

route cantonale. Le Tribunal fédéral peut se dispenser d'examiner si et dans quelle mesure l'intimé pourrait demander réparation d'un dommage qui serait la conséquence de cet état de choses. Il lui suffit de constater que, contrairement à ce qu'a admis la Cour d'appel, on ne saurait, dans le principe même admettre la responsabilité de la commune de Moutier.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour déterminer, du point de vue de l'art. 58 CO, l'étendue d'un ouvrage, c'est à-dire les choses et installations qu'il comprend, il faut en considérer la destination et juger, par conséquent, du point de vue des circonstances de fait. Il s'ensuit qu'un ouvrage, en ce sens, peut comprendre des parties qui sont la propriété de tiers ; tel sera le cas lorsque le défaut que présentent ces parties et le risque qu'elles créent sont inhérents à la destination de l'ouvrage considéré (RO 59 II 176).

Dans la présente espèce, la route sur laquelle circulait l'intimé lors de l'accident est une route cantonale, dont le canton est propriétaire (art. 1 al. 2 et 6 ch. 1 de la loi bernoise sur la construction et l'entretien des routes), tandis que la borne d'hydrant que l'intimé a heurtée est propriété de la commune de Moutier. Cette borne, cependant, ne présentait pas de défauts, du point de vue de sa destination propre, qui est principalement de fournir de l'eau pour combattre l'incendie. Le danger qu'elle créait et le défaut qu'elle pouvait présenter n'existaient que du point de vue de la circulation sur la route. Il ne pourrait donc, dans la réalité des choses, s'agir — le cas échéant — que d'un défaut de la route elle-même. Seul, par conséquent, le propriétaire de la route pourrait éventuellement en répondre de par l'art. 58 CO. Il incombait à ce propriétaire de veiller à la sécurité de la circulation et d'exiger, au besoin et moyennant indemnité, la modification ou la suppression d'ouvrages voisins pouvant la compromettre. La loi bernoise sur l'entretien des routes du 23 octobre 1934 prévoit expressément ce devoir (art. 39), désigne les orga-

nes de l'Etat chargés de cette tâche (art. 5) et leur donne les pouvoirs nécessaires (art. 66). L'art. 3 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la signalisation routière du 17 octobre 1932 soumet l'apposition de signaux à l'approbation des autorités cantonales.

Le propriétaire riverain ne saurait donc encourir une responsabilité, parce qu'il a laissé subsister un état de choses que le propriétaire de la route n'a, lui-même, pas critiqué. Cela d'autant moins lorsque, comme ici, l'état dangereux n'a été créé que par l'élargissement de la route. Cette transformation postérieure à l'installation de la borne d'hydrant ne saurait augmenter la responsabilité du propriétaire de celle-ci.

Le juge cantonal invoque à tort l'arrêt publié au RO 26 II 837, où l'on avait affaire à un poteau placé sur la route même sans autorisation du propriétaire et en violation des dispositions légales.

L'action de Marcel Ogi, admise par la Cour cantonale sur la base de l'art. 58 CO, doit donc être rejetée.

2. — Elle ne saurait être admise en vertu de l'art. 41 CO, le demandeur n'ayant établi aucun acte illicite à la charge de la commune défenderesse.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral :

Admet le recours, annule l'arrêt attaqué et déboute le demandeur de toutes ses conclusions.

13. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. März 1953 i. S. Haerry & Co. A.-G. gegen Stadler.

Wechselbürgschaft, Bürgschaft, Gesetzesumgehung.
Die Eingehung einer Wechselbürgschaft durch eine verheiratete Person an Stelle einer gewöhnlichen Bürgschaft bedeutet keine unzulässige Umgehung des für letztere geltenden Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten. Art. 494, 1020 ff. OR, Art. 2 ZGB.

Aval, cautionnement, fraude à la loi.

La personne mariée qui donne un aval au lieu de s'engager par un cautionnement ordinaire n'éluide pas de façon illicite les dispositions légales exigeant le consentement du conjoint de la caution. Art. 494, 1020 et suiv. CO, art. 2 CC.

Avallo, fideiussione, elusione della legge.

La persona coniugata che avalla una cambiale invece di obbligarsi mediante un'ordinaria fideiussione non elude in modo illecito le disposizioni legali che esigono per la validità della fideiussione il consenso dell'altro coniuge. Art. 494, 1020 e seg. CO, art. 2 CC.

