

N. 9; Erg. bd. I und IV je zu Art. 172 N. 9; **BLUMENSTEIN**, Handbuch S. 572; Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs Bd. IV S. 380; Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. 15 S. 104 ff.; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. 39 S. 230, Bd. 47 S. 698; Schweiz. Juristenzeitung Bd. 29 S. 66).

Diese Lösung wurde jedoch stets hauptsächlich damit begründet, dass die einmonatige Frist, die Art. 167 SchKG für die Erneuerung eines zurückgezogenen Konkursbegehrens vorschreibt, leicht zu umgehen wäre, wenn auf Verlangen des Gläubigers das Verfahren auf Konkursöffnung vorübergehend eingestellt würde und er unmittelbar nach Ablauf der Sistierung das Konkurskenntnis verlangen könnte. In der Wechselbetreibung, wo ein zurückgezogenes Konkursbegehren innert der Monatsfrist des Art. 188 Abs. 2 SchKG jederzeit erneuert werden kann, fällt dieser Gesichtspunkt ausser Betracht.

Würde auch die Übernahme der in der ordentlichen Konkursbetreibung geltenden Praxis auf die Wechselbetreibung trotzdem naheliegen, weil damit dem hier besonders dringlichen Bedürfnis nach rascher Handhabung des Rechtes und nach Schaffung klarer und einfacher Verhältnisse gedient wäre, so lassen sich doch auch für die gegenteilige Auffassung beachtenswerte Gründe anführen. Die blossе Sistierung wird in der Regel dem Willen des Gläubigers eher entsprechen als die kostenfällige Abschreibung des Geschäftes wegen Rückzugs, umso mehr als jene dem Richter ferner erlaubt, jederzeit die zur Wahrung der Gläubigerrechte notwendigen vorsorglichen Anordnungen im Sinne von Art. 170 SchKG zu treffen. Dass die durch die Sistierung geschaffene Unsicherheit lange dauert, ist in der Wechselbetreibung nicht zu befürchten; denn die Monatsfrist des Art. 188 Abs. 2 SchKG, die anstelle der bei der ordentlichen Konkursbetreibung vorgeschriebenen Jahresfrist tritt (Art. 166 Abs. 2 SchKG), muss unter allen Umständen auch

gegenüber der Wiederaufnahme zunächst eingestellter Verfahren gelten. In der Literatur wird, soweit sie sich überhaupt zu der Frage äussert, die Sistierung des Verfahrens auf Konkursöffnung in der Wechselbetreibung mit der eben erwähnten zeitlichen Beschränkung als zulässig betrachtet (vgl. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs Bd. IV S. 380; offenbar auch **RIEMER**, Die Wechselbetreibung S. 129). Diese Überlegungen genügen, um den Entscheid des Amtsgerichtspräsidenten vor dem Vorwurf der Willkür zu schützen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### 44. Urteil vom 11. Dezember 1936 i. S. Bernheim gegen Simon und Fehlmann

Der mittellose Konkursgläubiger, der sich einen Anspruch der Masse im Sinne von Art. 260 SchKG hat abtreten lassen, kann nach Art. 4 BV zur Durchführung des Prozesses Befreiung von der Prozesskostensicherheit verlangen, wenn die Sache nicht als aussichtslos erscheint.

A. — Gaston Bernheim war Reisender der Unitas Handels- und Industrie A.-G. in Basel, über die am 7. März 1934 der Konkurs eröffnet wurde. Mangels genügender Aktiven wurde das Verfahren summarisch durchgeführt. Im November 1934 liess sich Bernheim, den das Konkursamt mit einer Forderung für Provisionen von Fr. 15,919.73 kolloziert hatte, angebliche Ansprüche der Gesellschaft gegen Dr. Simon und Dr. Fehlmann im Sinne von Art. 260 SchKG abtreten. Das Konkursverfahren wurde am 5. Oktober 1935 geschlossen, nachdem Bernheim mit seiner ganzen Forderung zu Verlust gekommen war.

