

paisiblement chez elle, en se tenant à sa place au bord de la chaussée. On ne peut lui adresser le moindre reproche. Le défendeur en revanche a commis des fautes lourdes et multiples ; il a roulé trop vite, il n'a pas gardé sa place, il n'avait qu'un phare allumé, il a perdu complètement la maîtrise de sa machine, et il eût certes mérité une punition plus sévère que la simple amende, au reste dérisoire, de 200 francs. Dès lors, comme le Tribunal fédéral l'a fait dans l'arrêt DE PREUX contre BORLOZ, du 21 mars 1934 (Journal des Tribunaux 1934, p. 309 consid. 5), il paraît équitable de fixer la réparation à 4000 francs pour le père et à 2000 francs pour chacun des deux fils.

#### 49. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Oktober 1934

i. S. Magazine zum Globus A.-G. gegen Kleinert.

Art. 49 OR. Verletzung der Geschäftsehre. Bezeichnung einer Reklame als « Schwindel ».

A. — Der Beklagte ist kanton-bernischer Gewerbesekretär sowie kantonaler Bundesführer und Mitglied der Landesleitung des « Bundes Neue Schweiz ». Am 18. Mai 1933 hielt er an einer grossen öffentlichen Kundgebung der Ortsgruppe Zürich des « Bundes Neue Schweiz » in der Zürcher Stadthalle vor zirka 2000 Personen einen Vortrag über die Ziele des genannten Bundes. Er trat darin für die mittelständischen Betriebe ein und nahm Stellung gegen Mammutunternehmungen, Konzerne und Trusts. In diesem Zusammenhang kam er auch auf die Warenhäuser zu sprechen und fügte bei : « Als ich heute nach Zürich kam und den Bahnhof verliess, da sah ich beim « Globus » die grossen Reklameplakate am Haus, und als ich dann las : « Hausfrauen, kommt zum Fest der Schweizerarbeit etc. », da sagte ich mir, das ist ein Schwindel ».

Die vom Beklagten erwähnte Reklame der Klägerin hatte folgenden Wortlaut :

« 1000 Schweizer Qualitäts-Artikel werben um ihre Gunst ! Globus » und « Hausfrauen : kommt zum Fest der Schweizer-Arbeit ».

B. — In einem offenen, in der Tagespresse publizierten Brief vom 23. Mai 1933 warf die Klägerin dem Beklagten vor, er habe mit seiner Äusserung das Ansehen ihres Geschäftes in leichtfertiger Weise besudelt, weshalb sie ihm Gelegenheit geben werde, den auf Kosten der Wahrheit errungenen Erfolg als Volksredner vor dem Richter zu verantworten.

Am 21./28. Juli 1933 hat sie vorliegende Klage eingereicht mit den Anträgen :

1. Der Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin wegen öffentlicher Kreditschädigung und Verletzung in den persönlichen Verhältnissen eine angemessene, gerichtlich festzusetzende Genugtuungssumme zu bezahlen, eventuell eine andere, der Form nach vom Gerichte zu bestimmende Genugtuung zu leisten.

2. Das vom Richter zu erlassende Urteil sei auf Kosten des Beklagten in einer angemessenen, vom Gerichte zu bestimmenden Weise in der zürcherischen und ostschweizerischen Presse zu veröffentlichen.

Die Klage wurde damit begründet, dass in der Äusserung des Beklagten der Vorwurf des schwindelhaften Reklamegebarens oder des schwindelhaften Geschäftsgebarens überhaupt liege und die Klägerin dadurch in ihren persönlichen Verhältnissen schwer verletzt worden sei.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er machte geltend, dass sich seine Kritik nur auf die klägerische Reklame bezogen habe, die aus dem dreifachen Grunde als « Schwindel » habe angesehen werden müssen, weil ein Warenhaus seiner Natur nach Erwerbzwecke verfolge und nicht zum Festfeiern da sei, weil es keinesfalls nur Schweizerwaren vertreiben könne und weil es schliesslich seine wirtschaftliche Macht doch nur zu oft zu Preisdrückerei missbrauche.

