

» Art. 231. Les époux pourront réciproquement demander
 » le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un
 » d'eux envers l'autre.

» Art. 232. La condamnation de l'un des époux à une
 » peine afflictive et infamante sera pour les époux une cause
 » de divorce.

» 3° Que sous réserve du pouvoir d'appréciation laissé
 » aux tribunaux français, conformément à l'art. 17 de la
 » convention du 15 Juin 1869, au cas où l'exécution en serait
 » poursuivie en France, le jugement rendu en Suisse et pro-
 » nonçant le divorce entre sujets français, pour l'une des
 » causes énumérées ci-dessus, pourra être reconnu en
 » France. »

3° Le Tribunal fédéral a toutefois déjà fait connaître qu'une
 déclaration de la teneur qui précède ne remplissait nulle-
 ment les conditions posées à l'art. 56 précité.

Dans le rapport sur sa gestion en 1885, ce tribunal a
 estimé qu'une déclaration semblable, loin d'équivaloir à la
 certitude que les jugements suisses prononçant le divorce
 entre Français seront reconnus comme définitifs et exécutoires
 en France, sans examen ultérieur du fond, impliquait
 bien plutôt le contraire, en réservant aux tribunaux français
 le droit de contrôler les jugements suisses, aux fins de
 constater, entre autres, leur harmonie avec le droit français
 au point de vue de l'application des causes du divorce ; —
 le Tribunal fédéral, dans le même document, exprime enfin
 l'opinion que cette déclaration, laissant subsister ainsi la
 possibilité du refus d'exécution en France d'un jugement
 suisse, même basé sur une cause de divorce existant aussi
 en droit français, ne saurait être considérée comme conforme
 aux exigences du précité art. 56.

Cet article n'ayant point été abrogé, ni modifié dès lors,
 les considérations qui précèdent conservent toute leur force ;
 il n'est donc pas vrai que la déclaration plus haut repro-
 duite remplisse la condition impérative exigée par la loi, et
 en l'absence de laquelle les tribunaux suisses ne sauraient
 admettre aucune action en divorce entre étrangers. Le Tri-

bunal de céans a d'ailleurs reconnu, déjà à plusieurs reprises,
 que les demandes en divorce ne sauraient être considérées
 comme rentrant dans la catégorie des contestations per-
 sonnelles entre Français et Suisses ou entre Suisses et Fran-
 çais, prévues à l'art. 1^{er} du traité de 1869, puisque lors d'une
 semblable demande les époux sont de même nationalité, ou
 tous les deux Suisses, ou tous les deux Français, et que les
 questions ayant trait à la dissolution du mariage relèvent du
 statut personnel et appellent la compétence des tribunaux du
 pays d'origine des parties. (Voir arrêt du Trib. féd. en les
 causes Kapps, Rec. I, pages 394 et 395 ; Surrugues, IV, 668
 et suiv.) C'est par conséquent avec raison que le jugement
 dont est recours a refusé de se nantir de la demande de la
 dame Ticon et de l'examiner au fond.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
 prononce :

Le recours est écarté.

II. Obligationenrecht. — Code des obligations.

77. Urtheil vom 22. Oktober 1886
 in Sachen Gerig.

A. Am 22. Dezember 1884 stellte Pius Bruhin in Schübel-
 bach, Kantons Schwyz, zu Gunsten der Geschwister Babette
 und Karoline Gerig in Glarus folgendes „Obligo“ aus :
 „Unterzeichneter bescheinigt hiermit unter heutigem Datum von
 „den Frauen Geschwistern B. und K. Gerig eine Summe von
 „2000 Fr., sage zweitausend Franken in baar erhalten zu
 „haben, mit dem Versprechen, solche auf Verlangen bis nächsten
 „Mai mit 5 % Zins zurückzuerstatten und gibt ein Titel als
 „Hinterlage oder Faustpfand auf Friedr. Schnyders „Argeli“
 „Schübelbach, im Werthe von 4000 Fr., bis solange Kapital

