

une grande prudence s'impose. Chargée d'appliquer les lois, l'administration n'a pas, en principe, le pouvoir d'ériger, par sa pratique, des normes venant prendre place à côté de celles que le législateur établit selon une procédure déterminée. Des dérogations ne sauraient être admises qu'à titre exceptionnel, pour satisfaire, en présence d'une lacune de la loi, à une impérieuse exigence de l'équité. Ainsi, les autorités administratives ordonnant le remboursement de la taxe militaire que des hommes, recrutés tardivement, avaient acquittée avant d'être déclarés aptes au service militaire, le Tribunal fédéral a reconnu en 1930 que cette pratique, issue d'une circulaire de 1897, avait la valeur d'une règle de droit coutumier (RO 56 I 42). Les motifs de cette solution ne se retrouvent pas en l'occurrence. Outre que l'usage invoqué n'a pas duré aussi longtemps, aucun principe d'équité ne commande à la Confédération d'octroyer une allocation spéciale à ceux de ses agents qui, n'habitant point le lieu de leur travail, ont de ce fait des dépenses supplémentaires. Pareille allocation ne s'accompagne pas, actuellement, de l'*opinio necessitatis*. D'autre part — et c'est le point décisif —, il n'y a pas de lacune à combler quand l'administration, comme ici (cf. cons. 2), a toute latitude d'adapter le traitement aux circonstances. Enfin, en dépit des précédents signalés par Bauer, il ne s'agit vraisemblablement pas d'un usage uniforme et constant. La défenderesse déclare n'avoir consenti que « dans certains cas » à verser une indemnité destinée à couvrir le surcroît de frais dû à l'existence d'un ménage séparé. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être question d'une coutume.

c) A défaut de règles légales ou coutumières, le droit à une indemnité de ménage séparé peut seulement découler d'une décision administrative. Il n'appartient en conséquence qu'à l'employé à qui une telle décision le confère et n'existe que dans les limites qu'elle lui assigne.

4. — Bauer n'a donc pas d'autres droits, s'agissant de l'indemnité pour ménage séparé, que ceux que lui donne

la décision du 29 juillet 1946. Comme elle porte effet dès le 1^{er} janvier 1946, il demande en vain à être indemnisé pour les années précédentes, d'autant plus que c'est un salaire global qui lui a été alloué et qu'il a accepté en mai 1941. L'indemnité de ménage séparé n'a du reste jamais été accordée qu'à la diligence de l'intéressé. Saisie d'une requête qui aurait pu lui être soumise auparavant, la Confédération avait évidemment le droit de ne pas faire rétroagir sa décision dans une mesure incompatible avec les règles concernant l'établissement du budget et des comptes.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Rejette la demande.

V. SCHWEIZERBÜRGERRECHT

NATIONALITÉ SUISSE

63. Urteil vom 19. September 1947 i. S. Zollinger gegen eidg. Justiz- und Polizeidepartement.

Schweizerbürgerrecht : Die Nachkommen eines im 17. Jahrhundert ausgewanderten Bürgers der zürcherischen Gemeinde Stäfa sind von Geburt nicht Schweizerbürger, wenn ihre Vorfahren ihr angestammtes Bürgerrecht nicht durch Erstattung der nach früherem kantonalem Recht erforderlichen Meldungen « unterhalten » haben.

Droit de cité suisse. Les descendants d'un bourgeois de la commune zurichoise de Stäfa qui a émigré au 17^{me} siècle ne sont pas citoyens suisses de naissance, si leurs ancêtres n'ont pas « maintenu » leur droit de cité d'origine en procédant aux déclarations exigées par l'ancien droit cantonal.

Diritto di cittadinanza svizzera. I discendenti d'un cittadino del comune zurigano di Stäfa che è emigrato nel XVII secolo non sono cittadini svizzeri di nascita se i loro discendenti non hanno « mantenuto » il loro diritto di cittadinanza d'origine procedendo alle dichiarazioni richieste dal vecchio diritto cantonale.

A. — Der Beschwerdeführer Friedrich Georg Zollinger wurde am 12. Februar 1914 in Berlin geboren als Sohn des Diplomingenieurs und Architekten Friedrich Reinhard Zollinger. Er leitet seine Herkunft ab von dem am 11. November 1671 in Ülikon-Stäfa als Bürger dieser Gemeinde geborenen Andreas Zollinger. Dieser wanderte nach Wiesbaden (Deutschland) aus und erwarb daselbst in der Zeit zwischen 1712 und 1721 das Bürgerrecht (Gutachten des Herrn Diethelm Fretz vom 7. April 1947, S. 44). Seine Nachkommen blieben in Deutschland. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass einer von ihnen Schritte zum Verzicht auf das angestammte Bürgerrecht oder zu dessen Erhaltung unternommen hätte.