Im Parteiverhör hat der Generaldirektor der klägerischen

Firma, Zimmermann, erklärt, dass es sich beim Gegenstand der Reklame um eine Sonderveranstaltung gehandelt habe mit dem Zweck, einen grosszügigen Verkauf von Schweizerwaren durchzuführen; deshalb sei die Werbeaktion, ähnlich wie etwa die Schweizerwoche und die Mustermesse, als Fest der Schweizer-Arbeit «aufgezogen» worden. Mahler, Delegierter des Verwaltungsrates, hat sich in gleichem Sinne geäussert und beigefügt, man könne nachträglich und bei genauer Prüfung schon zugeben, dass der Ausdruck «Fest» der Schweizerarbeit vielleicht nicht ganz adäquat gewesen sei und durch einen noch zutreffenderen hätte ersetzt werden können.

C. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat die Klage durch Urteil vom 1. Mai 1934 abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Dieser Antrag ist in der heutigen Verhandlung wiederholt worden.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Vorinstanz hat nach Anerkennung der Aktivlegitimation der Klägerin, die unbestreitbar gegeben ist, den Prozessgegenstand dahin abgegrenzt, dass nur die Verletzung der Geschäftsehre zur Beurteilung stehe, nicht dagegen die Kreditschädigung, d. h. die vermögensrechtliche Schädigung, und auch nicht — was zu sagen wohl überflüssig war, da nur die Gesellschaft klagt — die Ehre der leitenden Persönlichkeiten der Gesellschaft. Dieser Begrenzung scheint das Klagebegehren entgegenzustehen, wo sowohl Schädigung des Kredites wie Verletzung in den persönlichen Verhältnissen geltend gemacht ist. Allein die Klagesubstantiierung enthält über die vermögensrechtliche Schädigung keinerlei Angaben; unter «Kreditschädigung» versteht die Klägerin offenbar nichts anderes

als Schädigung ihrer geschäftlichen Ehre. Würde sie ihr nicht diesen Sinn beilegen, so hätte sie übrigens die von der Vorinstanz vorgenommene Abgrenzung des Prozessstoffes als aktenwidrig anfechten müssen, was sie nicht getan hat. Es ist deshalb von der vorinstanzlichen Abgrenzung auszugehen.

2. — In der Sache selbst hält die Vorinstanz die Darstellung des Beklagten, dass seine Kritik nicht gegen das Geschäftsgebaren der Klägerin überhaupt, sondern lediglich gegen ihre Reklame für den Schweizerwarenverkauf gerichtet gewesen sei, für zutreffend. In der Tat sprach er von nichts anderem als von den Reklameplakaten mit der Inschrift: «Hausfrauen, kommt zum Fest der Schweizer-Arbeit» usw., und äusserte in unmittelbarem Anschluss daran seinen Gedanken: «Das ist ein Schwindel». Damit erscheint als Gegenstand der Kritik eben die erwähnte Reklame, in welchem Sinne die Bemerkung von den Zuhörern natürlicherweise auch verstanden werden musste; mangels gegenteiliger Anhaltspunkte darf zu Lasten des Beklagten nicht angenommen werden, dass sie sich darüber hinaus noch auf das Geschäftsgebaren der Klägerin im allgemeinen bezogen habe. Ebensowenig ist der Ansicht der Klägerin beizustimmen, man habe die Reklame nicht kritisieren können, ohne damit auch die Sache selber, den Schweizerwarenverkauf, zu treffen. Bei der Veranstaltung und der Reklame, die dafür gemacht wurde, handelte es sich um zwei verschiedene Dinge, die demgemäss auch verschiedener Beurteilung zugänglich waren.

Der Ausdruck «Schwindel» hat, wie unter Hinweis auf das Schweizerische Idiotikon, Bd. 9, S. 1950, schon im angefochtenen Urteil ausgeführt ist, im schweizerischen und besonders im ostschweizerischen Sprachgebrauch die doppelte Bedeutung des Betrügerischen einerseits und des Trügerischen, Unsachlichen, Bluffenden andererseits. Dass nun der Beklagte den Ausdruck bewusst im Sinne des Betrügerischen gebraucht und dass ihn das Publikum auch in diesem Sinne aufgefasst habe, erachtet die Vorinstanz

