

Schadevergoeding bij schade aan zaken : reparatie, vervanging, minderwaarde.

Schadebegroting met twee maten en twee gewichten?

Het Belgische en het Duitse systeem op de korrel genomen naar
aanleiding van het arrest van het Bundesgerichtshof van 15
oktober 1991

Sofie Van Den Eynde

Onder wetenschappelijke begeleiding
van Prof. Dr. W. Van Gerven

Woord vooraf

1. Onderstaande noot poogt de lezer een overzicht te geven van het schadevergoedingsrecht dat betrekking heeft op schade aan roerende zaken. Het opzet bestaat erin een rechtsvergelijkend onderzoek te voeren naar het Duitse en het Belgische systeem, waarbij het arrest van het Bundesgerichtshof van 15 oktober 1991¹ als uitgangspunt wordt genomen. Hierbij zal de aandacht vooral toegespitst worden op voertuigschade, omdat voertuigen quasi de enige roerende goederen zijn waarover in de rechtspraktijk geschillen rijzen. Hiermee is meteen het spanningsveld aan de orde tussen de technologische vooruitgang en de maatschappelijke kosten en hoe een rechtsstaat daarmee omgaat. Door de technologische vooruitgang is het aantal gemotoriseerde voertuigen in West-Europa sinds het begin van deze eeuw exponentieel toegenomen. De kwantitatieve evolutie van de daarmee gepaard gaande schadeclaims laat zich raden. In welke gevallen men tot reparatie mag overgaan, dan wel wanneer men zich met de vervangingswaarde tevreden moet stellen evenals hoe men de schade in dergelijke gevallen begroot met de nadruk hetzij op de bescherming van het slachtoffer hetzij op het vermijden van overbegroting van de schade

¹ BGH, 15 oktober 1991, *NJW* 1992, 302. Een uittreksel is als bijlage bij deze bijdrage opgenomen (p.377 e.v.).

teneinde van de dader geen financieel slachtoffer te maken, leert veel over hoe een ontwikkelde samenleving deze nieuwe problemen via het recht gestalte geeft en tracht op te lossen.

Hoewel ook de onroerende goederen een interessant object van rechtsvergelijking uitmaken wegens het inacht nemen door de Duitse rechter van de niet-materiële belangen die de gelaedeerde heeft bij het behoud van het onroerend goed² en waarbij dus geprobeerd wordt om een genuanceerd beleid uit te stippelen door de keuze voor vervanging of herstel niet zo scherp te stellen als voor roerende goederen, valt deze problematiek buiten het bestek van deze noot.

Het begrip schade

2. Als men wil spreken over schadevergoeding bij schade aan zaken en de begroting ervan, moet men eerst nagaan wanneer er schadevergoeding zal verschuldigd zijn. Dit zal niet zo zijn in elk geval waarin een persoon schade lijdt. Het dagelijkse leven is immers overstelpt met gevallen waarin personen schade ondervinden, waarvoor ze nooit een schadevergoeding zullen ontvangen in de zin van het onrechtmatige daadsrecht. Het ultieme uitgangspunt is dan ook: de schade blijft liggen waar ze valt. Dit betekent dat het risico van schade in beginsel moet gedragen worden door de schadelijder zelf. Pas als aan bepaalde voorwaarden voldaan is, kan men de schade verhalen op een ander, en is er met andere woorden sprake van “aansprakelijkheid”. In het Belgische recht moeten de 3 toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 B.W. voldaan zijn: men moet 1) schade geleden hebben 2) die is veroorzaakt 3) door andermans fout. Het is aan de schadelijder om die elementen te bewijzen. Waaraan die schade moet zijn ontstaan, daar gaat de wet niet op in. De artikelen 1382-1383 B.W. vereisen alleen dat de eiser aantoonde dat hij schade heeft geleden ten gevolge van, zoniet een wetsovertreding, dan toch de onachtzaamheid van een ander.

3. Het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) daarentegen stelt in § 823 uitdrukkelijk dat aansprakelijkheid alleen dan ontstaat als de schade het slachtoffer aantast in één van de *Rechtsgüter*, die in datzelfde artikel limitatief worden opgesomd. Het zijn: leven, fysieke integriteit, gezondheid, vrijheid en verder “*Eigentum oder ein sonstiges Recht*”. Belangen die de rechtbanken beschouwen als “ieder ander recht” zijn diegenen die het rechtssysteem beschermt erga omnes zoals persoonlijkheidsrechten.³ Men moet dus niet alleen, zoals in het Belgische recht, bewijzen dat men schade heeft ondervonden, maar bovendien dat een belang is geschaad dat door de wetgever

² Zie BGH, 8 december 1987, *BGHZ*, 102, 322, in het bijzonder 327; H. LANGE, *Handbuch des Schuldrechts. Schadensersatz*, Tübingen, J.B.C. Möhr Tübingen, 1990, 418 (zie voetnoot 10).

³ W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, C. VON BAR en G. VINEY, *Tort law Scope of protection*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 40.

beschermenswaardig wordt geacht. Het Duitse recht gaat echter nog een stapje verder en vernoemt enkele specifieke onrechtmatige daden zoals het schaden van de goede naam van een persoon (§ 825). Dat dus niet zomaar iedere schade voor vergoeding in aanmerking komt op grond van § 823 (1) blijkt zeer duidelijk uit het beperkte toepassingsgebied m.b.t. vermogensschade. § 823 (1) beschermt immers niet het vermogen als zodanig en bijgevolg komt zuivere vermogensschade niet voor vergoeding in aanmerking. Aansprakelijkheid voor vermogensschade in de zin van § 823 (1) bestaat slechts wanneer aan die schade een aantasting van een bepaald *Rechtsgut* is voorafgegaan.⁴ In het kader van voertuigschade is de situatie relevant waarin iemands wagen bij een ongeluk wordt beschadigd. De schade die bijvoorbeeld bestaat in de betaalde huurprijs voor een vervangwagen kan op grond van § 823 (1) in aanmerking worden genomen als vermogensschade ten gevolge van *Eigentumsverletzung*. Inderdaad, een welbepaald en in § 823 (1) opgesomd *Rechtsgut* is door het ongeluk geschonden nl. *Eigentum* (zijnde de wagen). Wanneer echter een foutieve gedraging een louter economische schade berokkent aan iemand zonder dat er daarbij sprake is van een directe aantasting van zijn eigendom (of van een ander *Rechtsgut*), dan is de weg van § 823 (1) afgesloten als basis voor een aansprakelijkheidsvordering.⁵ Deze te beperkte vergoedbaarheid van zuivere vermogensschade werd door de wetgever ondervangen door naast § 823 (1) nog twee bijkomende *Grundtatbestände* te creëren. Ruim opgevat betekent *Tatbestand*: het geheel van voorwaarden of omstandigheden waaraan een bepaald rechtsgevolg verbonden is. In de hier bedoelde engere betekenis wijst *Tatbestand* op de gedraging die vereist is om persoonlijke aansprakelijkheid te doen ontstaan, los van het schuldig of *rechtswidrig* karakter ervan. Het *Tatbestand* van § 823 (2) houdt in dat de aansprakelijkheid wordt vastgeknoopt aan de schending van een *Schutzgesetz*. Een *Schutzgesetz* is een privaaf- of publiekrechtelijke norm die naar doel en inhoud bepaalde personen beschermt tegen bepaalde schade. Buiten de vergoeding voor zuivere vermogensschade, die hier, in tegenstelling tot § 823 (1), toch voor vergoeding in aanmerking komt wegens de schending van een bepaalde norm zonder dat een *Rechtsgut* moet gekrenkt zijn, wordt op deze paragraaf ook een beroep gedaan voor schade die kan aangeknoopt worden aan rechtsdomeinen waarin uitgebreide wettelijke regels bepaalde (groepen van) personen beschermen. Het arbeidsrecht en het consumentenrecht zijn voorbeelden daarvan. Nadeel hierbij is evenwel dat de rechtspraak een geschreven *Schutzgesetz* vereist. § 826 tenslotte poneert aansprakelijkheid voor in strijd met de goede zeden opzettelijk toegebrachte schade (= *sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*). In de praktijk is deze paragraaf thans belangrijk voor schade veroorzaakt door oneerlijke concurrentie of door het uitlokken van wanprestatie.⁶ Deze vrij restrictieve, wettelijke benadering van wat men onder vergoedbare schade verstaat, heeft in

⁴ C.C. VAN DAM, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1989, 34.

⁵ W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, C. VON BAR en G. VINEY., *o.c.*, 40.

⁶ C.C. VAN DAM, *o.c.*, 35-36.

de Duitse rechtspraak vaak tot beleidsoverwegingen geleid om dat wettelijke keurslijf ietwat te doorbreken, zonder werkelijk het onrechtmatige daadsrecht aan de kant te schuiven.⁷ Het arrest van het Bundesgerichtshof van 15 oktober 1991, dat zoals gezegd het uitgangspunt vormt van deze noot, is eveneens, weliswaar op een ander vlak, een mooi voorbeeld van dergelijke beleidsrechtspraak, zoals verder zal blijken.

4. De Belgische rechter heeft niet de mogelijkheid om zijn toevlucht te nemen tot dergelijke redelijk goed afgelijnde bepalingen. Hij zal iedere onrechtmatige daad moeten relateren aan de bepalingen van de artikelen 1382-1383 B.W., ongeacht waaraan die schade nu precies is ontstaan. Dit heeft zo zijn voordelen. De afwezigheid van bepalingen omtrent de categorie van personen, de aard van de verhouding tussen de betrokken personen en de aard van het belang dat door de wet moet beschermd zijn, heeft tot gevolg dat de rechter een veel ruimere appreciatiebevoegdheid heeft om de schade al dan niet aan te nemen. In zo'n systeem waar er geen wettelijke begrenzingen aan het schadebegrip bestaan, is men genoodzaakt een beroep te doen op een surrogaatbegrenzer. In België is deze taak toevertrouwd aan de rechter, waarbij een zekere vorm van controle is weggelegd voor het Hof van Cassatie, dat bij de beantwoording van de haar voorgelegde rechtsvragen toezicht houdt op de wijze waarop de feitenrechter het schadebegrip omschrijft. Ronse spreekt in dit verband zelfs van een bewuste leemte in de wet waardoor aan de feitenrechter de ruimst mogelijke vrijheid werd gelaten om in elk geval afzonderlijk na te gaan of er schade is. Er is in de rechtsleer dan ook al veel inkt gevloeid over de vraag aan welke voorwaarden de schade moet voldoen, wil zij voor vergoeding in aanmerking komen. Het ging meer bepaald hierom te weten of er pas schade is als er sprake is van een schending van een recht dan wel of het volstaat een loutere belangenkrenking aan te tonen. Dit was een controverse die lange tijd rechtsprekend en rechtsbeoefenend België verdeelde. Sinds het Cassatiearrest van 16 januari 1939⁸ is er geen twijfel meer mogelijk: de krenking van een louter belang is voldoende opdat er schade kan zijn die krachtens art. 1382 in aanmerking komt voor vergoeding. Het element "rechtmatig" belang heeft, zoals welbekend, in de loop der cassatierechtspraak aan praktisch belang ingeboet als gevolg van de gewijzigde opvattingen in de samenleving, hoewel het nog steeds geldt als vereiste.⁹

5. Nu duidelijk is waarin of waaraan men kan geschaad zijn volgens de beide rechtssystemen en dus wat het schadelijgend object is, dringt de vraag zich op wat onder het begrip "schade" moet verstaan worden en meteen ook wat de deelverzameling "zaakschade" allemaal omvat. Want alvorens men iets kan

⁷ W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROCHE, C. VON BAR en G. VINEY, *o.c.*, 53.

⁸ Cass., 16 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 25.

⁹ Zie recent Cass., 2 april 1998, *R.W.* 1998-99, 502, *P&B* 1998, 129 en *T.B.B.R.* 1999, 251, noot D. SIMOENS.

gaan begroten en de maatstaven hiervoor in kaart kan brengen, dient precies vast te staan wat er onder dat “iets” verstaan wordt. Vooral in het schaderecht is de voorafgaande uittekening van de schadegrenzen van uitermate groot belang wegens het algemene principe dat de schade volledig moet vergoed worden en dus dat de schadelijder zich niet mag verarmen, evenmin als hij zich mag verrijken. Anders gezegd komt dit erop neer dat de schade moet vergoed worden, niet meer maar ook niet minder. Een onderzoek naar het begrip schade is mede een onderzoek naar de inhoud en de omvang van de verbintenis uit onrechtmatige daad. Naast het schadelijgend object is dus de structuur van de schade een belangrijk element.

6. Het BGB en het B.W. gebruiken weliswaar het begrip schade maar zeggen niet wat ze daaronder verstaan. Ze zeggen evenmin waar de grens tussen zaakschade en immateriële schade ligt, hoewel die grens met name in het Duitse recht een belangrijke betekenis heeft om te weten of de schade al dan niet vergoedbaar is. De wet dwingt er inderdaad toe een onderscheid te maken tussen zaakschade en immateriële schade, aangezien bij immateriële schade *Kompensation* (in tegenstelling tot *Naturalherstellung* op basis van § 249 (2) BGB¹⁰) alleen in de door de wet bepaalde gevallen mogelijk is. Het Belgische recht kent het onderscheid tussen zaakschade en immateriële schade ook maar verbindt er minder ingrijpende gevolgen aan. Van een bepaling van de inhoud van het begrip “zaakschade” kan dus in ieder geval voor wat het Duitse recht betreft niet afgezien worden.

