussen ontbinding en schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten. Een koper van een bedrijfsauto deed allerlei uitgaven in het

143 Gsell 2003, p. 323.

144 Canaris 2002, p. 26-27 en Faust 2002, p. 165.

145 Faust 2002, p. 163, Bunzel 2007, p. 117-121 en Schenk ZGS 2008, p. 57. Zie hierover ook: Bruch 2004, p. 68-69 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, Rl. 18.

146 Stoppel *AcP* 2004, p. 91.

147 Arnold ZGS 2003, p. 431-432; Stoppel *AcP* 2004, p. 91-92 en Ellers 2005, p. 262-263. Zie in een ander verband: Gsell *NJW* 2006, p. 125.

vertrouwen dat hem een deugdelijke auto was geleverd door de autoverkoper. Hij liet de bumpers lakken, plaatste lichtmetalen velgen en schafte nieuwe banden aan. Verder installeerde hij een roetfilter, *cruise control*, een autotelefoon en een navigatiesysteem. Na een jaar begon de auto gebreken te vertonen. Omdat de verkoper deze gebreken onvoldoende verhielp, ontbond de koper de overeenkomst. Bij de ontbinding van een koopovereenkomst ontstaat er een wederzijdse plicht tot ongedaanmaking, wat voor de koper betekent dat hij de geleverde zaak moet teruggeven aan de verkoper. Contractspartijen die tot ongedaanmaking verplicht zijn, hebben op grond van § 347 lid 2 BGB recht op een vergoeding van 'noodzakelijke uitgaven' die zij hebben gedaan ten behoeve van de teruggeleverde zaak, zoals aan gewone onderhoudskosten. Daarnaast moet de verkoper die een zaak terugkrijgt, uitgaven van zijn koper vergoeden als de verkoper door deze uitgaven wordt verrijkt. Omdat de koper de door hem gekochte auto moest teruggeven aan de verkoper, kon hij aanspraak maken op een vergoeding van zulke uitgaven. Deze vergoedingsplicht van § 347 lid 2 BGB is echter veel beperkter dan het algemene recht op schadevergoeding voor tevergeefs gedane uitgaven van § 284 BGB. Deze laatste bepaling geeft immers recht op een vergoeding van alle tevergeefs gemaakte kosten die in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst zijn gemaakt. De koper van de auto beriep zich dan ook op § 284 BGB en niet op § 347 lid 2 BGB. De verkoper stelde zich op het standpunt – dat ook in de literatuur verdedigd werd¹⁴⁸ – dat bij een ontbinding § 347 lid 2 BGB exclusief van toepassing is en dat geen vergoedingsplicht bestaat op grond van § 284 BGB. Het BGH ging hierin niet mee. Het Hof overwoog dat wanneer een contractspartij naast ontbinding recht heeft op schadevergoeding voor wanprestatie, zij op grond van § 325 BGB beide remedies kan benutten. Dat betekent ook dat zij, naast de specifieke vergoedingen voor uitgaven op grond van § 347 lid 2 BGB, eveneens recht heeft op een vergoeding van haar tevergeefs gemaakte kosten op grond van § 284 BGB. Een exclusieve toepassing van § 347 lid 2 BGB zou betekenen dat, net zoals onder het oude recht het geval was, ontbinding ongunstiger zou kunnen zijn dan het vorderen van schadevergoeding. Precies dat wilde de wetgever voorkomen.¹⁴⁹ In de literatuur is daaraan toegevoegd dat de angst dat het toestaan van deze keuzemogelijkheid de ontbindingsregeling tot een dode letter zou maken onterecht is. Zo zal een benadeelde geneigd zijn voor ongedaanmaking te kiezen in plaats van voor schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten, wanneer vaststaat dat hij een verliesgevende investering heeft gedaan. Bij een vordering gebaseerd op § 284 BGB kan zijn wederpartij aan haar vergoedingsplicht ontkomen door te bewijzen dat de aan haar betaalde tegenprestatie niet zou zijn terugverdiend door de benadeel-

148 Faust 2002, p. 164.

149 BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2848, p. 2849-2850 (II.1.b). Zie ook: Gsell NJW 2006, p. 125 en Ackermann 2007, p. 416-420.

de. Bij ontbinding heeft de benadeelde daarentegen altijd recht op terugbetaling, ongeacht of zijn investering winstgevend zou zijn geweest of niet.¹⁵⁰

Opportunity costs

Uit de toelichting op het regeringsontwerp volgt wel dat zogenoemde *opportunity costs* niet onder het bereik van § 284 BGB vallen. Wanneer iemand een overeenkomst sluit, verliest hij in sommige gevallen de mogelijkheid om gelijktijdig met een andere partij in zee te gaan. Een band die toezegt op een bruiloft te spelen, kan niet op dezelfde avond ook optreden op een bedrijfsfeestje. Het laten schieten van zo'n mogelijkheid om een alternatieve overeenkomst te sluiten, kan men als een uitgave zien, die vervolgens door een wanprestatie – het bruidspaar zegt de band op het laatste moment af – tevergeefs kunnen blijken te zijn. De regering geeft in de toelichting aan dat § 284 BGB geen recht op een vergoeding voor tevergeefs gemaakte *opportunity costs* geeft, omdat daarmee de schadevergoedingsplicht van de tekortschietende wederpartij te ver zou uitdijen.¹⁵¹

