

keit der im Bürgschaftsakt enthaltenen Angaben bekannt war, und andererseits war die Absicht, den Bürgen durch die falschen Angaben zur Eingehung der Bürgschaft zu verleiten, jedenfalls beim Hauptschuldner vorhanden. Bei der Einholung der Bürgschaft handelte aber der Hauptschuldner Müller als Vertreter der Klägerin, da ja die Bürgschaft ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen ist (aO 489), worauf die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat. Folglich muß die Klägerin die erfolgte absichtliche Täuschung des Stierli durch Dr. Müller gegen sich gelten lassen; der Irrtum, in dem Stierli befangen war, ist als durch sie selber herbeigeführt zu betrachten. Übrigens ist auch hier zu betonen, daß nicht der Hauptschuldner, sondern die Klägerin selber den Bürgschaftsakt aufgesetzt hat. Auffallend ist ferner, daß sie darin bei den Pfandtiteln von 100,000 Fr. den Vorgang von 155,000 Fr. nicht angegeben hat, obschon sogar Dr. Müller sie darum ersucht hatte.

Es bleibt zu untersuchen, ob der Kausalzusammenhang zwischen der Irrtumsregung und der Eingehung der Bürgschaft durch Stierli gegeben sei. Auch das ist zu bejahen. Ein Anhaltspunkt dafür, daß Stierli irgendwie über die wahre Beschaffenheit und die Entstehung der von ihm verbürgten Schuld aufgeklärt worden sei, besteht nicht. Der Hauptschuldner Müller, der von der Klägerin als Zeuge angerufen wurde, hat zugegeben, daß er dem Stierli weder vor noch nach der Unterzeichnung des Bürgscheines mitgeteilt habe, daß der zu verbürgende Betrag in Wirklichkeit einen Teil der von der Firma Meier, Schmid & Cie. übernommenen Schuld bilde. Also liegt eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges wegen Kenntnis des Bürgen von der wirklichen Sachlage jedenfalls nicht vor. Doch fragt sich weiter, ob nicht Stierli die Bürgschaft auch dann eingegangen wäre, wenn er vom wahren Sachverhalt Kenntnis gehabt hätte, und ob nicht der Kausalzusammenhang aus diesem Grunde fehle. Zur Begründung dieses Standpunktes hat der Vertreter der Klägerin heute mit Nachdruck betont, daß Stierli und Müller die Pfandtitel von 100,000 Fr. als vollwertig betrachtet hätten, wie aus der Einnahme Müllers hervorgehe, und daß Stierli infolgedessen der Natur der Hauptschuld wesentliche Bedeutung nicht beigemessen hätte. Dem ist entgegenzuhalten, daß der nämliche Zeuge erklärt hat, Stierli habe vom Vorgang von 155,000 Fr. gewußt. Ist diese Aussage richtig,

was nach den maßgebenden Feststellungen der Vorinstanz anzunehmen ist, so konnte Stierli die Pfandtitel unmöglich als vollwertig betrachten. Entscheidend ist sodann, daß der Hauptschuldner Müller die der Bürgschaft zu Grunde liegende Schuld in Wirklichkeit von der nämlichen insolventen Unternehmung übernommen hatte, auf welche die Pfandtitel lauteten, deren „unsicherer Wert“ die Klägerin veranlaßte, vom Hauptschuldner die streitige Bürgschaft zu verlangen. Daß Stierli den Bürgschein nicht unterschrieben hätte, wenn er hievon gewußt hätte, liegt dermaßen auf der Hand, daß es einer weiteren Erörterung nicht bedarf.

5. — Ob ein „wesentlicher“ Irrtum im Sinne von Art. 18 und 19 aO vorliege, braucht danach nicht geprüft zu werden; ebensowenig, ob die Bürgschaft deshalb unverbindlich sei, weil sie in der Voraussetzung eingegangen wurde, es werde sich ein zweiter Bürge mitverpflichten. Außer Betracht fallen ferner alle übrigen vom Beklagten erhobenen Einreden. Endlich wird durch die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils sowohl der eventuelle Rückweiserungsantrag der Klägerin als die vom Beklagten erhobene Anschlußberufung gegenstandslos; —

erkannt:

1. Die Hauptberufung der Klägerin wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 3. Mai 1912 in allen Teilen bestätigt.
2. Die Anschlußberufung des Beklagten wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

96. Arrêt de la 1^{re} section civile du 16 novembre 1912
dans la cause Hoirs Bertherat, déf. et rec., et Corbet, déf.,
contre Hoirs Hugon, dem. et int.

