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*, Bf. u. Ber.-Kl., gegen
Müller, Kl. u. Ber.-Bf.

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 Streitsache 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-Düffelmann, emballagefrei ab Stuttgart, und 100,000 Prospekte mit Bestellkarten mit Ausdruck 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.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 18. Mai 1901 besuchte Albert Nebmann, der Reisende und Prokurist des Klägers, Julius Müller, Inhaber einer Verlagsanstalt in Stuttgart, den Beklagten Max Schubert, Buchhändler in Basel und bot ihm das im Verlag des Klägers erscheinende Buch „Die Frau als Hausärztin“ zum Vertriebe an. Es wurde über die Vertragsbedingungen beraten und Nebmann notierte den Inhalt des Vertrages in seinem Bestellbuch. Er behauptet, es sei zu einer mündlichen Einigung gekommen, während der Beklagte eine vertragliche Bindung bestreitet und geltend macht: Er habe den in das Bestellbuch aufgenommenen Vertragsentwurf nicht unterschrieben, während die andern darin verurkundeten Verträge von den betreffenden Bestellern unterzeichnet seien. Verträge über Lieferung von Büchern würden aber stets schriftlich abgeschlossen. Eine Einigung sei hauptsächlich deshalb unterblieben, weil Nebmann das Alleinvertriebsrecht für die ganze Schweiz nicht habe einräumen wollen. Am folgenden Tage sprach Nebmann neuerdings beim Beklagten vor. Nach seiner Angabe geschah dies, um dem Beklagten mitzuteilen, daß er der Firma Wepf & Schwabe in Basel den Vertrieb von Prospekten übertragen habe, und um dadurch zu verhindern, daß der Beklagte glaube, man wolle ihm etwas verschweigen. Nach der Behauptung des Beklagten bezweckte Nebmann mit diesem Besuche neuerdings, und wiederum erfolglos, den Beklagten zum Vertragsabschlusse zu bestimmen. Mit Brief vom gleichen Tage, 19. Mai, schrieb der Kläger von Stuttgart aus dem Beklagten: Er bestätige ihm dankend den Herrn Nebmann erteilten Auftrag über 200 Exemplare „Hausärztin“ zu 8 M. 50 Pf. emballagefrei ab Stuttgart gegen bar mit 3 % Skonto, dazu 100,000 Prospekte mit Karten gratis und mit Aufdruck der Firma des Klägers. 50 Exemplare seien mit den Prospekten und die andern 150 auf Abruf innerhalb drei Monaten lieferbar. Der Korrekturabzug der Prospekte gehe dem Beklagten gleichzeitig als Drucksache zu, der Kläger sehe der baldigen Einsendung der Korrektur entgegen. Um Kollisionen zu vermeiden, teile er dem Beklagten mit, daß die Firma Wepf & Schwabe in Basel dieser Tage einen Posten Prospekte zur Beilage in der Nationalzeitung erhalten habe. Der Kläger sei jedoch eventuell nicht abgeneigt, dem Beklagten nach

dem ersten Versuch den Prospektvertrieb für Basel allein zu überlassen. Nach vorinstanzlicher Feststellung hat der Beklagte dieses Schreiben nicht beantwortet. Ebenso blieben zwei Ansuchen des Klägers vom 26. und 29. Mai um Einsendung der gewünschten Korrektur unerwidert. Eine größere Zahl späterer Schreiben und ein Telegramm des Klägers, die ebenfalls die Einsendung der Korrektur betrafen oder worin der Beklagte als vertraglich gebunden behaftet wird, wurden jeweilen refüsiert und ein Telegramm mit bezahlter Antwort blieb unbeantwortet.

Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr der Kläger das Begehren gestellt, es sei der Beklagte zur Bezahlung von 1700 Mtk. nebst Zins zu 5 % seit dem 18. Juli 1911 zu verurteilen.

2. — Der Beklagte behauptet, er habe auf das Schreiben des Klägers vom 19. Mai 1911 hin, womit dieser den seinem Reisenden erteilten Auftrag bestätigte, brieflich geantwortet, dem Reisenden keinen Auftrag erteilt zu haben. Die Vorinstanz hält aber die Absendung eines solchen Antwortschreibens für nicht rechtsgenügend ausgewiesen. Diese tatsächliche Würdigung ist bundesrechtlich nicht anfechtbar und das Bundesgericht muß daher mit der Vorinstanz davon ausgehen, daß der Beklagte auf jenes Bestätigungsschreiben stillgeschwiegen hat. Hiernach aber fragt es sich vor allem, ob dieses Stillschweigen nicht als Zustimmungserklärung zum Inhalt des Briefes vom 19. Mai anzusehen sei und damit also der Beklagte den behaupteten Vertragsabschluß mit dem Reisenden Nebmann anerkannt habe. Die Beantwortung der Frage hängt wiederum davon ab, ob unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben und in Hinsicht auf die in solchen Geschäften geltende Verkehrsübung eine Beantwortung des Bestätigungsschreibens zu erwarten gewesen wäre und der Kläger aus der Unterlassung auf das Einverständnis des Beklagten habe schließen dürfen. Nun scheinen freilich die Parteien bisher in keinem oder doch keinem regelmäßigen Geschäftsverkehr gestanden zu sein; aber beide sind Geschäftsleute und das Bedürfnis nach einem geregelten Geschäftsverkehr muß es ihnen nahelegen, Unklarheiten über den Bestand von Lieferungs- und Zahlungspflichten zum vornherein zu beseitigen und dadurch späteren Anständen und Hemmungen des ordentlichen Geschäftsbetriebes vorzubeugen. In Rücksicht hierauf durfte der