7.4.3.3 *Gerechtvaardigd vertrouwen*

Paragraaf 284 BGB vereist dat de uitgaven zijn gedaan in het gerechtvaardigd vertrouwen dat de wederpartij haar contractuele verplichtingen zal nakomen. Dat betekent dat uitgaven in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen, wanneer ze zijn gedaan vóórdat de overeenkomst is gesloten. De benadeelde kan er voor het sluiten van een overeenkomst namelijk nog niet op vertrouwen dat zijn wederpartij de later gesloten overeenkomst zal nakomen. De wederpartij is op dat moment immers nog tot niets verplicht en de benadeelde kan slechts hopen dat zij bereid zal blijken tot het leveren van de prestatie. Deze investeringen zijn daarom voor eigen risico.¹⁵²

In de literatuur ziet men wel ruimte voor uitzonderingen. Stoppel verdedigt dat wanneer een benadeelde uitgaven doet op het moment dat de totstandkoming van de overeenkomst enkel nog afhangt van *zijn* wil, zijn vertrouwen in de nakoming ervan door zijn toekomstige wederpartij ook reeds gerechtvaardigd is. Hetzelfde geldt voor gevallen waarin de investeringen zijn gedaan op een moment tijdens de onderhandelingen dat een benadeelde er vanuit mag gaan dat er een overeenkomst tot stand zal komen.¹⁵³ Gsell wil een uitzondering maken voor kosten uit verplichtingen die zijn aangegaan vóór

150 Ackermann 2007, p. 419-420. Zie over het verschil tussen beide remedies ook: Arnold ZGS 2003, p. 431-432 en Tröger ZIP 2005, p. 2242.

151 BT-Drs. 14/6040, p. 144. Zie ook: Stoppel AcP 2004, p. 91; Bruch 2004, p. 70-71; Reim NJW 2003, p. 3664 en Ackermann 2007, p. 420.

152 Faust 2002, p. 162-163; Reim NJW 2003, p. 3665 en Stoppel AcP 2004, p. 96. Zie ook: Canaris JZ 2001, p. 517.

153 Stoppel AcP 2004, p. 96-97 en Tröger ZGS 2005, p. 466-467. Kritisch daarover: Bruch 2004, p. 50.

de totstandkoming van de overeenkomst maar die een benadeelde daarna nog kosteloos kan annuleren, zoals veelal het geval is bij hotelboekingen en treintickets. Weliswaar zijn zulke verplichtingen niet aangegaan in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst, maar wel kan een benadeelde deze verplichtingen *in stand hebben gelaten* in het vertrouwen dat zijn wederpartij de overeenkomst zou nakomen.¹⁵⁴ Daarnaast zijn sommige contractuele prestaties eigenlijk altijd zonder enige moeite in het economische verkeer te verkrijgen. Zo is het in de regel altijd mogelijk om ergens een auto te kopen of te huren of een nieuwe televisie aan te schaffen. Een benadeelde doet daarom soms al investeringen voor hij een overeenkomst met een specifieke aanbieder is aangegaan, in het meer algemene vertrouwen dat de benodigde prestatie alom verkrijgbaar is. De meningen zijn verdeeld over de vraag of hij in deze gevallen schadevergoeding voor zulke investeringen kan krijgen wanneer zijn uiteindelijke wederpartij haar contractuele verplichtingen niet nakomt. Sommigen menen van niet. De benadeelde heeft immers niet vertrouwd op de nakoming door de wederpartij, maar op de algemene verkrijgbaarheid van het goed of de dienst. Deze investering heeft hij daarom voor eigen risico gedaan.¹⁵⁵ Daar wordt tegen ingebracht dat het tevergeefs worden van de investering niet het resultaat is van de plotselinge onmogelijkheid de prestatie ergens te verkrijgen, maar door de wanprestatie van de wederpartij. Als de benadeelde zou hebben geweten dat zijn wederpartij niet behoorlijk zou nakomen, dan zou hij een overeenkomst met een concurrent hebben gesloten en waren zijn uitgaven niet tevergeefs geweest. Dat rechtvaardigt, aldus deze auteurs, dat ook zulke uitgaven voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁵⁶

Uitgaven die zijn gedaan ná het sluiten van de overeenkomst zullen in de regel wel voor vergoeding in aanmerking komen. Vanaf de totstandkoming van de overeenkomst kan een benadeelde er immers gerechtvaardigd op vertrouwen dat zijn wederpartij haar contractuele verplichtingen zal nakomen. Dat is mogelijk alleen anders wanneer de wederpartij nog de mogelijkheid heeft de overeenkomst zonder verdere verplichtingen op te zeggen.¹⁵⁷ Bovendien is het mogelijk dat een benadeelde op een zeker moment het vertrouwen verliest – of zou moeten verliezen – dat zijn wederpartij de overeenkomst zal nakomen, bijvoorbeeld omdat zij te kennen geeft dat ze met leveringsproblemen kampt. Uitgaven die na dat moment plaatsvinden, komen dan niet meer voor vergoeding in aanmerking.¹⁵⁸

154 Gsell 2003, p. 331-332 en Tröger ZGS 2005, p. 466.

155 Faust 2002, p. 162-163; Stoppel AcP 2004, p. 204 en Bunzel 2007, p. 172-176

156 Gsell 2003, p. 332; Bruch 2004, p. 50-52; Ellers 2005, p. 182-183; Tröger ZGS 2005, p. 467; Emmerich 2005, p. 110-111; Schwarze 2017, p. 383 en MiiKoBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 23.

157 Stoppel AcP 2004, p. 96 verwijst naar vergelijkbare rechtspraak over het rentabiliteitsvermoe-den, zoals BGH 30 juni 1993, NJW 1993, 2527. Zie ook: Schwarze 2017, p. 383.

158 Canaris JZ 2001, p. 517; Stoppel AcP 2004, p. 97; Emmerich 2005, p. 110-111; Schwarze 2017, p. 383 en MiiKoBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 22.