nach dem Beweisergebnis nicht als feststehend. Davon hat das Bundesgericht auszugehen; denn zu den tatsächlichen Verhältnissen, deren Feststellung nach Art. 81 OG seiner Nachprüfung entzogen ist, gehören nicht nur äussere, sondern auch innere, psychische Vorgänge, die auf dem Wege der Beweismittel zu ermitteln sind (vgl. BGE 43 II 779 Erw. 2; 45 II 437; WEISS, Berufung S. 177). Übrigens ist die Tatsache notorisch, dass man in der deutschen Schweiz, wenn irgendwelche Äusserungen als « Schwindel » bezeichnet werden, darunter durchwegs Bluff und Übertreibung versteht. Es genügt, auf die landläufige Kombination « ch.... Schwindel » hinzuweisen, um den wahren Inhalt dieses Ausdruckes erkennen zu lassen. Da sich auch die Bemerkung des Beklagten auf eine äussere Kundgebung, nämlich auf Reklame, bezogen hat, so ist deshalb nicht zu bezweifeln, dass die ebenfalls in jenem Sinne gebraucht und verstanden worden ist.

Damit steht allerdings die Zulässigkeit der streitigen Kritik noch nicht ohne weiteres fest. Vielmehr ergibt sich zunächst nur, dass nicht schon eine formelle Ehrverletzung vorliegt, der gegenüber der Wahrheitsbeweis ausgeschlossen wäre. Es verhält sich damit anders als mit der Bezeichnung « Schwindler », die — jedenfalls im Geschäftsleben — ihrem Wesen nach einen gewollt beleidigenden Charakter hat (vgl. BGE 31 II 657). Wer sich in irgendeiner Äusserung eine Unwahrheit oder Übertreibung zuschulden kommen lässt, muss es hinnehmen, wenn darüber in entsprechendem Sinne das Urteil « Schwindel » gefällt wird.

Es würde sich also fragen, ob die Reklame der Klägerin für ihren Schweizerwarenverkauf unwahre oder irgendwie bluffende Angaben enthalten hat. Von Unwahrheit oder Bluff kann jedenfalls insofern nicht die Rede sein, als ein planmässig organisierter Verkauf von Schweizerwaren für die Schweizerarbeit tatsächlich eine begrüssenswerte Veranstaltung darstellt, was auch in der Reklame hervorgehoben werden darf. Ob « Fest der Schweizerarbeit », wie die Reklame der Klägerin lautete, gerade der geeignetste

Ausdruck war und damit die gemeinnützige Seite der Veranstaltung gegenüber dem eigenen Erwerbsszweck der Klägerin nicht zu stark betont wurde, kann mit der Vorinstanz bezweifelt werden, zumal auch der Delegierte des Verwaltungsrates der klägerischen Gesellschaft, Mahler, den verwendeten Text nachträglich « nicht ganz adäquat » gefunden hat.

Allein wie dem auch sei, so ist für den Genugtuungsanspruch der Klägerin gemäss Art. 49 OR weiterhin Voraussetzung die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens. Diese Voraussetzung kann keinesfalls als erfüllt angesehen werden, auch wenn man berücksichtigt, dass die Klägerin bekanntermassen eine seriöse Schweizerunternehmung ist, die ihre Geschäftslehre mit Recht respektiert wissen will. Schon die vorerwähnten Umstände, dass sich die Kritik nicht auf ihr allgemeines Geschäftsgewahren, sondern bloss auf eine bestimmte Reklame bezogen hat und dass diese mit dem Ausdruck « Schwindel » lediglich als Übertreibung hingestellt werden wollte, erlauben nicht, von einem schweren Angriff auf die Geschäftslehre der Klägerin zu sprechen. Ausserdem handelte es sich im eine spontane Äusserung des Beklagten nach Erblicken der Reklame, die bei ihm offenbar eine unmutige Stimmung ausgelöst hatte. Umsoweniger darf ihm auch der Ausfall als schweres Verschulden angerechnet werden.

Die Klägerin wendet demgegenüber heute ein, dass der Beklagte die Äusserung zu einer Zeit getan habe, in der die Wellen der zum Teil auch gegen die Warenhäuser gerichteten politischen Erneuerungsbewegung hochgegangen seien; deshalb habe sie, die Klägerin, die Äusserung besonders schwer empfinden müssen. Gerade das Gegenteil ist jedoch der Fall. In einer allgemeinen Kampfsituation, wie sie damals bestanden hat, ist besondere Empfindlichkeit noch weniger am Platze als in normalen Zeiten, wo den Beteiligten eher zugemutet werden kann, dass sie ihre Interessengegensätze ruhig und massvoll austragen.