7. Waar in de Belgische rechtsleer de intussen beslechte discussie¹¹ hoog oplaaide over het schadelijgend object (schending van een recht - rechtmatig belang), was en is men in Duitsland vooral bezorgd over het begrip “schade”. De opstellers van het BGB hadden het schadebegrip voor ogen dat Friedrich Mommsen al in 1855 omschreven had. Volgens hem is schade “het verschil tussen het bedrag van het vermogen van een persoon die zich op een bepaald punt in de tijd bevindt en het bedrag dat dit vermogen waard zou zijn geweest op datzelfde punt in de tijd zonder de tussenkomst van de schadeverwekkende gebeurtenis”.¹² Het BGB heeft deze opvatting overgenomen in § 249 (1). Deze zgn. *Differenzhypothese* heeft het schaderecht in Duitsland gedurende een lange tijd in haar greep gehouden. Want men heeft aan de *Differenzhypothese* en aan § 249 (1) een duidelijk schadebegrip verbonden nl. het natuurlijke of factische schadebegrip, zonder dat dat uit de leer uitdrukkelijk blijkt. Vergoedbare schade is volgens dit schadebegrip de schade die bij een “natuurlijke waarneming” als vermogensverlies voorkomt. De rechtsonderhorige neemt dan de in de natuur d.i. de in het economisch verkeer hier en nu aangetroffen waardering. Beschouwt het economisch verkeer het goed als waardeloos of schaadt de

¹⁰ Zie voor het onderscheid tussen *Kompensation* en *Naturalherstellung* randnummer 14.

¹¹ Zie randnummer 4.

¹² A. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, 13.

onrechtmatige handeling de verhandelbaarheid van het goed niet, dan ontbreekt een in geld vergoedbare schade.¹³ Dit schadebegrip was gebaseerd op de levenservaring dat men ervan kan uitgaan dat, als een rechtsgoed een algemeen erkende prijs heeft, de benadeelde een schade heeft geleden die daarmee in overeenstemming is.¹⁴

8. In de loop der jaren is op deze *Differenzhypothese* veel kritiek geleverd. Volgens velen geeft de *Differenzhypothese* wel een aanzet tot het afbakenen van het vermogensbegrip, maar laat zij niet toe in alle gevallen de vermogensschade te bepalen. Vooreerst is er het probleem dat men in de klassieke opvatting uitgaat van de commercialiseerbaarheid: of een goed een vermogenswaarde heeft en welke die is, wordt bepaald door de verhandelbaarheid en door de prijs. Maar dat wil niet zeggen dat alle goederen die door geld kunnen verworven worden, vermogenswaarde hebben in de zin van het schaderecht en dat hun aantasting vermogensschade uitmaakt. Dat is thans ook de heersende mening in de rechtspraak. De these van de commercialiseerbaarheid zou er uiteindelijk toe leiden dat alle immateriële schade als vermogensschade kan bestempeld worden.¹⁵ Een voorbeeld moge dit illustreren: een geplande reis kan niet doorgaan wegens aanzienlijke schade aan de wagen. De reis heeft natuurlijk zijn prijs maar het verlies van de mogelijkheid om op dat ogenblik op reis te gaan, is niet te waarderen als vermogensschade. In die zin is de op de *Differenzhypothese* gesteunde these van commercialiseerbaarheid inderdaad te verregaand. Hoewel § 249 (1) een vermogensvergelijking doet maken, is een tweede argument tegen de beweerde almachtigheid van de *Differenzhypothese* te vinden in § 249 (2) juncto § 251 waarin bepaald wordt dat de benadeelde zoveel kan eisen als voor herstel nodig is, voorzover het niet tot onredelijke kosten leidt. Het ontstane vermogensverschil is dus blijkbaar niet beslissend. Alle gerechtigde belangen nodig voor een volledig herstel zijn immers in acht te nemen en dat kan ertoe leiden dat aanzienlijk meer kan geëist worden dan wat volgens de *Differenzhypothese* kan worden gevorderd. Het risico dat in de toekomst gebreken aan de zaak zullen ontstaan die onrechtstreeks met het ongeval te maken hebben, zal geen gewicht werpen in de louter rekenkundige vermogensbalans op het moment van de onrechtmatige daad, hoewel ook dat risico als schadefactor moet beschouwd worden om van een volledige schadevergoeding te kunnen spreken. Dit is wat men in het Duitse recht *Minderwert* pleegt te noemen.¹⁶ Hoewel *Minderwert* en *Differenzhypothese* niet met elkaar onverzoenbaar zijn wanneer de *Minderwert* zich onmiddellijk en daadwerkelijk manifesteert, is het toch van belang in te zien dat in alle andere

¹³ U. MAGNUS, *Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*, Tübingen, J.B.C. Möhr Tübingen, 1987, 10.

¹⁴ H. LANGE, *o.c.*, 248.

¹⁵ H. LANGE, *o.c.*, 252.

¹⁶ H. LANGE, *o.c.*, 262 e.v.

gevallen het maken van een rekensommetje, terwijl men nog niet over alle gegevens beschikt (nl. de eventuele minderwaarde), tot een foutief resultaat leidt. Ook omgekeerd kan de *Differenzhypothese* er soms op neerkomen dat de benadeelde zich verrijkt t.o.v. zijn situatie voor het ongeval, doordat de vernielde zaak niet nieuw meer was en het dus een schadevergoeding betreft voor een reeds gebruikte zaak. Dit doet zich voor als de schade begroot wordt op de uitgaven vereist voor een concreet herstel. Een beperking tot op het niveau van wat de benadeelde slechts aan vermogenswaarde verloren heeft, waardoor er geen sprake kan zijn van een verrijking, is iets waar de cijfermatige *Differenzhypothese* niet mee vertrouwd is. Om een volledige schadevergoeding te garanderen, is de *Differenzhypothese* soms dus ook te ruim. Deze problematiek duidt men in het Duits aan met de woorden *neu für alt*, wat zoveel wil zeggen als *nieuw voor oud*.¹⁷

9. Met begrippen als vermogensvoordeel en minderwaarde kan de *Differenzhypothese* niet goed overweg. Een logische doortrekking van de theorie van het vermogensverschil moet immers de aanrekening van voordelen en minderwaarden bevorderen. Uit de verdere bespreking zal blijken dat het in Duitsland thans vrij algemeen aanvaarde normatieve schadebegrip, de *Differenzhypothese* op sommige vlakken gecorrigeerd heeft. Het normatieve schadebegrip laat toe op grond van normatieve waarderingen schadevergoeding toe te kennen, of er nu een vermogensverschil bestaat of niet. Het is dan niet meer de natuur (d.i. de economische waardering) maar veeleer de rechtsorde die op grond van normen zal bepalen of er al dan niet sprake is van schade. Het gaat er dus niet meer om te weten of er economisch gezien op het moment van de schadebegroting een verlies is geleden, maar wel om de vraag welke elementen volgens de algemene rechtsopvatting zouden moeten vergoed worden om te leiden tot een volledige schadevergoeding.¹⁸

10. De aanpassing van de *Differenzhypothese* heeft tot een ruimer schadebegrip geleid. Waarschijnlijk om steeds hoger oplopende schadevergoedingen te vermijden, heeft het Bundesgerichtshof (BGH) nochtans voorop gesteld dat de *Differenzhypothese* met haar natuurlijk vermogensschadebegrip het uitgangspunt blijft.¹⁹ Hier verschijnt reeds een eerste voorbeeld van een BGH dat in haar rechtspraak met beleidsoverwegingen het recht probeert te sturen. Steffen, gewezen voorzitter van de kamer van het BGH die belast is met schadezaken, verwoordt op een zeer duidelijke manier de visie van het BGH op de verhouding van de *Differenzhypothese* en het normatieve schadebegrip. Daarbij betreft hij zijn betoog op schade uit verkeersongevallen. Volgens hem spreken concrete en normatieve schade elkaar niet tegen: de rekenkundige *Differenz* moet het uitgangspunt zijn maar is op zichzelf ontoereikend. Daarom

¹⁷ H.LANGE, *o.c.*, 258 e.v.

¹⁸ U. MAGNUS, *o.c.*, 10.

¹⁹ BGH, 21 april 1978, *BGHZ* 71, 240.

zijn er normatieve correcties nodig²⁰. Maar de *Differenzhypothese* moet steeds het uitgangspunt blijven en daarvoor vormt de reële schade de beste garantie. Daarom moet de rechter volgens hem vijf richtlijnen in acht nemen indien hij normatieve elementen wil laten meespelen bij de schadebepaling. Vooreerst mag men geen schade van rechtswege aannemen zonder aanknopng in de werkelijkheid. Dit is het principe van de “voelbaarheid”. De reden hiervoor is dat men geen overbegroting mag toelaten wegens de zeer hoog oplopende kosten van schadevergoeding bij het massafenomeen van verkeersongevallen. Vervolgens mogen normatieve bijsturingen niet tot een al te abstracte²¹ schadevergoeding leiden in die zin dat de schade volledig los van het concrete geval en los van het individu bekeken wordt door de schade te willen begroten op basis van vooraf opgestelde schadebegrotingstarieven. Dit is het principe van *Subjektbezogenheit*: men mag niet volledig loskoppelen van het concrete geval. Bovendien moeten de normatieve correcties zoveel mogelijk voeling houden met het rekenkundige *Differenz*-afhandelingsmechanisme. Als de *Differenzhypothese* voldoet, dan zijn normatieve correcties uit den boze. Daarbij komt dat normatieve aanpassingen niet alleen door de billijkheid ingegeven mogen worden maar duidelijk gelegitimeerd moeten zijn door normatieve voorschriften. En tenslotte is het niet de bedoeling van de normatieve bijsturingen dat men perse alle schade moet willen gaan vergoeden. De grens van de immateriële schade mag niet overschreden worden en daarom moet men als uitgangspunt de objectieve maatstaven van de markt blijven hanteren²². Deze vijf principes zijn klaarblijkelijk als leidraad bedoeld om het normatieve schadebegrip, dat nu eenmaal ingang heeft gevonden, niet tot overcompensatie te laten leiden.

10. Het Belgisch schaderecht heeft veel minder moeite gehad om te bepalen wat vergoedbare vermogensschade is. Men vindt er weliswaar gelijkaardige definities terug als in het Duitse recht met een hypothetisch, causaal en vergelijkend element²³, gebaseerd op de definitie van Mommsen, maar men is er van in het begin blijkbaar niet vanuit gegaan dat het vermogensverschil moest berekend worden op basis van de marktwaarde. Schade is eerder het belang dat de benadeelde had bij het rustig genot van het beschadigde of vernielde goed. De schadeloosstelling strekt er dan toe de in het verleden of *voor de toekomst* (vergelijk met de hier en nu rekenkundige vermogensvergelijking) verloren *genotswaarde* (en niet de economische waarde zoals in de *Differenzhypothese*) in het vermogen van de benadeelde volledig te herstellen.²⁴ Een tweede reden waarom over de structuur van zaakschade zo weinig discussie bestaat, zou kunnen zijn dat de wetgever hierover het

²⁰ E. STEFFEN, ‘Der normative Verkehrsunfallschaden’, *NJW* 1995, (2057), 2057.

²¹ In de algemene betekenis van het woord.

²² E. STEFFEN, *l.c.*, 2058.

²³ J. RONSE., *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 8.

²⁴ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1957, nrs. 1232-1233.

stilzwijgen bewaard heeft, zodat men geen vrees moet hebben om een wettelijk vastgelegde definitie te schenden. Er kan in België geen onduidelijkheid bestaan over de interpretatie van het wettelijke schadestructuur-begrip, want dat is er niet. Bijgevolg is het een pure jurisprudentiële aangelegenheid die zich gaandeweg ontwikkeld heeft. Bij gebrek aan een omschrijving door het B.W. van “vergoedbare vermogensschade” heeft de rechter een grote appreciatiemacht gekregen om te zeggen wat schade is. Het is dus een casuïstisch ontwikkeld begrip.

Maatstaven van vergoeding

12. Op het vlak van de omvang van de schadevergoeding en de schadebegroting, heeft de Duitse wetgever genoeg genomen met de vaststelling van twee grondbeginselen: die van de volledige vergoeding en die van herstelling in natura.²⁵ Net zoals in België,²⁶ is er een uitzonderingskarakter ingesteld van de éne herstellvorm t.o.v. de andere: herstel in natura gaat voor op schadevergoeding bij equivalent. § 251 BGB bepaalt dit uitdrukkelijk: voorzover (*soweit*) herstel in natura niet mogelijk is, of niet toereikend, of slechts kan gerealiseerd worden door onredelijke uitgaven, moet de schuldlige de schadelijder in geld vergoeden. In België zijn er geen wettelijke criteria voor die voorrang maar kiest de feitenrechter vrij de meest passende vorm van herstel.²⁷ In principe kan als uitgangspunt gelden dat er eigenlijk slechts één maatstaf van schadeloosstelling is nl. de schade zelf. De omvang van de schadevergoeding wordt immers niet beïnvloed door de zwaarte van de fout. Het begrip “schade” tekent nochtans slechts de contouren af van de schadevergoeding en de omvang ervan hangt in sterke mate af van de inkleuring van de schade. Met welke kleuren dit dient te gebeuren, heeft in de beide rechtsstelsels menige pen in beweging gezet met als resultaat twee identieke schilderijen, waarvan de kleurpaletten toch een beetje uiteenlopen.