7.4.3.4 Billijkheidstoets

Volgens § 284 BGB moet een benadeelde niet alleen gerechtvaardigd vertrouwd hebben op de nakoming van de overeenkomst, het moet ook 'billijk' zijn dat hij bepaalde uitgaven heeft gedaan. De toelichting op het regeringsontwerp besteedt geen aandacht aan deze additionele billijkheidstoets. Ook in de jurisprudentie is dit vereiste nog niet verder uitgewerkt.¹⁵⁹ Het is dus nog ongewis welke betekenis deze billijkheidstoets precies heeft.¹⁶⁰

Volgens Canaris is de betekenis van de billijkheidstoets bescheiden. Deze toets benadrukt enkel dat de regels van eigen schuld en schadebeperking (§ 254 BGB) van overeenkomstige toepassing zijn op de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten. In die zin is de bepaling enigszins overbodig. Het is slechts een aanwijzing 'daß § 254 BGB hier besonders strikt zu handhaben ist'.¹⁶¹ De wederpartij kan in ieder geval niet op grond van de billijkheidstoets de benadeelde tegenwerpen dat de tevergeefs gedane uitgaven – voor zover dat al objectief is vast te stellen – overbodig, duur of luxueus waren, aldus Canaris. Het beginsel van partijautonomie brengt immers met zich mee dat de benadeelde vrij is om zijn geld uit te geven zoals hij dat wil, zelfs als anderen zijn uitgavenpatroon buitensporig vinden.¹⁶² Wel kan het onbillijk zijn om uitgaven te doen voordat de wederpartij verplicht is een overeenkomst na te komen, terwijl de benadeelde deze uitgaven zonder problemen had kunnen uitstellen tot ná het moment waarop zijn wederpartij moest presteren. Wanneer de benadeelde een schilderij koopt met een waarde van € 1.000 en hij, voordat het schilderij geleverd is, al een lijst bestelt voor € 2.000, kan hem niet worden tegenworpen dat hij een te dure lijst heeft aangeschaft. Het staat hem immers vrij zijn geld te besteden zoals hij dat wil. Het kan wel onbillijk zijn dat de benadeelde de lijst al heeft besteld, terwijl hij daarmee probleemloos had kunnen wachten tot het schilderij was geleverd.¹⁶³ Bovendien kan het onbillijk zijn om voor een goed of dienst veel meer te betalen dan de objectieve marktprijs. Met andere woorden, de koper van een schilderij die voor € 4.000 een lijst bestelt die ook voor € 2.000 te verkrijgen is, kan worden tegengeworpen dat het niet billijk was om dit bedrag uit te geven aan deze lijst.¹⁶⁴

159 Bruch 2004, p. 70-72 en Bunzel 2007, p. 179.

160 Sommige auteurs, zoals Stoppel *AcP* 2004, p. 96-97, interpreteren het criterium 'dat uitgaven in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst moeten zijn gemaakt' zuiver subjectief. Pas bij de billijkheidstoets willen zij onderzoeken of dat vertrouwen ook gerechtvaardigd was.

161 Canaris *JZ* 2001, p. 517. Zie ook: Bruch 2004, p. 80.

162 Canaris *JZ* 2001, p. 517; Faust 2002, p. 168-169; Gsell 2003, p. 344 en Tröger *ZIP* 2005, p. 2246-2247.

163 Canaris *JZ* 2001, p. 517; Grigoleit *ZGS* 2002, p. 123-124; Stoppel *AcP* 2004, p. 98; Fleck *JZ* 2009, p. 1051 en Schwarze 2017, p. 385. Kritisch: Ellers 2005, p. 230.

164 Fleck *JZ* 2009, p. 1052 gaat uitgebreider in op de vraag hoe ver die plicht vervolgens strekt.

De tekst van § 284 BGB lijkt een subjectieve billijkheidstoets voor te schrijven. De vraag is of het billijk was van die benadeelde om bepaalde uitgaven te doen in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst. Een deel van de literatuur verdedigt desalniettemin een (meer) objectieve billijkheidstoets. De vraag moet centraal staan of het billijk is dat de wederpartij de tevergeefs gemaakte kosten volledig draagt. De toetsing verschuift dan van de billijkheid van het gedrag van de benadeelde naar de billijkheid van de vergoedingsplicht van zijn wederpartij.¹⁶⁵ Allereerst is verdedigd dat het onbillijk kan zijn om de wederpartij op te laten draaien voor tevergeefs gemaakte kosten die volledig uit verhouding zijn met haar contractuele verplichtingen. Wanneer de benadeelde een boek koopt voor € 20 en – in het gerechtvaardigd vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst – voor € 2.000 een helikopter huurt om dat boek op te halen, zou het onbillijk zijn de boekenverkoper op te laten draaien voor de kosten van de helikopter, wanneer hij het boek niet kan leveren op de afgesproken datum.¹⁶⁶ Ook is verdedigd dat gedane uitgaven alleen voor vergoeding in aanmerking moeten komen als ze te voorzien zijn voor de wederpartij. Dat betekent dat zij alleen tevergeefs gedane uitgaven die redelijkerwijs te verwachten zijn of waarop zij bij het sluiten van de overeenkomst door de benadeelde geattendeerd is, zou moeten vergoeden.¹⁶⁷

7.4.3.5 Tevergeefs

Hoewel dat niet met zoveel woorden in § 284 BGB staat, moeten de uitgaven door de wanprestatie uiteraard tevergeefs zijn geworden. Over de vraag wanneer uitgaven tevergeefs zijn, heeft het BGH zich reeds uitgelaten. In het hierboven besproken geschil over een gebrekkige bedrijfsauto, voerde de autoverkoper aan dat de koper onvoldoende had aangetoond dat de door hem gedane uitgaven aan een autotelefoon, navigatiesysteem en nieuwe voetmatten tevergeefs waren geweest. De koper had nagelaten uiteen te zetten waarom hij deze spullen niet in een andere bedrijfsauto had kunnen installeren. Met andere woorden, het was goed mogelijk dat zijn investeringen helemaal niet

165 Gsell 2003, p. 344 en Fleck JZ 2009, p. 1046. Fleck JZ 2009, p. 1046-1048 is kritisch over deze objectieve benadering van de billijkheidstoets.

