

che i tantièmes non possono essere percepiti che sugli utili della società è comunemente accettata ed è sancita espressamente dalle nostre leggi (art. 630 CO). Anche nel diritto fiscale federale, i tantièmes sono considerati come parte degli utili, « che sotto diverse forme sono distribuiti a membri del Consiglio di amministrazione o di sorveglianza o ad impiegati di un'impresa di natura economica » (cfr. BLUMENSTEIN, comm. dei decreti legislativi federali concernenti la nuova imposta di guerra 14 febbraio 1919 cif. 4; decreto federale sopraccitato 28 settembre 1920 art. 6, 20, 22, 38, 42 e 85). Il diritto ad un tantième costituisce bensì, in sé, una pretesa ad indennizzo che spetta al singolo membro per le sue prestazioni in favore della società, ma si diversifica dal guadagno o salario ordinario anzitutto in ciò, che i tantièmes non sono proporzionati alle prestazioni fatte, ma variano e dipendono dall'utile netto conseguito e, in secondo luogo, che essi rappresentano un risarcimento per la responsabilità legale che incombe al relativo organo della società. E, infine, i tantièmes vengono di regola assegnati al Consiglio di amministrazione in corpore, il quale provvede a ripartirli a suo giudizio. Queste diversità di fatto basterebbero per giustificare una diversità di trattamento fiscale tra i tantièmes, da una parte, ed i salari o guadagni di carattere ordinario, dall'altra. Ma anche a prescindere da questa tesi, ad infirmare l'addebito di disparità di trattamento a sensi dell'art. 4 CF basterebbe il riflesso, che quel rimprovero non è sufficientemente sostanziato, in quanto che il ricorrente non fa un nome, non cita un esempio di persona che, trovandosi nell'ipotesi del caso, fosse stata dichiarata esente dall'imposta dal Consiglio di Stato. Per contro, quest'Autorità ha dimostrato, che tutti i Consiglieri di amministrazione dimoranti all'estero furono, per 1923, trattati nel modo stesso cui il ricorrente fu assoggettato.

3° — Infondato è parimenti l'addebito dedotto dal

trattato italo-svizzero del 1868 e dal divieto di doppia imposta secondo l'art. 46 CF.

Per quanto concerne quest'ultima obiezione, è risaputo che il divieto dell'art. 46 CF in materia di sostanza mobile o di rendita trova applicazione solo nei rapporti intercantionali, non in quelli internazionali. E per quanto ha tratto alla convenzione precitata, essa garantisce invero all'art. 1° ai cittadini italiani l'eguaglianza di trattamento in tema di imposte, di tasse o diritti di qualsiasi genere. Ma il principio vale solo per gli Italiani che sono domiciliati o intendono prendere domicilio in Svizzera. Un cittadino italiano domiciliato in Italia non può, sulla base del trattato, pretendere altro che di essere trattato alla stessa guisa di uno svizzero domiciliato in Italia (RU 24 I p. 175; 35 I p. 30). Ora il ricorrente non ha neanche affermato che uno svizzero domiciliato in Italia, il quale nel Ticino avesse conseguito dei tantièmes, fosse stato dichiarato esente dall'imposta sulla rendita a sensi dell'art. 17 legge trib. Cade quindi anche l'argomento che il ricorrente ha inteso dedurre dal trattato italo-svizzero precitato.

Il Tribunale federale pronuncia :

Il ricorso è respinto.

18. Urteil vom 15. Mai 1925

i. S. Archiv Deutscher Berufsvormünder
gegen Appellationshof Bern.

- Art. 4 BV: Legitimation im Ausland wohnender Ausländer zur staatsrechtlichen Beschwerde. Erw. 1.
— Willkür liegt nicht schon im Abweichen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Erw. 3.
— Armenrecht: Wann liegt Willkür in dessen Verweigerung wegen Aussichtslosigkeit des Prozesses? Erw. 3.