„und Zins ausgerichtet sind.“ Mit Ladung vom 11. Januar 1886 belangten die Schwestern Gerig den Pius Bruhin dahin, er sei gerichtlich zu verpflichten, die Forderung der Klägerinnen im Betrage von 2000 Fr. laut Obligo datirt den 22. Dezember 1884 sammt Zinsen bis zur Zahlung als schuld- und zahlbar anzuerkennen unter Kostenfolge. Der Beklagte erklärte, daß er die Schuld von 2000 Fr. laut Obligo anerkenne, daß sich aber die Klägerinnen für ihre Forderung auf der Hinterlage bezahlt zu machen haben und er für die Obligation nicht persönlich hafte. Diese Einwendung stützte sich auf Art. 43 der schwyzerischen Schuldenruf- und Gantordnung, welcher in Alinea 1 bestimmt: „Wenn für ein Faustpfand nicht „der Betrag der darauf haftenden Forderung mit Berechnung „allfälliger Zinse bis auf den Tag der Gant geboten wird, „so wird dasselbe dem Gläubiger, wo dagegen noch persönliche „Haftbarkeit des Schuldners bedungen ist, dem Meistbietenden „auf Abrechnung des Gläubigers zugeschlagen.“ Diese Einwendung wurde in beiden Instanzen (vom Bezirksgerichte der March durch Urtheil vom 25. Januar 1886 und vom Kantonsgerichte von Schwyz durch Urtheil vom 25. Mai / 5. Juni 1886) gutgeheißen. Zu bemerken ist noch, daß am 3. April 1886 auf Anstehen der Schwestern Gerig die Vergantung des verpfändeten Hypothekartitels in Schübelbach stattgefunden hatte und daß derselbe an der Gant von der Gläubigerin K. Gerig um den Betrag von 100 Fr. erworben worden war. Die Klägerinnen reduzirten daher in der zweiten Instanz ihre Forderung auf 1900 Fr. Beim Feilrufe der für den verpfändeten Titel haftenden Liegenschaft am 16. April 1886 erklärte übrigens Karoline Gerig, als nunmehrige Eigentümerin des Titels von 4000 Fr., daß sie mit demselben vom Unterpfande abstehe und daß derselbe also gestrichen werden solle, daß sie sich indeß den Regreß auf Pius Bruhin vorbehalte. Die Gründe des kantonsgerichtlichen Urtheils vom 25. Mai / 5. Juni 1886 sind wesentlich folgende: Die Klägerinnen behaupten u. a., es sei, da das Obligo in Glarus errichtet worden sei, glarnerisches Recht anwendbar. Allein hierauf könne nichts ankommen, da der schwyzerische Richter nicht verpflichtet sei, das glarnerische

Recht zu kennen und die sachbezüglichen Behauptungen und Beweisangebote verspätet, erst in zweiter Instanz, vorgebracht worden seien. Das schwyzerische Gesetz und die schwyzerische Praxis nun kennen die persönliche Haftbarkeit des Schuldners neben dem Faustpfande, wenn dieselbe nicht ausdrücklich bedungen worden sei, nicht. Die Behauptung der Klägerschaft, daß im vorliegenden Falle das schwyzerische Obligationenrecht anwendbar sei, welches die persönliche Haftbarkeit vorschreibe, sei nicht zutreffend. Das Obligationenrecht verlange keineswegs klar und bestimmt die persönliche Haftbarkeit des Schuldners neben dem Faustpfande. Durch das Obligationenrecht selbst sei die Realisirung des Faustpfandes den Kantonen überlassen; sie finde statt nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sache sich befinde. Im vorliegenden Falle habe die Realisirung des Faustpfandes denn auch wirklich im Kanton Schwyz und nach dessen Gesetzen stattgefunden; diese aber kennen eine nicht ausdrücklich bedungene persönliche Haftpflicht auch dann nicht, wenn das Faustpfand die Schuldsomme nicht zu decken vermöge.

B. Mit Rekurschrift vom 21. Juli 1886 ergriffen die Schwestern Gerig gegen die kantonsgerichtliche Entscheidung vom 25. Mai / 5. Juni gleichen Jahres den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie führen aus: Das Bundesgericht sei kompetent. Wenn es sich nur um eine Frage der Auslegung des eidgenössischen Privatrechtes handelte, so wäre allerdings der staatsrechtliche Rekurs unzulässig und nur die privatrechtliche Weiterziehung nach Art. 29 D.-G. statthaft. Allein hier stehe in Frage, ob eidgenössisches oder kantonales Privatrecht anwendbar sei. Diese Frage sei ebensowohl staatsrechtlicher Natur als diejenige, ob in einem Civilprozeße die Gerichte des einen oder andern Kantons kompetent seien. In beiden Fällen handle es sich um die Abgrenzung der Hoheitsrechte verschiedener Souveränitäten. Zudem beruhe das angefochtene Urtheil wohl auf der Annahme, § 43 der schwyzerischen Schuldenruf- und Gantordnung sei deshalb nicht aufgehoben, weil er in der kantonalen Einführungsverordnung zum Obligationenrecht nicht als aufgehoben bezeichnet sei. Wenn man aber einer kantonalen Einführungsverordnung eine solche Bedeutung beimesse, so liege darin ein Uebergriff