Aus dem Tatbestand :

Der Kläger Städler unterzeichnete als Wechselbürge einen Eigenwechsel über Fr. 8300.—, den eine Frau Schaub der Beklagten, Inkassogesellschaft Hærry & Co. A.G., ausstellte. Da die Gläubigerin nach Fälligkeit des Wechsels von der Ausstellerin keine volle Bezahlung erlangen konnte, ging sie für den Restbetrag von rund Fr. 5000.— gegen den Wechselbürgen vor. Dieser erhob Aberkennungsklage mit der Begründung, die von ihm geleistete Wechselbürgschaft sei ungültig, da sie lediglich zur Umgehung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten zu einer gewöhnlichen Bürgschaft gewählt worden sei.

Bezirksgericht und Obergericht Zürich bejahten das Vorliegen einer unzulässigen Gesetzesumgehung. Das Bundesgericht entscheidet gegenteilig.

Aus den Erwägungen :

1. — Wie beide Instanzen zutreffend angenommen haben und auch die Berufungsbeklagte anerkennt, finden die Vorschriften über das ordentliche Bürgschaftsrecht auf die Wechselbürgschaft keine Anwendung (BGE 44 II 145 ; ARMINJON et CARRY, La Lettre de change et le billet à ordre, S. 302 f. ; OSER/SCHÖNENBERGER OR Art. 492 N. 69). Denn bei der Wechselbürgschaft handelt es sich nicht um eine bloss akzessorische Verpflichtung, wie dies bei der Bürgschaft nach Art. 492 ff. OR der Fall ist, sondern sie stellt eine selbständige Wechselverpflichtung dar. Damit fällt auch die nach Art. 494 OR bei der gewöhnlichen

Bürgschaft notwendige Zustimmung des andern Ehegatten für die Wechselbürgschaft ausser Betracht. Dieses bei der Revision des Bürgschaftsrechts eingeführte Erfordernis wurde nicht auf die Wechselbürgschaft ausgedehnt. Zwar hat das einheitliche Wechselrecht des Genfer Abkommens vom 7. Juni 1930 die Bestimmung der Wechselfähigkeit, d.h. der persönlichen Fähigkeit, Wechselverbindlichkeiten einzugehen, den einzelnen Ländern überlassen (vgl. HUPKA, Das einheitliche Wechselrecht der Genfer Verträge, S. 236 ff ; ferner Prot. Komm. Nat. Rat. zu den Genfer Abkommen vom 25. April 1932, S. 6 Art. 970 ; Nachtragsbotschaft des Bundesrates vom 12 Februar 1932, BBl. 1932 I S. 219). Unter diese spezifische Verpflichtungsfähigkeit fällt auch die Eingehung einer Wechselbürgschaft, weil das Aval eine wechsellässige Verpflichtung begründet. Das einheitliche Wechselrecht hätte es somit gestattet, eine Beschränkung der Fähigkeit zur Eingehung von Wechselbürgschaften vorzusehen in dem Sinne, dass hiefür die Zustimmung des andern Ehegatten notwendig sei. Dies ist jedoch unterblieben (Prot. Komm. Nat. Rat 1932 zu den Genfer Abkommen, a.a.O. sub. Wechselfähigkeit ; Botschaft des Bundesrates vom 21 Februar 1928 S. 115). Darüber bestand denn auch anlässlich der Revision des Bürgschaftsrechtes kein Zweifel (Bericht und Vorentwurf der Justizabteilung vom Juni 1937, S. 20, 28 ; Botschaft vom 20. Dezember 1939 S. 24 f.). Der Vorschlag auf Einführung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten wurde von den Gegnern gerade mit dem Hinweis darauf bekämpft, dass eine solche Lösung den angestrebten Zweck des Familienschutzes nicht erreiche, sondern lediglich eine Abwanderung von der Bürgschaft zur Unterzeichnung von Wechselverpflichtungen zur Folge haben werde, für die eine solche Zustimmung nicht notwendig sei (Sten. Bull. NR 1940 S. 68 Spalte I, S. 675 Sp. I, S. 684, 686, 687 Spalte II/688 ; StR 1940 S. 240. Spalte I, S. 244 Spalte II unten). Die Befürworter des Vorschlags anerkannten ebenfalls, dass für die Wechselbürgschaft eine Zustimmung nicht erforderlich

sei, schätzten aber die Gefahr eines Ausweichens nach dieser Seite hin wegen der Abneigung des Volkes gegen die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten als gering ein (Sten. Bull. NR 1940 S. 70 Spalte II, S. 681 Spalte II, 683 Spalte I; StR 1940 S. 253 Spalte I, S. 299 Spalte II/300, S. 402 Spalte I).