Inzwischen hatte Bernheim gegen Dr. Simon und Dr. Fehlmann auf Zahlung von zusammen Fr. 14,000.— geklagt. Das baselstädtische Zivilgericht wies die Klagen am

18. Juni 1936 ab. Hiegegen appellierte Bernheim an das kantonale Appellationsgericht. Vor dem Aktenschluss durch das Zivilgericht ersuchte er den Appellationsgerichtspräsidenten um « Kostenerlass für die zweite Instanz ». Der betreffenden Eingabe ist zu entnehmen, dass er wegen Mittellosigkeit sowohl von der aus § 229 baselstädtische ZPO sich ergebenden Pflicht jedes Appellanten, die ihm auferlegten erstinstanzlichen Kosten bis zum Aktenschluss zu hinterlegen, als auch von allfälligen Kosten des Appellationsverfahrens befreit zu werden wünschte. Der Appellationsgerichtspräsident wies das Gesuch am 29. September 1936 aus folgenden Erwägungen ab: Dass eine Konkursmasse nicht im Armenrecht prozessieren könne, sei bundesgerichtlich festgestellt (BGE 61 III S. 172). Eine vorteilhaftere prozessuale Stellung als der Masse komme aber dem Kläger nicht zu. Er könne überhaupt nicht in eigenem Namen klagen, sondern nur im Namen der Masse, als deren Beauftragter und Bevollmächtigter. Es sei Sache der Konkursgläubiger, die für die Durchführung des Konkurses und damit auch für die Einklagung der Forderungen nötigen Mittel zu liefern. Diese Rechtslage könne der Kläger nicht dadurch umgehen, dass er sich die Forderung zur Einklagung übertragen lasse und für den Prozess Kostenerlass begehre.

B. — Mit der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde beantragt Bernheim, die Verfügung des Appellationsgerichtspräsidenten vom 29. September 1936 sei aufzuheben und es sei die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurückzuweisen.

Die angefochtene Verfügung bewirke, dass dem Rekurrenten wegen seiner Mittellosigkeit der grundsätzlich jedem Bürger zustehende Rechtsschutz versagt werde. Darin liege nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes ein Verstoß gegen Art. 4 BV.

C. — Der Appellationsgerichtspräsident und die Rekursbeklagten Dr. Simon und Dr. Fehlmann beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

2. — Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass die Abtretung von Rechten der Masse an einen Konkursgläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG keine zivilrechtliche Zession bedeute, sondern dass dadurch nur dem Gläubiger die Befugnis übertragen werde, die betreffenden Rechte als Vertreter oder Beauftragter der Masse geltend zu machen (BGE 39 I S. 463/4; 49 III S. 124; 51 III S. 34/5; 57 III S. 99 ff.). Darnach hätte ein Armenrechtsgesuch des Abtretungsgläubigers für den Prozess um das abgetretene Recht als Gesuch der Konkursmasse zu gelten und wäre abzuweisen, da die Konkursmasse die unentgeltliche Prozessführung nicht beanspruchen kann (BGE 61 III S. 172 ff.). Doch geht es nicht an, den Abtretungsgläubiger ausschliesslich und nach allen Richtungen bloss als Vertreter und Beauftragten der Masse zu behandeln (vgl. BGE 57 III S. 99 ff.). Von einem gewöhnlichen Prozessführungsauftrag unterscheidet sich die Abtretung nach Art. 260 SchKG immerhin insofern, als der Gläubiger im Umfang seiner Konkursforderung und der Kosten ein Recht auf den Prozesserslös und infolgedessen ein unmittelbares eigenes Interesse an der Entscheidung der Streitsache hat. Die Stellung, die ihm das Gesetz damit einräumt, rechtfertigt es, ihn als Träger eines selbständigen Anspruches auf staatlichen Rechtsschutz in der fraglichen Angelegenheit zu betrachten und auf ihn den aus Art. 4 BV folgenden Grundsatz anzuwenden, dass die arme Zivilpartei für die Durchführung eines nicht aussichtslosen Prozesses auf ihr Verlangen von der vorgängigen Hinterlegung der Prozesskosten befreit werden muss (BGE 57 I S. 343 ff.; 58 I S. 288 ff.; 60 I S. 182 ff.; 61 I S. 101 ff.; vgl. über die Stellung des Abtretungsgläubigers im besonderen den nicht veröffentlichten BGE vom 27. September 1935 in Sachen Häfliger, Erw. 2).

