

## BGE 44 II 145

Bundesgericht (BGE), 1918-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_44\\_II\\_145](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_44_II_145)

FR: ATF 44 II 145

IT: DTF 44 II 145

### Volltext

14. ObUptloneam:ht. N- 2(. V~rwaltttng die Pflicht hatte, sieh solcherBörsenaufträge, sei es flIr' Rechnung der Kasse,; sei es fÜT' Rechnung vbn Xlt'l'den. m'entbalten. Deshalb ist mit ReCht'eine-PfHch,t- ...erlefiitng a:lIgenommen'worden ; die MitgliCM'ler der Ver-waltUhg. wurden der A.-G. gegenf.!berIIäch 'der, BMiin- mung des Art. 673 OR haftbar. ADein daraUs fotgtnoch nicht, da!IS die A.-G. berechtigt war. die Verbindlichkeit dieser in ihrem Namen abgeschlossenen R~htsgesehäfte Dritten gegenüber abzulehnen. Voraussetzung hiefür War, dass der Dritte sich nicht in gutem Glauben befand, dass die Verwaltung vertretungsbefugt sei. Der gute Glaube ist aber zu vermuten. Die Beklagte trägt daher die Beweis- last dafür, dass die Organe der Klägerin von dem Mangel der Vertretungsbefugnis Kenntnis hatten, oder nach den Umständen hätten haben sollen. E!ne solche Kenntnis ist jedoch nicht bewiesen. Direktor Ammann gab zwar als Zeuge zu, die Statuten der Kasse seien der Klägerin bekannt gewesen. Allein aus den Statuten mnste diese nicht die Gewissheit entnehmen, dass die Verwaltung nicht vertretungsbefugt sei. Die Expertise stellt fest, dass solche Anstalten durchgängig sich auch mit derartigen Börsenaufträgen .befassen. Der Zeugenbeweis hat ergeben, dass der Verwalter der Kasse die Organe der Klägerin in dem Glauben liess, dass es sich um Aufträge für fremde Rechnung handle ; und,,die Organe der Kl~gerin durften wohl davon ausgehen, dass die Kasse die Aufträge nicht ohne genügende Deckung 'seitens der Kunden werde' erteilt haben. Demnach erkennt das Bundesgericht: Die Berufung wird begründet ~rklärt und damit, in Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 7. September 1917, die Klage gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Februar 1916 wiederhergestellt. ObliIaionenrecht. N° 25. 14,5 25. Dalla .. tena 10 U'I'O 1111 UUa na alioDe ciwt nella causa Spar- A Lelhtasat In Bema, contro Alfonto 1!aD.chi in Lugano. Salvo pattuizio-..e elpiC'" 0 taeita tra le parti, l'avallante non e fldejussOl'e den' avallato a sensi deU' art. 509 CO. - Inapplieabilita di queste tfilpostO e dell' art. 149 cap. 1, CO. L'attrice Spar & \ Leihkalse in Berna ha discontato nel settembre 1912 un p&ghero di 30,000 fr. a firma di Adeo- dato Banchini in Lugano, ehe il convenuto Alfonso Bian- chi aveva sottoscritto per avallo. A garanzia di questo debito Banchini aveva inoltre dato in pegno alla Banca un credito di 10,000 fr. che professava verso i suoi fra- telli. 11 debitore principale Banchini essendo caduto in falli- mento, l'attrice chiese il pagamento del residuo importo dell'effetto (26,000fr.), ehe intanto era stato prolungato piil volte e ogni volta munita dalla firma del convenuto «per avallo., a quest'ultimo, il quale vi si rifiutò per la somma di 10,000 fr. A sostegno di ehe egli asseriva che l'attrice aveva omesso di notificare l'avvenuta costi- tuzione in pegno di detto credito ai terzi debitori, i quali l'avevano soluto direttamente nelle mani del creditore originario e Banchini : aver pertanto l'attrice diminuito a pregiudizio del convenuto le garanzie assistenti origina- riamente l'effetto : donde la responsabilita dell'attrice a stregua dell'art. 509 CO. Trat1;andosi di decidere dell'applicabilita. di questo dis- posto e di quella dell'art. 149 cap. 1 CO. il Tribunale