in das Gesetzgebungsrecht des Bundes. Das angefochtene Urtheil enthalte überdem eine Rechtsverweigerung. Das Obligationenrecht, ein Ausführungsgesetz zur Bundesverfassung, sei durch willkürliche Nichtanwendung verletzt. Daß in dem Urtheile auf das Obligationenrecht Bezug genommen werde, sei gleichgültig. Man könne nicht einfach durch Vorschieben einiger nichtsagender Gründe die Anwendung des Bundesgesetzes ausschließen. In der Sache selbst sei ganz klar, daß eine Verletzung des Obligationenrechtes vorliege. Wenn der Gläubiger sich nur aus dem Pfande bezahlt machen könne, so liege ein Säkungsgeschäft vor. Das Obligationenrecht normire nun das Faustpfandreht in umfassender Weise; es kenne nur ein Faustpfandreht mit persönlicher Haftung des Schuldners. Damit seien alle kantonalen Bestimmungen über Faustpfandreht (soweit das kantonale Recht nicht ausdrücklich vorbehalten werde) sowie über die Mobiliarfäkung aufgehoben. Der zwischen den Litiganten abgeschlossene Vertrag sei zweifellos ein Faustpfandvertrag und müsse also nach dem eidgenössischen Obligationenrecht beurtheilt werden. Daß es sich bei der Frage, ob der Schuldner neben dem Pfande hafte, nicht um eine, nach Art. 223 D.-M. der Kantonalgesetzgebung vorbehaltene, Frage der Realisirung des Pfandrehtes handle, liege auf der Hand und müsse auch jedem Laien klar sein. Demnach werde beantragt:

1. Das Bundesgericht wolle unter Aufhebung der kantonsgerichtlichen Urtheile erkennen, der Beklagte sei pflichtig, an die Klägerinnen 1900 Fr. sammt Zins zu bezahlen.

2. Eventuell das Bundesgericht wolle erkennen:

a. Die Urtheile des Bezirksgerichtes March und des Kantonsgerichtes Schwyz seien aufgehoben.

b. Der Rechtsstreit sei zu nochmaliger Behandlung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen und es sei auf denselben das eidgenössische Obligationenrecht als anwendbar zu erklären.

Alles unter Kostenfolge.

C. Der Rekursbeklagte Pius Brühin führt in seiner Rekursbeantwortung im Wesentlichen die gleichen Argumente aus, welche in der Motivirung des kantonsgerichtlichen Urtheils geltend gemacht sind. Er behauptet namentlich: Das angefochtene Urtheil des Kantonsgerichtes qualifizire sich nicht als Rechts-

verweigerung; es enthalte nichts, was mit dem Obligationenrecht direkt im Widerspruch stehe. Denn das Obligationenrecht enthalte keine Vorschrift, welche bestimmt und klar neben dem Faustpfande die persönliche Haftbarkeit des Schuldners verlange. Selbstverständlich sei eine solche keineswegs, um so weniger als im Schwyzerrechte eine diametral widersprechende Bestimmung bestehe und nach Art. 881 D.-M. nur alle entgegenstehenden Vorschriften kantonaler Gesetze und Verordnungen aufgehoben werden. Sollte neben dem Faustpfande der Schuldner noch persönlich hafte, so müsse dies im Gesetze selbst ausdrücklich gesagt sein, wie dies denn auch z. B. das thurgauische und das zürcherische Gesetz ausdrücklich aussprechen. Die Frage, ob Glarner- oder Schwyzerrecht im vorliegenden Falle Anwendung finde, entziehe sich der Kognition des Bundesgerichtes. Demnach werde auf gänzliche Abweisung des Rekurses unter Verfällung der Rekurrentinnen in die Kosten angetragen.

D. Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz, welchem zur Bernehmlassung ebenfalls Gelegenheit gegeben wurde, bezieht sich einfach auf die Begründung seiner angefochtenen Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das erste Begehren der Rekurschrift, wodurch dem Bundesgerichte als Staatsgerichtshof die sachliche Beurtheilung des zwischen den Parteien schwebenden Zivilprozesses zugemuthet wird, ist offenbar unstatthaft; es kann sich nur fragen, ob nicht die angefochtenen Urtheile wegen Verletzung solcher Rechte, welche den Rekurrenten verfassungsmäßig oder bundesgesetzlich gewährleistet sind, aufzuheben seien.