A. — Irene Noack wurde am 28. September 1923 als aussereheliche Tochter der Frieda Noack in Jessnitz

(Deutschland) geboren. Als Vater wurde von der Kindesmutter der Rekursbeklagte bezeichnet. Dieser hatte zur Zeit der Beiwohnung ebenfalls in Jessnitz gewohnt, sich dann aber vor der Niederkunft nach Dürrenast bei Thun verzogen. Am 18. Dezember 1924 ersuchte das Archiv deutscher Berufsvormünder « namens und in Vollmacht seines Mitgliedes, des Kreiswohlfahrtamts Guben » den Gerichtspräsidenten von Thun um Bewilligung des Armenrechts für die Durchführung des Vaterschaftsprozesses gegen den Rekursbeklagten. Das Begehren wurde abgewiesen. Der Appellationshof von Bern bestätigte am 30. Januar 1925 diesen Entscheid mit der Begründung: die Vaterschaftsklage sei, auch wenn sie nicht auf Zuspreehung unter Standesfolge gehe, nach schweizerischer Auffassung familienrechtlicher Natur. Massgebend sei also das Heimatrecht des Vaters, besonders wenn dieser zur Zeit der Klageanhebung in der Schweiz wohne. Damit stimme Art. 313 ZGB überein, wonach die im Ausland wohnende aussereheliche Mutter und ihr Kind auch gegen den im Ausland wohnenden Vater, wenn dieser Schweizerbürger sei, beim Richter an dessen Heimatort klagen könne. Gemäss Art. 308 ZGB gehe die Vaterschaftsklage nach einem Jahr seit der Geburt des ausserehelichen Kindes unter. Die Klage der Rekurrentin sei also verjährt und die Führung des Prozesses aussichtslos. Das Armenrecht könne deshalb nicht bewilligt werden.

B. — Dagegen erhebt das Archiv deutscher Berufsvormünder staatsrechtlichen Rekurs.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichts ist auch der im Ausland wohnende Ausländer zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV legitimiert (BGE 48 I 285). Die beschwerdeführende Stelle (Archiv deutscher Berufsvormünder) hat zwar eine Vollmacht des Kreiswohlfahrtsamtes Guben, in

dessen Namen sie handelt, nicht vorgelegt. Doch ist ihre Legitimation weder im kantonalen noch im staatsrechtlichen Verfahren bestritten worden. Das Vorhandensein der Vollmacht darf deshalb vermutet werden. Da der angefochtene Entscheid auch nicht etwa der zivilrechtlichen Beschwerde unterliegt (BGE 43 II 453), so ist auf den staatsrechtlichen Rekurs einzutreten.

2. — Nach Art. 20 der internationalen Übereinkunft vom 17. Juli 1905 betr. Zivilprozessrecht, der die Schweiz und Deutschland beigetreten sind, haben die Angehörigen eines jeden Vertragsstaates in allen andern Vertragsstaaten unter den gleichen gesetzlichen Bedingungen und Voraussetzungen Anspruch auf Armenrechtserteilung, wie die Angehörigen des Staates, in dessen Gebiet die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht wird. Diesen Anspruch auf Gleichstellung haben die kantonalen Instanzen der Rekurrentin als Deutscher stillschweigend zuerkannt. Sie behaupten aber, dass die Voraussetzungen der bern. ZPO, unter denen allein auch dem Schweizer das Armenrecht erteilt werden könne, nicht erfüllt seien. Eine Verletzung von Staatsvertragsrecht, über die das Bundesgericht allenfalls in freier Prüfung zu erkennen hätte, steht also nicht in Frage (die Rekurrentin hat denn auch das Zivilprozessabkommen nicht angerufen). Es bleibt deshalb nur zu prüfen, ob der Appellationshof die kantonalen Vorschriften über die Armenrechtserteilung in Verletzung von Art. 4 BV angewendet habe.