Unter diesen Umständen kann der Genugtuungsanspruch

der Klägerin nicht gutgeheissen werden. Die Klägerin glaubte offenbar, aus Prestigegründe gegen den Beklagten den Prozess anstrengen zu müssen. Zu Unrecht, eine genügende Veranlassung lag nicht vor. Dagegen spricht auch die Tatsache, dass die Bemerkung des Beklagten in den Versammlungsberichten der Presse nicht einmal erwähnt und erst durch die grossen Zeitungsinserate der Klägerin selber in eine weitere Öffentlichkeit getragen worden ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 1. Mai 1934 bestätigt.

**50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1934 i. S. Steiger gegen Ganz-Eternit A. G.**

Schuldübernahme, nicht Novation, bei Entlassung des einen Solidarschuldners aus der Schuldpflicht und Übernahme der alleinigen Schuldpflicht durch den bisherigen andern Solidarschuldner (Art. 175 f., 116 OR).

Bürgschaft geht daher mangels Zustimmung des Bürgen unter ; Form der Zustimmung (Art. 178 OR).

*Aus den Erwägungen :*

2. — In der am 10. Mai 1929 erfolgten Neuregelung des Darlehensverhältnisses — Entlassung des Solidarschuldners Eduard Schauwecker bezw. seiner Erbschaft aus der Schuldpflicht, Übernahme der alleinigen Schuldpflicht durch den bisherigen Solidarschuldner Mäglin, und Beitritt des H. Schauwecker als weiterer Solidarbürge — hat die Vorinstanz im Gegensatz zu der ersten Instanz eine Novation erblickt, durch die das alte Schuldverhältnis untergegangen und damit die Bürgschaftsverpflichtung der Klägerin erloschen sei. Hierin kann der Vorinstanz

nicht beigepflichtet werden. Neuerung im Sinne von Art. 116 OR ist die Umwandlung eines alten Schuldverhältnisses in ein neues, wobei der Verpflichtungsgrund des neuen Schuldverhältnisses nicht in demjenigen des alten, sondern in dem die Neuerung bewirkenden neuen und selbständigen Rechtsgeschäft besteht. Wird dagegen das alte Schuldverhältnis in seiner Identität nicht beseitigt, sondern werden unter Wahrung von dessen Substanz daran nur Änderungen im Inhalt (Stundung der Schuld, Erhöhung der Leistung) oder in der Person des Gläubigers (durch Abtretung nach Art. 164 ff. OR) oder des Schuldners (durch Schuldübernahme, Art. 175 ff. OR), vorgenommen, so liegt keine Neuerung vor (OSER-SCHÖNENBERGER, Anm. 14 zu Art. 116 OR ; FAESY, Die Novation, Diss. Bern 1918, S. 44). Hier handelt es sich nun um einen typischen Fall von Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR, wie schon der Wortlaut der Erklärung vom 10. Mai 1929 zeigt, wonach die Erbschaft Schauwecker aus der Schuldpflicht entlassen wurde und Mäglin die alleinige Schuldpflicht gegenüber dem Beklagten übernahm. Dass er bereits Solidarschuldner war, ändert hieran nichts ; auch ein Solidarschuldner kann die Schuld seines Mitschuldners übernehmen, womit er Alleinschuldner wird. An der Identität des alten Schuldverhältnisses wurde dadurch nichts geändert. Das ursprüngliche Darlehensverhältnis blieb nach wie vor dasselbe.

Im Gegensatz zur Novation werden beim Schuldnerwechsel die Nebenrechte, soweit sie nicht mit der Person des Schuldners unzertrennbar verknüpft sind, nicht berührt. Allein nach Art. 178 Abs. 2 OR haftet ein Bürge dem Gläubiger nur dann weiter, wenn er der Schuldübernahme beigestimmt hat. Diese Zustimmung kann vor oder beim Übergangsakte erfolgen ; dann ist sie, wie die Schuldübernahme selber, nicht formbedürftig. Fehlt die Zustimmung im Zeitpunkte der Schuldübernahme, so ist die Bürgschaft erloschen. Eine nachträgliche Zustimmung ist daher, nachdem die ursprüngliche Bürgschaft unterge-