

Art. 1 OR: Vertragsschluss durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung

Funktion und Stellung der Bestimmung

Art. 1 OR enthält den Grundtatbestand des schweizerischen Vertragsrechts: Ein Vertrag kommt zustande, wenn die Parteien ihren Willen übereinstimmend und gegenseitig äussern (Abs. 1). Diese Äusserung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Abs. 2). **Art. 1 OR.** Die Bestimmung legt nur fest, dass ein Konsens nötig ist. Wie er festgestellt wird, regeln die Nachbarbestimmungen und die Rechtsprechung: wann Nebenpunkte offen bleiben dürfen (Art. 2 OR), wann Schweigen genügt (Art. 6 OR), welche Form einzuhalten ist (Art. 11 ff. OR) und wie Erklärungen auszulegen sind (Art. 18 OR) **Art. 2 OR Art. 6 OR Art. 11 OR Art. 18 OR.**

Das Bundesgericht betont, dass der Vertragsschluss nach Art. 1 OR «vom Vorliegen übereinstimmender Willensäusserungen - und nicht vom wirklichen Willen der Vertragspartner - abhängt» **BGE 105 II 16.** Wie sich diese Massgeblichkeit der Erklärung zum wirklichen Willen verhält, ist der Kern der Bestimmung (dazu unten zum tatsächlichen und normativen Konsens).

Der Wortlaut ist seit dem Inkrafttreten am 1. Januar 1912 unverändert. Der Bundesrat gibt ihn noch 2005 in der ursprünglichen Fassung wieder **BBi 2006 685.**

Technikneutralität und elektronischer Vertragsschluss

Die einzige Gesetzgebungsdiskussion, die sich direkt auf Art. 1 OR bezog, betraf den elektronischen Geschäftsverkehr. Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates hielt fest: «Ein intransparentes Bestellverfahren steht einer klaren Willensäusserung der Konsumentin und des Konsumenten entgegen, so dass die Voraussetzungen des Artikels 1 OR nicht erfüllt sind.» Sie verlangte Vorschriften, die Art. 1 OR für den Online-Handel konkretisieren **BBi 2005 4967.**

Der Bundesrat lehnte dies ab: «Artikel 1 OR steht damit einem Vertragsabschluss auf elektronischem Weg nicht entgegen.» Eine Ausnahme bilden nur die formbedürftigen Verträge; dafür bietet Art. 14 Abs. 2bis OR bereits eine Grundlage **BBi 2006 685.** Das Risiko fehlender Transparenz trägt nach dem Bundesrat der Anbieter: Nur ein transparenter Bestellvorgang verhindert, dass der Vertrag mangels Konsens nicht zustande kommt oder wegen eines Willensmangels angefochten wird. Eine gesetzliche Pflicht, den Eingang der Bestellung zu bestätigen, lehnte er ab, weil sie Zweifel wecke, ob und wann ein Vertrag geschlossen werde **BBi 2006 685.**

Die Rechtskommission des Nationalrates folgte dem mit 11 zu 7 Stimmen bei 2 Enthaltungen. Nach ihrer Mehrheit würde eine parlamentarische Initiative, die die Art. 1 ff. OR für den elektronischen Geschäftsverkehr konkretisieren wollte, den Grundsatz der Vertragsfreiheit verletzen

Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates: Bericht vom 14. September 2007 zu Nr. 457.

. Der Nationalrat gab der Initiative keine Folge **AB 2007 N 2054.** Online-Verträge sind damit nach den allgemeinen Kriterien zu beurteilen (Konsens, Vertrauensprinzip, Einbeziehung von AGB, Willensmängel). Der Bundesrat räumte ein, dass viele dieser Fragen «zuerst durch Lehre und Rechtsprechung beantwortet werden müssen» **BBi 2006 685.**

Rechtsbindungswille: Vertrag, Gefälligkeit, Absichtserklärung, Vorvertrag

Vertrag oder Gefälligkeit

Art. 1 OR setzt voraus, dass die Parteien sich rechtlich binden wollen: «Vertragliche Bindung setzt einen tatsächlichen oder normativen Konsens voraus, auf Seiten des Verpflichteten einen ausdrücklich oder vertrauens-theoretisch erklärten Rechtsfolgwillen.» **BGE 116 II 695** Steht der wirkliche Wille nicht fest, wird auch der Rechtsbindungswille nach dem Vertrauensprinzip ermittelt.

Für die Abgrenzung zur unverbindlichen Gefälligkeit gilt ein Katalog von Kriterien: «Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien.»

