

di loro possono sussistere. In questo ordine di idee il convenuto ha preteso che il 5 settembre 1912, al momento della firma dell'effetto, il debitore Banchini, presente ed annuente il Vice-direttore dell'attrice, avesse dichiarato non trattarsi che di una pura formalità voluta dai regolamenti della Spar- und Leihkasse, il debito essendo largamente coperto dai pegni. Ma di questa allegazione (che, se provata, non sarebbe indifferente, avvegnacchè, se l'attrice avesse veramente indotto il convenuto alla firma di avallo garantendogli la sufficienza dei pegni, difficile sarebbe svincolarla dalla responsabilità dell'art. 509), il convenuto non ha nemmeno tentata la prova: cadono quindi senz'altro le illazioni che esso ha inteso dedurne.

2. Esclusa l'applicazione dell'art. 509 CO sostanzialmente per il motivo che l'avallante non è fideiussore dell'avallato ma, con esso, debitore solidale del creditore cambiario, chiedesi se la tesi del convenuto non possa trovare conforto nell'art. 149 CO. A prima vista sembrerebbe sussistere qualche analogia tra il caso in esame e quello in cui il creditore abbia dimesso un codebitore solidale, *che ha costituito dei pegni*, dal suo obbligo (art. 149 al. 2): collo svincolo di questo debitore cadranno, anche di fronte ai codebitori, le garanzie reali da esso prestate (OSER, oss. 2 all'art. 149): ma l'analogia è meramente apparente. In realtà altro è dimettere un debitore dal suo obbligo, rinunciando, con atto positivo, ai pegni da esso costituiti, altro il diminuire le garanzie esistenti per omissione o negligenza: l'un caso e l'altro sono previsti da disposti speciali di legge (art. 149 e 509 CO), che non possono venir interpretati estensivamente nè applicati sussidiariamente.

26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. März 1918
i. S. Mosimann gegen Tanner.

Art. 52 OR. Begriff der berechtigten Notwehr und der sog. Putativnotwehr. Schadenersatz. Rektifikationsvorbehalt nach Art. 46 Abs. 2 OR.

A. — Der Kläger Mosimann, der die Käserei auf der Mutten zu Signau leitet, nahm jeweilen die Milch in Empfang, die ihm der Beklagte Tanner als Knecht des Christian Neuenschwander brachte. Am 24. September 1916, als der Beklagte vor der Käserei mit einem Mädchen sprach, bevor er die Milch dem Kläger übergab, rief ihm dieser, ungeduldig über die Verzögerung der Milchabgabe, zu: « Chum Gödel du Möff. » Es entstand infolgedessen ein Wortwechsel zwischen den beiden. Einige Tage nachher, am 28. September, reizte die Ehefrau des Klägers den Beklagten, indem sie ihm u. a. vorhielt, dass seine Grosseltern von ihrem Vater unterstützt worden seien. Schon am folgenden Tage erneuerte sie ihre Sticheleien, als der Beklagte abends in die Käserei kam; sie sagte ihm u. a., « er gebe nicht die Füeteri zu ihrem Manne ». Infolgedessen ballte der Beklagte im Zorn die Faust gegen sie. Dies veranlasste den Kläger, ihn am Kragen zu packen und von hinten zu umfassen. Die beiden Männer rangen mit einander, da sich der Beklagte gegen die Umklammerung wehrte. Der Hüttenknecht Baur, von der Ehefrau des Klägers zu Hilfe gerufen, trennte die Streitenden und beförderte den Beklagten zur Türe hinaus und über die davor liegende Treppe hinunter. Der Beklagte Tanner leistete dabei keinen ernstlichen Widerstand, ergriff aber, nachdem ihn Baur losgelassen hatte, ein grosses, scharfkantiges, buchenes Scheit und versetzte damit dem Kläger einen Schlag auf den Kopf. Dieser war ihm und Baur nachgefolgt und stand gerade auf der obersten Treppenstufe, als er den Schlag erhielt. Er erlitt eine Verletzung und eine Gehirnerschütterung, die für ihn

nach dem im Prozesse eingeholten Gutachten voraussichtlich eine dauernde Verminderung der Arbeitsfähigkeit um 10 % zur Folge hat.