Die zur Beurteilung stehende Wechselbürgschaft des Berufungsbeklagten bedurfte demnach als solche zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Ehefrau nicht.

2. — Die streitige Wechselbürgschaft war auch nicht etwa simuliert, in der Weise, dass in Wirklichkeit eine bloss einfache Bürgschaft gewollt gewesen wäre. Es bestand nicht Einigkeit der Parteien darüber, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht gelten, sondern nur Dritten gegenüber den Schein eines Rechtsgeschäftes erwecken sollten. Gemäss Feststellung der Vorinstanz war vielmehr der Wille der Parteien auf die Eingehung einer selbständigen wechselrechtlichen Verpflichtung des Berufungsbeklagten gerichtet, weil die Form der gewöhnlichen Bürgschaft wegen der damit verbundenen Formalitäten (öffentliche Beurkundung, Zustimmung der Ehefrau) nicht genehm war.

3. — Da die gewählte Form der Wechselbürgschaft dem Willen der Parteien entsprach, geht der Berufungsbeklagte fehl, wenn er die Anwendbarkeit des Erfordernisses der Zustimmung der Ehefrau auf den vorliegenden Fall damit begründen will, dass nach BGE 37 II 186 und 39 II 774 die Eingehung von Verpflichtungen, welche sich materiell als Bürgschaften darstellen, in der Form des Garantievertrages unzulässig sei. Denn in den genannten Fällen waren die zu beurteilenden Geschäfte ihrem Inhalte nach, d.h. materiell, Bürgschaften, nicht davon begrifflich zu unterscheidende Garantieverträge. Im heutigen Fall aber kann die rechtliche Subsumtion nicht zweifelhaft sein; es handelt sich um ein Aval, also unstreitig um eine Wechselverpflichtung, nicht um eine Bürgschaft nach Art. 492 ff. OR.

4. — Es kann sich somit nur fragen, ob ein agere in fraudem legis vorliege, weil sich die Parteien nicht der

gewöhnlichen Bürgschaftsform, sondern derjenigen der Wechselbürgschaft bedient haben.

a) Bei der Entscheidung dieser Frage ist zunächst hervorzuheben, dass grundsätzlich in der Wahl einer von mehreren Rechtsformen, die das Gesetz zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckes zur Verfügung stellt, keine unzulässige Gesetzesumgehung erblickt werden kann. Von einer solchen kann vielmehr erst dann gesprochen werden, wenn mit der Wahl eines bestimmten Mittels ein verbotener Erfolg herbeigeführt werden soll. Ist der angestrebte Erfolg verboten, handelt es sich mit andern Worten bei der umgangenen Vorschrift um ein sogenanntes Zielverbot, so sind auch alle andern Mittel zur Erreichung dieses Zieles unzulässig, und es ist daher auch dem an Stelle des verbotenen Rechtsgeschäfts gewählten die rechtliche Gültigkeit zu versagen.

Will dagegen eine Vorschrift nur eine bestimmte Art und Weise des Vorgehens regeln, ohne den angestrebten Erfolg als solchen zu verbieten, so bedeutet die Wahl eines andern Mittels, durch das sich der gleiche oder ein angenäherter wirtschaftlicher Zweck ebenfalls erreichen lässt, keine unzulässige Umgehung. Die in Frage stehende «umgangene» Vorschrift stellt in diesem Fall nicht ein Ziel-, sondern lediglich ein sogenanntes Wegverbot auf (vgl. hiezu EGGER, N. 38 ff. zu Art. 2 ZGB; von TUHR/SIEGWART OR § 31 IV; MADAY, Die sogenannte Gesetzesumgehung, S. 66 ff.; RGZ 100 S. 212). So ist es z.B. im Grundstücksverkehr gestattet, durch blosser Uebertragung sämtlicher Aktien einer Immobilien-A.G. nach aktienrechtlichen Grundsätzen (Uebergabe der Titel, Indossament oder Abtretungserklärung, Art. 967, 684 ff. OR), ohne öffentliche Beurkundung die Wirkungen der Eigentumsübertragung an Grundbesitz, namentlich die rechtliche und tatsächliche Verfügungsgewalt darüber, zu erzielen (BGE 45 II 34; nicht veröffentlichtes Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1947 i.S. Spörri c. J.G. Nef & Co.). Denn derartige Rechtsgeschäfte zu untersagen, bildet nicht den Zweck

des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung; die erzielte Wirkung ist nicht an sich vom Gesetz verpönt, sondern es soll nur ein bestimmter, zu ihr führender Weg reglementiert werden. Dagegen wäre der Rechtsschutz zu versagen, wenn auf diesem Wege z.B. das Verbot der Ueberschreitung von Höchstpreisen im Grundstücksverkehr oder Verkaufsbedingungen bei öffentlich subventionierten Bauten umgangen werden sollten.