2. Nun hat das Bundesgericht konstant dahin entschieden, daß ein staatsrechtlicher Rekurs wegen unrichtiger Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen eidgenössischer Gesetze, speziell des eidgenössischen Obligationenrechtes, unstatthaft sei und an diesem Grundsatz ist durchaus festzuhalten. Es muß sich daher fragen, inwiefern in casu ein staatsrechtlicher Rekurs zulässig sei. Darüber ist zu bemerken: Die Rekurrentinnen stellen in erster Linie darauf ab, daß es sich hier um die Frage handle, ob eidgenössisches oder kantonales Recht anwendbar sei. Diese Frage aber sei staatsrechtlicher Natur. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob diese Anschauung dann zutrifft, wenn die

Rechtsanwendung von der Auslegung einer, verschiedener Auffassung fähigen, eidgenössischen Privatrechtsnorm abhängt (vergl. im verneinenden Sinne bundesgerichtliche Entscheidung in Sachen Wettli vom 11. September 1885, Amtliche Sammlung XI S. 260 u. ff.). Dagegen ist dann jedenfalls ein staatsrechtliches Prinzip verletzt, wenn durch kantonale Entscheidungen ausdrücklich oder thatsächlich (durch Nichtanwendung von Normen des eidgenössischen Rechtes auf Fälle, die offenbar von denselben beherrscht werden) die derogatorische Kraft der Bundesgesetze gegenüber dem kantonalen Rechte verneint und damit der Grundsatz, daß Bundesrecht dem Kantonalrechte vorgeht (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung) faktisch negirt wird.

3. Dieß ist aber hier unzweifelhaft der Fall. Es kann in der That doch nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß die Frage, ob der Faustpfandschuldner für die Forderung persönlich haftet oder ob der Gläubiger sich ausschließlich an das Pfand als Haftobjekt halten muß, eine Frage des materiellen Privatrechts und keineswegs eine nach Art. 223 D.-R. der kantonalen Gesetzgebung vorbehaltene Frage der Exekution ist. Ebenso ist völlig klar und bedarf einer weitem Erörterung nicht, daß nach dem Obligationenrecht das Faustpfandreht lediglich ein akzessorisches Recht ist, so daß der Schuldner, auch wenn er ein Faustpfand bestellt hat, persönlich mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung haftet. Wenn daher im vorliegenden Falle, auf welchen der Zeit nach unzweifelhaft eidgenössisches und nicht kantonales Recht anwendbar ist, die kantonalen Gerichte, statt des geltenden eidgenössischen, das frühere kantonale Recht angewendet haben, so haben sie den verfassungsmäßigen Grundsatz, daß Bundesrecht dem Kantonalrecht vorgeht, verletzt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird dahin als begründet erklärt, daß die angefochtenen Urtheile des Kantonsgerichtes des Kantons Schwyz und des Bezirksgerichtes der March aufgehoben werden.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse.

Capacité de tester et questions de succession.

78. Urtheil vom 4. Dezember 1886
in Sachen Gianella.

A. Am 11. Oktober 1883 starb in Sachseln (Kanton Obwalden) der dort niedergelassene Josef Gianella von Prato, Kanton Tessin, mit Hinterlassung dreier Kinder, Giuseppe, Cherubino und Felicina, letztere Ehefrau des Majors Paul von Moos in Sachseln. Durch Akt datirt Sachseln den 1. Juli 1884 wurde zwischen den Erben eine Theilung über den Nachlaß abgeschlossen, welche von Francesco Gianella, als Vormund des (blödsinnigen) Giuseppe Gianella, von Cherubino Gianella und seiner Ehefrau, von Paul von Moos Namens seiner Ehefrau und von der Wittve des Erblassers Caterina Gianella unterzeichnet ist und am 31. August 1884 von der heimatlichen Gemeindebehörde des Erblassers, der Munizipalität von Prato, „visirt“ wurde. Durch Urtheil des Bezirksgerichtes der Leventina vom 16. Februar 1885 wurde (auf Anregung der Gemeindebehörde von Sachseln und des Regierungsrathes von Obwalden) Cherubino Gianella wegen Geisteschwäche (als infermo di mente) entmündigt (inabilitato). Dieses Erkenntniß wurde dem Gemeinderathe von Sachseln und demjenigen von Prato eröffnet, damit dieselben sich über die Ernennung eines Kurators verständigen. Nachdem daraufhin am 4. März 1885 die Munizipalität von Prato dem Gemeinderathe von Sachseln die Hoffnung ausgesprochen hatte, derselbe