B. — Infolgedessen reichte Mosimann gegen Tanner Strafanzeige ein und machte adhäsionsweise Schadenersatzansprüche geltend. Das Amtsgericht von Signau erklärte den Tanner schuldig der Misshandlung des Klägers, begangen mit einem gefährlichen Instrument, welche Misshandlung für den Verletzten einen bleibenden Nachteil zur Folge hatte, zu welcher aber der Täter durch eine ihm zugefügte Misshandlung augenblicklich hingegrissen wurde, und verurteilte ihn zu einer Entschädigung an den Kläger von 2040 Fr., sowie zu einer Parteientschädigung von 230 Fr. Dabei behielt es den Parteien das Recht vor, binnen zwei Jahren nach Art. 46 Abs. 2 OR die Abänderung des Urteils zu verlangen. Die Staatskosten von 446 Fr. 60 Cts. wurden dem Beklagten auferlegt. Infolge der von diesem erklärten Appellation hat die erste Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern am 14. Januar 1918 den Beklagten von der Anklage wegen Körperverletzung freigesprochen und — in Ziff. 3 ihres Urteils — die Zivilklage abgewiesen. Die Untersuchungs- und Gerichtskosten wurden dem Staate auferlegt.

C. — Gegen dieses ihm am 13. Februar 1918 zugestellte Urteil hat der Kläger am 21. Februar unter Beilegung einer begründenden Rechtschrift die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, der Beklagte sei zu verurteilen, ihm 2040 Fr. zu bezahlen und es sei in Beziehung auf die Entschädigung ein Rektifikationsvorbehalt nach Art. 46 Abs. 2 OR zu machen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Handlung des Tanner als solche ist zweifellos eine widerrechtliche zu Schadenersatz verpflichtende. Seine Schadenersatzpflicht fällt nur weg, wenn er nach Art. 52 OR in berechtigter Notwehr einen Angriff abge-

wehrt hat. Ausserdem könnte ihn der Richter von der Ersatzpflicht nach Art. 44 OR entbinden, sofern Umstände, für die der Kläger einstehen muss, auf die Entstehung des Schadens eingewirkt haben. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann nun nicht angenommen werden, dass der Beklagte, als er den Kläger mit dem Scheit schlug, in berechtigter Notwehr gehandelt habe. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Schlag in Ausübung der Verteidigung erfolgt wäre, die erforderlich war, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Klägers abzuwenden (vergl. OSER, Komm. Art. 52 N. III). Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war aber zur Zeit, als der Beklagte mit dem Scheit zum Schlage ausholte, kein Angriff gegen ihn im Gange. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Schlag die Verteidigung gegen einen gemeinsamen rechtswidrigen Angriff des Klägers und des Baur gebildet habe, indem zuerst der Kläger gegen den Beklagten vorgegangen und sodann von Baur unterstützt worden sei, oder dass doch der Beklagte die Sachlage so habe auffassen können. Allein sie gibt selbst zu, dass die in Frage stehende Tätigkeit Baur's beendet war, als der Beklagte zum Schlag mit dem Scheite ausholte. Zudem lässt sich das Hinausbefördern des Beklagten aus der Hütte schwerlich als rechtswidriger Angriff betrachten, da Baur damit lediglich bezweckte, die Streitenden von einander zu trennen. Der Beklagte hat denn auch selbst die Handlung Baur's in diesem Sinne aufgefasst und sich, wie die Vorinstanz feststellt, dagegen nicht ernsthaft gewehrt. Andererseits kann in der Tätigkeit des Klägers, der dem Baur und Tanner zur Hütte hinaus nachfolgte, nicht die Vorbereitung oder der Beginn eines neuen oder die Fortsetzung eines bisherigen Angriffs gefunden werden; es ist nicht bewiesen, dass der Kläger irgend eine Bewegung gemacht oder eine besondere Haltung eingenommen habe, die in diesem Sinne gedeutet werden könnte. Infolgedessen ist auch nicht anzunehmen, dass der Beklagte im kritischen Zeitpunkt geglaubt habe, es