Algemene principes

13. Alvorens over te gaan tot een vergelijking van de verhouding van de maatstaven reparatie-vervangingswaarde, is het nuttig om eerst inzicht te verwerven in twee belangrijke schadebegrotingstechnieken die de beide rechtsstelsels typeren en zodoende in de structuur van het schadevergoedingsrecht. Het arrest van het BGH van 15 oktober 1991 komt hierbij reeds goed van pas.

²⁵ U MAGNUS, *o.c.*, 28.

²⁶ Cass., 26 juni 1980, *Pas.* 1980, II, 1341.

²⁷ G. BALLON, noot onder Vred. St.-Truiden, 25 maart 1997, *A.J.T.* 1997-98, 302.

14. Vooreerst wordt de vergoedingsaanspraak *objectief* begroot d.w.z. dat de gehele schade moet vergoed worden, door de benadeelde terug te brengen in de toestand waarin deze zich zou bevonden hebben als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgehad, en dit *onafhankelijk van het feit of de benadeelde die vroegere toestand ook werkelijk herstelt*.²⁸ De ratio van deze regel is de opportuniteit van een herstel in eigen beheer. De Duitse wetgever heeft dit goed aangevoeld en heeft naast de klassieke vorm van herstel in natura (§ 249 (1)) een geldaanspraak ingevoerd in § 249 (2). Bij herstel door de aansprakelijke zelf (§ 249 (1)) is er geen probleem van objectiviteit van begroting: het herstel en de vergoeding gebeuren door dezelfde persoon. In de overgrote meerderheid van de gevallen zal dat echter niet mogelijk en ook niet wenselijk zijn. De Duitse rechter kent dan een som geld toe waarmee het slachtoffer zelf de toestand kan (laten) herstellen. Men moet hier echter goed voor ogen houden dat het daarbij naar Duits recht eveneens gaat om een herstel in natura, *Naturalherstellung* genoemd, ook al krijgt men slechts een geldsom, aangezien herstel van de toestand nog mogelijk is, zij het dan door het slachtoffer zelf. Het Duitse BGB laat hierover geen twijfel bestaan: de geldaanspraak staat onder de titel “*Schadensersatz durch Naturalherstellung*”. Pas de onevenredigheid vormt de grens vanaf dewelke men zich alleen nog maar op schadevergoeding krachtens § 251, *Kompensation* genoemd, kan beroepen volgens het arrest van het BGH van 15 oktober 1991. Plaatst men dit in een Belgisch perspectief, dan is er in het eerste geval geen sprake van herstel in natura maar van schadevergoeding bij equivalent. Van zodra de Belgische rechter een geldsom toekent bv. omdat herstel door de dader niet wenselijk is, dan gaat het terminologisch gezien om een schadevergoeding bij equivalent. Herstelling in eigen beheer kan men dus naar Belgisch recht niet als herstel in natura kwalificeren. Op een kleine terminologische afwijking na, is de structuur van het schadevergoedingsrecht dus identiek in België en Duitsland; de wettelijke inkleding ontbreekt echter in België.

15. Terug naar de objectieve schadebegroting. De meerderheidsstelling in Duitsland, zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak, is dat § 249 (2) inderdaad objectief moet gehanteerd worden. Om het met de woorden van het BGH te zeggen: de wet dwingt de benadeelde niet om tot herstel van de toestand over te gaan. Dit is een sedert lange tijd bestaande opvatting. Reeds in 1914 vindt men bij Planck en Siber deze mening. Ook het Reichsgericht besliste in 1933 dat de veroorzaker niet kan eisen dat de door hem of haar betaalde kosten aangewend worden voor het herstel. Nochtans hebben Honsel en Harrer een voorttrekkersrol gespeeld bij de verdediging van de minderheidsstelling. Met hun historische en teleologische methode van wetsinterpretatie hebben zij geprobeerd de sinds het ontstaan van het BGB

²⁸ L. SCHUERMANS, C. PERSYN, P. ERNST, J. SCHUERMANS en A. VAN OEVELEN, ‘Overzicht van rechtspraak (1983-1992), Onrechtmatige daad Schade en schadeloosstelling’, *T.P.R.* 1994, II, (851), nr. 118 en BGH, 26 mei 1970, *NJW* 70, 1454.

gevestigde meerderheidsopvatting te ondergraven.²⁹ Zij opperen dat de veroorzaker van de schade alleen dan de herstellingskosten moet vergoeden, als er ook een werkelijk herstel van de toestand volgt. Van een objectieve schadebegroting kan er volgens hen geen sprake zijn. Nochtans bedoelen ze daarmee niet dat de vergoeding pas mag gegeven worden als het herstel in de oorspronkelijke toestand voltooid is. Ze erkennen dat de wet spreekt van “het voor de herstelling noodzakelijke geldbedrag” en niet van “de geldsom die daarvoor noodzakelijk was”. Er bestaat inderdaad eensgezindheid over het feit dat de wet aan de benadeelde het recht geeft om de noodzakelijke kosten reeds voor de aanvang van het herstel te vorderen. Honsell en Harrer leggen dit zo uit als zou § 249 (2) slechts een terugbetalingsaanspraak toekennen: de benadeelde krijgt het geld weliswaar vooraf maar het moet beschouwd worden als een doelgebonden voorschot, waarvan er later een afrekening zal volgen naargelang de omvang van de kosten van het doorgevoerde herstel. Wordt er m.a.w. niet tot herstel overgegaan, dan moet het voorschot (eventueel gedeeltelijk) worden terugbetaald. Deze afwijkende rechtsleer wordt in de meeste literatuur sterk bestreden. De algemene opvatting luidt dan ook als volgt: de inhoud van de aanspraak van § 249 (2) is niet dat de schadelijder kan eisen dat de kosten die voor het herstel zijn uitgegeven vergoed worden maar wel dat de schade aan de zaak wordt verholpen. De woorden “de voor het herstel noodzakelijke kosten” zijn dan ook zo op te vatten dat de wet de omvang van de schade begroot op “de voor de herstelling noodzakelijke kosten” en dus niet dat die noodzakelijke kosten zelf de schade uitmaken. Een overweging van het Reichsgericht³⁰ doet goed inzien wat met § 249 (2) precies bedoeld wordt: “Als de schade zou bestaan uit het door de benadeelde uitgegeven geld, dan was er geen sprake meer van zaakschade maar van vermogensschade.” De benadeelde heeft de schade dus geleden door de beschadiging van zijn zaak en niet pas door de daadwerkelijke uitvoering van het herstel op zijn kosten. Dergelijke overwegingen vindt men in quasi dezelfde bewoordingen terug in de Belgische rechtspraak en rechtsleer: “Dat de schade die door de veroorzaker van een ongeval moet worden vergoed, niet voortvloeit uit het feit dat het slachtoffer de prijs van de zaak heeft moeten derven, doch wel hieruit dat het van de zaak zelf is beroofd; dat bijgevolg de benadeelde persoon moet worden hersteld in de toestand waarin hij verkeerde ten dage van het ongeval indien het voertuig niet beschadigd was geweest.”³¹ Ook het BGB heeft deze stelling meermaals bevestigd.³²

²⁹ R. WEBER, ‘§249 S.2 BGB: Erstattung der Reparaturkosten oder Ersatz des Schadens an der Sache?’, *Vers.* 1992, (527), 527.

³⁰ RG, 14 april 1917, aangehaald door R. WEBER, *Vers.* 1992, 529.

³¹ Cass., 13 januari 1983, *Arr. Cass.* 1982-1983, 651. Ook: Cass., 5 mei 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, 834 en Rb. Luik, 21 februari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 634.

³² O.a. BGH, 25 oktober 1996, aangehaald door W. GRUNSKY., ‘Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Schadenersatzrecht seit 1992 - Teil 2’, *JZ* 1997, (825), 825.

16. Deze argumenten zijn m.i. in het voordeel van de meerderheidsstelling. Wat men ook doet met het verkregen geldbedrag, door de tegemoetkoming aan de aanspraak op grond van § 249 (2) en dus door de noodzakelijke kosten voor het herstel ter beschikking te stellen, is juridisch gezien het herstel (in natura) gerealiseerd en is de zaak afgehandeld. De wetgever (en in België de jurisprudentiële ontwikkeling) heeft met deze opvatting inderdaad beoogd dat het schadegeval zo snel mogelijk zou kunnen worden afgehandeld zodat er over het resultaat van het herstel geen oeverloze discussies ontstaan tussen de aansprakelijke en de benadeelde die de zaak van hem na herstel heeft teruggekregen. Met § 249 (2) werd de mogelijkheid ingebouwd de gelaedeerde het herstel in eigen handen te laten nemen. Een tweede argument voor herstel in eigen beheer op grond van de terbeschikkingstelling van een objectief begrote geldsom is het feit dat het soms beter of voordeliger kan zijn niet te herstellen of de zaak te verkopen en een nieuwe zaak te nemen. In dit verband is er sprake van een verre gaande beschikkingsvrijheid. Tenslotte zou het niet fair zijn van de benadeelde te vergen het herstel van zijn zaak in handen te geven aan de persoon die zijn zaak beschadigd of zelfs vernield heeft. Hij of zij zal in deze persoon wellicht niet de goede huisvader zien die het herstel zo goed mogelijk ter harte zal nemen. Ook om deze reden is de keuze van § 249 (2), waarvan de filosofie ook in België gemeen goed is geworden, een goede oplossing.

17. De objectieve begroting brengt eveneens mee dat de rechter geen rekening mag houden met het *concrete kostenresultaat* van dit herstel. Hij moet de omvang van de schadevergoeding begroten op basis van het oordeel van een deskundige. Men gaat ervan uit dat zo'n expert de voor het herstel noodzakelijke kosten zal vaststellen in functie van wat een verstandig en redelijk denkend persoon aan het herstel zou uitgeven. Let wel: het gaat om een persoon in dezelfde situatie geplaatst als de benadeelde. In die zin moet de begroting van de schade in concreto gebeuren. Immers: *the wrongdoer must take the victim as he finds him*.³³ De rechter mag geen rekening houden met de werkelijke uiteindelijke kosten van het herstel. Dit principe kan de benadeelde ten goede komen. Dit is het geval als hij de herstelling goedkoper kan laten uitvoeren dan wat gebruikelijk is omdat bv. een kennis het voor een vriendenprijsje wil doen of omdat het slachtoffer zelf garagehouder is, zoals het geval was in het arrest van 15 oktober 1991.³⁴ Maar het is even goed mogelijk dat de objectieve schadebegroting in het nadeel speelt van de benadeelde. De situatie waarin een normale, verstandige en redelijk denkende benadeelde, in dezelfde omstandigheden geplaatst, tevreden moet zijn met een gedeeltelijke vervanging van het lakwerk, daar waar de benadeelde in casu een volledig nieuwe laklaag wenst, is daar een voorbeeld van. Men mag met andere woorden het subjectieve waardeoordeel, nl. of men bereid is meer of minder uit te geven

³³ R.WEBER, *l.c.*, voetnoot 18 en L. SCHUERMANS, J. SCHRIJVERS, A. VAN OEVELEN en D. SIMOENS, 'Overzicht van rechtspraak (1977-1982), Onrechtmatige daad -Schade en schadeloosstelling', *T.P.R.* 1984, I, (511), 830.

³⁴ BGH, 15 oktober 1991, *NJW* 1992, 302.

aan een bepaalde zaak dan het bedrag dat het objectieve oordeel van de rechter vooropstelt, niet mee in rekening brengen.³⁵

Concreet: de maatstaven bij reparatie en vervanging

18. Tot hiertoe is het woord herstelling reeds meermaals gevallen. Het ging telkens om *Naturalherstellung*, als tegenhanger van *Kompensation*. Herstel in natura kan in de praktijk vele dingen inhouden: reparatie van de zaak, terbeschikkingstelling van de vervangingswaarde, het bedrag slechts gedeeltelijk aanwenden voor de reparatie of zelfs helemaal niet.³⁶ Wat nu volgt, is het naast elkaar plaatsen van de beide rechtsstelsels op het vlak van de verhouding tussen reparatie en vervanging van het beschadigde goed.

19. De vraag rijst of de gelaedeerde de vrije keuze heeft tussen reparatie en de vervangingswaarde waarmee hij zich een andere, gelijkwaardige wagen kan aanschaffen. Men voelt reeds spontaan aan dat er bij een kleinere beschadiging reparatiekosten zullen vergoed worden en bij een (economische) totale vernieling van het voertuig de vervangingswaarde wegens te hoog oplopende reparatiekosten. In beginsel ligt de keuze tussen vergoeding van de herstellingskost en terbeschikkingstelling van de vervangingskosten bij de schadeverwekker in die zin dat de vergoeding geschiedt volgens de voor hem minst bezwarende formule. Hiermee moet de schadelijder vrede nemen, zowel in Duitsland als in België.³⁷ De schadelijder kan dus niet de voor hem gunstigste manier kiezen. Het BGH herinnert hieraan in haar arrest door te beklemtonen dat het vergoeden van de vervangingswaarde, *Naturalrestitution* genoemd, ook een vorm van herstel in natura is, naast de reparatie. “Uit de meerdere mogelijkheden die tot herstel in natura leiden, moet de benadeelde die mogelijkheid kiezen die de minste kosten oplevert. Dit principe vindt zijn wettelijke consacratie in het kenmerk van de *Wirtschaftlichkeit* (=noodzakelijkheid³⁸) van § 249 (2) en blijkt ook uit het schadebegrip zelf. Want de schade van het slachtoffer is niet groter dan dat wat moet aangewend worden om het vermogen in een aan de vroegere toestand gelijkwaardige toestand te brengen”, zo overweegt het Hof. De redenering dat de *Wirtschaftlichkeit* niet in aanmerking moet worden genomen, omdat de reparatieaanspraak een zo groot belang heeft, dat het het kenmerk van de noodzakelijkheid van § 249 (2) BGB volledig verdringt, houdt er dus niet genoeg rekening mee dat naast het herstel, het ter beschikking stellen van de vervangingswaarde eveneens een vorm van herstel in natura is.³⁹ In de

³⁵ H. LANGE, *o.c.*, 247.

