

payé pour la contenance effective. Mais en déterminant ainsi la somme à restituer, les premiers juges ont perdu de vue que le demandeur, en invoquant en temps utile son erreur, a rendu le contrat caduc et qu'il ne peut répéter que ce dont la défenderesse se trouve enrichie (art. 62 CO). Or, cet enrichissement se mesure indépendamment des fermages stipulés dans le bail invalidé. Ce qu'il faut rechercher, c'est si les parcelles dont le fermier a joui pendant les dix années non atteintes par la prescription avaient objectivement la valeur représentée par la somme que le demandeur en a payée sous forme des fermages fixés dans le contrat qui doit être tenu pour nul et non avenue.

Le demandeur objecte que la nullité du bail n'aurait pas besoin d'être prononcée, et il se prévaut d'un passage de l'ouvrage de v. TUHR (op. cit. I p. 376) où, à propos de l'art. 63 CO, il est dit que l'erreur envisagée par cette disposition «ne rend pas nul l'acte par lequel s'est opérée la prestation». Toutefois cet auteur ne vise par là que la prestation même, mais non le contrat qui est à sa base. Sans doute, le demandeur peut-il répéter l'enrichissement sans attaquer la validité de chacun de ses versements périodiques, mais sa réclamation n'en exige pas moins une action intentée en conformité de l'art. 31 CO et l'invalidation du bail en vertu des art. 23 et 24. La conséquence en est que, pour opérer le règlement entre les parties, on doit déduire du montant des prestations du demandeur (avec intérêts dès le jour de chaque paiement) la valeur effective de la contre-prestation de la défenderesse. Si ce que le solvens a versé dépasse ce que l'accipiens a fourni, la différence constitue pour la Commune un enrichissement sans cause et doit revenir au lésé (cf. RO 39 II p. 238 et sv.).

5. — Le Tribunal cantonal n'a pas déterminé de cette manière la somme due au demandeur, mais on peut se dispenser de lui renvoyer l'affaire, car le dossier fournit les éléments d'appréciation nécessaires.

Il en résulte que le prix de 36 fr. la pose était au-dessous de la normale en 1916, qu'il l'est devenu davantage encore par la suite et qu'actuellement il est normal.

La Commune ne s'est donc pas enrichie aux dépens du demandeur et ne doit rien lui restituer.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours par voie de jonction ; admet le recours principal, et, réformant le jugement attaqué du Tribunal cantonal neuchâtelois, déboute le demandeur de ses conclusions.

#### 24. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Mai 1938 i. S. Lüthi gegen Gärtner.

Schadensberechnung:

Bleibender Verkaufsminderwert eines stark beschädigten Autos, auch wenn nach Vornahme der Reparatur technisch kein Nachteil mehr vorhanden ist.

Kürzung der SUVA-Leistungen wegen groben Selbstverschuldens des Versicherten, KUVG 98; Auswirkungen auf den dem Geschädigten verbleibenden Anspruch gegen den Schädiger.

*Aus dem Tatbestand:*

Der Automobilist Lüthi stiess mit dem Radfahrer Gärtner zusammen. Schuld am Unfall trug zu 80 % der Radfahrer Gärtner, zu 20 % der Automobilist Lüthi. Lüthi belangte den Gärtner auf Bezahlung des am Auto entstandenen Sachschadens, darunter einer Entschädigung für bleibenden Minderwert des Autos. Gärtner, der verletzt worden war und eine Dauerinvalidität von 65 % davongetragen hatte, erhob Widerklage auf Ersatz seines Schadens, soweit dieser nicht durch die Leistungen der SUVA gedeckt war, welche wegen groben Selbstverschuldens des Gärtner die Versicherungsleistungen um 20 % gekürzt hatte.