sei ein Angriff gegen ihn im Gange. Die Vorinstanz hat selbst festgestellt, dass er « subjektiv ein weiteres Eindringen seitens des Baur auf ihn nicht mehr habe befürchten müssen ». Die in der Bundesgerichtsinstanz aufgestellte Behauptung des Beklagten, er habe sich zunächst gegen Baur wehren wollen und dabei, weil dieser ausgewichen sei, den Kläger getroffen, steht mit seinen eigenen Aussagen in der Strafuntersuchung im Widerspruch und könnte übrigens nach Art. 80 OG nicht mehr berücksichtigt werden. Wenn dem Beklagten sodann auch eine lange Überlegung nicht zuzumuten war, so musste er sich doch klar darüber sein, dass der Kläger ebenfalls keine Anstalten mehr traf, um ihm zu Leibe zu gehen. Die Annahme der Vorinstanz, es sei « durchaus nicht unwahrscheinlich, dass bei dem Angeschuldigten die Vorstellung Platz gegriffen hat, er solle von einem seiner Angreifer in die — neben der Tür stehende — Käsmilchbütte geworfen werden », ist keine für das Bundesgericht verbindliche tatsächliche Feststellung. Sie ist aber auch unerheblich, weil die blossе Vorstellung von der Möglichkeit eines Angriffs zu der Annahme nicht genügt, dass die in Frage stehende Person in sog. Putativnotwehr gehandelt habe. Es muss bei dem Täter der feste Glaube vorliegen, dass der angebliche Angriff schon im Gange sei oder wenigstens unmittelbar bevorstehe. Dafür, dass der Beklagte diesen Glauben gehabt habe, liegt nichts vor; die blossе Tatsache, dass Baur einmal jemanden in die Käsmilchbütte geworfen hat, kann nicht zu diesem Schlusse führen.

2. — Liegt somit berechnete Notwehr nicht vor und konnte auch der Beklagte nicht glauben, in Notwehr zu handeln, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet. Sein Verschulden ist insofern schwer, als er mit einem schweren buchenen Scheit nach dem Kopfe des Klägers hieb und sich der Gefährlichkeit dieses Tuns bewusst sein musste. Allerdings liegt auch ein erhebliches Mitverschulden des Klägers vor, indem Umstände, für die er einzustehen hat,

auf die Entstehung des Schadens eingewirkt haben. Der Beklagte war durch unмотivierte Sticheleien der Ehefrau des Klägers mehrmals gereizt worden. Es war daher entschuldbar, dass er am fraglichen Abend gegen sie die Faust ballte, und der Angriff des Klägers gegen ihn, der in der Folge zu dem verhängnisvollen Schlag führte, war ein widerrechtlicher. Immerhin ist das Verschulden des Klägers nicht besonders schwer, weil er den Beklagten nicht durchprügeln oder an seinem Körper verletzen wollte. Eine vollständige Befreiung von der Ersatzpflicht im Sinne des Art. 44 OR kann daher nicht in Frage kommen, sondern bloss eine Ermässigung.

Bei der Berechnung des Schadens ist von einem Jahreseinkommen von 4000 Fr. auszugehen, so dass die jährliche Erwerbseinbusse nach dem ärztlichen Gutachten 400 Fr. beträgt. Wie die erste Instanz ausgeführt hat, ist dem Kläger hiefür eine Kapitalabfindung zuzusprechen. Das Amtsgericht hat, da der Kläger zur Zeit der Verletzung 43 Jahre alt war, das für eine Jahresrente von 400 Fr. erforderliche Kapital auf 6800 Fr. berechnet und hievon wegen seines Mitverschuldens, sowie mit Rücksicht auf den Vorteil der Kapitalabfindung 4800 Fr. abgezogen. Es sprach daher dem Kläger für bleibende Erwerbseinbusse 2000 Fr. zu. Dieser Betrag von 2000 Fr. ist als angemessener Ersatz zu betrachten. Der Kläger ist seit dem Jahre 1901 bei der Käseereigesellschaft Mutten angestellt und hat seine Stelle zu ihrer Zufriedenheit versehen. Es ist ihm infolge der teilweisen Arbeitsunfähigkeit kein Lohnabzug gemacht worden, und er wird voraussichtlich auch fernerhin seine Stelle mit dem gleichen Lohn behalten. Wenn, wie die Experten festgestellt haben, beim Kläger in der Folgezeit sehr leicht Kopfschmerzen, Schwindel, Gedächtnisschwäche, grosse körperliche und geistige Ermüdbarkeit eintreten werden, so kann dies offenbar erst später eine nachteilige Wirkung auf seinen Erwerb ausüben. Deshalb ist in dieser Beziehung mit der ersten Instanz im Sinne des Art. 46 Abs. 2 OR die Ab-