3. — Nach Art. 77 und 78 bern. ZPO wird das Armenrecht gestützt auf ein Armutzeugnis und « nach vorläufiger Untersuchung der streitigen Frage » durch den Gerichtspräsidenten erteilt, dessen Verfügung in appellabeln und in den der Berufung ans Bundesgericht unterliegenden Fällen der Bestätigung des Appellationshofes bedarf. Die « vorläufige Untersuchung » hat nach der Praxis (vgl. LEUCH, Komm. z. bern. ZPO S. 80 Ziff. 5; BGE vom 4. März i. S. Römer gegen bern. Appellationshof, nicht publ.) darüber zu befinden, ob die Führung

des Prozesses, für den das Armenrecht verlangt wird, nach der Rechts- u. Tatlage nicht aussichtslos erscheint. Nach schweizerischem Recht (Art. 308 ZGB) geht die Vaterschaftsklage nach Ablauf eines Jahres seit der Geburt des ausserehelichen Kindes, nach deutschem Recht dagegen erst mit Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist unter. Der bernische Appellationshof nimmt nun mit dem Gerichtspräsidenten von Thun an, auf den Fall der Rekurrentin sei schweizerisches Recht anwendbar. Die Klage sei also verjährt, womit der Vaterschaftsprozess als aussichtslos erscheine. Aus diesem Grunde hat er die Erteilung des Armenrechts abgelehnt. Es handelt sich also darum, festzustellen, ob diese Auffassung mit Art. 4 BV vereinbar sei.

Eine Verletzung dieser Verfassungsvorschrift wird vorerst darin erblickt, dass der angefochtene Entscheid dem Bundesgerichtsurteil vom 15. September 1915 i. S. Drysch gegen Kipke widerspreche. Allein, abgesehen von Art. 84 OG, wonach bei Rückweisung einer Sache infolge Gutheissung der Berufung das kantonale Gericht die Begründung des bundesgerichtlichen Entscheides seiner Neuurteilung zu Grunde zu legen hat, ist die Rechtssprechung des Bundesgerichts für die kantonalen Instanzen nicht derart massgebend, dass ein Abweichen hiervon schlechthin als Rechtsverweigerung oder Rechtsungleichheit zu betrachten wäre. Diese setzt vielmehr voraus, dass der angefochtene Entscheid mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes oder aber mit der ständigen Praxis des gleichen urteilenden Gerichts in Widerspruch steht. Aus der letzteren Erwägung erweist sich auch der Hinweis auf gegenteilige Entscheide anderer kantonalen Gerichte als unmassgeblich.

Ob in der Annahme, dass auf einen Fall wie den vorliegenden zweifellos schweizerisches Recht anwendbar sei, eine Verletzung von Art. 4 BV liege, müsste vielleicht dann selbständig geprüft werden, wenn die gleiche über das Armenrecht entscheidende Behörde auch endgültig

über diese Frage des materiellen internationalen Rechts zu erkennen hätte. Dann dürfte sich das Gericht wohl auf seine bisherige Praxis oder seine bestimmte und begründete Rechtsauffassung berufen und jede Klage, die von einer andern Auffassung ausgeht, als aussichtslos erklären. Hier aber liegt die Sache anders. Denn ob unter den gegebenen Umständen ein Vaterschaftsprozess dem deutschen oder dem schweizerischen Recht untersteht, ist eventuell letztinstanzlich vom Bundesgericht zu entscheiden. Damit darf die über das Armenrechtsgesuch erkennende Behörde nur dann auf Aussichtslosigkeit des Prozesses schliessen, wenn nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes oder einer ständigen Rechtssprechung des Bundesgerichts schweizerisches Recht anwendbar ist, oder wenn sie darzutun vermag, dass eine andere Auffassung als die ihrige, sofern sie sich auf beachtliche Gründe stützen soll, nicht möglich ist. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist der Prozess offenbar nicht aussichtslos und die gegenteilige Auffassung willkürlich.