³⁶ Zie randnummer 14.

³⁷ G. PANIER, ‘Het totaal verlies van motorvoertuigen na een verkeersongeval’, *T. Vred.*, 1991, (343), 347; L. SCHUERMANS, C. PERSYN, P. ERNST, J. SCHUERMANS EN A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 1396; Antwerpen, 12 juni 1990, *R.G.A.R.* 1993, nr. 12 088.

³⁸ In tegenstelling tot “wenselijkheid”.

³⁹ BGH, 15 oktober 1991, *NJW* 1992, 303-304.

rechtsleer zijn bij deze stelling uit het arrest twee bedenkingen gerezen.⁴⁰ Enerzijds wierp men op dat het tegenstrijdig is op grond van § 251 (2) een geldsom te eisen en het dan als een vorm van herstel in natura te beschouwen. Het BGH weerlegt die kritiek door te zeggen dat het zich daarvoor niet beroept op § 251 (2) maar op § 249 (2). Lange vindt dat de motivering eerder terloops gebeurt en zonder de breuk met de tot dan toe geldende rechtstraditie (nl. dat het verkrijgen van een geldsom neerkomt op *Kompensation*) kenbaar te maken. In ieder geval vestigt het BGH hier, zij het impliciet de 30%-regel (waarover dadelijk meer) als grens tussen de twee vormen van *Naturalherstellung*. Anderzijds werd er door Lange betoogd dat bij een economisch totaal verlies, een geldsom niet als *Naturalherstellung* kan gelden omdat herstel dan niet meer mogelijk is. Inderdaad, § 249 (2) spreekt alleen over *Beschädigung* en niet over de situatie van een economisch totaal verlies. Indien herstel toch niet meer mogelijk is, dan staat op grond van § 249 (1) de aansprakelijke zelf in voor de vervanging van het door hem vernielde voertuig, iets wat Lange terecht geen aanbevelenswaardige oplossing vindt. Maar wat het BGH in haar arrest eigenlijk duidelijk wil maken, is dat *Naturalherstellung* ruimer kan zijn dan reparatie alleen, ongeacht of het nu gaat over een herstelbare beschadiging dan wel over een onherstelbaar vernielde wagen (hoewel in deze laatste situatie *Naturalherstellung* in de praktijk vanzelfsprekend beperkt zal zijn tot vervanging).

20. In België geldt dat het recht op schadeloosstelling van de benadeelde door de vervangingswaarde wordt begrensd d.i. de som die moet worden uitgegeven voor de aanschaf van een gelijkwaardig voertuig van hetzelfde merk, type, ouderdom en in dezelfde algemene toestand als het beschadigde voertuig voor het ongeval⁴¹. Men kan dus niet onbeperkte reparatiekosten vorderen. De juridische rechtvaardiging van dit principe is, dat wanneer er twee mogelijke manieren van schadeherstel bestaan, de benadeelde er geen rechtmatig belang bij heeft deze wijze te kiezen die voor de aansprakelijke het zwaarst uitvalt. Soms wordt ook een beroep gedaan op het principe van de schadebeperkingsplicht⁴² en ook wel op het beginsel van verbod van rechtsmisbruik⁴³. Bij het bepalen van de vervangingswaarde zal men in de praktijk als vertrekpunt de verkoopwaarde nemen, omdat dit de enige factor is die men kent. Deze verkoopwaarde wordt meestal door een deskundige vastgesteld en wordt aangepast aan de hand van bepaalde factoren zoals staat van onderhoud en uitrusting van het voertuig. Bepalend is dus hetgeen op de markt van tweedehandsvoertuigen voor een op alle punten vergelijkbaar voertuig wordt gevraagd. Dit betekent dat schadebegroting via catalogi en

⁴⁰ H. LANGE, noot onder BGH, 15 oktober 1991, *JZ* 1992, (480), 480.

⁴¹ Cass., 23 oktober 1986, aangehaald door L. SCHUERMANS, C. PERSYN, P. ERNST, J. SCHUERMANS EN A. VAN OEVELEN, A., *l.c.*, nr. 122.

⁴² Pol. Hasselt, 26 september 1983, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11 112.

⁴³ Bergen, 30 oktober 1990, *R.R.D.* 1991, 134.

afschrijvingsgrafieken geen doorslaggevende waarde heeft maar dat het hoogstens nuttige hulpmiddelen zijn.⁴⁴ Uiteraard krijgt de schadelijder niet de hele vervangingswaarde. De waarde van het wrak wordt toegerekend op de verschuldigde schadevergoeding, omdat hij zich anders onrechtmatig zou verrijken.⁴⁵

21. De Belgische rechtspraak houdt vrij strikt de hand aan het stelsel van het economisch totaal verlies als schadebegrotingsmethode, zoals hierboven besproken.⁴⁶ Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt ervan afgeweken nl. als het verantwoord blijkt toch de hogere reparatiekosten toe te kennen. Een eerste geval doet zich voor als op de tweedehandsmarkt geen voertuig van hetzelfde merk, model, ouderdom, staat van onderhoud... kan gevonden worden. Een tweede omstandigheid waarin volledige herstellingskosten worden vergoed, is die waarin het voertuig voor zijn eigenaar een bijzondere waarde vertoont. Dit werd aanvaard bij een 75-jarig slachtoffer dat al 13 jaar met een wagen reed en deze speciaal had laten aanpassen aan zijn specifieke noden.⁴⁷

22. Het Duitse recht kent eveneens een grens die evenwel ruimer is dan in België t.v.v. de reparatiekosten. De Duitse rechtspraak aanvaardt sinds oudsher principieel een beroep op herstellingskosten voor zover deze de vervangingswaarde van het beschadigde goed niet met meer dan 30% te boven gaan.⁴⁸ Tot 30% meer kan het slachtoffer dus uit de brand slepen als hij als basis voor zijn schadevergoeding de reparatiekost mag nemen. Nochtans heeft deze regel in de rechtspraak en rechtsleer een enorme discussie op gang gebracht i.v.m. “*fiktive Reparaturkosten*”, waarvan het arrest van 15.10.'91 nog steeds de sporen draagt.

23. De vraag die zich opdrong was de volgende: mag men van de aansprakelijke enkel de vervangingswaarde vorderen of heeft men recht op de reparatiekosten, als men het voertuig ongerepareerd verder verkoopt (vandaar: fictief) alvorens je de geldaanspraak van § 249 (2) gerealiseerd hebt? Begin jaren '70 was er over deze kwestie grote onenigheid. De oplossing is dan ook niet zonder belang in het Duitse recht (in tegenstelling tot in België) omdat het wegens de 30%-regel soms de moeite loont om een beroep te doen op de herstellingskosten i.p.v. op de vervangingswaarde. Traditioneel luidde het standpunt van het BGH dat door de vervreemding van een zaak de aanspraak op reparatie teloor gaat, omdat herstelling niet meer mogelijk is wegens de vervreemding. De mogelijkheid van herstel was een *conditio sine qua non* voor de aanspraak op grond van § 249 (2). Men kan dan alleen nog aanspraak maken

⁴⁴ Pol. Hasselt, 28 maart 1983, *R.G.A.R.* 1987, nr. 11 189.

⁴⁵ L. SCHUERMANS, C. PERSYN, P. ERNST, J. SCHUERMANS EN A. VAN OEVELEN, *l.c.*, nr. 122.1

⁴⁶ P. GALAND, 'La réparation des dommages aux véhicules automoteurs', *R.G.A.R.* 1990, nr. 11 650, nr. 8.

⁴⁷ L. SCHUERMANS, C. PERSYN, P. ERNST, J. SCHUERMANS EN A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 1398-1399.

⁴⁸ BGH, 20 juni 1972, *NJW* 1972, 1800.

op de vergoeding van de vervangingswaarde.⁴⁹ In 1976 was de vraag gerezen specifiek m.b.t. een voertuig en het BGH heeft voor dat geval prompt de “fictieve” reparatiekosten toegekend. Het standpunt dat het slachtoffer reparatiekosten alleen dan kan vorderen als het slachtoffer zelf de reparatie nog kan laten uitvoeren, werd afgewezen.⁵⁰

24. De argumenten die het Hof in dit principe-arrest aanhaalde voor deze bocht van 180 graden getuigen van de drang van het BGH naar beleidsvoering. Ten eerste stelt het Hof dat er voor een voertuig slechts één economisch zinvolle benuttingsmogelijkheid bestaat nl. zijn verdere inzet als voertuig. De idee is waarschijnlijk dat voertuigen best worden hersteld, voorzover dat technisch nog mogelijk is. Een tweede argument van het BGH om de fictieve reparatiekosten toe te kennen, is de *Dispositionsfreiheit*, d.i. de beschikkingsvrijheid. Het is inderdaad terecht te stellen dat de benadeelde kan kiezen aan welke vorm van herstel hij de voorkeur geeft, wanneer hij een beroep doet op de geldaanspraak van § 249 (2) (cf. het principe van de objectieve schadebegroting). Nochtans kan de beschikkingsvrijheid pas ten volle gelden voorzover de gevorderde schadevergoeding reeds door de rechter gewaardeerd is, aangezien de keuze beperkt wordt door het *Wirtschaftlichkeitspostulat*.⁵¹ Een solide verklaring waarom de reparatiekosten onafhankelijk van het feit of ze zich ook werkelijk voordoen, het steeds te vorderen vergoedingsbedrag uitmaken, wordt met het principe van de beschikkingsvrijheid dus niet gegeven. Tenslotte haalt het BGH aan dat het reparerende en verkopende benadeelden gelijk wil behandelen. Voor het BGH is de wil van de gelaedeerde om tot herstel over te gaan een nauwelijks verifieerbare innerlijke aangelegenheid. Er kan dus geen vooronderstelling zijn t.v.v. herstel of verkoop. Ook dit overtuigt niet: het afhandelen van een schadegeval neemt immers een zekere tijdsspanne in, waarbij men aan het einde meestal wel kan vaststellen of de benadeelde de wagen behouden of verkocht heeft. Als de benadeelde dan een verkoop op de lange baan zou schuiven om toch nog op de reparatiekost aanspraak te kunnen maken, dan verliest hij het genot van de wagen gedurende de tijd dat hij er zich geen nieuwe kan aanschaffen wegens het uitstellen van de verkoop van de beschadigde wagen. Bovendien bevestigt de ervaring dat, als men van plan is een andere wagen te kopen, men dat meestal onmiddellijk na het ongeval doet. Door de verkoop uit te stellen, verliest het slachtoffer daarenboven de mogelijkheid om vergoeding van bepaalde kosten te vorderen zoals inschrijvingskosten. Ook wat het volgende punt betreft, blijkt het argument van gelijke behandeling weinig overtuigend. De vervangingswaarde van een voertuig is relatief gemakkelijk vast te stellen. Daarover bestaan immers waardetabellen. Ook de restwaarde is gemakkelijk te bepalen doordat de

⁴⁹ W. GRUNSKY, *l.c.*, 825.

⁵⁰ BGH, 23 maart 1976, *BGHZ* 66, 239.

⁵¹ Zie randnummer 19.

benadeelde bij de verkoop in ieder geval een bepaalde geldsom bekomt, die in eerste instantie als aanknopingspunt kan genomen worden. Daartegenover staan de fictieve reparatiekosten die niet zonder een deskundige kunnen bepaald worden. Het argument van gelijke behandeling is niet alleen onlogisch maar houdt ook gevaren in. Het is zeer vaak mogelijk te zeggen dat het slachtoffer zich op deze of gene wijze had kunnen gedragen en dan recht zou gehad hebben op een hogere vergoeding. Ook al heeft hij zich zo niet gedragen, toch moet hij met diegenen gelijk gesteld worden die wel zo gehandeld hebben. De eigenlijke verantwoording waarom de gelijkstelling van ongelijke gevallen moet worden toegepast, blijft bij die redenering echter meestal uit. De gelijkstelling tussen verkopende en reparerende schadelijders lijkt het BGH louter uit billijkheidsoverwegingen toe te passen⁵².