änderung des Urteils binnen zwei Jahren vorzubehalten, da die Folgen der Verletzung nach dem Gutachten nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können.

Zu dem Betrage von 2000 Fr. kommen sodann noch 40 Fr. für die Heilungskosten, die dem Kläger vom Beklagten zu ersetzen sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Beklagte unter Aufhebung von Ziffer 3 des Urteils der ersten Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 14. Januar 1918 verurteilt, dem Kläger 2040 Fr. zu bezahlen.

2. Die Abänderung dieses Urteils binnen zwei Jahren wird im Sinne des Art. 46 Abs. 2 OR vorbehalten.

27. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 19 avril 1918
dans la cause **Perrelet**
contre **Banque cantonale neuchâteloise.**

Opérations de bourse exécutées à l'étranger. Droit applicable
Novation résultant de reconnaissance du solde de compte-courant. Exception de jeu. Exception de contre-partie.

A. — De 1909 à 1913 Bernard Perrelet a fait exécuter par la Banque cantonale neuchâteloise un grand nombre d'opérations d'achat et de vente de titres. Il avait à la Banque deux comptes séparés, dénommés, l'un, compte-nantissement, l'autre, compte-courant. A la suite des opérations traitées, le compte-nantissement soldait, au 31 décembre 1913, par 119 739 fr. 35 au débit de Perrelet ; il a été renouvelé pour 90 000 fr., le solde de 29 739 fr. 35 étant porté au compte-courant ordinaire, qui s'est élevé de ce fait à 31 537 fr. 40. Le 25 mars 1914, Perrelet a signé la reconnaissance suivante : « L'extrait de mon compte-courant auprès de la Banque cantonale neuchâteloise

arrêté au 31 décembre 1913 a été vérifié, reconnu exact et le solde de 31 537 fr. 40, que je reconnais devoir, reporté à mon débit à nouveau de conformité. »

Se fondant sur cette reconnaissance la Banque a fait notifier à Perrelet un commandement de payer pour la dite somme de 31 537 fr. 40 et a obtenu le 4 novembre 1914 la main-levée de l'opposition faite par le débiteur.

Perrelet a alors ouvert la présente action en libération de dette dans laquelle il a conclu à ce qu'il plaise au tribunal :

1^o annuler la poursuite intentée par la Banque ;

2^o prononcer qu'il n'est débiteur sur son compte-courant ordinaire que de 1797 fr. 95 ;

3^o prononcer que c'est sans droit que la Banque lui réclame la somme de 29 739 fr. virée du compte-nantissement ;

(les conclusions 4 et 5 ne sont plus en cause, Perrelet ayant déclaré dans son acte de recours les retirer).

A l'appui de ces conclusions il fait valoir l'exception de jeu, le moyen tiré de contre-partie, le moyen pris de la violation de l'art. 10 de la loi du 26 février 1907 sur la Banque cantonale neuchâteloise, et enfin il invoque l'art. 177 al. 2 CCS.

La Banque a conclu à libération. Elle soulève une contre-exception tirée du fait de la reconnaissance du compte par le demandeur et conteste au fond les moyens invoqués.

Après enquête et expertise le Tribunal cantonal neuchâtelois a, par jugement du 17 octobre 1917, écarté les conclusions résumées ci-dessus, sous réserve d'une somme de 30 fr. pour laquelle l'action en libération de dette est justifiée.

Le demandeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant les conclusions précitées.

Considérant en droit :

1. — L'instance cantonale a fait application du droit fédéral et c'est bien ce droit qui est en effet applicable.