federale l'escluse per i seguenti motivi: 1. La disciplina giuridica dell'avallo e delle piil controverse e grande e il dissidio specialmente sulla questione, se l'avallo crei solo obbligo accessorio e di sussidio a quello dell'avallato; sia dunque, in essenza, una fideiussione, quantunque, per certi lati, di natura cambiaria, oppure dia vita ad una obbligazione per se stante, indipendente, cumulativa e solidale, la quale pertanto potra essere valida, sibbene invalida sia per motivi di nullita materiale (ad. es. incapacita o falso), non soltanto alcuna obbligazione cambiaria precedente, ma pur quella che coll'avallo si vuol garantire. La prima opinione prevale nella dottrina e nella giurisprudenza francese ed anche in quella italiana (droit commercial, 2a ed. vol. IV N° 250; VIDARI, diritto commerciale vol. 7 N° 3959 pag. 397 e seg.): la seconda nel diritto tedesco (vedi STAUB, commentario della legge germanica sulla cambiale, 88 ed. osserv. 15 all'art. 81 e le sentenze egli autori citati in quel capitolo). Per quanto concerne il CO, decisivo e il tenore dell'art. 808, il quale, come e noto, e una riproduzione testuale dei § 81 della legge germanica sulla cambiale (deutsche Wechselordnung del 5 giugno 1869, riformata colla novella del 30 maggio 1908). Quest'articolo dispone che « sono obbligati in via cambiaria tutti coloro che abbiano aggiunto alla propria firma alla cambiale, alla copia, all'originale o alla girata, sebbene si siano indovati soltanto come fideiussori (per avallo) ». Di fronte a questo testo, che non ammette, sembra, diversa interpretazione, e difficile il sostenere che, secondo il diritto svizzero, l'avallo altro non sia che una fideiussione: se il rigore cambiario colpisce anche chi abbia solo sottoscritto come fideiussore, ciò significa che il CO intende, per principio, equiparare l'avallante ad ogni altro obbligato in via cambiaria, traente, accettante, girante ecc: come ognuno di essi, l'avallante assume quindi, non una obbligazione accessoria o una fideiussione degli altri obbligati cambiari, ma una obbligazione propria, cumulativa e solidale: onde che, per principio, l'avallante non potra invocare le eccezioni che, come quelle dell'art. 509 CO, stanno di conforto al solo fideiussore. Questa interpretazione trova sostegno anche nella Obligationenrecht. N° 25. 147 considerazione che nel diritto moderno cambiario tende a prevalere il principio posto dall'art. 808. Infatti l'art. 31 della convenzione internazionale dell'Aja sul diritto cambiario del 29 giugno 1912 dichiara che l'avallante « e obbligato nello stesso modo in cui e tenuto colui per il quale ha prestato garanzia » e (capov. 2 dell'art. 31), (! che la sua obbligazione e valida anche se invalido sia l'obbligo dell'avallato, salvo si tratti di nullità formale &: la convenzione ammette quindi che l'avallante non e fideiussore, ma obbligato solidale e cumulativo. , Invano l'istanza cantonale fa caso in contrario all'art. 809 CO, secondo il quale le azioni di regresso verso l'avallato o i fideiussori di colui che ha firmato per avallo sono regolate dalle disposizioni concernenti la fideiussione. L'argomento non regge, e appare senz'altro errato qualora si consideri che il disposto suddetto non concerne che le azioni di regresso, onde sembrerebbe piu consona con retta interpretazione delle leggi l'argomento « e contrario »: se la legge in un caso specialmente determinato (cioe per le azioni di regresso) assimila l'avallante al fideiussore, ciò significa che di regola e per principio essa non lo considera tale. E, inverosimilmente, il disposto dell'art. 809 ha una portata affatto speciale: esso non mira se non a sciogliere l'antica controversia, diversamente risolta nelle diverse legislazioni, se il rapporto giuridico dell'avallante che ha pagato sia, di fronte all'avallato ed eventuali avallanti, di indole cambiaria oppure da regolarsi secondo le norme della fideiussione. L'art. 809 intende rispondere a questa sola questione. Esso ha dunque una portata affatto limitata e non e lecito dedurre da esso delle conseguenze generali sulla natura giuridica dell'avallo. Non intendesi sostenere con ciò che in nessun caso il rapporto tra il creditore cambiario e

l'avallante non possa soggiacere alle norme che reggono la fideiussione di diritto civile. La natura giuridica del rapporto fra l'avallante ed il creditore cambiario e anzitutto regolata dalla loro volontà e cioè dalle speciali pattuizioni che fra 148 ObUgaUonenrecht. Ne 25. 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, avveglia che, se l'attrice avesse veramente indotto il convenuto a fare la firma di avallo garantendogli la sufficienza dei pegni, difficile sarebbe svineolarla dalla responsabilità dell'art. 509), il convenuto non ha nemmeno tentata l'approva: edono quindi senz'altro le illusioni che esso ha inteso dedurre. 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 se potrebbe 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 a l. 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, col fatto 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 né applicati sussidiariamente.

Obliptionenrecht. N- 26. 26. Orteil dar I. Zi 11a. bteilung vom 27. Kirz 1918 i. S. Kosima. nn gegen Tanner. 149 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. u., « er gebe nicht die Fütterer 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