B. — Der Beschwerdeführer ist in seiner Jugend von seinem Grossvater auf die Herkunft der Familie aufmerksam gemacht worden. Er versucht seit 1936 die Anerkennung als Schweizerbürger zu erreichen. Er hat im Dezember 1945 und seither dem schweizerischen Konsulat in Frankfurt a/M. und der Polizeibehörde des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes verschiedene kirchliche und standesamtliche Akten, sowie ein Gutachten des Zürcher Historikers Diethelm Fretz eingereicht, um nachzuweisen, dass das Gemeindebürgerrecht von Stäfa und das Zürcher Landrecht vor 1848 unverlierbar waren, dass er diese Bürgerrechte durch Abstammung erworben habe und damit Schweizerbürger sei.

Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat am 1. Mai 1947 entschieden, dass der Beschwerdeführer das Schweizerbürgerrecht nicht besitzt.

C. — Hiegegen richtet sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass der Beschwerdeführer Schweizerbürger sei. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, der angefochtene Entscheid verletze den in Art. 43 der BV von 1848 und in Art. 44 der BV von 1874 enthaltenen Grundsatz der Unverlierbarkeit des Schweizerbürgerrechts. Er lehne die Anerkennung des Schweizer-

bürgerrechts ab, weil die Weggezogenen nach altem Zürcher Recht das Bürgerrecht verloren hätten, sofern sie sich nicht innerhalb bestimmten Zeitabständen regelmässig bei der Heimatbehörde gemeldet hätten. Der erste hiefür angerufene Erlass, vom 18. November 1723, erneuert 1759, beziehe sich aber nur auf Stadtbürger und habe für die Landschaft nicht gegolten. Eine spätere Ausdehnung des Geltungsbereichs, die subsidiäre Anwendung auf die Landschaft, sei nicht nachgewiesen. Die Verordnung vom 15. Oktober 1812, Art. 5, wonach eine sechsjährige Versäumnis von Anzeigen von Verheirathungen, Geburten und Todesfällen an die Heimatbehörde den Verlust des Land- und Bürgerrechts bewirke, sei eine Ausnahmebestimmung für einen speziellen Fall. Es scheine ganz unglaublich, dass der Gesetzgeber an eine einfache Nachlässigkeit der Nichtmeldung eine so schwerwiegende Folge wie den Totalverlust des Bürgerrechtes habe knüpfen wollen; wenn er es aber in bestimmten Fällen tatsächlich gewollt habe, sei dies sicher wegen ganz speziellen Verhältnissen für bestimmte Personenkategorien und Auswanderungsgebiete geschehen. Bei dem fraglichen Erlass handle es sich, modern gesprochen, um Notgesetzgebung. Er habe sich nur auf bestimmte Personenkategorien, so auf Gewerbetreibende und namentlich auf Arbeiter bezogen, habe demgemäss einen personell beschränkten Geltungskreis besessen. Auf die Landbewohner von Stäfa habe sie gar nie angewendet werden können, auch wenn sie eine Zeitlang für Stadtzürcher Geltung besessen hätte. Ein Überblick über Literatur und Rechtsprechung zeige, dass das Prinzip der Unverlierbarkeit des Bürgerrechtes allgemein als Regel auch vor 1848 anerkannt wurde, dasjenige des Verlustes infolge Wegzuges nur bei besondern Voraussetzungen in den Städten hie und da zur Anwendung gelangt sei. Im vorliegenden Fall habe in keiner Weise dargetan werden können, dass bestimmte Verordnungen der Stadt und des Kantons Zürich für die aus der Heimatgemeinde Stäfa ausgewan-

dernten Vorfahren des Gesuchstellers den Verlust des Bürgerrechtes zur Folge gehabt hätten. Der Beschwerdeführer sei des Schweizerbürgerrechtes würdig.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgewiesen

in Erwägung :

Der Beschwerdeführer kann nur dann als Schweizerbürger anerkannt werden, wenn seine Vorfahren das angestammte Bürgerrecht in der Gemeinde Stäfa und im Lande Zürich beibehalten haben. Da das Zürcher Landrecht seit 1833 die Unverlierbarkeit der staatsrechtlichen Zugehörigkeit anordnete (Gesetz vom 20. Oktober 1833 über die Erwerbung, die Wirkung und den Verlust des Bürgerrechtes § 30, offizielle Gesetzsammlung Bd. III (1833) S. 168) und dieser Grundsatz in der Bundesverfassung von 1848 aufgenommen wurde und seither ununterbrochen gegolten hat, kommt es auf die Rechtsstellung der Auswanderer in der Zeit vor 1833 an.

