

3130

Vertrag. Übereinstimmende Willenserklärung über Nebenpunkte. Vertragsschluss bejaht trotz fehlender Einigung über die Modalitäten einer Bankgarantie (Art. 2 OR).

Die Klägerin offerierte dem Beklagten die Exklusiv-Werberechte für ein Fussball-Europacupspiel zum Preise von DM 250 000.–. Dieser erklärte per Telex Annahme des Angebotes. In der Folge entspann sich eine Meinungsverschiedenheit über die Frage, ob zugestandene Preisreduktionsfaktoren in den Text der vom Käufer zu leistenden Bankgarantie aufzunehmen seien. Sechs Tage vor dem Spiel erklärte der Beklagte die Auflösung des Vertrages und liess die nach seiner Version geleistete Bankgarantie widerrufen. Das Obergericht heisst die Forderungsklage der Verkäuferin gut.

Aus den Erwägungen:

Zur Diskussion steht die Frage, ob das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien daran gescheitert sei, dass zwar wohl ein Konsens in den objektiv wesentlichen Punkten, nicht aber in einem weiteren vom Beklagten für wesentlich gehaltenen Punkt, dem Wortlaut der Garantieerklärung, erzielt worden sei. Mit solchen «Widerstandspunkten» hat man es dann zu tun, wenn die Parteien den Punkt selber als wesentlich bezeichnen oder wenn aufgrund der Umstände, insbesondere der wirtschaftlichen Bedeutung, anzunehmen ist, eine Partei würde sonst den Vertrag nicht schliessen. Wer objektiv unwesentliche Punkte als Bedingung seines Vertragswillens angibt, hat dies deutlich zu erkennen zu geben (*Merz*, Vertrag und Vertragsschluss, Rz 175).

Nach einem Teil der Lehre, (so *Becker*, Komm. N. 4 zu Art. 2 OR, *Guhl*, *Merz*, *Kummer*, Das Schweiz. Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich 1980, S. 93 f.) sind wesentliche Vertragspunkte im Sinne der Vermutung von Art. 2 Abs. 1 OR neben den objektiv essentiellen auch die *subjektiv* wesentlichen Punkte. Dem widersprechen *Schönenberger/Jäggi*, Komm. N. 37 zu Art. 2 OR sowie *Kramer/Schmidlin*, Komm. N. 10 zu Art. 2 OR. Mit Recht führen sie aus, wenn ein wesentlicher Punkt im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OR auch ein objektiv unwesentlicher Punkt sein könne, dessen Regelung für den Vertragspartner erkennbar «*conditio sine qua non*» für eine vertragliche Bindung darstellt, wäre die gesetzliche Vermutung überflüssig.

Bezüglich Bindungswillen der Parteien müsse dann nämlich gar nichts mehr vermutet werden, wenn festgestellt werde, dass die Parteien *alle* wesentlichen Punkte – auch die subjektiv wesentlichen – geregelt hätten. Beweisrechtlich folgt daraus, dass der Beklagte darzutun hätte, dass er vor der Einigung über den vorbehaltenen Nebenpunkt noch nicht gebunden sein wollte. Aus dem Vertrauensprinzip folgt ausserdem, dass der mangelnde Abschlusswille dem andern deutlich erkennbar sein musste (*Kramer/Schmidlin*, N. 11 zu Art. 2 OR und dort zitierte Literatur).

Das Verhalten des Beklagten nach erklärter Annahme, insbesondere die Tatsache, dass er über die Werberechte mit Dritten Verträge schloss und Verhandlungen führte, spricht gegen einen Abschlussvorbehalt.

In der bundesgerichtlichen Praxis sind die Barzahlungspflicht (BGE 23 I 272) und die Zahlungsbedingungen beim Vorauszahlungsgeschäft (BGE 84 II 275) als Nebenpflichten qualifiziert worden. Mit diesen Sachverhalten vergleichbare Umstände liegen im Falle einer Garantieerklärung zur Sicherung eines an sich klar vereinbarten Erwerbspreises vor, so dass hier analog auf das Vorliegen einer Nebenpflicht zu schliessen ist.

Mit der Regelung von Art. 2 Abs. 1 OR soll vermieden werden, dass einer der Vertragspartner trotz Erzielung eines Konsenses über alle wesentlichen Vertragspunkte «den Vertrag an einem noch offenen Nebenpunkt scheitern lässt, obwohl es ihm gar nicht um diesen Nebenpunkt, sondern um den Nichtabschluss des Vertrages gerade in Hinsicht auf das Vereinbarte geht» (*Kramer/Schmidlin*, Komm. N. 4 zu Art. 2 OR). Vorliegend deutet nun aber gerade alles darauf hin, dass der Beklagte sich nicht wegen der angeblich fehlenden Einigung über den Garantietext auf den Nichtabschluss des Vertrages berief, sondern weil der Wiederverkauf der Werbeflächen nicht den gewünschten Erfolg versprach. In diesem Sinne ist es durchaus folgerichtig, wenn im Sinne der vorstehenden Ausführungen eine Einigung über alle wesentlichen Vertragspunkte angenommen wird.

OGer 14. 3. 1989

(Eine gegen dieses Urteil gerichtete Berufung ist vom Bundesgericht am 29.11.1989 abgewiesen worden.)