

inconcevable que Pochon eût consenti à payer 5000 fr. pour obtenir des représentations rapportant 1200 à 1500 fr. par an et valant, au dire de l'expert, 1000 à 1200 fr. au maximum.

De ce qui précède, il résulte que Jörin a été amené à contracter par le dol de Pochon et qu'en conséquence il n'était pas lié par son engagement (art. 24 CO.).

6. — Dans sa plaidoierie devant le Tribunal fédéral, l'avocat du recourant a soutenu que Jörin ne serait plus recevable à se prévaloir du dol et que la convention du 14 août 1893 devrait être tenue pour ratifiée en conformité de l'art. 28 CO. Mais cette exception est tardive et ne peut être examinée. C'est une réplique opposée au moyen de nullité tiré du dol; elle aurait dû être présentée devant les instances cantonales, afin que la cause fût instruite à cet égard. Le recourant ne saurait être admis à la faire valoir seulement dans l'instance actuelle.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 26 juin 1897, confirmé quant au fond et quant aux dépens.

228. Urteil vom 15. Oktober 1897 in Sachen
Hupfer gegen John.

A. Durch Urteil vom 25. Juni 1897 hat das Obergericht des Kantons Aargau über den Rekursantrag :

1. A. John, Polizeisoldat, von Eiken, in Rheinfelden, sei in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Körperverletzung, begangen am 25. Mai 1896, abends, in Groß-Laufenburg, zum Nachtheile des Hermann Hupfer, Musketier beim 7. Bad. Inf.-Regiment Nr. 142, von Niederhof, schuldig zu erklären, und gemäß §§ 128 ff. des peinlichen Strafgesetzes in Verbindung

mit § 1 des Ergänzungsgesetzes betreffend die Strafrechtspflege vom 7. Juli 1886 angemessen zu bestrafen;

2. derselbe sei zur Entrichtung einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Entschädigung samt Schmerzensgeld an Hermann Hupfer im Betrage von mindestens 2100 Fr. zu verurteilen, erkannt :

Der Anzeiger ist mit seinem Rekurse abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat Fürsprech Zeeleder in Bern namens des H. Hupfer und im Auftrage der Kaiserlich deutschen Regierung rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag: Der Berufungsbeklagte John sei in Abänderung des angefochtenen Urteils zur Entrichtung einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Entschädigung samt Schmerzensgeld im Betrage von mindestens 2100 Fr. an den Berufungskläger Hupfer zu verurteilen.

C. Der Berufungsbeklagte trägt in seiner Antwortschrift auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 25. Mai 1896, abends circa 9 $\frac{1}{2}$ Uhr, verließ der damals im 7. badischen Inf.-Regiment Nr. 142 im Dienste sich befindende heutige Kläger Hupfer in Uniform und mit Seitengewehr die Wirtschaft zum Pfauen in Groß-Laufenburg in Begleit einiger Civilisten. Da die Leute auf der Straße lärmten, wies der gegenwärtige Beklagte, Polizeisoldat John in Laufenburg, sie zur Ruhe, worauf jedoch einer der Begleiter des Hupfer in frecher Weise antwortete, so daß John sich veranlaßt sah, diesen Begleiter auf den Polizeiposten zu führen. Dies duldeten die andern nicht, sondern sie stürzten sich, einschließlic des Hupfer, auf John; die Civilisten schlugen mit Schirmen und Stöcken auf ihn los, Hupfer aber zog sein Seitengewehr. John erhielt nach ärztlichem Gutachten eine kleine, oberflächliche Wunde an der linken Stirnseite, und eine ebensolche Hautabschürfung etwas weiter unten, sowie eine leichte Wunde am Halse; Dienstunfähigkeit hat keine dieser Wunden verursacht. Die Angreifer standen von ihrem Angriff erst ab, als Fabrikarbeiter Hürzeler dem John zur Hilfe eilte. Sie ergriffen die Flucht gegen die Rheinbrücke hin. Nun zog John seinen Revolver, verfolgte die Flüchtlinge,

um die Persönlichkeit des einen oder andern festzustellen, und feuerte alsbald drei Schüsse ab, wovon der letzte, in der Nähe der Rheinbrücke abgegebene, den Hupfer in den Hals traf; laut ärztlicher Feststellung drang das Geschloß von hinten, circa 8 Cm. von der Mittellinie entfernt, circa $3\frac{1}{2}$ Cm. unterhalb des Ohr-läppchens, in den Hals ein, und vorne hinaus; edlere Teile wurden nicht verletzt. Hupfer kam am 27. Mai ins Lazareth, und wurde am 15. Juni 1896 als geheilt und dienstfähig entlassen. Die nähern Verumständungen bei der Verwundung des Hupfer sind, weil streitig, erst in den nachfolgenden Erwägungen dargestellt.