25. Het feit dat het BGH de fictieve reparatiekosten heeft toegekend is m.i. toe te juichen en is volledig in overeenstemming met het principe van de objectieve schadebegroting. De juiste juridische verantwoording is zoals gezegd niet te vinden bij het BGH maar wel bij Altmann. Het is inderdaad zo dat § 251 (1) in werking treedt als *Naturalherstellung* (en dus ook reparatie) niet meer mogelijk is. Maar wat men goed voor ogen dient te houden, is dat het moet gaan om het onvermogen van de veroorzaker van de schade, niet om dat van de schadelijder omdat hij het voertuig bv. verkocht heeft.⁵³

26. Het is geen goede ontwikkeling dat het BGH met haar uitspraak een onderscheid maakt op basis van de aard van het goed, merkt Grunsky terecht op⁵⁴: bij roerende goederen in het algemeen moet men zich tevreden stellen met de vervangingswaarde wanneer men het goed onmiddellijk verkoopt maar wanneer men beslist het goed eerst (zogezegd) te herstellen en het dan pas verkoopt, zou men recht hebben op de herstellingsvergoeding, ook als men de herstelling niet uitvoert. Bij voertuigen daarentegen zou men sowieso de herstellingsvergoeding krijgen, ongeacht of men de reparatie al dan niet uitvoert. Dit is een onverantwoord onderscheid tussen voertuigen en andere roerende goederen.⁵⁵ Toch kan ik met Grunsky om bovengenoemde reden niet akkoord gaan als hij zegt dat de fictieve reparatiekosten in alle gevallen moeten geweigerd worden.

27. Met het arrest van 1976 waren de problemen echter niet van de baan. Want in haar overwegingen heeft het BGH gewezen op het *Wirtschaftlichkeitspostulat*.⁵⁶ De gelaedeerde voertuigeigenaar mocht dan al

⁵² Zie voor deze en andere overwegingen: U. MAGNUS, *o.c.*, 60 e.v.

⁵³ C. ALTMANN, 'Schadensabrechnung auf Reparaturkostenbasis bei Inzahlunggeben des beschädigten Pkw', *NJW* 1976, (744), 744.

⁵⁴ W. GRUNSKY, *l.c.*, 825.

⁵⁵ Er weze aan herinnerd dat de herstellingsvergoeding hoger kan oplopen dan de vervangingswaarde wegens de 30%-regel: zie randnummer 22.

⁵⁶ Zie randnummer 19.

recht hebben op de fictieve reparatiekosten, men wist daarmee nog niet of het Wirtschaftlichkeitspostulat eraan in de weg staat dat men aanspraak maakt op de hogere fictieve reparatiekosten. In 1985 kreeg het BGH de kans zich te verduidelijken: principieel kan men de fictieve herstellkost ten hoogste ten bedrage van de vervangingswaarde van het voertuig eisen.⁵⁷ Het Hof had deze keer wel ingezien dat de reparatiekost wegens de 30%-regel soms gunstiger is. Dit arrest van 1985 zorgde op zijn beurt voor complicaties. Door het feit dat de rechtspraak zei dat de benadeelde die zijn voertuig ongerepareerd verkoopt, alleen de vervangingskosten vergoed krijgt, bleef het nog maar de vraag of de ingevoerde 30%-regel daarmee in het algemeen afgeschaft werd. Bovendien is het arrest van 1985 zo begrepen als zou bij de kostenvergelijking op basis van het *Wirtschaftlichkeitspostulat* de restwaarde altijd en niet alleen bij de fictieve reparatiekosten in aanmerking worden genomen. Vooral in het antwoord op deze twee problemen toont zich het belang van het arrest van 15 oktober 1991. M.b.t. het eerste probleem heeft het BGH bevestigd dat de 30%-regel in het algemeen blijft bestaan in geval van werkelijke reparatie. Opnieuw aan de hand van opportuiniteitsoverwegingen nl. dat de reparatie de belangen van de benadeelde in sterkere mate zal voldoen dan de vervangingswaarde, argumenteert het Hof dat het in overeenstemming is met de basisprincipes van het schaderecht, dat aan de benadeelde die de reparatie kiest en ook werkelijk doorvoert, de herstellkosten worden toegekend die de vervangwaarde binnen grenzen nl. 30% overschrijden. In antwoord op de interpretatie van het arrest van 1985 m.b.t. de restwaarde, reageert het Hof in dezelfde zin. Het Hof gaat er hier wel vanuit dat de schadelijder bij de keuze tussen vervanging en reparatie redelijkerwijze alle kostenfactoren moet afwegen en daarbij ook de restwaarde moet betrekken maar acht dit principe niet absoluut van toepassing in de situatie waarin dat voor de benadeelde allerlei complicaties met zich meebrengt. Dit is volgens het Hof het geval bij de keuze voor reparatie omdat een opgedrongen restwaardebepaling zonder een werkelijk voorgenomen verkoop met onzekerheden is belast, het de aanvang van de reparatie vertraagt en de kosten voor de aansprakelijke verhoogt wegens gebruiksderiving. Bij de keuze tussen werkelijke reparatie en vervanging moet men dus de restwaarde niet aftrekken van de waarde van voor het ongeval. Een tweede reden om de restwaarde te negeren, vindt het BGH in het feit dat bij voertuigen met lichte schade en een hoge restwaarde en die dus heel reparatiewaardig zijn, de aftrek van de restwaarde van een meestal niet veel hogere vervangwaarde ondanks een toeslag van 30% er niet zelden toe leidt dat de reparatiekosten de grens van 130% overstijgen en men ze dus niet meer kan eisen; daarin ziet het Hof een door het schaderecht niet toegelaten belangenaantasting. Het Hof voegt er, tenslotte, aan toe dat de toeslag van 30% maar een benadering is en niet in alle gevallen correct is. Het overboord gooien van de restwaarde kan dan een compensatie zijn voor een te lage grens in bepaalde gevallen.

⁵⁷ BGH, 5 maart 1985, *Vers.* 1985, 593.

27. Het Hof zegt in haar arrest zelf dat het zich ervan bewust is dat het weglaten van de restwaarde uit de kostenvergelijking tot een optrekking van de bovengrens leidt, tot dewelke de schadelijder zijn voertuig kan laten herstellen op kosten van de schadeverwekker. Het staaft deze stellingname overvloedig door allerlei opportuiniteitsoverwegingen die in het voordeel van de gelaedeerde spelen. Het arrest is dan ook doorspekt met woorden als integriteitsbelang, gerechtvaardigd en ongeoorloofde belangenvermindering. Op zich kan dat alles niet worden tegengesproken en is het inderdaad van het grootste belang dat de gehele schade vergoed wordt, niet meer maar zeker ook niet minder. De 30%-grens, die nominaal zelfs nog hoger kan komen te liggen door de restwaarde niet in rekening te brengen, komt het slachtoffer alleen maar ten goede. Maar men kan het arrest ook zo begrijpen dat het BGH een eventuele vermindering van de integriteitsbescherming belangrijker vindt dan het gevaar van een te hoge optrekking ten nadele van de aansprakelijke. Het Hof wil het slachtoffer optimaal beschermen, wat op zich een goede zaak is maar men mag ook niet in het andere uiterste vervallen nl. een overbegroting van de schade. M.i. levert het arrest nochtans geen problemen op in die richting.

29. Wat wel een probleem is, en dit is veel fundamenteeler, is dat het arrest de principes (30%-regel en geen aftrek restwaarde) uitdrukkelijk uitsluit wanneer de benadeelde de reparatiekosten vordert zonder de zaak te herstellen, omdat het bijzonder integriteitsbelang dan niet zou spelen. Hierboven werd betoogd dat fictieve reparatiekosten terecht door het BGH worden toegekend omdat het volledig in overeenstemming is met het beginsel van de objectieve schadebegroting. Maar waar het BGH het éne principe respecteert, komt het in conflict met een ander nl. dat van de abstracte schadebegroting. Door de 30%-regel en het niet in acht nemen van de restwaarde bij de fictieve reparatiekosten, miskent het Hof de regel dat het geen rekening mag houden met wat men werkelijk heeft uitgegeven om de toestand te herstellen en laat het zich verleiden tot een mogelijke dubbele raming van de schade. Als men reparatiekosten vraagt en pas na de afhandeling van het schadegeval verkoopt of werkelijk herstelt, raamt men de reparatiekosten op maximum 130% van de waarde van voor het ongeval. Verkoopt men echter voor de afhandeling van de zaak, dan kunnen de reparatiekosten maximum slechts geraamd worden op de vervangingswaarde min de restwaarde, wat veel minder is dan in het eerste geval. Nochtans bestaat er slechts één objectief schadebedrag. Dit wordt duidelijk als men zich het principe herinnert dat er slechts één maatstaf bestaat van schadeloosstelling nl. de schade zelf. De schade is wat ze is en verandert niet naargelang het moment waarop men besluit het voertuig te vervreemden. De schadeberekening moet dus onafhankelijk van latere gebeurtenissen gebeuren.⁵⁸ Het is dus aangewezen dat het BGH haar rechtspraak op dit punt zou herzien. Bovendien leidt het arrest tot een verdere priviligiering van

⁵⁸ D. MEDICUS, *Gesetzliche Schuldverhältnisse. Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, 31.

herstellende eigenaars en dat staat in scherp contrast met de argumentatie van het Hof in 1976 nl. de gelijke behandeling. Ook in de Duitse literatuur waren er auteurs die problemen voorzagen met het arrest. Men zou weleens kunnen aanvoeren (en dan vooral de verzekeringsmaatschappijen) dat het principe van het niet aftrekken van de restwaarde vervalt als de veroorzaker van de schade of zijn verzekeringsmaatschappij nog voor het begin van de reparatie een overnamebod doet, wat vaak voorkomt bij voertuigen met een hoge restwaarde. De restwaarde wordt dan wel snel en efficiënt bepaald, zodat dat argument van het BGH wegvalt. Volgens Lange is het laatste woord daarover in ieder geval nog niet gezegd; het arrest stelt dat een vermindering met de restwaarde *in het algemeen* kan uitblijven maar wanneer dit dan niet het geval is, zal dus nog moeten blijken.

30. Ook in België hebben zich in het verleden problemen voorgedaan m.b.t. een dubbele raming van de schadevergoeding die betrekking had op de reparatiekosten. Dit systeem van de dubbele schatting was er echter niet gekomen om de schadelijders te bevoordelen zoals in Duitsland, maar om de schadevergoeding in te perken. Men had ontdekt dat sommige automobilisten de schade in een gespecialiseerde maar vaak ook dure garage lieten begroten en nadien hun wagen lieten herstellen in een goedkopere garage of zelfs helemaal niet. Volgens de verzekeraars leidde dat ertoe dat een verkeersongeval voor die automobilisten een onrechtmatige verrijking betekende. Het systeem kwam *grosso modo* hierop neer dat de deskundige een tweeledige opdracht kreeg: 1) op tegenspraak met de door de benadeelde aangewezen hersteller de schade ramen indien de herstelling zou uitgevoerd worden in het bedrijf van de door de benadeelde aangestelde garagehouder 2) eveneens op tegenspraak dezelfde schade ramen indien de herstelling in een ander bedrijf zou uitgevoerd worden. Dit tweede bedrag was in de praktijk doorgaans 30% lager dan het eerste. Het meest geuite jurisprudentiële bezwaar was dat de garagehouder die met dat tweede bedrag akkoord gaat, eigenlijk een dading aangaat waarvoor krachtens de artikelen 1988 en 1989 B.W. een uitdrukkelijke en bijzondere volmacht vereist is, die hij niet kan geacht worden stilzwijgend te hebben gekregen en dus steeds ontbrak.⁵⁹ Dat heeft aanleiding gegeven tot een nieuwe structuur van het systeem van de dubbele schatting: de tweede raming werd eenzijdig gemaakt, zonder tussenkomst van de door de benadeelde aangestelde garagehouder, en waaraan de benadeelde dan ook niet gebonden was. Ook dit systeem werd door de meerderheid van de rechtspraak verworpen. Het meest overtuigende argument is m.i. ook hier dat er slechts één schade en dus ook slechts één schadebedrag bestaat.⁶⁰ Blijkbaar meet men dus niet alleen in Duitsland met twee maten en twee gewichten naargelang het schadebegrotingsbeleid dat men wil voeren. Aangezien dat beleid in België in

⁵⁹ Cass., 13 januari 1983, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10 950.

⁶⁰ Voor verdere overwegingen: zie L. SCHUERMANS, J. SCHRIJVERS, A. VAN OEVELEN en D. SIMOENS, *l.c.*, nr. 83.

het nadeel van de benadeelde was uitgedraaid, heeft het Hof van Cassatie het systeem verworpen: “Que la victime peut réclamer le montant nécessaire pour faire réparer la chose (bemerkt de gelijkenis met de bewoordingen van § 249 (2)!) sans qu’il soit tenu compte de la circonstance qu’elle ait ou non fait procéder à cette réparation.”⁶¹ Ons Hof van Cassatie heeft het dus, net zoals het BGH, opgenomen voor de benadeelden. Als rode draad loopt door de rechtspraak van ons hoogste Hof dat het een verscherpt toezicht uitoefent op het beginsel van de integrale schadeloosstelling van de benadeelde.⁶² Gelukkig heeft de wetgever het Hof gevolgd en met art. 83 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst een einde gesteld aan de praktijk van de dubbele schatting.⁶³ Het bevat het beginsel van de vrije beschikking over de schadevergoeding en stelt dat het bedrag van de schadevergoeding niet mag verschillen naargelang het gebruik dat de benadeelde ervan zal maken. Jammer genoeg geldt art. 83 alleen inzake landverzekeringsovereenkomsten.