Dem stehen die Bestimmungen des SchKG über die

verfahrensrechtlichen Obliegenheiten der Konkursgläubiger nicht entgegen. Art. 169 SchKG sieht nur eine Vorschusspflicht des die Konkursöffnung verlangenden Gläubigers für die Kosten bis zur ersten Gläubigerversammlung vor, und Art. 230 Abs. 2 SchKG, wornach beim Fehlen von Aktiven die Durchführung des Konkursverfahrens von der Hinterlegung der Kosten durch einen Gläubiger abhängt, bezieht sich gleichfalls lediglich auf die Kosten des Konkurses selbst, nicht auf diejenigen eines Prozesses über ein nach Art. 260 SchKG abgetretenes Recht; dasselbe gilt von der Vorschrift des Art. 231 Abs. 2 SchKG.

Dagegen wird freilich durch die Befreiung des mittellosen Abtretungsgläubigers von der Prozesskostensicherheit sein Prozessrisiko, für dessen Übernahme ein allfälliger ihm zukommender Prozesserlös als Entgelt erscheinen mag (BGE 43 III S. 165 mit Zitaten), erheblich herabgesetzt; neben den unvermeidlichen Aufwendungen an Mühe und Zeit besteht für ihn im wesentlichen nur noch die Gefahr, nach beendetem Prozess mit Kosten belastet zu werden, zumal Art. 4 BV die Entscheidung hierüber ganz dem kantonalen Recht überlässt (BGE vom 15. Dezember 1934 in Sachen Masserey). Diese Besserstellung des mittellosen Abtretungsgläubigers gegenüber dem vermöglichen muss jedoch in Kauf genommen werden, weil sie weniger stossend ist als die Rechtslage bei gegenteiliger Entscheidung. Das Bundesgericht hat in Bd. 61 III S. 172 ff. die Bewilligung des Armenrechtes an eine Konkursmasse wesentlich deshalb für ausgeschlossen erklärt, weil nach Art. 260 SchKG stets die Möglichkeit bestehe, dass der Prozess durch die Gläubiger geführt werde. Wollte man andererseits die Auflage von Prozesskautionen an bedürftige Abtretungsgläubiger ohne weiteres, selbst für die Durchsetzung nicht aussichtsloser Ansprüche zulassen, so würde da, wo einer Konkursmasse die Mittel für den Prozess fehlten und die Abtretung ausschliesslich an arme Gläubiger erfolgen konnte, der gerichtliche Schutz über-

haupt versagen. Zudem würde die grundsätzliche Verweigerung des Armenrechtes an einen Abtretungsgläubiger den unbemittelten Konkursgläubiger von vornherein ausserstande setzen, für seine Konkursforderung auf dem in Art. 260 SchKG vorgesehenen Wege Deckung zu erhalten. Diese Folgen wären mit Art. 4 BV unvereinbar.

Im Hinblick auf die Begünstigung, die die Befreiung von der Prozesskostensicherheit für den Abtretungsgläubiger bedeutet, wird die Praxis immerhin in deren Gewährung streng sein dürfen. So wird die Verweigerung dieser Rechtswohlthat in Betracht kommen, wenn die Abtretung an einen mittellosen Gläubiger unter Umständen vorgenommen wurde, bei denen der Masse der Vorteil eines günstigen Prozessausgangs in gewissem Umfang gewahrt blieb, ohne dass sie das entsprechende Kostenrisiko zu tragen hatte, oder wenn der arme Abtretungsgläubiger auf einen Gewinn spekuliert. Im vorliegenden Fall hat man es mit keiner dieser Möglichkeiten zu tun. Da die Konkursforderung des Rekurrenten grösser ist als der gegen die Rekursbeklagten erhobene Anspruch, wird die Masse auf keinen Fall mehr einen Anteil am Prozesserlös zu erwarten haben, und es erscheint daher eine Schiebung zur Kostenersparnis von ihrer Seite als ausgeschlossen. Der Rekurrent selber aber hat die Abtretung erwirkt, um hiedurch möglicherweise für seine anerkannten Provisionsforderungen gedeckt zu werden, nicht um auf einen Gewinn zu spekulieren wie derjenige, der erst nachträglich für billiges Geld Konkursforderungen kauft und sich gestützt darauf Ansprüche nach Art. 260 SchKG abtreten lässt (vgl. BGE vom 27. September 1935 in Sachen Häfliger, Erw. 3 ff.).