Für die Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle die Wahl eines Mittels an Stelle eines andern eine unzulässige Gesetzesumgehung darstelle, ist deshalb zunächst abzuklären, ob der « umgangenen » Vorschrift die Bedeutung eines Ziel- oder eines Wegverbotes zukomme.

b) Im vorliegenden Falle kommt es massgebend darauf an, welcher dieser beiden Vorschriftsarten OR Art. 494 zuzurechnen sei. Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, dass das im Bürgschaftsrecht aufgestellte Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten seinem Wesen nach eine bestimmte Beschränkung der Handlungsfähigkeit Verheirateter, d.h. ihrer speziellen Geschäftsfähigkeit zur Eingehung von Bürgschaften, darstellt (STAUFFER, Revision des Bürgschaftsrechts, in ZSR 54 (1935), S. 24 a ff.; OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. zu Art. 492 - 512 OR, N. 34). Einen andern Sinn hat es nach seiner rechtlichen Ausgestaltung und Stellung im Gesetz zunächst nicht. Derartige Einschränkungen dürfen weder ausdehnend ausgelegt, noch analog angewendet werden.

Im weiteren ist zu beachten, dass der Bürgschaftsvertrag gemäss Art. 492 ff. OR nur einen Ausschnitt aus dem weiten Rahmen der Sicherungsgeschäfte darstellt. Neben ihm kommen eine ganze Anzahl anderer Rechtsformen in Betracht, wie die Pfandbestellung, der Garantievertrag, das Aval. Den Parteien eines Sicherungsgeschäftes steht grundsätzlich frei, für welche dieser verschiedenen vom Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsformen sie sich entscheiden wollen. Insbesondere haben sie die freie Wahl zwischen der Form des gewöhnlichen Bürgschaftsvertrages

und der Wechselbürgschaft. Ein gesetzliches Gebot, sich in bestimmten Fällen der einen statt der andern Vertrags- bzw. Verpflichtungsart zu bedienen, besteht nicht, und daher auch keinerlei Verbot der einen gegenüber der andern Rechtsform. Zu einer Einschränkung der Wahlmöglichkeit bestand für den schweizerischen Gesetzgeber umso weniger Anlass, als sein Privatrecht die scharfe Scheidung anderer Rechte in ein eigentliches Zivilrecht im engern Sinn und ein besonderes Handelsrecht nicht kennt. So bedienen sich in der schweizerischen Geschäftspraxis von jeher Kaufleute ebensogut der gewöhnlichen (zivilrechtlichen) Bürgschaft, als Nichtkaufleute des (« handelsrechtlichen ») Avals. Dabei sind die Gepflogenheiten in den einzelnen Gegenden der Schweiz sehr verschieden. Umso grösser wären die Schwierigkeiten gewesen, die Bürgschaftsgeschäfte als unerfahren geltender Personen von den andern zu trennen und für sie die Verwendung des Avals zu untersagen. Auch deswegen wäre eine weitere Beschränkung der Handlungsfähigkeit verheirateter Personen nach dieser Richtung hin nur beim unzuweideutigen Nachweis einer dahinzielenden Absicht des Gezetzes anzunehmen. Hieran fehlt es aber.

Dass der schweizerische Gesetzgeber ein generelles oder auf bestimmte Kategorien von Geschäften beschränktes Verbot der Eingehung von Wechselbürgschaften durch Verheiratete hätte aufstellen wollen, ist nirgends ersichtlich. Vielmehr ergibt sich aus den Materialien, wie bereits dargelegt wurde, das Gegenteil. Die Frage der Wechselbürgschaft wurde wohl einlässlich diskutiert, aber eine Ausdehnung des Zustimmungserfordernisses von Art. 494 OR auf sie nicht in Betracht gezogen. Man beschränkte sich darauf, die Eingehung übereilter gewöhnlicher, obligationenrechtlicher Bürgschaften durch Verheiratete zu erschweren durch die Aufstellung der Vorschrift, dass die Zustimmung des andern Ehegatten notwendig sei. Es wurde somit nicht allgemein die Gültigkeit von Interzessionsgeschäften Verheirateter von der Zustimmung des andern