Beklagte auf das Bestätigungsschreiben vom 19. Mai dann nicht einfach stillschweigen, wenn er anzunehmen hatte, der Kläger könne sich mit Grund im Besitze eines seinem Prokuristen endgültig erteilten Auftrages glauben. Alsdann entsprach es der Redlichkeit im Geschäftsverkehr und mußte es der Beklagte auch als im eigenen Interesse liegend erachten, seinen gegenteiligen Standpunkt dem Kläger ausdrücklich kund zu geben. Nach der Lage des Falles hat nun aber in der Tat der Beklagte annehmen müssen, daß der Kläger genügenden Anlaß habe, eine vertragliche Bindung als erfolgt anzusehen. Laut den Aufzeichnungen im Bestellbuch sind alle wesentlichen Vertragspunkte besprochen worden und der Beklagte verneint denn auch das Zustandekommen des Vertrages wesentlich nur deshalb, weil ihm der Alleinvertrieb in der Schweiz nicht eingeräumt worden sei. Nachdem nun der Kläger im Bestätigungsschreiben alle Punkte des Vertragsinhalts wiedergegeben und hiebei im besondern auch noch die spätere Überlassung des alleinigen Prospektvertriebs für Basel in Aussicht gestellt hat, wäre es am Beklagten gewesen, zu erklären, daß und warum er trotzdem sich nicht als vertraglich gebunden erachte und es ablehne, durch die verlangte Einsendung der Prospektkorrektur zur Vollziehung des Vertrages Hand zu bieten, und mangels dessen durfte der Kläger sein Einverständnis voraussetzen. Dieser Rechtsauffassung widersprechen auch die vom Beklagten angerufenen Bundesgerichtsentscheide (A. S. 19, 929, 23, 232, 30 II 301) nicht, namentlich auch nicht der zuletzt genannte i. S. Picard gegen Hofmehl. Im Gegensatz zu diesem Falle konnte hier das Bestätigungsschreiben nicht eine erst noch zu erzielende Einigung bezwecken, da es ja von einem bereits „erteilten“ Auftrag spricht (vergl. auch den Entscheid des Bundesgerichts i. S. Gebrüder Frey gegen Seifenfabrik Hochdorf vom 25. Oktober 1912*).

Dem Gesagten gegenüber ist auch der als Indiz für das Zustandekommen eines Vertrages angeführte Umstand nicht von wesentlicher Bedeutung, daß der Beklagte den in das Bestellbuch aufgenommenen Vertragsinhalt nicht unterzeichnet hat. Wäre nämlich daraus zu schließen, daß der Beklagte in der Verhandlung vom 18. Mai seine Zustimmungserklärung als Vertragspartei habe

* S. oben Nr. 92.

ablehnen wollen, so hätte er trotzdem allen Grund gehabt, gegenüber dem Kläger die Auffassung des Reisenden Nebmann, daß eine mündliche Einigung erzielt worden sei, zu bestreiten, und sein Stillschweigen auf den Bestätigungsbrief mußte auch so aus den erörterten Gründen als Anerkennung des mündlich getroffenen Abkommens gelten. Daß solche Verträge übungsgemäß erst mit ihrer schriftlichen Festlegung und Unterzeichnung perfekt werden, hat der Beklagte vor Bundesgericht nicht mehr behauptet und es fehlen übrigens aktenmäßige Anhaltspunkte für eine solche Übung, deren Rechtsverbindlichkeit dahingestellt bleiben kann. Auch aus dem zweiten Besuche Nebmanns vom 19. Mai kann der Beklagte etwas wesentliches für seinen Standpunkt nicht ableiten. Über den Zweck dieses Besuches und die von Nebmann damals gemachten Äußerungen steht nichts fest und überhaupt besitzt dieser Umstand für die entscheidende Frage, ob der Beklagte auf das Bestätigungsschreiben habe stillschweigen dürfen oder nicht, keine oder nur nebensächliche Bedeutung.

Das spätere Verhalten des Beklagten, nämlich die Nichtbeachtung oder Refüsierung der Briefe des Klägers, ließe sich für die Auffassung des Beklagten anführen, wenn er auf das Bestätigungsschreiben geantwortet hätte, wie er ursprünglich behauptet hat. Es ist aber unerheblich, nachdem sein Stillschweigen auf jenes vorangegangene Schreiben als Zustimmungserklärung gelten muß. Dieses Stillschweigen für sich allein genügt, um den Beklagten als vertraglich gebunden anzusehen, und es braucht gar nicht mit der Vorinstanz zur Verstärkung noch auf die spätern Zuschriften des Klägers und deren Nichtberücksichtigung durch den Beklagten abgestellt zu werden. Damit fallen die diesen Punkt betreffenden Ausführungen der Berufungsschrift außer Betracht.

3. — Im übrigen ist die Klageforderung und der Zinsanspruch nicht bestritten und ebenso waltet über die vorinstanzliche Formulierung der Rechte des Beklagten als Besteller kein Streit.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 9. August 1912 in allen Teilen bestätigt.