Wie es sich im 17. und 18. Jahrhundert verhielt, kann dahingestellt bleiben. Fest steht jedenfalls, dass zur Zeit der Mediationsverfassung der Ausgewanderte seine angestammte Zugehörigkeit zu einer zürcherischen Gemeinde nur dann behielt, wenn er die Verbindung mit der Heimat pflegte, die in seiner Familie vorkommenden Verehelichungen, Geburten und Todesfälle regelmässig der Heimatgemeinde meldete. Wer es nicht tat, verlor das Land- und Bürgerrecht. Und zwar waren jährliche Meldungen vorgeschrieben mit der Milderung, dass der Verlust der staatsrechtlichen Zugehörigkeit nur eintreten sollte bei Bürgern, die ihre Meldepflicht während 6 Jahren versäumten (Ziff. 5 der Verordnung des Kleinen Rates des Kantons Zürich vom 15. Oktober 1812 wegen der Auswanderung hiesiger Kantonsbürger in fremde Staaten, Officielle Sammlung der vom Grossen Rathe des Cantons Zürich gegebenen Gesetze etc., (cit. Med. Akt. Slg.) Bd. V S. 333).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Verordnung sei eine Notverordnung gewesen und habe sich nur auf bestimmte Gruppen von Gewerbetreibenden und Arbeitern bezogen, also nur einen beschränkten Geltungsbereich gehabt, sie habe vor allem für die Landleute der Gemeinde Stäfa nie gegolten. Die Einwendung ist aber unbegründet. Allerdings war unmittelbarer Anlass für den Erlass der Verordnung Krise und Arbeitslosigkeit im Kanton Zürich. Die Verordnung enthielt inhaltlich aber nichts ausserordentliches, sondern sie bestätigte lediglich, soweit sie hier in Betracht fällt, die Pflicht zur « Unterhaltung des Gemeindegürgerrechtes », einen Grundsatz, der allgemeinen Auffassungen der Zeit entsprach, wie sie auch in andern Erlassen zum Ausdruck kommen (vgl. besonders die Gesetze über die Landrechtserteilungen vom 18. Dezember 1804, § 12, und vom 22. Mai 1812, § 14, Med. Akt. Slg. Bd. II S. 176, und Bd. V S. 234). Sie ist als allgemeine Verordnung bezeichnet und in die offizielle Gesetzsammlung aufgenommen. In einem Beschluss des Kleinen Rathes vom 3. Mai 1817 betreffend die Passerteilung für Auswanderer oder Reisende nach Russland oder Russisch-Polen ist auf sie Bezug genommen mit der ausdrücklichen Feststellung, dass sie unverändert in Kraft besteht. (Neue offizielle Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Standes Zürich, Bd. II, S. 110). Es ist auch kein Zweifel darüber möglich, dass sie geltendes Recht war und dass eine Versäumnis der Meldepflicht im Kanton Zürich wenigstens vom Jahre 1812 an den Verlust der Staatsangehörigkeit nach sich zog.

Sollten daher die Nachkommen des nach Wiesbaden ausgewanderten Stäfners Andreas Zollinger das angestammte Bürgerrecht in Stäfa nicht schon im Verlaufe des 17. oder des 18. Jahrhunderts verloren haben, so ist der Verlust auf jeden Fall nach Massgabe der Verordnung vom 15. Oktober 1812 eingetreten, da auch damals nichts zu der Unterhaltung der Zugehörigkeit zu Stäfa getan worden ist. Im Jahre 1833, als die Gesetzgebung des

Kantons Zürich die Unverlierbarkeit anordnete, stand den Vorfahren des Beschwerdeführers das Bürgerrecht im Kanton Zürich nicht mehr zu, weshalb sich der Beschwerdeführer, was die Staatsangehörigkeit anbelangt, nicht auf zürcherische Abstammung berufen kann. Das Departement hat unter diesen Umständen die Anerkennung des Beschwerdeführers als Schweizerbürger mit Recht abgelehnt.

A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

I. RECHTSGLEICHHEIT (RECHTSVERWEIGERUNG)

ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

54. Urteil der II. Zivilabteilung als staatsrechtlicher Kammer vom 16. Oktober 1947 i. S. Spitz gegen Bongni und Rekursrichter für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantonsgerichts St. Gallen.

Konkurrenzeröffnung :

In der Nichtberücksichtigung der Einrede, die Konkursandrohung sei wegen hängiger Aberkennungsklage nichtig, liegt formelle Rechtsverweigerung. Art. 4 BV, 172 und 173 SchKG.

Ouverture de la faillite.

Commet un déni de justice formel le juge qui prononce la faillite alors que le débiteur excipe de l'ouverture de l'action en libération de dette pour conclure à la nullité de la commination de faillite. Art. 4 Cst., 172 et 173 LP.

Dichiarazione del fallimento.

Incorre in un diniego di giustizia quanto alla forma il giudice che dichiara il fallimento benchè il debitore faccia valere la nullità della comminatoria di fallimento pel fatto che è stata promossa azione d'inesistenza di debito. Art. 4 CF, 172 e 173 LEF.

A. — In der Betreibung Nr. 3827 des Betreibungsamtes St. Gallen erhob der Schuldner Spitz Rechtsvorschlag und, da der Gläubiger Bongni provisorische Rechtsöffnung erhielt, rechtzeitig Aberkennungsklage. Trotzdem wurde dem Schuldner der Konkurs angedroht auf Grund einer unrichtigen Bescheinigung des Vermittleramtes, wonach eine Aberkennungsklage unterblieben wäre. Der Anwalt