Responsabilité du maitre pour les actes de ses employés; domage causé ensemble par eux (CO de 1881, art. 62 et 60). — **Solidarité imparfaite** (Unechte Solidarität). — Concurrence d'actions (CO de 1881, art. 162 et 163).

A. — Feu Nicodème Bertherat, dit Paccard, exerçait à Genève la profession de rebouteur. Tous les lundis il se rendait dans l'enclave genevoise de Céligny où il donnait des

consultations et opérait à l'auberge tenue par un sieur Pellaton.

En 1893, Bertherat accueillit chez lui son neveu Adolphe Corbet, chez lequel il avait cru reconnaître des aptitudes. Il se fit d'abord aider par lui, puis, à partir de 1900, l'envoya seul soigner ses clients lorsque lui-même était empêché. Le prix des soins ainsi donnés par Corbet était, dans la règle, payé directement à Nicodème Paccard; exceptionnellement Corbet touchait lui-même les honoraires qu'il remettait ensuite à son oncle. Celui-ci le logeait, le nourrissait, le défrayait de tout et il lui donnait des gratifications en argent. En 1905 ces gratifications montaient à environ 50 ou 60 fr. par mois.

Le 11 novembre 1905, Nicodème Bertherat tomba malade; il mourut le 18 octobre 1906.

Pendant la maladie de son oncle, Corbet le remplaça, se rendant notamment à Céligny. Là il reçut, le 18 décembre 1905, la visite d'Auguste Hugon, de Givrins qui souffrait des suites d'un faux mouvement de la jambe gauche et qui désirait consulter le rebouteur Paccard. Corbet lui expliqua qu'il remplaçait son oncle. Aidé de l'aubergiste Pellaton, Corbet procéda si maladroitement à l'extension de la jambe malade qu'il la brisa. Hugon dut s'aliter. Jusqu'au 23 mai 1906 il fut soigné par Corbet au moyen de baumes et de cataplasmes. Se rendant compte de l'inefficacité de ce traitement, Hugon fit appeler un médecin. Celui-ci, le Dr Gaillard de Begnins, après avoir pris l'avis du Dr Vuillet de Lausanne, reconnut l'urgence d'une intervention chirurgicale. Hugon fut transporté à l'infirmerie de Nyon où les médecins pratiquèrent, le 14 juin 1906, la résection du genou. Cette opération fit constater un tel état de délabrement du tibia, par suite de la fracture du plateau, que l'amputation fut jugée nécessaire. Celle-ci eut lieu le 17 juillet suivant. Les médecins émirent unanimement l'avis que l'opération avait été rendue nécessaire par la fracture provoquée par Corbet et par les complications qui se produisirent, faute d'un traitement rationnel.

B. — Le 18 janvier 1907, Hugon porta plainte contre Corbet au Parquet de Genève. L'enquête pénale aboutit au renvoi de Corbet devant le Tribunal de Police de Genève qui, par jugement du 24 novembre 1907, le condamna à 500 fr. d'amende.

Le 15 janvier 1907, Hugon assigna Corbet et les héritiers de feu Nicodème Bertherat, dit Paccard, devant le Tribunal de première instance de Genève, en paiement solidaire de la somme de 18 000 fr. à titre de dommages-intérêts.

Suspendue le 30 janvier 1908, par le décès de Hugon, l'instance fut reprise par sa veuve agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité de tutrice de ses enfants mineurs.

Les hoirs Bertherat ont conclu à libération et ont soulevé en outre plusieurs exceptions qui n'ont en définitive été maintenues qu'en ce qui concerne l'incompétence du Tribunal nanti à l'égard des époux Manzioli; vu leur nationalité italienne et leur domicile en Italie.

Corbet a reconnu en principe sa responsabilité, mais a conclu à une réduction considérable de l'indemnité réclamée.