Ehegatten abhängig gemacht, sondern dieses Erfordernis nur für den gewöhnlichen Bürgschaftsvertrag aufgestellt. Daraus erhellt, dass es sich bei der Vorschrift des Art. 494 OR nicht um ein Verbot eines bestimmten Ergebnisses (Interzession durch Verheiratete ganz allgemein), also nicht um ein sogenanntes Ziel- oder Erfolgsverbot, sondern lediglich um ein sogenanntes Wegverbot, um die Reglementierung eines bestimmten Weges durch die Aufstellung erschwerter Formerfordernisse, handelt. Eine Erschwerung jeder Art von Interzession Verheirateter durch Ausdehnung der Formerschwerung insbesondere auch auf die Wechselbürgschaft wurde bewusst und absichtlich unterlassen im Interesse der uneingeschränkten Erhaltung eines im Handel wichtigen, bei der grossen Mehrzahl der Banken sehr verbreiteten, insgesamt hohe Beträge erreichenden Kredit- und Zahlungsmittels.

Die Vorinstanz verkennt den Charakter der Vorschrift von Art. 494 OR als blossen Wegverbots, wenn sie erklärt, der Schutzzweck des neuen Bürgschaftsrechtes würde vereitelt, wenn Parteien, die wirtschaftlich betrachtet gewöhnliche Bürgschaftszwecke verfolgen, dafür die Form des Avals wählen dürften. Sie unterlegt damit der Vorschrift einen zu weit gefassten Zweck und betrachtet die Sache so, als ob der Gesetzgeber jede derartige Interzession Verheirateter hätte erschweren wollen, nicht nur diejenige auf dem Wege der Eingehung von Bürgschaften nach Art. 492 ff. OR.

Stellt die Vorschrift von Art. 494 OR danach ein blosses Wegverbot dar, so kann in der Wahl eines andern Weges zur Erreichung des an sich nicht verbotenen Sicherungszweckes keine unzulässige Gesetzesumgehung erblickt werden. Die grundsätzlich freie Wahl der Rechtsform wurde durch die Aufstellung von Art. 494 OR nicht beeinträchtigt.

14. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Januar 1953 i.S. Zivnostenska Banka (Prag) gegen Wismeyer.

1. *Parteifähigkeit* einer verstaatlichten (tschechoslowakischen) Bank : a) beurteilt sich nach dem ausländischen Recht. b) Frage der Verletzung des schweizerischen *ordre public*.
 2. Ob eine ausländische Norm als *öffentlichrechtlich* oder *privatrechtlich* zu betrachten sei, beurteilt sich, ohne Rücksicht auf die Qualifikation im ausländischen Recht, nach schweizerischem Recht und unterliegt daher der Berufung.
 3. Vertrag betr. Aktienübertragung ist *privatrechtlicher* Natur, auch wenn unter Kontrahierungszwang zufolge öffentlichrechtlichen Aktes zustandegekommen.
1. Une banque (tchécoslovaque) nationalisée est-elle *capable d'être partie au procès* ? a) Cette question doit être résolue par application du droit étranger. b) Question de la violation de l'ordre public suisse.
 2. C'est selon le droit suisse qu'il faut juger si une règle juridique étrangère doit être considérée comme relevant du *droit public* ou du *droit privé*, quelle que soit sa qualification en droit étranger ; cette question peut donc faire l'objet d'un recours en réforme.
 3. Un contrat concernant un transfert d'actions est de *droit privé*, même s'il a été conclu en vertu d'une obligation de contracter instituée par le droit public.
1. Una banca (cecoslovacca) nazionalizzata ha veste per essere parte in un processo ? a) Detta questione dev'essere decisa in base al diritto straniero. b) Questione della violazione dell'ordine pubblico svizzero.
 2. Il punto di sapere se una norma giuridica straniera sia di *diritto pubblico* o di *diritto privato* dipende, qualunque sia la sua qualifica nella legislazione straniera, dal diritto svizzero e soggiace quindi al ricorso per riforma.
 3. Un contratto relativo al trasferimento di azioni è di *diritto privato*, anche se la sua conclusione è stata imposta dal diritto pubblico.

A. — Bei der Gründung der Libella AG. in Basel am 15. Dezember 1925 zeichnete und übernahm die Böhmisches Union-Bank in Prag 600 Aktien, für die drei Zertifikate ausgestellt wurden. Diese lagen seither beim Schweiz. Bankverein in Zürich im Depot. Sie wurden hier im Jahre 1948 von H. Wismeyer für eine Forderung gegen die Böhmisches Union-Bank in Liq. arrestiert und im anschliessenden Arrestbetreibungsverfahren des Gläubigers gegen diese von der Zivnostenska Banka in Prag zu Eigentum angesprochen. Auf Bestreitung seitens des Arrestgläubigers