2. Gestützt auf diesen Thatbestand, insbesondere auf die tatsächliche Feststellung: „daß Hupfer am 25. Mai 1896, abends zwischen 9 und 10 Uhr auf der Ortsstraße in Groß-Lausenburg in der Schweiz in einer und derselben Handlung den Schweizer Polizeisoldaten John, einen zur Vollstreckung von Anordnungen der Verwaltungsbehörden berufenen Beamten, während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes in Gemeinschaft mit verschiedenen nicht ermittelten Civilpersonen thätlich angriff und ihn durch Schläge mit der flachen Klinge des Seitengewehrs vorsätzlich körperlich verletzte,“ verurteilte das kommandierte Kriegsgericht vom 7. bad. Inf.-Regiment Nr. 142 nach durchgeführter Untersuchung durch Urteil vom 4. Juli 1896 (vom Großherzog von Baden bestätigt am 11. Juli 1896) den Hupfer wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt und gefährlicher Körperverletzung in Anwendung der §§ 4 Ziff. 3, 113, 223, 223 a und 73 des R.-St.-G.-B. zu zwei Monaten Gefängnis.

3. Andererseits stellte nun unterm 14. November 1896 Hupfer bei den aargauischen Behörden durch Vermittlung der Deutschen Gesandtschaft in Bern gegen John Strafantrag wegen Körperverletzung. Der Angeklagte gab zu, den Schuß vorsätzlich abgegeben und auch gezielt zu haben; er nahm der Strafflage gegenüber den Standpunkt der Notwehr ein, indem er den Sachverhalt bei der Verwundung des Hupfer so darstellte: Als er, John, den Fliehenden gefolgt sei, habe sich Hupfer noch einmal umgewandt und nochmals das Seitengewehr zum Schläge gegen ihn erhoben; in diesem Momente habe er den Schuß ab-

gegeben. Das Bezirksgericht Lausenburg teilte diesen Standpunkt, wobei es insbesondere noch ausführte, der Angeklagte sei gemäß der Instruktion für das aargauische Polizeikorps Art. XV zum Gebrauche der Waffe befugt gewesen, und sprach deshalb den Angeklagten frei. Das Obergericht geht in seinem sub Fakt. A mitgetheilten Urteile nicht so weit, Notwehr anzunehmen, dagegen führt es aus, der Angeklagte habe sich im Momente, als er den Schuß abgegeben, „sicherlich in einer so großen Aufregung“ befunden, „daß er thätlich nicht mehr wußte, was er that“; er habe also das Maß notwendiger Verteidigung unter Einwirkung von Überraschung oder Furcht, im Zustande gestörter Besonnenheit überschritten und sei daher gemäß § 48 St.-G.-B. straflos. Die erst vor Obergericht gestellte Entschädigungsforderung wies das Gericht ab einerseits, weil ein „wirklicher“ Schaden nicht nachgewiesen worden sei, andererseits, weil Hupfer den Angeklagten zum Gebrauch der Waffe provoziert habe und der Angeklagte daher nach Art. 51 Abs. 2 D.-R. von der Ersakpflicht zu entbinden sei.

4. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes ist dasselbe zur Beurteilung von im Adhäsionsverfahren ergangenen Civilurteilen — die übrigen Erfordernisse seiner Zuständigkeit vorausgesetzt — kompetent, und es muß deshalb auf die vorliegende Berufung eingetreten werden. Dabei hat das Gericht einerseits die Frage der strafrechtlichen Schuld in keiner Weise zu prüfen, andererseits ist es nach den den Art. 50 ff. zu Grunde liegenden Prinzipien in der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen dieser Gesetzesstellen zutreffen, durchaus frei, und nach Art. 59 eod. insbesondere nicht durch eine Freisprechung durch das Strafgericht wegen Notwehr gebunden.

5. Fragt es sich nun zunächst, ob in der Handlung des Beklagten, auf welche die Klage gestützt wird, eine Widerrechtlichkeit liege, so ließen sich in casu für Verneinung dieser Frage zwei Gründe denken: die Verletzung des Klägers durch den Beklagten könnte nicht widerrechtlich sein, entweder, weil der Beklagte in Ausübung seiner Polizeigewalt sich rechtmäßig seiner Waffe bedient hat, oder weil er sich in Notwehr befand. Daß der erstere Ausschließungsgrund der Widerrechtlichkeit zutrefte, kann nicht

behauptet werden und wird auch vom Obergerichte nicht angenommen. Nach Art. XV der hier in Betracht kommenden „Instruktion für das aargauische Polizeikorps,“ die übrigens ohne Datum ist und von der nicht feststeht, ob sie Gesetzeskraft besitzt, ist der Polizeisoldat zum Gebrauch der Waffen berechtigt:

- „a. Bei thätlichem Widerstand eines zu Verhaftenden;
- b. Zur Verteidigung seiner Person;
- c. Zum Schutze der ihm anvertrauten Personen und Sachen;
- d. Bei der Entweichung eines gemeingefährlichen Gefangenen oder bedeutenden Verbrechers....“

Daß keiner der Fälle sub c und d vorliegt, ist ohne weiteres klar. Ob litt. b zutrefte, fällt mit der Frage zusammen, ob Notwehr vorgelegen, und wird daher sogleich beantwortet. Daß endlich litt. a ausgeschlossen ist, geht schon daraus hervor, daß der Beklagte selber nicht behauptet, er habe gerade den Kläger verhaften wollen. Aber auch Notwehr liegt nicht vor. Die erste Instanz hatte hinsichtlich des Herganges bei der Verletzung des Klägers die Darstellung des Beklagten als richtig anerkannt. Das Obergericht dagegen spricht dies nicht aus, sondern läßt die Richtigkeit dieser Darstellung dahingestellt, indem es dieselbe lediglich als nicht von vornherein unmöglich oder unglaubwürdig bezeichnet; es enthält überhaupt das obergerichtliche Urteil in dieser Beziehung eine bestimmte Feststellung des Sachverhaltes nicht, so daß das Bundesgericht den Thatbestand auf Grund der Akten selbst feststellen muß. Nun leidet die Darstellung des Beklagten schon an innerer Unwahrscheinlichkeit, denn es ist kaum anzunehmen, daß der Kläger, nachdem er sich einmal, von seinem bösen Gewissen und vielleicht auch von der Angst, verwundet zu werden, da der Beklagte schon zwei Schüsse abgegeben hatte, getrieben, zur Flucht gesetzt hatte, und so rasch wie möglich dem Bereiche des schweiz. Polizeisoldaten zu entinnen bestrebt war, sich noch einmal gegen den Beklagten umgewandt, ja ihn noch einmal thätlich angegriffen habe. Diese Darstellung wird sodann vollends widerlegt durch die ganz glaubwürdigen Aussagen der Zeugen Hürzeler und Urz, und es gelangt das Bundesgericht bezüglich des Thatbestandes bei der Abgabe des Schusses auf Grund seiner eigenen Beweiswürdigung zu denselben Ergebnissen,

wie das deutsche Kriegsgericht, das in Sachen geurteilt hat; danach hat aber der Beklagte den Schuß etwa 10—12 Schritte hinter dem Kläger abgegeben, in einem Momente, als dieser unaufhaltsam floh, und von „Notwehr“ kann keine Rede sein, gleichviel, welchen Begriff der Notwehr (einen kantonalrechtlichen, denjenigen der eidg. Strafgesetzgebung oder einen allgemein wissenschaftlichen?) man der Bestimmung des Art. 56 D.-R. zu Grunde legt.

6. Ist sonach — da andere Ausschließungsgründe der Widerrechtlichkeit von vornherein nicht in Frage kommen — das eine Moment der Schadenersatzpflicht des Beklagten gegeben, so kommt auf der andern Seite — da das weitere Moment des Verschuldens des Beklagten und des Kausalzusammenhanges der eingetretenen Verletzung mit diesem Verschulden zu keinem Zweifel Anlaß gibt — das Verhalten des Klägers in Betracht, indem nach Art. 51 Abs. 2 D.-R. der Richter dann, wenn auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen ist, die Ersatzpflicht nach Verhältnis ermäßigen oder gänzlich von derselben entbinden kann. Daß vorliegend diese Gesetzesstelle zur Anwendung kommt, kann gar keinem Zweifel unterliegen, indem die Provokation des Beklagten durch den Kläger erwiesen ist. Fraglich kann nur sein, ob durch diese Provokation die Ersatzpflicht des Beklagten ganz oder nur teilweise aufgehoben werde, und zur Beantwortung dieser Frage ist das Maß der beidseitigen Schuld zu prüfen. Hier fällt nun allerdings zu Gunsten des Beklagten in Betracht, daß er bei Ausübung seiner Amtsgewalt von einer ganzen Rote junger Leute, darunter von einem Soldaten, der von der blanken Waffe Gebrauch machte, angegriffen wurde; hätte er in jenem Momente den Kläger verwundet, so wäre die Widerrechtlichkeit zweifellos ausgeschlossen. Allein nachdem einmal die Angreifer sich zur Flucht gesetzt hatten, durfte der Beklagte nicht mehr mit der Schußwaffe gegen sie vorgehen. Es ist ja wohl erklärlich, daß er durch den unmittelbar vorangegangenen schänden thätlichen Angriff, die Verhöhnung und Mißhandlung, die er dabei zu erdulden gehabt hatte, den Schimpf, der seiner Uniform angethan worden war, in heftige Aufregung hat geraten müssen. Allein soweit durfte er sich durch Aufwallungen der Rache und des