C. — Après avoir ordonné la comparution personnelle de Corbet et admis, par prononcé du 8 mai 1911, l'exception d'incompétence soulevée par les époux Manzioli, le Tribunal de première instance a déclaré Corbet et les hoirs Bertherat responsables du préjudice causé aux demandeurs et les a condamnés, par jugement du 10 janvier 1912, à payer solidairement aux héritiers Hugon la somme de 10 522 fr. 15 à titre de dommages-intérêts.

D. — Sur appel des défendeurs, la Cour de Justice civile du canton de Genève a rendu le 15 juin 1912 l'arrêt suivant:

« Confirme le jugement du 8 mai 1911. Réforme le jugement du 10 janvier 1912, en tant qu'il a condamné les appelants à payer solidairement la somme de dix mille cinq cent vingt-deux francs quinze centimes et statuant à nouveau sur ce point.

» Condamne Corbet et les hoirs Bertherat Paccard à payer solidairement à veuve Hugon q. q. a. avec intérêts légaux,

» la somme de 10 630 fr. 50 les hoirs Bertherat à concurrence de leurs parts et portions héréditaires soit Madame veuve Bertherat-Paccard à concurrence des vingt-six quarante-huitièmes, soit de la somme de 5778 fr. 18 et Demoiselle Claudia Paccard à concurrence des onze quarante-huitièmes, soit de la somme de deux mille quatre cent trente-six francs 15 centimes.

» Réserve à dame Hugon q. q. a. tous ses droits en ce qui concerne les mariés Manzioli.

» Confirme le jugement pour le surplus.

» Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions. »

E. — Les hoirs Bertherat ont recouru en temps utile au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Ils reprennent leurs conclusions libératoires.

Les demandeurs ont conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Corbet n'ayant pas recouru contre l'arrêt de la Cour de justice civile, ce prononcé a acquis force de chose jugée à son égard. La seule question qui se pose est dès lors de savoir si les recourants sont également tenus de réparer le dommage causé aux demandeurs. L'instance cantonale a résolu cette question affirmativement et a admis la responsabilité solidaire des recourants en application des art. 60 et 62 CO ancien.

Cette dernière disposition, aux termes de laquelle le maître est responsable du dommage causé par ses employés dans l'accomplissement de leur travail, est en effet applicable dans la présente espèce. Il résulte des constatations de fait de la Cour cantonale, confirmées par les pièces du dossier, qu'il existait un rapport de maître à employé entre le rebouteur Paccard et son aide Corbet et que celui-ci a procédé à l'opération du 18 décembre 1905 à l'occasion du travail qui lui était confié par son maître. En effet à l'époque où feu Hugon a été opéré et soigné par Corbet, le rebouteur Paccard était malade et se faisait remplacer par son em-

ployé ; et c'est bien en sa qualité d'employé de Paccard que Corbet s'est rendu le 18 décembre 1905 à Céligny pour y opérer à la place et pour le compte de son maître. La responsabilité de ce dernier est dès lors engagée à moins qu'il ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir le dommage causé aux demandeurs par son employé. Cette preuve libératoire qui incombait aux recourants n'a pas été fournie. Bien au contraire, il ressort du dossier que le rebouteur Paccard a commis une faute lourde, tant *in eligendo* que *in instruendo*, en se faisant aider et remplacer par son neveu. Il est en effet établi que Corbet était un paysan dépourvu de toute instruction scientifique, auquel Paccard n'a fait faire aucun apprentissage et auquel il n'a pu enseigner ce qu'il ignorait lui-même (voir au sujet des précautions à prendre par le maître RO 36 II p. 498 s. cons. 1).

Pour s'exonérer, les recourants arguent de l'art. 17 CO ancien ; mais cette disposition ne saurait être utilement invoquée en l'espèce, car la responsabilité du maître en vertu de l'art. 62 existe même en l'absence d'un contrat, pourvu toutefois que l'employé se trouve en fait dans un rapport de service avec le maître et qu'il soit ainsi placé sous la dépendance et la surveillance de ce dernier (v. RO 33 II p. 155 et suiv. cons. 7 et suiv.).

Dans ces conditions, les recourants sont tenus, en conformité de l'art. 62 CO ancien, de réparer le dommage causé aux demandeurs.