166 Reim NJW 2003, p. 3666; Grigoleit ZGS 2002, p. 123-124; Stoppel AcP 2004, p. 97-98; Ellers 2005, p. 228-229; Ackermann 2007, p. 427-428; Schwarze 2017, p. 385 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, r.l. 24. Kritisch hierover Tröger ZIP 2005, p. 2246-2247 en Fleck JZ 2009, p. 1047, die een dergelijke kwantitatieve begrenzing volstrekt willekeurig vinden. Bovendien komt ook deze toets neer op de vraag of een uitgave bovenmatig of te luxueus is, waarmee – via een omweg – eigenlijk ook een inbreuk wordt gemaakt op de partijautonomie. Zie ook: Bruch 2004, p. 76-77.

167 Gsell 2003, p. 344-345; Stoppel AcP 2004, p. 98-99; Ellers 2005, p. 226-228; Ackermann 2007, p. 428-430; Schenk ZGS 2008, p. 58-59 en Schwarze 2017, p. 385. Kritisch Canaris JZ 2001, p. 517, die aanvoert dat het voorzienbaarheids criterium het Duitse recht vreemd is. Zie ook: Bruch 2004, p. 77-78 en Fleck JZ 2009, p. 1047-1048.

tevergeefs waren, omdat de aangeschafte goederen voor de gebrekkige bedrijfsauto nog op een andere wijze nuttig konden worden ingezet. Het BGH overweegt echter:¹⁶⁸

‘Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind demnach in der Regel vergeblich, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann und deshalb auch die Aufwendungen nutzlos sind. [...] Ob Zubehörteile, die der Käufer in das später wegen Mangelhaftigkeit zurückgegebene Fahrzeug hat einbauen lassen, für ihn anderweit verwendbar wären, ist für die Ersatzpflicht des Verkäufers grundsätzlich ohne Bedeutung.’

De benadeelde is niet verplicht om te bewijzen dat de door hem gedane investeringen op geen enkele andere manier meer nuttig ingezet zouden kunnen worden. Hij hoeft slechts aan te tonen dat het specifieke doel waarvoor hij de investeringen heeft gedaan, niet is bereikt. Deze gedachte vindt instemming in de literatuur.¹⁶⁹ De overweging dat een eventuele alternatieve inzet van de investering ‘grundsätzlich ohne Bedeutung’ is, vindt een deel van de literatuur echter te verstrekkend.¹⁷⁰ Op de benadeelde rust immers een plicht (*Obliegenheit*) om zijn schade te beperken.¹⁷¹ In de literatuur is verdedigd dat uit deze plicht volgt dat een benadeelde moet proberen te voorkomen dat zijn investeringen door de wanprestatie nutteloos worden, bijvoorbeeld door ze voor een ander doel in te zetten. Om die reden speelt de alternatieve wijze waarop de investeringen nog hadden kunnen worden ingezet, wel degelijk een rol. Voor overeenkomsten met een economisch doel is zo’n schadebeperkingsplicht tamelijk onproblematisch. Op de koper van een bedrijfsauto kan een plicht rusten om de aangeschafte gps-installatie en autotelefoon in een andere bedrijfsauto te installeren.¹⁷² Faust gaat echter verder. Volgens hem kan er zelfs bij overeenkomsten waarmee een onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd, een plicht bestaan om ‘er het beste van te maken’. Wanneer een echtpaar een oppas regelt en een treinkaartje koopt om naar een concert te gaan in een andere stad, maar dat concert niet doorgaat, kan op de echtgenoten een plicht rusten om ‘toch nog iets van de avond te maken’ door bijvoorbeeld naar de bioscoop te gaan.¹⁷³ Niet iedereen is van mening dat een zo verstrekk-

168 BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848, p. 2850 (II.1.e).

169 Tröger *ZIP* 2005, p. 2246; Gsell *NJW* 2006, p. 126; Bunzel 2007, p. 158-159 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, *BGB* § 284, rl. 37. Anders: Bruch 2004, p. 81-82.

170 Gsell *NJW* 2006, p. 126.

171 De schadebeperkingsplicht speelt uiteraard ook op andere manieren een rol. Zo moet een benadeelde bijvoorbeeld aangegane verplichtingen annuleren als dat nog mogelijk is of een dekkingskoop doen, zie Gsell 2003, p. 330 (voetnoot 32) en Gsell *NJW* 2006, p. 126 (voetnoot 16).