*Aus den Erwägungen :*

3. — a) Die Experten der Vorinstanz haben einen dauernden Minderwert des Autos infolge der schweren Unfallbeschädigung in der Höhe von Fr. 400.— als begründet erklärt ; wenn auch nach Vornahme der Reparatur technisch kein Nachteil mehr vorhanden sei, so erleide doch jeder Wagen, der Spuren einer schweren Unfallbeschädigung aufweise, einen Verkaufsminderwert, da der Käufer beim Erwerb eines solchen Wagens stets mit heimlichen, unsichtbaren Mängeln rechne.

b) Die Vorinstanz hat einen Minderwert verneint unter Hinweis darauf, dass der Kläger den Wagen nicht verkauft habe, sondern nach dem Unfall noch über 20 000 km damit gefahren sei. Für ihre Auffassung beruft sich die Vorinstanz auf eine in der Schweiz. Juristen-Zeitung Band 33 S. 45 erschienene Abhandlung von BROQUET, *Les réclamations pour chômage et dépréciation des automobiles*.

c) Da hier der Begriff des Schadens in Frage steht, handelt es sich um eine Rechtsfrage, zu deren Überprüfung das Bundesgericht befugt ist.

Die Auffassung der Vorinstanz ist irrtümlich. Ein Schaden ist dann entstanden, wenn das gegenwärtige Vermögen des Geschädigten geringer ist, als es vor Eintritt des schädigenden Ereignisses war. Bei Zerstörung oder Beschädigung einer Sache ist zur Bestimmung des Wertverhältnisses auszugehen vom objektiven oder gemeinen Wert. Das ist der Tauschwert, d. h. die Summe, für welche der Eigentümer die Sache hätte verkaufen können (v. TUHR, OR S. 69, S. 97). Der Schaden ist also nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte die Sache verkauft und dabei die entsprechende Einbusse erleidet ; es steht ihm selbstverständlich auch frei, die minderwertige Sache zu behalten und den Ausgleich zu beanspruchen. Mit der Festsetzung der Experten, dass der Tauschwert des klägerischen Autos nach den Unfallreparaturen um Fr. 400.— geringer

war als vorher und dass diese Minderung ihre Ursache ausschliesslich im Unfallereignis hatte, ist dargetan, dass der Minderwert nicht nur ein ideeller ist, wie die Vorinstanz annimmt, sondern ein höchst reeller. Dass der Kläger dann mit dem Wagen noch 20 000 km gefahren ist, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung.

4. — a) Der Schadenersatzanspruch des Beklagten beläuft sich nach den oben gemachten Ausführungen auf 20 % seines Schadens, da er wegen seines eigenen Verschuldens 80 % an sich zu tragen hat.

b) Der Kläger bemängelt an der Berechnung der Vorinstanz, dass diese vom vollen Schaden des Beklagten nur die effektiven Leistungen der SUVA abgezogen hat, statt zu diesen noch den Abzug von 20 % hinzuzuzählen, um den die SUVA ihre Leistungen wegen des groben Selbstverschuldens des Beklagten gekürzt hat.

c) Wie dieser Abzug bei der Auseinandersetzung zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger zu behandeln ist, hängt vom Umfang der Subrogation zu Gunsten der SUVA gemäss Art. 100 KUVG ab.

Das Bundesgericht hat zu dieser Frage in seinem grundsätzlichen Entscheid BGE 58 II S. 232 Stellung genommen. Nach Aufstellung des Grundsatzes, dass der Subrogation nur die identischen Schadensposten unterliegen und zwar nur soweit sie versichert sind, wird dort weiter ausgeführt : « Die Schadensberechnung wird durch die vorliegende Lösung — gegenüber der frühern — nicht etwa komplizierter. Der versicherte Teil des Schadens wird stets den tatsächlichen Leistungen der Anstalt entsprechen. Eine Ausnahme bildet nur der Fall, wo die Anstalt einen Abzug wegen grober Fahrlässigkeit gemäss Art. 98 Abs. 3 gemacht hat. Dann ist dieser Abzug zu den tatsächlichen Leistungen einfach hinzuzuzählen. »

