

Verwaltung die Pflicht hatte, sich solcher Börsenaufträge, sei es für Rechnung der Kasse, sei es für Rechnung von Kunden, zu enthalten. Deshalb ist mit Recht eine Pflichtverletzung angenommen worden; die Mitglieder der Verwaltung wurden der A.-G. gegenüber nach der Bestimmung des Art. 673 OR haftbar. Allein daraus folgt noch nicht, dass die A.-G. berechtigt war, die Verbindlichkeit dieser in ihrem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte 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 Beweislast dafür, dass die Organe der Klägerin von dem Mangel der Vertretungsbefugnis Kenntnis hatten, oder nach den Umständen hätten haben sollen. Eine 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 musste 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 Klägerin 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 erklärt 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.

25. Dalla sentenza 20 marzo 1918 della II^a sezione civile
nella causa Spar- & Leihkasse in Berna
contro Alfonso Bianchi in Lugano.

Salvo pattuizione espressa o tacita tra le parti, l'avallante non è fidejussore dell'avallato a sensi dell'art. 509 CO. — Inapplicabilità di questo disposto e dell'art. 149 cap. 1 CO.

L'attrice Spar & Leihkasse in Berna ha scontato nel settembre 1912 un pagherò di 30,000 fr. a firma di Adeo-dato Banchini in Lugano, che il convenuto Alfonso Bianchi 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 fratelli.

Il debitore principale Banchini essendo caduto in fallimento, l'attrice chiese il pagamento del residuo importo dell'effetto (26,000 fr.), che intanto era stato prolungato più 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 che egli asseriva che l'attrice aveva ommesso di notificare l'avvenuta costituzione 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 originariamente l'effetto: donde la responsabilità dell'attrice a stregua dell'art. 509 CO.

Trattandosi di decidere dell'applicabilità di questo disposto e di quella dell'art. 149 cap. 1 CO, il Tribunale federale l'escluse per i seguenti motivi:

1. La disciplina giuridica dell'avallo è delle più controverse e grande è 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 cam-

biaria, oppure dia vita ad una obbligazione per sè stante, indipendente, cumulativa e solidale, la quale pertanto potrà essere valida, sibbene invalida sia per motivi di nullità *materiale* (ad. es. incapacità 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*, 8ª ed. osserv. 15 all'art. 81 e le sentenze e gli autori citati in quel capitolo). Per quanto concerne il CO, decisivo è il tenore dell'art. 808, il quale, come è noto, è una riproduzione testuale del § 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 » la propria firma alla cambiale, alla copia, all'accettazione od alla girata, *sebbene* si siano indicati *soltanto* » come *fideiussori* (per avallo) ».

Di fronte a questo testo, che non ammette, sembra, diversa interpretazione, è 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 è che, per principio, l'avallante non potrà invocare le eccezioni che, come quelle dell'art. 509 CO, stanno di conforto al solo fideiussore.

Questa interpretazione trova sostegno anche nella

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 luglio 1912 dichiara che l'avallante « è obbligato nello stesso modo in cui è tenuto colui per il quale ha prestato garanzia » e (capov. 2 dell'art. 31), « che la sua obbligazione è valida anche se invalido sia l'obbligo dell'avallato, salvo si tratti di nullità *formale* »: la convenzione ammette quindi che l'avallante non è fideiussore, ma obbligato solidale e cumulativo.

Invano l'istanza cantonale fa capo in contrario all'art. 809 CO, secondo il quale le azioni di regresso verso l'avallato o cofideiussori 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 più consentaneo con retta interpretazione delle leggi l'argomento « e contrario »: se la legge in un caso specialmente determinato (cioè per le azioni di regresso) assimila l'avallante al fideiussore, ciò significa che di regola e per principio essa non lo considera tale. E, invero, 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 coavallanti, 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 è lecito dedurre da esso delle conseguenze *generalì* 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 è anzitutto regolata dalla loro volontà e cioè dalle speciali pattuizioni che fra

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