Zunächst nun lässt sich die Meinung, dass Art. 308 ZGB von den schweizerischen Gerichten auch auf die an sich dem ausländischen Rechte unterliegenden Vaterschaftsprozesse anzuwenden sei, nach der Praxis nicht vertreten (vgl. BGE 45 II 505). Eine klare Vorschrift des Bundesrechts sodann, wonach auf den in Frage stehenden Vaterschaftsprozess schweizerisches Recht Anwendung finden müsse, besteht nicht. Vielmehr ist die Frage in Wissenschaft und Rechtssprechung sehr umstritten. Das Bundesgericht hat (BGE 41 II 424 in Verbindung mit BGE 45 II 505) das Recht am Wohnsitz des Vaterschaftsbeklagten zur Zeit der Beiwohnung, bzw. der Geburt als anwendbar erklärt und damit dessen Heimatzugehörigkeit ausdrücklich als nicht massgebend bezeichnet. Im übrigen herrscht in der schweizerischen Praxis und Doktrin die Meinung vor, dass der Wohnsitz (des Beklagten oder der Klagpartei)

zur Zeit der S c h w ä n g e r u n g den Ausschlag gebe, (vergl. SILBERNAGEL, Komm. zu Art. 307 ZGB VII S. 346/47 und die Urteile der Obergerichte von Zürich SchwJZ XI S. 192), Aargau (SchwJZ XII S. 220) und Basel (zit. in SILBERNAGEL, Komm.). Für diese Auffassung lässt sich geltend machen, dass anders der ausser-eheliche Vater nach der Schwängerung durch seinen Wegzug ins Ausland sich seinen Verpflichtungen entziehen könnte. Zudem ist ja die Beiwohnung der die Alimentationspflicht begründende Akt, auch wenn die daraus entstehende Verpflichtung erst mit der Geburt des Kindes wirksam wird. Aus all dem wäre mit Meili zu folgern, dass die Vaterschaftsklage nach dem Recht des Ortes zu beurteilen sei, an welchem der Beklagte zur Zeit der Beiwohnung seinen Wohnsitz hatte (vergl. MEILI, Das internationale Privat- und Handelsrecht, I S. 370). Auch die Auffassung v. BAR's (Internat. Privatrecht 2. Aufl. I p. 556/57), das Wohnsitzrecht der K l a g p a r t e i zur Zeit der Schwängerung sei massgebend, würde vorliegend zum gleichen Schluss führen, nämlich, dass die Klage der Rekurrentin gegen den Rekursbeklagten dem deutschen Recht unterstehe. Nach diesem beträgt aber die Verjährungsfrist für die Ansprüche der Mutter und die einzelnen Unterhaltsbeiträge an das Kind vier Jahre, für den Anspruch des Kindes in toto dreissig Jahre. Danach wäre die Klage noch nicht verjährt, sodass jedenfalls der Prozess ohne Rechtsverweigerung nicht als aussichtslos bezeichnet werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Der Rekurs wird begründet erklärt und der angefochtene Entscheid in dem Sinn aufgehoben, dass der Rekurrentin das Armenrecht erteilt werden muss.

II. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

19. Arrêt du 15 mai 1925

dans la cause **Caisse coopérative de primes et de prêts**
contre **Conseil d'Etat du canton de Genève.**

L'interdiction du système dit « Boule de Neige » ou de tout autre système présentant les mêmes éléments caractéristiques n'est pas contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Sous la raison « Fortuna, Renten- und Vorschussgenossenschaft », s'est fondée en 1917, à Berne, un établissement qui, plus tard, a changé son nom en celui de « Caisse coopérative de primes et de prêts » et dont le siège a été transféré à Genève, selon inscription publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce du 18 septembre 1924.

Agissant pour le compte de ladite Caisse, G. Blaser et E. Leibundgut ont sollicité, le 7 novembre 1924, l'autorisation d'exploiter leur industrie dans le canton.

Par arrêté du 3 février 1925, le Conseil d'Etat a repoussé la demande et interdit, en conséquence, sur le territoire genevois, les opérations projetées par la Caisse. Cette décision se fonde sur les art. 31, litt. e Const. féd. et 385, § 31 Code pénal, et sur le règlement du 9 septembre 1924 (art. 19). Elle est, en substance, motivée comme suit :

Aux termes de ses statuts, la société dont il s'agit a pour but « de contribuer sur une nouvelle base financière à la prospérité nationale, d'engager ses membres à constituer un capital social et de le faire fructifier, d'étendre l'activité productive et de financer tous efforts tendant à cette fin, etc. ».