172 Faust 2002, p. 170; Reim *NJW* 2003, p. 3667; Bruch 2004, p. 82-83; Bunzel 2007, p. 159 en Schenk *ZGS* 2008, p. 60.

173 Faust 2002, p. 170-171. Zie ook: Reim *NJW* 2003, p. 3666-3667 en Bruch 2004, p. 82-84.

kende schadebeperkingsplicht bestaat. Het zou te ver gaan als het recht benadeelden verplicht hun vrije tijd op een bepaalde manier in te vullen om zo hun schade te beperken.¹⁷⁴

De meningen over de verplichting om de tevergeefs gedane uitgaven op een andere wijze in te zetten, lopen dus uiteen. Wel is er consensus over de bewijslastverdeling. De stelplicht en bewijslast dat de tevergeefs gedane investeringen op een andere wijze nog zinvol benut kunnen worden, rust in beginsel op de tekortschietende wederpartij en niet op de benadeelde.¹⁷⁵

7.4.3.6 De uitgaven hebben hun doel bereikt ondanks de wanprestatie

Het kan voorkomen dat een benadeelde, al dan niet door zijn eigen inspanningen, het nagestreefde onstoffelijke voordeel (ten dele) bereikt ondanks de wanprestatie van zijn wederpartij. In de bovengenoemde zaak van de gebrekkige bedrijfsauto had de koper een jaar lang zonder noemenswaardige problemen de wagen kunnen gebruiken voordat deze gebreken begon te vertonen en hij de koopovereenkomst ontbond. Het OLG Stuttgart overwoog dat onder normale omstandigheden de auto in vijf jaar was afgeschreven. Voor twintig procent van zijn levensduur had de koper de bedrijfsauto dus op een normale wijze kunnen gebruiken. De gemaakte kosten hadden voor eenzelfde percentage hun doel dus ook gewoon bereikt. De rechter verminderde de vergoeding voor de tevergeefs gemaakte kosten van de koper daarom met twintig procent. Het BGH liet dit oordeel in stand en onderschreef het principe van een gedeeltelijke vermindering van de schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten, wanneer de uitgaven ondanks de wanprestatie deels hun doel hebben bereiken.¹⁷⁶ Ook in de literatuur is er consensus dat in zulke gevallen een proportionele vermindering op haar plaats is.¹⁷⁷

Voor een benadeelde die door zijn eigen inspanningen erin slaagt om, ondanks de wanprestatie van zijn wederpartij, het nagestreefde onstoffelijke voordeel te verkrijgen en daarmee te voorkomen dat de kosten tevergeefs worden, geldt in beginsel hetzelfde. Stel een echtpaar heeft allerlei uitgaven gedaan om een concert bij te wonen, zoals het regelen van een babysitter, maar komt er bij de ingang van de concertzaal achter dat de bij een tussenhandelaar gekochte kaartjes ongeldig zijn. Het blijkt mogelijk om aan de deur alsnog de juiste kaarten te kopen en dat doet het echtpaar dan ook. De echtgenoten verkrijgen zo alsnog het nagestreefde onstoffelijke voordeel en daarmee zijn hun uitgaven, zoals aan het loon van de babysitter, niet tevergeefs.¹⁷⁸ Een

174 Gsell 2003, p. 329, voetnoot 31 en p. 330.

175 Faust 2002, p. 170; Reim NJW 2003, p. 3666-3667; Gsell NJW 2006, p. 126. Zie ook: Reim NJW 2003, p. 3667.

176 BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2848, p. 2850 (II.2).

177 Gsell NJW 2006, p. 127. Zie verder: Canaris 2002, p. 30-31; Gsell 2003, p. 329; Stoppel AcP 2004, p. 100; Ellers 2005, p. 206-207; Tröger ZIP 2005, p. 2244-2246 en Schwarze 2017, p. 387.

178 Zie ook: Stoppel AcP 2004, p. 100 en Ellers 2005, p. 206.

deel van de literatuur verdedigt dat uitgaven zelfs niet tevergeefs zijn, wanneer de benadeelde met de gedane uitgaven een alternatief onstoffelijk voordeel heeft weten te verkrijgen. Stel het echtpaar kan geen kaarten meer bemachtigen voor het concert, maar slaagt er toch in een gezellige avond te hebben door naar de bioscoop te gaan en vervolgens af te zakken in een café. Ook in dat geval zijn de uitgaven niet tevergeefs geweest, aldus deze auteurs.¹⁷⁹ Mochten de pogingen om 'er iets van te maken' op niets uitlopen – de film was slecht en het café al gesloten – hebben ze wel weer aanspraak op een vergoeding van hun tevergeefs gedane uitgaven.¹⁸⁰

7.4.3.7 Ook zonder wanprestatie zouden de uitgaven tevergeefs zijn geweest

De tweede hoofdzin van § 284 BGB luidt:

'Es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.'

In deze zin ligt een essentiële beperking aan het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten besloten. Een benadeelde heeft geen recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten, wanneer hij het nagestreefde onstoffelijke voordeel ook zonder de wanprestatie niet zou hebben verkregen. Uit de structuur van deze zin (*es sei denn*) volgt dat de bewijslast hiervan op de wederpartij en niet op de benadeelde rust.¹⁸¹

Wanneer een benadeelde met de door hem gesloten overeenkomst winst nastreeft, is zijn vergoeding van tevergeefs gedane investeringen begrensd door de omzet die hij zou hebben gerealiseerd indien de overeenkomst zou zijn nagekomen. Deze omzet was dan immers het met de overeenkomst nagestreefde voordeel dat als gevolg van de wanprestatie niet verkregen is. Een benadeelde kan uiteraard ook schadevergoeding voor deze omzet zelf vorderen, maar dan moet hij wel bewijzen hoe groot zijn omzet zou zijn geweest. Voor een benadeelde die met een overeenkomst een economisch voordeel nastreeft, is het voordeel van § 284 BGB gelegen in de bewijslastverdeling. Hij hoeft enkel te bewijzen dat door de wanprestatie zijn investeringen tevergeefs zijn geworden. Zijn wederpartij moet dan vervolgens maar bewijzen dat de misgelopen omzet ontoereikend zou zijn geweest om deze investeringen terug te verdienen. Met andere woorden, de wederpartij moet bewijzen dat, wanneer zij haar contractuele verplichtingen zou zijn nagekomen, de investeringen ook