Offen bleiben kann, ob nicht bei Befreiung des bedürftigen Abtretungsgläubigers von der Prozesskaution dem Staat ein Vorzugsrecht auf den allfälligen Prozesserlös im Umfang der diesem Gläubiger auferlegten Kosten zuzubilligen wäre.

.....

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung des Appellationsgerichtspräsidenten vom 29. September 1936 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die kantonale Instanz zurückgewiesen.

## II. GLAUBENS- UND GEWISSENSFREIHEIT

### LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET DE CROYANCE

Vgl. Nr. 45. — Voir n° 45.

## III. KULTUSFREIHEIT

### LIBERTÉ DES CULTES

Vgl. Nr. 45. — Voir n° 45.

## IV. PRESSFREIHEIT

### LIBERTÉ DE LA PRESSE

#### 45. Arrêt du 20 juin 1936 dans la cause Gross contre Conseil d'Etat du Canton de Genève.

1. Quand il s'agit de savoir dans quelles limites les cantons peuvent restreindre la liberté du citoyen dans la critique des religions et de leurs adeptes, ce sont les art. 49 et 50 CF qui font règle et non l'art. 55, même si cette critique se manifeste par la voie de la presse.
2. L'art. 50 al. 2 CF donne aux cantons le pouvoir d'interdire les manifestations de la pensée qui, dépassant le cadre d'une

apologie sérieuse et objective des convictions personnelles, constituent simplement un dénigrement systématique et malveillant des convictions d'autrui.

3. Le principe de la liberté de la presse (art. 55 CF) s'oppose à ce qu'un canton interdise purement et simplement les polémiques de presse sur des problèmes tels que la « question juive », et interdise à un journal de s'intituler « organe antisémite ».
4. En revanche, l'art. 55 al. 2 CF autorise les cantons à interdire et à réprimer les polémiques de presse qui menacent la paix entre les citoyens. On doit considérer comme telle une polémique qui abandonne le terrain de la critique objective et tend à provoquer le mépris et la haine du public pour les gens d'une certaine race (Israélites).
5. L'art. 55 CF ne fait pas obstacle au séquestre d'imprimés délictueux. — Toutefois l'autorité de police ne peut ordonner le séquestre qu'à titre provisoire et sous réserve d'une décision judiciaire.

A. — Le 3 avril 1935, le Conseil d'Etat du canton de Genève a pris l'arrêté suivant :

« Le Conseil d'Etat,

Vu la requête adressée en date du 30 janvier 1935 par l'Union suisse des communautés israélites et la communauté israélite de Genève ;

Considérant :

Que certains journaux et publications, notamment L « Homme de droite » et « Réaction », tous deux paraissant à Genève, par des expressions et déclarations publiques contre les Juifs, menacent non seulement la paix religieuse, mais aussi l'ordre public, soit la bonne entente entre les différentes parties de la population, cherchant par ces expressions et déclarations publiques, à provoquer la haine et à vouer une partie de celle-ci (*sic*), en raison de ses croyances et de ses origines, au mépris de la majorité ;

Que, soit la Constitution fédérale, soit la Constitution genevoise exigent le maintien de la paix religieuse et garantissent l'égalité de tous les citoyens devant la loi ;

Que, pour assurer le respect de ces droits constitutionnels, il y a lieu d'interdire, d'une manière générale, toute attaque injurieuse, diffamatoire ou offensante,