31. Ook schade door gebruikserving is vergoedbaar. Dat de onbruikbaarheid van een voertuig aanleiding geeft tot vergoedbare schade wordt niet betwist.⁶⁴ Wel betwist is hoe de schade begroot moet worden, waarvoor trouwens in België zowel als in Duitsland zeer verschillende oplossingen worden gegeven. De verschillende aspecten hiervan komen op deze plaats niet aan bod. Wel gaat de aandacht uit naar het arrest van 15 oktober 1991 waarin het BGH poneert dat de waarschijnlijke huurkosten van een vervangwagen in de kostenvergelijking tussen de reparatiekosten en de vervangingswaarde zijn op te nemen zodanig dat deze factor de wijzer kan doen doorslaan naar een bepaalde vorm van *Naturalherstellung*. Volgens het Hof kunnen de tijdelijke dervingskosten bij reparatie soms aanzienlijk hoger zijn dan bij vervanging bv. als er slechts een korte leveringstermijn is (of omgekeerd) zodat de schadebeperkingsplicht gebiedt voor vervanging te kiezen. Ook in België vindt men rechtspraak die in die zin gaat maar niet zo verregaand dat de huurkost de druppel kan zijn die de emmer van de reparatie of van de vervanging kan doen overlopen. Op grond van de schadebeperkingsplicht werd geoordeeld dat het niet opgaat dat de huurder, wetend dat zijn voertuig pas na enkele maanden geleverd wordt, bij verschillende huurfirma’s steeds een nieuw vervangvoertuig huurt. Hij had een tweedehandswagen moeten kopen en nadien verder verkopen of een huur van lange duur moeten onderhandelen.⁶⁵ In de hypothese dat dat om gelijk welke reden niet mogelijk was geweest, mag de ondertoon van deze rechtspraak m.i. doen veronderstellen dat men dezelfde weg op zal gaan als het BGH nl. het

⁶¹ Cass., 20 september 1988, aangehaald door P. GALAND, *l.c.*, nr. 11 656, nr. 17.

⁶² A. VAN OEVELEN, ‘Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad’, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, STORME, M. (ed.), Gent, Mys en Breesch, 1993, 145.

⁶³ D. SIMOENS, ‘Verkeersongevallen: het aansprakelijkheidsrecht in beweging’, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, M. STORME (ed.), Gent, Mys en Breesch, 1993, 312.

⁶⁴ Cass., 20 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 845 en U. MAGNUS, *o.c.*, 132.

⁶⁵ Pol. Luik, 6 november 1989, *R.G.A.R.*, 1992, nr. 11 928.

verwerpen van een bepaalde vorm van herstel. Het BGH heeft er in haar latere rechtspraak op gewezen dat er voorzichtigheid geboden is bij het aannemen van de onredelijkheid van de huurkosten. Er bestaat geen grenswaarde om de onredelijkheid te bepalen; die hangt af van geval tot geval. In casu werden huurkosten aanvaard die drie maal hoger waren dan het inkomensverlies omdat het voor een handelaar te verantwoorden kan zijn dat hij in de uitvalperiode verlies wil maken om toch op de markt te kunnen blijven.⁶⁶

32. Een laatste punt waarover het BGH zich in 1991 heeft uitgesproken, brengt eigenlijk niks nieuws onder de zon. Het normale reparatierisico en het gevaar dat de prognose mislukt m.b.t. de mogelijkheid van de reparatie en m.b.t. de kosten ervan, komen ten laste van de aansprakelijke. Mislukt met andere woorden de reparatie, dan moet hij een tweede poging financieren. Dit vindt men reeds bij Deutsch.⁶⁷ Ook het principe dat het risico van schadebegroting en schadeherstel voor rekening komt van de veroorzaker van de schade, is maar normaal. Men mag de schadelijder immers niet in een minder gunstige positie plaatsen dan voor het ongeval. In België en in Duitsland wordt dat principe niet volledig gerealiseerd omdat het wrakrisico ten laste van de schadelijder blijft. Het is niet zo dat de schadelijder de waarde van de wagen van voor het ongeval krijgt waarna het wrak voor rekening van de schadeverwekker wordt verkocht en waarbij het risico van de verkoop bijgevolg ook ten laste van de schadeverwekker valt. Men zou beter het Franse systeem van “*laissé pour compte*” invoeren.

33. Keren we dan tenslotte terug naar het normatieve schadebegrip. Heeft men uiteindelijk de knoop doorgelicht waar het aankomt op het dilemma van de vervangingswaarde en reparatiekost en de berekening ervan, dan is daarmee de kous niet af. In veel gevallen zal er sprake zijn van wat men in het Duits noemt *merkantiler Minderwert*. Tegenover de *merkantiler Minderwert* staat de *technischer Minderwert*. Deze minderwaarde is het gevolg van het feit dat de onderdelen van de wagen door herstelling niet meer in dezelfde toestand kunnen gebracht worden als voor het ongeval. Het staat van bij het begin vast dat deze minderwaarde een rechtstreeks gevolg is van het ongeval en wordt dan ook volledig vergoed samen met de reparatiekosten. Door allerlei nieuwe reparatietechnieken zal deze vorm van minderwaarde zich niet vaak voordoen⁶⁸. *Merkantiler Minderwert* doet zich voor als er enerzijds een risico bestaat dat er na het afhandelen van het schadegeval gebreken opduiken waarvan het verband met het ongeval niet meer aan te tonen is en anderzijds wanneer de verkoopswaarde van de wagen lager blijkt te liggen door het wantrouwen dat de markt heeft tegen eenmaal beschadigde wagens, zelfs na een degelijke reparatie

⁶⁶ BGH, 19 oktober 1993, *NJW*, 1993, 3321.

⁶⁷ E. DEUTSCH, *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz*, Keulen, Heymanns, 1987, 211.

⁶⁸ W. WUSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1972, 650.

waardoor alle technische gebreken zijn weggewerkt.⁶⁹ Het is dus een gevoelsmatige lagere waardering. Of dat wantrouwen ook objectief gegrond is, is op zich een interessante vraag, maar zal hier niet behandeld worden. Belangrijk is of het recht een bij een ongeval betrokken wagen ook als minderwaardig beschouwt en die waardevermindering als schade aanmerkt die bijgevolg moet vergoed worden.

34. Uit de Belgische rechtspraak blijkt dat men in België niet geneigd is om een schadeloosstelling voor waardevermindering toe te kennen. Men laat zich vooral leiden door de aard van de schade en het aantal afgelegde kilometers. Zo werd beslist dat, wanneer er geen enkel essentieel orgaan zoals de motor beschadigd werd door de aanrijding, het voertuig geen waardevermindering ondergaat na herstelling.⁷⁰ Kleurverschillen aan het voertuig na herschildering worden doorgaans niet ernstig genoeg genomen om de schade-eis in te willigen. Het moet wel degelijk gaan om serieuze gebreken die werkelijk een waardevermindering tot gevolg hebben, hoewel de waardering van een gebrek van persoon tot persoon sterk kan verschillen. Voor wat het aantal afgelegde kilometers betreft, zou 20 889 kilometer op 7 maanden tijd de toekenning van schadevergoeding voor waardevermindering niet rechtvaardigen,⁷¹ terwijl 914 kilometer op de teller na één maand gebruik wel in aanmerking komt⁷². Des te minder het aantal afgelegde kilometers en dus des te nieuwer het voertuig was op het moment van het ongeval, des te meer kans heeft de schadelijder op het slagen van zijn vordering wegens waardevermindering.⁷³

35. Ook in Duitsland wordt een vergoeding wegens minderwaarde al sinds oudsher toegekend. Oorspronkelijk kende het BGH, in de ban van de Differentzhypothese, alleen een minderwaardevergoeding toe wanneer de waardedaling voelbaar, vaststelbaar was in de werkelijkheid,⁷⁴ en dus alleen als het voertuig verder werd verkocht onmiddellijk na het ongeval. Het Hof argumenteerde dat de verdere schadeontwikkeling noodzakelijk vóór het laatste mondelinge debat dient ingeschat en geraamd te worden, wat zonder een voorgenomen verkoop vrij moeilijk is en dat bovendien de minderwaarde relatief snel vermindert en uiteindelijk verdwijnt doordat men de wagen zelf verder gebruikt.⁷⁵ Hierin klinkt zeer duidelijk de *Differentzhypothese* door: men mag slechts de reële schade vergoeden die strikt rekenkundig bepaald moet worden. Daarbij mogen geen gissingen gemaakt worden over het schadeverloop in de toekomst. Alleen bij een voorgenomen verkoop kan de schade als zeker en reëel vastgesteld worden door de aangeboden prijs. Deze stelling is door het

⁶⁹ H. LANGE, *o.c.*, 262.

⁷⁰ Rb. Brussel, 19 december 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9 777.

⁷¹ Kh. Brussel, 18 december 1979, *De Verz.*, 1980, 771.

⁷² Corr. Hasselt, 1 februari 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 50.

⁷³ L. SCHUERMANS, J. SCHRIJVERS, A. VAN OEVELEN en D. SIMOENS, *l.c.*, 844.

⁷⁴ BGHZ, 27, 131.

⁷⁵ H. LANGE, *o.c.*, 263.

BGH verlaten en nu is het vaste rechtspraak dat de *merkantiler Minderwert* onmiddellijk na het ongeval en onafhankelijk van een eventuele verkoop moet vergoed worden. Het BGH verantwoordt deze ommekeer met de overweging dat een niet-verkopende eigenaar anders zelf met een minderwaardig voertuig achterblijft waardoor zijn toestand verslechterd is en de schade dus niet volledig wordt vergoed.⁷⁶ Het Hof heeft ook hier weer ingezien dat de schadebegroting niet afhankelijk mag zijn van latere gebeurtenissen.⁷⁷ Hoewel het hier duidelijk gaat om een aspect waarin de *Differenzhypothese* gedeeltelijk verlaten wordt met als gevolg een verruiming van het schadebegrip, weet het BGH zelf blijkbaar niet hoe ze haar gewijzigde rechtspraak moet kwalificeren. Nu eens heeft het Hof het over een beperking van de *Differenztheorie*,⁷⁸ dan weer klinkt het dat de *merkantiler Minderwert* niets anders is dan het waardeverschil tussen de toestand voor het ongeval en die na de reparatie.⁷⁹

36. Wat de begroting zelf betreft, zijn vele overeenkomsten met België vast te stellen. In de praktijk zijn er allerhande methodes ontwikkeld om de minderwaarde procentueel te berekenen waarvan er een aantal door het BGH als bruikbaar zijn erkend, maar uiteindelijk laat de minderwaarde zich niet louter rekenkundig berekenen. De uiteindelijke prijsvorming op de tweedehandsmarkt met de daarbij horende prijsschommelingen is doorslaggevend. Het is dan ook zo dat in zeer veel beslissingen de concrete, individuele toestand van het slachtoffer en diens wagen in overweging werd genomen.⁸⁰ Dit is het principe van de *Subjektbezogenheit*⁸¹ Tot slot volgen enkele richtlijnen uit de rechtspraak in dat kader. Indien de wagen verkocht wordt, zal veelal het geleden verlies bij verkoop het bedrag van de minderwaarde bepalen, waarbij het niet altijd om de verkrijgbare prijs op de tweedehandsmarkt gaat, maar om de werkelijk verkregen prijs. Als de aanspraakgerechtigde alleen maar kan terugvallen op de vervangingswaarde wegens een technisch totaal verlies (dit is het geval wanneer het beschadigde voertuig niet of niet meer op een verantwoorde wijze volgens de gangbare veiligheidsnormen kan hersteld worden), dan vervalt de aanspraak op minderwaardevergoeding. Analoog aan het Belgische systeem vervalt die aanspraak eveneens bij een eenvoudige beschadiging. De omvang van de schade is dus van belang. Het BGH vereist een aanzienlijke en wezenlijke beschadiging waarbij het zich op het tijdstip plaatst waarop het gerepareerde voertuig weer in gebruik wordt genomen. Tot op dat moment is de evolutie van de schade relevant, aangezien nadien optredende schade te wijten kan zijn aan het verdere gebruik. Deze blik op de toekomst, zij het in beperkte mate, wijst

⁷⁶ D. MEDICUS, *o.c.*, 31; H. LANGE, *o.c.*, 264; BGH, *NJW*, 1961, 2253.

⁷⁷ Zie randnummer 29.

⁷⁸ BGH, 2 december 1966, *JZ* 1967, 360, aangehaald door H. LANGE, *o.c.*, 264.

⁷⁹ BGHZ, 27, 184.

⁸⁰ OLG Saarbrücken, *DAR* 1989, 345 en OLG Nürnberg, *DAR* 1980, 216, aangehaald door H. LANGE, *o.c.*, 264.

⁸¹ Zie randnummer 10.

duidelijk op een afwijking van de *Differenzhypothese*, merkt Lange terecht op.⁸² Om een uitholling van de schadevergoedingsplicht te voorkomen, is het BGH bereid geweest om toe te laten dat de weegschaal die de *Vermogensdifferenz* moet vaststellen, ook een aantal virtuele schade-elementen bevat die niet in het hier en nu cijfermatig kunnen berekend worden. Hieruit moge nogmaals de pragmatische houding van het BGH blijken. Maatgevend voor de aard van de schade is de vraag of de schade zo groot is dat er met betrekking daartoe een informatieplicht bestaat naar de koper toe.⁸³ Net zo min als in België worden kleurverschillen daartoe gerekend.⁸⁴ Ook het aantal afgelegde kilometers en dus de ouderdom van het voertuig spelen me bij de beslissing of en de vraag hoeveel men als minderwaardecompensatie zal toekennen. Als men dit alles op een rij zet, is het besluit dat men ook in Duitsland niet over één nacht ijs zal gaan bij de beslissing over schadevergoeding wegens minderwaarde.

⁸² H. LANGE, *o.c.*, 269.