Danach wäre also die Frage des Mitverschuldens, soweit der von der SUVA zu deckende Maximalbetrag (80 % des Lohnausfalles infolge vorübergehender, 70 % des Lohnausfalles infolge dauernder Invalidität) in Betracht

fällt, abschliessend entschieden und könnte vom Geschädigten im Prozess gegen den Schädiger überhaupt nicht mehr aufgeworfen werden. Es würde ihm die Legitimation hiezu fehlen. Gegenstand seines Ersatzanspruches gegen den Schädiger könnte unter allen Umständen nur der die gesetzlichen Maximalleistungen der SUVA übersteigende Schaden sein. Käme der Richter im Prozess gegen den Schädiger zum Schlusse, dass den Geschädigten ein geringeres Mitverschulden treffe, als die SUVA angenommen hatte, so hätte dies zur Folge, dass der Geschädigte, wenn er es mit dem Schädiger allein zu tun hätte, mehr erhielte, als er infolge der Zweiteilung des Anspruchs in einen versicherten und einen nichtversicherten Teil bekommt. Diejenige Quote des versicherten Teiles, die dem von der SUVA angenommenen grösseren Prozentsatz des Verschuldens entspräche, hätte der Geschädigte eingebüsst, und der Schädiger wäre im gleichen Masse entlastet, da der Regressanspruch der SUVA durch ihre tatsächlichen, auf Grund eines zu hoch bewerteten Verschuldens berechneten Leistungen an den Geschädigten begrenzt wäre.

Es könnte sich daher fragen, ob nicht ein Abweichen von dem in BGE 58 II S. 232 aufgestellten Grundsatz geboten sei in dem Sinne, dass der Geschädigte den von der SUVA wegen groben Selbstverschuldens abgezogenen Teil ebenfalls einklagen und die Frage der Grösse des Mitverschuldens erneut aufwerfen könnte. Diese Frage kann jedoch im vorliegenden Fall offen bleiben, da die erste Voraussetzung, nämlich eine für den Geschädigten günstigere Beurteilung der Verschuldensfrage, nicht erfüllt ist: Während die SUVA nur einen Abzug von 20 % gemacht hat, ist das Mitverschulden des Geschädigten auf 80 % zu veranschlagen. Unter diesen Umständen ist das Resultat aber dasselbe, ob man nach dem in BGE 58 II S. 232 aufgestellten Grundsatz verfährt, oder ob man eine Ueberprüfung der Verschuldensfrage auch hinsichtlich des von der SUVA vorgenommenen Abzuges zulassen will. Denn auch im letzteren Falle darf nicht etwa so gerechnet

werden, wie die Vorinstanz es getan hat, dass kurzerhand von der ganzen Differenz zwischen der tatsächlichen Leistung der SUVA und dem vollen Schaden ausgegangen und hievon der Abzug für Mitverschulden gemacht wird. Ein derartiges Vorgehen würde dem Geschädigten gestatten, einen Teil des in berechtigter Weise, ja sogar in zu geringem Masse, vorgenommenen Abzuges wegen Selbstverschuldens an den Versicherungsleistungen auf den Schädiger abzuwälzen. Dieses absurde Ergebnis zeigt allein schon die Unhaltbarkeit dieser Berechnungsweise. Vielmehr wäre auch bei Neuaufrollung der Verschuldensfrage im erwähnten Sinn zwischen dem versicherten und dem unversicherten Teil des Einkommens zu unterscheiden, und nur, wenn die SUVA-Leistungen geringer wären als der nach Massgabe des vom Richter angenommenen Mitverschuldens berechnete, auf den versicherten Teil entfallende Schadenersatzanspruch des Geschädigten, könnte dieser vom Schädiger die Differenz fordern. Wäre der Anspruch aber gleich gross oder grösser, was bei gleicher oder milderer Bewertung des Mitverschuldens des Geschädigten durch die SUVA immer der Fall sein wird, so hätte er unter diesem Gesichtspunkt auch vom Schädiger nichts mehr zu fordern, sondern sein Anspruch würde sich auf den nicht versicherten Teil beschränken. Auf diese Weise wird nicht nur die oben erwähnte unzulässige teilweise Abwälzung eines berechtigten Abzuges an den Versicherungsleistungen auf den Schädiger vermieden, sondern dieser wäre auch dagegen geschützt, dass er direkt an den Geschädigten und auf dem Regressweg an die SUVA zusammen mehr bezahlen müsste, als wenn er es mit dem Geschädigten allein zu tun hätte.