179 Reim *NJW* 2003, p. 3666; Bruch 2004, p. 81-82 en Stoppel *AcP* 2004, p. 100-101.

180 Faust 2002, p. 171 en Bruch 2004, p. 85.

181 BGH 20 juli 2005, *NJW* 2005, 2848, p. 2850-2851 (II.2 en 3).

tevergeefs zouden zijn geweest.¹⁸² In zulke gevallen behelst § 284 BGB in essentie dus een algemeen rentabiliteitsvermoeden.¹⁸³

Dat ligt anders in gevallen dat een benadeelde onstoffelijk voordeel nastreeft met een overeenkomst. Dan staat immers vast dat ook wanneer de wederpartij haar contractuele verplichtingen gewoon zou zijn nagekomen, de benadeelde zijn investeringen nooit zou hebben terugverdiend. Het doel was namelijk helemaal niet om winst te maken, maar om een onstoffelijk voordeel te verkrijgen. Het missen van zulk voordeel komt, anders dan gederfde winst, niet voor vergoeding in aanmerking. In deze gevallen behelst § 284 BGB daarom meer dan slechts een bewijsvermoeden, maar geeft het een benadeelde een materieel recht op schadevergoeding voor zijn tevergeefs gedane uitgaven. Ook voor deze gevallen geldt dat geen recht op een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten bestaat, wanneer de benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel ook zonder de wanprestatie niet zou hebben verkregen. Stel een luchtvaartmaatschappij weigert ten onrechte een vakantieganger te vervoeren naar Bali, waardoor zijn geplande duikvakantie niet doorgaat. De vakantieganger heeft op dat moment al kosten gemaakt voor een duikcursus. Als nu achteraf blijkt dat de dag waarop de vakantieganger zou zijn aangekomen op Bali, het eiland is getroffen door een zware aardbeving, waardoor de duikvakantie sowieso niet zou hebben kunnen doorgaan, dan kan hij zijn tevergeefs gemaakte kosten niet verhalen op de luchtvaartmaatschappij. Immers, ook wanneer de luchtvaartmaatschappij hem wel naar Bali zou hebben gebracht, zouden zijn kosten aan de duikcursus tevergeefs zijn geweest. Ook in deze gevallen is het aan de wederpartij – de luchtvaartmaatschappij in dit voorbeeld – om te bewijzen dat de benadeelde het nagestreefde onstoffelijke voordeel niet zou hebben verkregen wanneer zij de overeenkomst zou zijn nagekomen.¹⁸⁴

In § 284 BGB schuilt een risico op misbruik. Wanneer de wederpartij er in slaagt te bewijzen dat bepaalde uitgaven niet zouden zijn terugverdiend, zou de benadeelde kunnen ‘vluchten’ naar een eventueel immaterieel belang in de overeenkomst.¹⁸⁵ Bijvoorbeeld, de verkoper van een pand bewijst dat de discotheek die de benadeelde van plan was te openen verliesgevend zou zijn geweest en dat de koper zijn investeringen nooit zou hebben terugverdiend. De benadeelde zou zijn vordering kunnen redden, door zich op het standpunt te stellen dat de discotheek niet tot doel had om winst te maken, maar het maatschappelijke doel had om een ontmoetingspunt voor jongeren te worden

182 Gsell 2003, p. 322-324; Reim NJW 2003, p. 3666; Bruch 2004, p. 85-86 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 29.

183 Gsell 2003, p. 326 stelt voor om de wanprestant tegemoet te komen door de bewijsverlichting van § 252 analoog toe te passen. Zie ook: Stoppel AcP 2004, p. 103 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 47.

184 Gsell 2003, p. 327-328; Reim NJW 2003, p. 3666; Bruch 2004, p. 88-89; Emmerich 2005, p. 110 en *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 30.

185 Gsell 2003, p. 328. In vergelijkbare zin: *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 284, rl. 30.

en zo de saamhorigheid in de wijk te bevorderen.¹⁸⁶ Een deel van de literatuur is om die reden van mening dat de bewijslast van het doel van een overeenkomst bij benadeelde zelf zou moeten liggen. De koper van het pand moet maar bewijzen dat hij met de discotheek inderdaad een onstoffelijk voordeel nastreefde en niet uitsluitend winst. Een complicerende factor is dat een benadeelde met een overeenkomst zowel winst als een onstoffelijk voordeel kan nastreven. Het is goed mogelijk dat degene die een discotheek wil openen dat enerzijds doet om winst te maken, maar anderzijds ook vanuit het meer idealistische streven om een ontmoetingspunt voor lokale jongeren te creëren. In zulke gevallen moet het doel waar het zwaartepunt op ligt of, anders gezegd, waar het de benadeelde 'in wezen' om te doen is, de doorslag geven.¹⁸⁷

7.4.4 Een alternatief voor *Schadenersatz statt der Leistung*

Het recht op schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten is een alternatief voor een andere vergoeding, zo blijkt uit de tekst van § 284 BGB. De benadeelde kan voor schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten kiezen in plaats van voor 'Schadenersatz statt der Leistung'.

Het Duitse contractuele schadevergoedingsrecht maakt onderscheid tussen drie soorten schade die het gevolg kunnen zijn van een wanprestatie: 'gewone' gevolgschade, vertragingschade en schadevergoeding in plaats van de prestatie. Dit onderscheid is essentieel omdat een benadeelde pas recht op een vergoeding heeft voor vertragingschade of op schadevergoeding in plaats van de prestatie wanneer aan additionele vereisten is voldaan.