⁸³ W. WUSSOW., *o.c.*, 651.

⁸⁴ LG Frankfurt, *DAR* 64, 103, aangehaald door W. WUSSOW, *o.c.*, 651.

Bijlage: Bundesgerichtshof, 15 oktober 1991

(...)

Zum Sachverhalt: Der Kl. nimmt die Bekl. nach einem Verkehrsunfall auf Schadensersatz in Anspruch. Er stieß am 2. 8. 1988 mit seinem Porsche 911 Turbo Coupé mit dem bei der Zweitbekl. haftpflichtversicherten Opel Manta des Erstbekl. zusammen, als dieser aus einer untergeordneten Straße in die vom Kl. befahrene Straße einbog. Bei dem Unfall wurde der Kl. verletzt; sein Pkw wurde erheblich beschädigt. Der Kl. ließ das Fahrzeug in seinem Betrieb (Autolackiererei, Karosseriebau, Unfallreparaturen) wieder instandsetzen. Die Reparaturkosten belaufen sich nach dem Gutachten des Sachverständigen *W* auf 93396,30 DM; als Wertminderung macht der Kl. 5000 DM geltend. Während des Ausfalls seines Fahrzeugs mietete er für die Zeit vom 4.8. bis 22.9.1988 einen Mercedes 300 E; der Vermieter stellte ihm dafür 20495,70 DM in Rechnung. Als Nutzungsausfall für weitere 12 Tage beansprucht der Kl. 1680 DM; an Gutachter- und Abschleppkosten verlangt er insgesamt 1508 DM. Zur eventuellen Auffüllung des sich aus diesen Einzelpositionen ergebenden und mit der Klage eingeforderten Gesamtbetrages von 122080 DM hat der Kl. hilfsweise noch unfallbedingte Vertretungskosten in seinem Betrieb sowie eine infolge des Unfalls verfallene Anzahlung für eine Ferienwohnung geltend gemacht. Darüber hinaus hat er ein Schmerzensgeld in der Größenordnung von 25 000 DM verlangt.

Das LG hat der Klage auf der Grundlage einer Haftungsquote der Bekl. von 80% in Höhe von 95 204,52 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das OLG hat dem Kl. auf der Basis einer vollen Haftung des Bekl. 105 084,71 DM nebst Zinsen zugesprochen; darin sind die Kosten der Ferienwohnung von 800 DM, ein Schmerzensgeld von 7 000 DM sowie Verdienstausschlag (Vertretungskosten) von 13 097,44 DM enthalten. Die vom Kl. eingelegte Revision hat der erkennende Senat insoweit nicht angenommen, als sie auf ein höheres Schmerzensgeld und weiteren Verdienstausschlag abzielte. Im Umfang der Annahme des Rechtsmittels verfolgt der Kl., soweit abgewiesen, seine Ansprüche auf Ersatz des Fahrzeugschadens sowie auf Zahlung der Mietwagenkosten und des Nutzungsausfalls weiter. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das BerGer. führt zu den jetzt allein noch im Streit befindlichen Schadenspositionen aus:

Der von den Bekl. zu ersetzende Fahrzeugschaden des Kl. belaufe sich auf 75 000 DM. Zu seiner Berechnung seien die Kosten der Reparatur denjenigen der Ersatzbeschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs gegenüberzustellen. Den der Geschädigte habe von beiden Möglichkeiten der Schadensbeseitigung die wirtschaftlich vernünftigeren zu wählen. Eine Reparatur set nicht zulässig, wenn die dafür voraussichtlich aufzuwendenden Kosten den um den Restwert gekürzten Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs um mehr als 30%, überstiegen. So sei es hier. Die Summe von Reparaturkosten und Minderwert liege mit 98 396 DM mehr als 30% über den Kosten einer Ersatzbeschaffung, die sich als Differenz von Wiederbeschaffungswert (105 000 DM) und Restwert (30 000 DM) auf lediglich 75 000 DM beliefen. Der Kostenvergleich falle noch stärker zum Ungunsten der Reparatur aus, wenn man zusätzlich die in der Ausfallzeit des Fahrzeugs entstehenden Kosten berücksichtige. Denn für die

Ersatzbeschaffung sei nur eine erheblich kürzere Zeit zuzubilligen, als sie hier vom Kl. für die Reparatur aufgewandt worden sei. Mietwagenkosten stünden dem Kl. lediglich für 25 Tage zu. In dieser Zeit habe er ein gleichwertiges Gebrauchtfahrzeug erwerben können; deshalb hätten die Bekl. auch nicht zusätzlich noch eine Nutzungsausfallentschädigung zu leisten. Grundsätzlich berechtigt seien hiernach Kosten von 10 247,85 DM, von denen allerdings 282,94 DM als ersparte Eigenkosten und 2285,64 DM als ersparter Verschleiß abzusetzen seien, so daß die Bekl. noch 7679,27 DM zu zahlen hätten.

II. Diese Schadensberechnung hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Zu Unrecht hat das BerGer. den Fahrzeugschaden des Kl. gem. § 287 I ZPO nach dem für eine Ersatzbeschaffung nötigen Aufwand auf nur 75 000 DM bemessen. Der Kl. kann zum Ausgleich dieses Schadens die Reparaturkosten von 93 396 DM zuzüglich der Wertminderung von 5000 DM beanspruchen, da dieser Aufwand, gemessen an den Kosten für die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs, einer Wirtschaftlichkeitsprüfung standhält.

a) Der Geschädigte, der es nach einem Sachschaden selbst in die Hand nimmt, den früheren Zustand herzustellen, ist gem. § 249 S. 2 BGB berechtigt, vom Schädiger den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Der Schädiger kann ihn nur dann auf eine Entschädigung in Geld für den erlittenen Wertverlust verweisen, wenn und soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (§ 251 I BGB) oder unverhältnismäßige Aufwendungen erfordert (§ 251 II 1 BGB). Erst die Utiverhältnismäßigkeit bildet also bei möglicher Naturalrestitution die Grenze, ab welcher der Ersatzanspruch des geschädigten sich nicht mehr auf Herstellung (Naturalrestitution), sondern allein noch auf Wertausgleich des Verlustes in der Vermögensbildung (Kompensation) richtet. Insoweit hat Naturalrestitution Vorrang vor Kompensation.

b) Aus diesem System des Schadensrechts kann allerdings nicht hergeleitet werden, daß bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs der Geschädigte sein Fahrzeug stets mit einem Aufwand bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit auf Kosten des Schädigers reparieren lassen dürfe. Der Vergleich zwischen den Restitutionskosten und dem bloßen Wert der beschädigten Sache als Posten in der Vermögensbilanz des Geschädigten ist nach § 251 II 1 BGB zwar von Bedeutung für die obere Grenze, bis zu welcher der Schädiger dem Geschädigten die Kosten für eine Herstellung abzunehmen hat (vgl. BGHZ 102, 322 [330] = NJW 1988, 1835 = LM § 249 [Cb] BGB Nr. 86; Senat, NJW 1972, 1800 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 10 = VersR 1972, 1024 [1025]; Weber, DAR 1991, 11 f.; s. jetzt auch die gesetzliche Neuregelung für verletzte Tiere in § 251 II 2 BGB). Bei der Beantwortung der hier entscheidungserheblichen Frage, ob und gegebenenfalls mit welchem höheren Aufwand der Geschädigte sein Fahrzeug zu Lasten des Schädigers reparieren lassen darf, wenn er sich mit geringeren Kosten ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug beschaffen kann, geht es jedoch, wie sogleich näher auszuführen sein wird, nicht um die Schnittlinie zwischen Restitution und Kompensation. Deshalb bildet hier auch nicht erst die Unverhältnismäßigkeit in dem von § 251 II 1 BGB verlangten Vergleich die Schranken für den Reparaturaufwand; dessen Grenze wird bereits durch das Ziel der Herstellung in § 249 S.1 BGB und die Erforderlichkeit in § 249 S. 2 BGB gezogen.

aa) Dem Geschädigten, der die Behebung des Schadens an seinem Kraftfahrzeug in eigene Regie nimmt, stehen dafür regelmäßig zwei Wege zur Verfügung: er kann sein Fahrzeug reparieren lassen oder er kann sich ein (gleichwertiges) Ersatzfahrzeug anschaffen. Auch die letztere Art der Schadensbeseitigung ist, wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat und woran er weiter festhält, eine Form der Naturalrestitution BGHZ 66, 239 [247] = NJW 1976, 1396 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 16; Senat, NJW 1972, 1800 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 10; st. Rspr.; s. auch BGHZ 92, 85 [87 f.] 1 = NJW 1984, 2282 = LM § 249 [Ga] BGB Nr. 13). Denn das Ziel der Restitution 1 beschränkt sich nicht auf eine (Wieder-)Herstellung der beschädigten *Sache*; es besteht in umfassenderer Weise gem. § 249 S. 1 BGB darin, den *Zustand* herzustellen, der, wirtschaftlich gesehen, der ohne das Schadensereignis bestehenden Lage entspricht (BGHZ 30, 29) [31] = NJW 1959, 1078 = LM § 249 [Ha] BGB Nr. 9; BGHZ 40, 345 [347] = NJW 1964, 542 = LM § 249 [A] BGB nr. 17 a; Senat, NJW 1974, 34 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 11 = VersR 1974, 90, insoweit nicht in BGHZ 61, 346ff.).

bb) Unter mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten der Naturalrestitution hat der Geschädigte grundsätzlich diejenige zu wählen, die den geringsten Aufwand erfordert. Auch dieses Wirtschaftlichkeitspostulat hat der Senat mehrfach betont (BGHZ 54, 82 [84ff.] = NJW 1970, 1454 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 8; BGHZ 61, 346 [349ff.] = NJW 1974, 34 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 11; BGHZ 63, 182 [186f.] = NJW 1975, 160 = LM § 249 [Ha] BGB Nr. 35; BGHZ 6§, 239 [248f.] = NJW 1976, 1396 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 16; Senat, NJW 1985, 2469 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 24 = VersR 1985, 593 [594]). Es findet seinen gesetzlichen Niederschlag im dem Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit des § 249 S. 2 BGB, ergibt sich aber letztlich schon auf dem Begriff des Schadens selbst. Denn die Einbuße des Geschädigten ist, auch unter Berücksichtigung des für § 249 BGB in Frage stehenden Interesses an dem Erhalt seines Vermögens in dessen gegenständlicher Zusammensetzung, nicht größer als das, was ausgewendet werden muß, um das Vermögen auch mit Blick auf den beschädigten Bestandteil in zumutbarer Weise in einen dem früheren wirtschaftlich gleichwertigen Zustand zu versetzen.

Das Gebot zu wirtschaftlich vernünftiger Schadensbehebung verlangt vom Geschädigten zwar nicht, zugunsten des Schädigers zu sparen oder sich in jedem Fall so zu verhalten, als ob er den Schaden selbst zu tragen hätte (BGHZ 63, 295 [300] = NJW 1975, 640 = LM § 249 [Fa] BGB Nr. 14; Senat, NJW 1961, 1571 = LM § 251 BGB Nr. 6 = VersR 1961, 707 [708]; NJW 1976, 1202 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 14 = VersR 1976, 732 [734]). Immerhin kann dem letzteren Gesichtspunkt Bedeutung für die Frage zukommen, ob der Geschädigte den Aufwand in vernünftigen Grenzen gehalten hat (Senat, NJW 1972, 1800 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 10; NJW 1982, 1518 = LM § 249 [A] BGB Nr. 63 = VersR 1982, 548 [549]). Denn nur diejenigen Aufwendungen sind ihm nach § 249 S. 2 BGB vom Schädiger abzunehmen, die vom Standpunkt eines verständigen wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zu Behebung des Schadens zweckmäßig und angemessen erscheinen. Bei der Prüfung, ob der Geschädigte sich im diesem Rahmen gehalten hat, ist allerdings Rücksicht auf seine spezielle Situation, also insbesondere auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflußmöglichkeiten sowie die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen; denn § 249 S. 2 BGB stellt auf eine Restitution in Eigenregie des Geschädigten ab. Diese subjektbezogene Schadensbetrachtung bedeutet aber nicht, daß eine unangemessene Veranlassung von Kosten erst unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Schadensminderungspflicht nach § 254 II BGB zu

prüfen wäre; die Schadensersatzpflicht besteht von vornherein nur insoweit, als sich die Aufwendungen im Rahmen wirtschaftlicher Vernunft halten (BGHZ 111, 168 [178] = NJW 1992, 305 [in diesem Heft]; Senat, NJW 1985, 2469 = LM § 249 [Gbl BGB Nr. 24]).