Zorns nicht hinreißten lassen, daß er, und zwar, wie er ausdrücklich zugibt, im vollen Bewußtsein der möglicherweise todbringenden Folge seines Thuns, auf einen Fliehenden einen Schuß abfeuerte, der diesen lebensgefährlich verletzen konnte. Indem er sich hiezu hinreißen ließ, hat er es in hohem Maße an derjenigen Selbstbeherrschung und Kaltblütigkeit fehlen lassen, die Jedermann, ganz besonders aber einem zum Hüter der öffentlichen Ordnung bestellten Polizeimann zuzumuten ist, der täglich und stündlich bei Ausübung seiner Funktionen Reibereien zu ertragen hat und der sich der ernststen Verantwortlichkeit für den Gebrauch der ihm anvertrauten Waffe voll bewußt sein muß. Wenn also auch zweifellos der Kläger dadurch, daß er sich an dem thätlichen Angriffe auf den in Ausübung seines Amtes befindlichen Polizeisoldaten unter Gebrauch seines Seitengewehres beteiligte, ein schweres Verschulden begangen und damit den Beklagten auf's heftigste gereizt hat, so würde dadurch die Verantwortlichkeit des Beklagten für schädigende Folgen seiner That wohl in hohem Maße gemindert, nicht aber völlig aufgehoben.

7. Hätte der Kläger also einen materiellen Schaden im Sinne des hier zur Anwendung kommenden Art. 53 Abs. 1 O.-R. geltend gemacht und nachgewiesen, so wäre ihm derselbe nach dem Gesagten vom Beklagten teilweise zu ersetzen. Allein nun erhebt der Kläger einen solchen Anspruch gar nicht; er behauptet weder infolge der Verletzung arbeitsunfähig und daher ökonomisch geschädigt worden zu sein, noch Heilungskosten gehabt zu haben; der einzige materielle Schaden, den er ersetzt verlangt, sind die Anwaltskosten, und nun ist klar, daß diese nicht zu den in Art. 53 Abs. 1 leg. cit. aufgezählten „Kosten“ gehören; sie qualifizieren sich nicht als materieller Nachteil, für welchen eine spezielle Entschädigung verlangt werden kann, sondern erwachsen als Accessorium eines jeden Prozesses und sind in jedem Prozesse nach Lage der Sache dem Obliegenden vom Unterliegenden zu ersetzen. Fraglich bleibt somit, — da für eine Anwendbarkeit des Art. 53 Abs. 2 O.-R. in casu von vornherein kein Raum ist, — nur, ob dem Kläger nicht aus Art. 54 O.-R. ein Schmerzensgeld zuzusprechen sei. Allein dies ist zu verneinen. Es mag dahingestellt bleiben, ob in den Fällen der Provokation, des

Mitverschuldens des Geschädigten, Zuspreehung eines Schmerzensgeldes überhaupt statthaft sei. Denn auch wenn dies zu bejahen sein sollte, so ist in casu jedenfalls auf Zahlung eines Schmerzensgeldes nicht zu erkennen. Nach Art. 54 O.-R. kann der Richter ein solches bezw. eine über den Ersatz erweislichen Schadens hinausgehende angemessene Geldsumme unter Würdigung der besondern Umstände, namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit zusprechen. Nun liegen aber im vorliegenden Falle die Umstände jedenfalls nicht so, daß von dieser dem Richter eingeräumten Befugnis Gebrauch zu machen wäre. Denn einmal war objektiv die Verwundung des Klägers nach den ärztlichen Zeugnissen eine geringfügige, nur subcutane; sodann ist, wenn schon Strafmilderungs- oder -minderungsgründe nicht angenommen werden, doch auch im kriegsgerichtlichen Urteil zu Gunsten des heutigen Klägers berücksichtigt, daß ihm für seine That durch seine Verwundung bereits eine Züchtigung zu Teil geworden sei; endlich hat er durch eigene rechtswidrige und schuldhafte Handlung den Beklagten schwer gereizt.

Angeichts all' dieser Umstände stände es mit den Gesetzen der Gerechtigkeit und Billigkeit nicht im Einklang, den Beklagten zu einer Schmerzensgeldzahlung an den Kläger, den ersten Angreifer, zu verurteilen, und es ist daher die Klage abzuweisen. Dabei rechtfertigt es sich jedoch ohne weiteres, dem Beklagten für die bundesgerichtliche Instanz keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 22. Juni 1897 in allen Teilen bestätigt.