Een deel van de schadeposten die kunnen ontstaan door een wanprestatie, kan de wederpartij goedmaken door alsnog na te komen. Een aannemer legt een houten parketvloer verkeerd waardoor de planken al na enkele dagen kromtrekken en barsten. De kromme vloer vormt een schadepost voor de koper. De aannemer zou deze schade kunnen wegnemen door de vloer opnieuw te leggen. Als de koper schadevergoeding zou vorderen voor de kromme houten vloer, zou de door hem gevraagde vergoeding dus worden gezien als schadevergoeding in plaats van de prestatie. Een vergoeding voor de beschadiging aan de net gestucte muur die is ontstaan tijdens het leggen van de vloer wordt daarentegen niet gekwalificeerd als schadevergoeding in plaats van de prestatie. Door zijn contractuele verplichting na te komen – een houten vloer leggen – kan de aannemer deze schade niet meer goedmaken. Riehm vat het als volgt samen:

¹⁸⁶ Gsell 2003, p. 329.

¹⁸⁷ Gsell 2003, p. 329-330; Bruch 2004, p. 89-92; Stoppel *AcP* 2004, p. 105-106; Ellers 2005, p. 194; Tröger *ZGS* 2005, p. 467-468 en Schenk *ZGS* 2008, p. 60.

‘Der Schadensersatz statt der Leistung [...] [umfaßt] alle Posten, die durch die Erbringung der geschuldeten Leistung noch hätten verhindert werden können.’¹⁸⁸

In het Duitse recht komt zulke schade pas voor vergoeding in aanmerking wanneer de benadeelde zijn wederpartij een redelijke termijn heeft geboden om alsnog na te komen. Hij moet, met andere woorden, zijn wederpartij in de gelegenheid stellen om door na te komen de ontstane schade weg te nemen. Omdat schadevergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten een alternatief is voor schadevergoeding in plaats van de prestatie, geldt voor deze vergoeding in beginsel hetzelfde additionele vereiste. Een benadeelde heeft dus ook pas recht op schadevergoeding voor zijn tevergeefs gedane uitgaven aan een houten parketvloer, nadat hij de aannemer in de gelegenheid heeft gesteld om zijn fout te herstellen. Immers, als de aannemer de gebreken aan zijn eerdere werk verhelpt, zijn de gemaakte kosten ook niet meer tevergeefs.¹⁸⁹ In de literatuur is er op gewezen dat, ook wanneer zijn wederpartij de contractuele prestatie alsnog zou nakomen, de door een benadeelde gemaakte kosten reeds onomkeerbaar tevergeefs kunnen zijn. Stel dat de benadeelde een housewarming heeft georganiseerd en dat hij daarvoor al verschillende kosten heeft gemaakt. Door verschillende fouten van de aannemer is zijn woonkamer volstrekt onbegaanbaar op de dag van de housewarming en moet hij zijn feestje afblazen. De aannemer kan zijn contractuele verplichtingen alsnog nakomen, maar daarmee blijven de uitgaven van de benadeelde aan zijn feestje tevergeefs. Gsell is van mening dat in zulke gevallen de tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking moeten komen zonder dat de benadeelde de aannemer eerst in de gelegenheid heeft gesteld om alsnog zijn contractuele verplichtingen na te komen.¹⁹⁰

Een tweede gevolg van het feit dat een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten een alternatief is voor schadevergoeding in plaats van de prestatie, is dat een benadeelde een keuze zal moeten maken. Hij kan beide schadevergoedingsvorderingen niet combineren. In gevallen waarin een benadeelde met een overeenkomst winst nastreeft, is dat goed te verklaren. Voor zulke commerciële contracten fungeert § 284 BGB als een bewijsvermoeden ten aanzien van de omzet die zou zijn gerealiseerd bij correcte uitvoering van de overeenkomst. Het is niet vreemd dat een benadeelde in die gevallen moet kiezen tussen het vorderen van de misgelopen omzet – met alle bewijstechnische moeilijkheden die dat eventueel met zich meebrengt – of het gebruikmaken van het bewijsver-

188 Lorenz & Riehm 2002, p. 97.

189 Gsell 2003, p. 341-343. Dit voorbeeld is ontleend aan: BGH 15 juli 2008, *NJW* 2008, 2837, p. 2840 (3).

190 Gsell 2003, p. 341-342; Tröger ZGS 2005, p. 462-463 en Schwarze 2017, p. 381. Anders: Schenk ZGS 2008, p. 56. Ook BGH 15 juli 2008, *NJW* 2008, 2837, p. 2840 (3) lijkt in een andere richting te wijzen. Het BGH overweegt daar vrij stellig en algemeen dat tevergeefs gemaakte kosten slechts voor vergoeding in aanmerking komen wanneer aan de vereisten van schadevergoeding in plaats van de prestatie is voldaan.