2. — L'instance cantonale a encore condamné les hoirs Bertherat en vertu de l'art. 60 CO ancien. Mais il y a lieu de faire abstraction de cette disposition dans la présente cause. En effet, si le rebouteur Paccard a commis une faute en choisissant à la légère son employé, en omettant de l'instruire et en négligeant de le surveiller, on ne saurait admettre qu'il ait coopéré au résultat de l'acte illicite imputable à Corbet de telle façon que l'on puisse parler d'un dommage « causé en commun » ou, plus correctement, suivant le texte allemand de l'art. 60, d'un « *gemeinsam verschuldeter Schaden* ».

3. — La responsabilité des recourants, basée sur l'art. 62 CO, est directe et embrasse la totalité du préjudice subi par les demandeurs. Ce dommage a été évalué à 10 630 fr. 50 par la Cour de Justice civile et ce chiffre, contre lequel les recourants ne se sont pas élevés, doit être confirmé purement et simplement. Il convient de relever, d'autre part, que la responsabilité des hoirs Bertherat existe concurremment avec celle de Corbet et tend à la réparation du même dommage. Les principes admis en matière de concours d'actions (Klagenkonkurrenz) sont donc applicables en l'espèce. Les demandeurs avaient la faculté d'attaquer successivement ou simultanément les consorts défendeurs, et la condamnation de ceux-ci étant devenue définitive, ils peuvent, à leur choix, en poursuivre l'exécution contre Corbet ou les hoirs Bertherat. Toutefois, une double réparation du préjudice est inadmissible, et c'est à la somme totale et unique de 10 630 fr. 50 que les demandeurs ont droit. La prétention de ces derniers vis-à-vis de tous les défendeurs disparaît par conséquent dès que, et dans la mesure où cette indemnité est payée par l'un ou l'autre des consorts défendeurs. La solidarité admise par la Cour de Justice civile dans le dispositif de son arrêt ne doit, dès lors, pas être entendu au sens propre de ce terme (art. 162 CO ancien), mais doit être interprétée dans le sens de la « solidarité imparfaite » (unechte Solidarität) qui résulte du concours des responsabilités et dont les effets à l'égard des demandeurs sont semblables à ceux de la solidarité (art. 163 CO ancien; v. l'arrêt rendu le 10 octobre 1907 par le Tribunal fédéral dans la cause Senn et Hagmann c. Ineichen; RO 33 II p. 508 cons. 5; voir aussi 36 II p. 98 cons. 6.; cf. en outre OTTO GRÖNER, *Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Regressverhältnisse*, p. 13 et suiv., surtout p. 15; A. GÜHL, *Kennt das schw. Oblig.-Recht einen inneren Unterschied zwischen passiver Korrealität und Solidarität?* p. 162 et suiv.).

Quant à la question de savoir dans quelle mesure celui des défendeurs (Hoirs Bertherat ou Corbet) qui a payé peut

se récupérer en exerçant un recours contre l'autre défendeur, c'est là une question qui doit rester intacte et que le Tribunal fédéral n'a pas à examiner à l'occasion du présent procès (v. RO 33 II arrêt cité p. 509).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal confirmé, les hoirs Bertherat n'étant toutefois tenus qu'en vertu de l'art. 62 CO ancien.

97. *Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. November 1912*
in Sachen **Schubert**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Müller, Kl. u. Ber.-Bekl.

Vertragsabschluss. Wann hat Stillschweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Zustimmung zu gelten?

A. — Durch Urteil vom 9. August 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel = Stadt in vorliegender Streitfache erkannt:

„Der Beklagte wird zur Zahlung von 1700 Mark nebst 5 % „Zins hievon seit 18. Juli 1911 an den Kläger verurteilt, wogegen ihm der Kläger 200 Exemplare des in seinem Verlage „erscheinenden Buches „Die Frau als Hausärztin“ von Fischer-Dückelmann, emballagefrei ab Stuttgart, und 100,000 Prospekte „mit Bestellkarten mit Aufdruck der Firma des Beklagten zu liefern hat. Dem Beklagten bleibt in Bezug auf diese Lieferungen die „Mängelrüge vorbehalten.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt und begründet: Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das erstinstanzliche Urteil vom 24. Mai 1912, wonach die Klage abgewiesen wurde, zu bestätigen.

C. — Der Kläger hat in seiner Antwort auf Abweisung der Berufung angetragen.