cc) Mit Blick auf den wirtschaftlich vernünftigen Weg für die vom Geschädigten in eigene Regie genommene Schadensbehebung ist auch die Frage zu sehen, ob und gegebenenfalls in welchem Maße die Reparaturkosten die Kosten für die Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs übersteigen dürfen, ohne deshalb aus der Finanzierungspflicht des Schädigers nach § 249 S. 2 BGB herauszufallen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es bei tatsächlich durchgeführter Reparatur auf die Wirtschaftlichkeit nicht ankomme, weil in solchem Fall der Herstellungsanspruch ein derartiges Gewicht habe, daß er das Merkmal der Erforderlichkeit in § 249 S. 2 BGB völlig verdränge (so aber Gebhardt, DAR 1991, 373 [377]). Diese Argumentation beachtet nicht genügend, daß neben der Instandsetzung auch die Ersatzbeschaffung eine Form der Naturalrestitution ist. Richtig ist zwar, daß der Anspruch des Geschädigten auf Herstellung in eigener Regie (§ 249 S. 2 BGB) nicht früher enden kann als das nach § 249 S. 1 BGB an den Schädiger gerichtete Herstellungsverlangen (Gebhardt, DAR 1991, 377). Dies ist jedoch schon dadurch sichergestellt, daß auch bei einer Inanspruchnahme nach § 249 S. 1 BGB der Schädiger nicht in jedem Fall das beschädigte Fahrzeug reparieren lassen muß. Da, wie gesagt, auch die Ersatzbeschaffung eine Herstellung im Sinne dieser Vorschrift ist, kann der Schädiger dann, wenn die Reparatur nach Maßgabe der nachstehenden Erörterungen unwirtschaftlich ist, dem Geschädigten statt dessen auch seinerseits ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug anbieten.

dd) Bei dem Vergleich der Reparatur- mit den Wiederbeschaffungskosten ist allerdings zu beachten, daß dann, wenn der Geschädigte nach entsprechender Information den Weg der Schadensbehebung mit dem vermeintlich geringeren Aufwand wählt, das Werkstatt- und das Prognoserisiko zu Lasten des Schädigers gehen, falls nicht ausnahmsweise dem Geschädigten insoweit ein (Auswahl-)Verschulden zur Last fällt.

ee) Vor allem auch ist zu berücksichtigen, daß die Reparatur des dem Geschädigten anvertrauten Fahrzeugs sein Integritätsinteresse regelmäßig in stärkerem Maße zu befriedigen vermag als eine Ersatzbeschaffung (vgl. OLG Hamm, NZV 1991, 351 [352]= DAR 1991, 333 [334]; Medicus JuS 1973, 211 [212]; Weber, DAR 1991, 14). Deshalb steht es mit den Grundsätzen des Schadensrechts im Einklang, daß dem Geschädigten, der sich zu einer Reparatur entschließt und diese auch nachweislich durchführt, solche Kosten der Instandsetzung zuerkannt werden, die den Aufwand für eine Ersatzbeschaffung in Grenzen übersteigen. Das erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil selbst bei voller Berücksichtigung des Vorteilsausgleichs "neu für alt" insbesondere bei älteren Fahrzeugen die Reparatur einem Vergleich allein nach ihren Kosten mit denen einer Ersatzbeschaffung in aller Regel nicht standhalten würde.

Was das Ausmaß dieses Toleranzbereichs betrifft, so hat es der erkennende Senat wiederholt gebilligt, daß Tatrichter in Ausübung ihres Ermessens nach § 287 I ZPO einen Zuschlag von 30% zugebilligt haben (vgl. Senat, NJW 1972, 1800 = LM § 249 [Gb] BGB Nr. 10; NJW 1985, 2469 = LM § 249 [Gbl] BGB Nr. 24; s. auch Senat, VersR 1985, 865 [866]). In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur ist jedoch umstritten, wie diese Toleranzgrenze zu berechnen ist: nach der einen Meinung sind bei der Vergleichsbetrachtung die (voraussichtlichen) Kosten der

Reparatur und ein etwa verbleibender Minderwert des Fahrzeugs dessen Wiederbeschaffungswert, d.h. den vollen Kosten einer Ersatzbeschaffung, gegenüberzustellen (OLG Hamm, NZV 1991, 351 = DAR 1991, 333 m. w. Nachw.); nach anderer Ansicht ist der Vergleich lediglich mit dem Wiederbeschaffungsaufwand, d. h. dem Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert des beschädigten

Der erkennende Senat brauchte die Streitfrage bislang nicht zu beantworten; sie ist nunmehr zu entscheiden. Dabei schließt sich der Senat der Auffassung an, daß in den Fällen, in denen - wie hier - der Geschädigte wirklich reparieren läßt, bei der Vergleichsbetrachtung auf der Seite der Ersatzbeschaffung eine Kürzung des Wiederbeschaffungswertes um den Restwert im allgemeinen unterbleiben kann. Zwar ist nicht zu verkennen, daß das Gebot der wirtschaftlichen Vernunft den Geschädigten, der vor der Alternative Reparatur oder Ersatzbeschaffung steht, regelmäßig dazu veranlassen wird, bei seiner Entscheidung auch den Restwert des Unfallfahrzeugs in seine Erwägungen einzubeziehen. Ausschlaggebend ist die jeweilige finanzielle Belastung, und diese konkretisiert sich vornehmlich einerseits in den Kosten der Reparatur einschließlich des danach etwa verbleibenden Minderwerts und andererseits in dem Aufwand für eine Ersatzbeschaffung, der sich als Differenz von Wiederbeschaffungswert und Restwert des beschädigten Fahrzeugs darstellt. Die dabei dem Restwert zukommende Bedeutung für eine Verringerung des Wiederbeschaffungsaufwands zwingt nach Auffassung des Senats, jedoch nicht dazu, diesen Wert als selbständigen Rechnungsposten in die Vergleichsbetrachtung einzustellen. Denn der Restwert, jedenfalls soweit er als der vom Geschädigten bei Inzahlunggabe seines Unfallfahrzeugs beim Ersatzwagenkauf bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler erzielbare Preis für diesen Kostenvergleich herangezogen werden kann, ist abhängig von den Reparaturkosten und wird deshalb durch diese bereits mitrepräsentiert: je höher bei festem (weil vom Ausmaß der Beschädigung unabhängigen) Wiederbeschaffungswert die Reparaturkosten sind, desto niedriger ist im Regelfall der Restwert des beschädigten Fahrzeugs und umgekehrt. Solange dieser Restwert nicht zum bloßen Schrottwert absinkt, führen höhere Reparaturkosten wegen eines geringeren Restwerts daher in aller Regel auch zu höheren Wiederbeschaffungskosten, soweit dieser Vergleich nicht durch unterschiedliche Nebenkosten verzerrt wird. Deshalb kann für die Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsgrenze einer Reparatur, weil diese Grenze, wie hier, in zulässiger Weise jeweils durch einen nur gegriffenen prozentualen Zuschlag zu dem Wiederbeschaffungskosten ohnehin nicht rechnerisch exakt festgestellt wird, auch schon in einer entsprechenden Bemessung dieses prozessualen Zuschlages dem Kostenfaktor Restwert mit Rechnung getragen werden. Das läßt es vertretbar erscheinen, bei dem Massenphänomen der Kraftfahrzeugunfälle im Interesse einer einfachen und praktikablen Handhabung der Schadensregulierung auf eine Einstellung des häufig nur schwer zu ermittelnden und mit vielen Unsicherheiten behafteten Restwerts in die Vergleichsrechnung als besonders ausgewiesenen Rechnungsposten zu verzichten und für den prozentualen Zuschlag zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsgrenze einer Reparatur allein auf den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs abzustellen. Dies gilt freilich nur bei tatsächlich durchgeführter Reparatur: denn nur in diesem Fall wird der prozentuale Zuschlag zugunsten der Reparatur, der den Kostenfaktor Restwert mitabdeckt, durch das besondere Integritätsinteresse des Geschädigten gerechtfertigt. Bei bloß fiktiver Reparatur muß es bei der postengenauren Vergleichsrechnung verbleiben, die der Senat in seinem Urteil vom 5. 3. 1985 (NJW 1985, 2469 = LM § 249

[Gb] BGB nr. 24) aufgestellt hat; hiernach ist auf der Seite der Ersatzbeschaffung der Restwert vom Wiederbeschaffungswert abzuziehen.

c) Der Senat ist sich bewußt, daß die Ausklammerung des Restwertes aus dem Kostenvergleich bei unveränderter Beibehaltung eines (vom Kl. hier nicht ausgeschöpften). „Integritätszuschlags“ zu einer Anhebung der Opfergrenze führt, bis zu welcher der Geschädigte sein beschädigtes Fahrzeug auf Kosten des Schädigers reparieren lassen darf. Dieses Ergebnis erscheint aber, abgesehen von der Vereinfachung der Schadensabwicklung, zum besseren Schutz des Integritätsinteresses gerechtfertigt. Denn bei Fahrzeugen mit leichten Unfallschäden und hohem Restwert, die gerade deshalb besonders reparaturwürdig sind, führt ein Abzug des Restwertes vom häufig nicht wesentlich höheren Wiederbeschaffungswert trotz eines auf die Differenz gewährten Zuschlags von 30% nicht selten dazu, daß die Reparaturkosten die 130% - Grenze überschreiten und der Geschädigte deshalb sein Fahrzeug nicht mehr auf Kosten des Schädigers instandsetzen lassen dürfte. Darin läge eine vom Schadensrecht nicht gebotene Interessenverkürzung. Kommt andererseits dem Fahrzeug des Geschädigten nach einem Unfall kein ins Gewicht fallender Restwert mehr zu, so überschreiten nach Ansicht des Senats auch Reparaturkosten bis zu 130% des ungekürzten Wiederbeschaffungswertes in aller Regel noch nicht die Grenze dessen, was dem Schädiger zum Ausgleich des Integritätsinteresses des Geschädigten abverlangt werden kann. Bei der "Integritätsspitze" von 30% ist im übrigen stets zu beachten, daß es sich um keine starre Grenze, sondern um einen Richtwert handelt, der bei den Massenfällen der Kraftfahrzeugschäden in der Regel zu einem gerechten Ergebnis führt, der aber je nach den Besonderheiten des Einzelfalles auch einma über- oder Unterschritten werden kann. (Weber DAR, 1991, 12). Des weiteren ist immer zu bedenken, daß der Vergleich der Re-paraturkosten mit dem Wiederbeschaffungswert seine Aussagekraft für die Berechtigung der Reparatur verlieren kann, wenn die Ausfallzeiten bei Reparatur und bei Wiederbeschaffung in einem krassen Mißverhältnis zu einander stehen mit der Folge, daß die Kosten für einen vom Geschädigten in Anspruch genommenen Mietwagen bei Durchführung der Reparatur bedeutend höher liegen als bei einer Ersatzbeschaffung und im Vergleich der Gesamtkosten beider Wege der Restitution die 130% - Grenze aus diesem Grund nennenswert überschritten wird. Bei solcher Fallgestaltung kann es aus Gründen der Wirtschaftlichkeit geboten sein, den Geschädigten vor allem, wenn die prozentuale Opfergrenze nach der hier zugrundegelegten Bemessung auch ohne den Vergleich dieser Überbrückungskosten schon erreicht ist, wegen der Diskrepanz bei den Mietwagenkosten auf den billigeren Weg der Ersatzbeschaffung zu verweisen. So liegen die Dinge hier aber nicht. Den die vom Kl. für die reparatur angesetzte Zeit von 42 Arbeitstagen stellt sich nach Art des beschädigten Fahrzeugs und ausmaß der Schäden, deren Beseitigungsaufwand den "Integritätszuschlag" bei weitem nicht ausschöpft, gegenüber einer Wiederbeschaffungsfrist von 25 Tagen noch nicht als völlig unverhältnismaßig dar.

2. Nicht rechtsfehlerfrei sind auch die Ausführungen des Berger. zur Höhe der dem Kl. zu erstattenden Mietwagenkosten.

a) Da der Kl., wie ausgeführt sein Fahrzeug auf Kosten der Bekl. instandsetzen lassen durfte, sind ihm unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution grundsätzlich auch die Kosten für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs während der reparaturzeit zu ersetzen. Denn auch solche aufwendungen waren zur Herstellung eines dem früheren wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes erforderlich.

b) Das Berger. hat dem Kl. zur Überbrückung der auf 25 Tage angesetzten Frist für die Wiederbeschaffung eines gleichwertigen Gebrauchtwagens 7679,25 DM zugesprochen. Da der Kl. als Ersatz für seinem materiellen Schaden von den Bekl. insgesamt 122 080 DM verlangt, das Berger. ihm darauf bereits (105 084,71 DM – 7 000 DM =) 98 084,71 DM zu erkannt hat und dem Kl., wie oben ausgeführt, für seinen Fahrzeugschaden weitere (98 396,30 DM – 75 000 DM =) 23 396,30 DM zustehen, verbleibt als offener Rest bis zur Höhe der Klageforderung lediglich noch ein Betrag von (122 080 DM – 98 084,71 DM – 23 396,30 DM =) 598,99 DM. Dieser ist als Kostenaufwand für den vom Kl. angemieteten Mercedes 300 E selbst dann innerhalb von nur zwei Tagen erreicht, wenn man mit dem Berger. die Mietwagenkosten um einen Teilbetrag für ersparte Eigenkosten und ersparten Verschleiß kürzt. Deshalb bedarf es im Streitfall weder einer weiteren Sachaufklärung dahin, ob die vom Kl. den Mietwagenkosten zugrundegelegte Ausfallzeit von 50 Tagen in vollem Umfang gerechtfertigt ist, noch ist die Rechtsfrage zu entscheiden, ob hier ein Abzug für ersparte Eigenkosten und ersparten Verschleiß deshalb zu unterbleiben hat, weil der Kl. ein um zwei Klassen niedrigeres Ersatzfahrzeug mit entsprechend geringeren Kosten angemietet hat. Denn da nach den Feststellungen des Berger. die Reparatur erheblich längere Zeit erfordert hat als die Wiederbeschaffung, ist der noch offene Restbetrag von 598,99 DM dem Kl. in jedem Fall als weiterer Aufwand für den Mietwagen zu ersetzen.
(...)