moeden dat zijn omzet ten minste gelijk zou zijn geweest aan zijn tevergeefs gemaakte kosten. In deze gevallen bieden beide aanspraken vergoeding voor dezelfde schade en kan de benadeelde ze dus niet combineren. Dat zou immers tot dubbele compensatie leiden.¹⁹¹ Bij overeenkomsten waarmee de benadeelde een onstoffelijk voordeel nastreeft, is het niet noodzakelijkerwijs zo dat de schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten en schadevergoeding in plaats van de prestatie vergoeding bieden voor dezelfde schade. Een ruiter koopt een dressuurpaard voor € 10.000 en schaft bovendien tal van benodigheden aan zodat hij met zijn nieuwe paard mee kan doen aan dressuurwedstrijden. Na de koop blijkt het paard rugklachten te hebben waardoor het ongeschikt is voor de paardensport. Bovendien is het paard door de rugklachten aanzienlijk minder waard (slechts € 2.000). Schadevergoeding in plaats van de prestatie zou in dit geval neerkomen op € 8.000, waarmee het waardeverschil tussen een gezond paard en een kreupel paard is gecompenseerd. Gsell is van mening dat de tevergeefs gemaakte kosten om het onstoffelijke voordeel van deelname aan dressuurwedstrijden te verkrijgen, daarmee alleen nog niet zijn gecompenseerd. Naar haar mening heeft de dressuurrutter ook nog recht op schadevergoeding voor zijn tevergeefs gemaakte kosten. In dit geval compenseert de vergoeding voor de tevergeefs gemaakte kosten namelijk een andere schadepost dan de schadevergoeding in plaats van de prestatie.¹⁹² Nu er geen sprake is van dubbele compensatie, moeten beide vorderingen worden toegewezen. Schwarze is van mening dat ook in deze gevallen de benadeelde een keuze moet maken en de vorderingen niet kan combineren. Immers, wanneer de dressuurrutter het waardeverschil vergoed krijgt, heeft hij – weliswaar in geld in plaats van in natura – gekregen waar hij contractueel recht op had. De uitgaven zijn daarmee niet tevergeefs geweest, aangezien de ruiter met deze vergoeding een ander paard kan aanschaffen.¹⁹³ Het BGH heeft zich over dit probleem nog niet uitgelaten.

Wel besliste het BGH dat een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor 'gewone' gevolgschade en vertragingsschade naast een eventuele vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten. De regeling van § 284 BGB sluit het combineren van een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten met andere vormen van schadevergoeding namelijk niet uit. Het feit dat de bovengenoemde koper van een bedrijfsauto ook schadevergoeding vorderde voor de kosten van een schade-expert, stond dan ook niet aan een vergoeding van zijn tevergeefs gemaakte kosten in de weg. Zulke kosten om de schade vast te stellen zijn immers 'gewone' gevolgschade, die de benadeelde zonder problemen naast

191 Gsell 2003, p. 338. Zie ook: Schwarze 2017, p. 379 en Weitemeyer *AcP* 2005, p. 293-295.

192 Gsell 2003, p. 339-340 en Gsell *NJW* 2006, p. 126. Zie ook: Bruch 2004, p. 102-103 en, met name, Tröger *ZIP* 2005, p. 2244.

193 Schwarze 2017, p. 379. Zie ook: Weitemeyer *AcP* 2005, p. 295.

een vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten toegekend kan krijgen, aldus het BGH.¹⁹⁴

7.5 TUSSENCONCLUSIE

Zowel de commercialiseringsgedachte als de frustratieleer is altijd omstreden geweest in de literatuur en heeft geleid tot een – zelfs voor onze oosterburen – omvangrijk juridisch debat. Toch hebben beide ideeën hun weerslag gekregen in het Duitse recht. Sinds de jaren zestig heeft het BGH geleidelijk de commercialiseringsgedachte aanvaard. Tegenwoordig kan een benadeelde aanspraak maken op schadevergoeding wanneer hij door een wanprestatie het gebruiksgenot van een goed is misgelopen. Het BGH kwalificeert gemist gebruiksgenot namelijk als vermogensschade, mits aan enkele voorwaarden is voldaan. Zo moet het gaan om een voor het dagelijkse levensonderhoud essentieel goed, zoals een woonhuis of een auto. Daarnaast moet het gederfde gebruiksgenot het gevolg zijn van een aantasting van het goed zelf én moet de benadeelde de wil en de mogelijkheid hebben gehad om het goed te gebruiken in de periode dat het onbruikbaar was. Een benadeelde heeft ook recht op een vergoeding voor gederfd gebruiksgenot wanneer hij het genot van zijn goed slechts gedeeltelijk is misgelopen. Door deze gedeeltelijke aanvaarding van commercialiseringsgedachte is het voor benadeelden in enkele belangrijke gevallen, zoals bij gederfd woongenot of bij gemist gebruiksgenot van een auto, al sinds halverwege de jaren tachtig mogelijk om met succes schadevergoeding te vorderen wanneer zij door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen.

Met de modernisering van het Duitse verbintenissenrecht heeft de wetgever ook de frustratieleer aanvaard in het contractenrecht en daarmee de positie van benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen aanzienlijk verbeterd. Sinds de invoering van § 284 BGB hebben benadeelden immers een algemeen recht op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten wanneer zij met hun uitgaven een onstoffelijk voordeel nastreven, maar zij dit voordeel door een wanprestatie van hun wederpartij zijn misgelopen. De nieuwe paragraaf stelt weliswaar enkele additionele eisen aan het recht op een vergoeding voor tevergeefs gemaakte kosten – zoals dat de kosten in het vertrouwen op de nakoming van de overeenkomst moeten zijn gemaakt en dat het billijk moet zijn om de wederpartij voor deze uitgaven op te laten draaien – maar § 284 BGB zorgt ervoor dat benadeelden tegenwoordig een algemene aanspraak hebben op een vergoeding van hun tevergeefs gemaakte kosten.

194 BGH 20 juli 2005, NJW 2005, 2488, p. 2850 (II.1.d): ‘Aufwendungsersatz ist eine Alternative allein zum Schadensersatz statt der Leistung, nicht zum Schadensersatz schlechthin’. Zie ook: Bunzel 2007, p. 226-227 en Schenk ZGS 2008, p. 56.