BGE 116 II 695 Für einen Bindungswillen sprechen ein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten zu werden. Im Leitfall durfte der Bauherr aus Hilfe beim Materialeinkauf und aus einzelnen Anweisungen nicht schliessen, der Beklagte habe die Gesamtkoordination einer Heizungsanlage übernommen **BGE 116 II 695.** Ähnlich bestätigte das Bundesgericht in 4C.291/2003 die Feststellung, die Gartengestaltung sei bloss «in einem relativ unverbindlichen Rahmen» besprochen worden; insoweit fehlte der Rechtsbindungswille **4C.291/2003.**

Nach 4A_104/2012 erfolgen Gefälligkeiten unentgeltlich, uneigennützig und bei Gelegenheit. Wer zumindest auch im eigenen Interesse handelt, erbringt deshalb schon keine Gefälligkeit **4A_104/2012.** Umgekehrt ordnete das Bundesgericht das kurzfristige Hüten von Kindern durch eine Nachbarin als Gefälligkeit ein. Die Haftung richtet sich dann nach Art. 41 OR, wobei die eigenübliche Sorgfalt massgebend ist **4A_275/2011.** Das Obergericht Zürich hatte als Vorinstanz darauf abgestellt, dass Leistungen unter Nachbarn, Bekannten oder Verwandten typischerweise Gefälligkeiten sind **LB090097.**

Die Einordnung wirkt auch auf die vorvertragliche Haftung: Erfolgen die Leistungen «subjektiv wie vertrauens-theoretisch bloss gefälligkeitshalber, bleibt für die Annahme von Vertragsverhandlungen und damit für eine culpa in contrahendo kein Raum» **BGE 116 II 695.**

Absichtserklärung, Letter of Intent und bindende Klausel

Ob eine Klausel nur eine Absicht ausdrückt oder eine Verpflichtung begründet, ist eine Frage der Auslegung des Bindungswillens. In 4C.409/2005 hatten die Parteien die Verbindlichkeit eines Letter of Intent bestritten. Das Bundesgericht wies die Behandlung der Garantiedepots und die Vertraulichkeit beschränkt; im Übrigen hielt das Dokument nur die Absicht fest, nach Treu und Glauben weiterzuverhandeln. Es war weder verbindliche Offerte noch Vorvertrag, weil die Pflicht zum Vertragsschluss fehlte («La condition essentielle du précontrat, à savoir l'obligation de conclure un contrat, fait donc défaut.») **4C.409/2005.** Ein Letter of Intent kann also teilweise bindend und im

Übrigen unverbindlich sein.

Den Gegenfall bildet 4A_277/2023: Die Klausel «The Buyer commits to buy» in einem Aktienkaufvertrag war keine unverbindliche Absichtserklärung, sondern eine bis Ende Juli 2019 befristete Verpflichtung (Put-Option) **4A_277/2023**. Nachträgliches Parteiverhalten spielt für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip keine Rolle. Es kann höchstens im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen schliessen lassen **4A_277/2023**.

Vorvertrag

Nach Art. 22 Abs. 1 OR kann durch Vertrag die Pflicht zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden. Schreibt das Gesetz zum Schutz der Parteien für den Hauptvertrag eine Form vor, gilt sie auch für den Vorvertrag (Abs. 2) **Art. 22 OR**.

Ein Vorvertrag ist gültig, wenn sein Inhalt bestimmt oder bestimmbar ist. Enthält er bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden. Technische Einzelheiten eines Bauwerks oder die Zuteilung von Parkplätzen gehören nicht zu den essentialia **BGE 118 II 32**. Ein Vorvertrag über einen Generalunternehmervertrag war genügend bestimmt, weil er das Werk und dessen Entgeltlichkeit festlegte. Bei seinem Bruch ist das positive Interesse aus dem nicht erfüllten Hauptvertrag zu ersetzen, und eine treuwidrig verhinderte Bedingung gilt nach Art. 156 OR als eingetreten **4A_302/2022**.

Die Formerstreckung ist vor allem beim Grundstückskauf bedeutsam: Die öffentliche Beurkundung ist sowohl für den Kauf als auch für das Kaufversprechen nötig **4A_615/2010**. Das Appellationsgericht Tessin qualifizierte eine als «riservazione di acquisto» bezeichnete Vereinbarung als Vorvertrag zu einem Grundstückskauf, der mangels öffentlicher Beurkundung grundsätzlich nichtig war **12.2009.121**.

Haftung im Vorfeld des Vertragsschlusses

Kommt kein Konsens zustande, kann eine Haftung aus culpa in contrahendo greifen. Sie beruht darauf, dass sich die Parteien während der Verhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben. Dazu gehört, gemäss der wirklichen Absicht zu verhandeln und die Gegenpartei in gewissem Masse über entscheidende Tatsachen zu unterrichten **BGE 105 II 75**.

Ausgangspunkt ist die Abschlussfreiheit. Jede Partei kann Verhandlungen grundsätzlich abbrechen, ohne Gründe angeben zu müssen; eine Haftung für den Abbruch wird nur in Ausnahmesituationen angenommen **4C.409/2005**. Haftbar wird, wer entgegen seinen wirklichen Absichten bei der anderen Partei die trügerische Hoffnung weckt, das Geschäft werde zustande kommen, und sie so zu Dispositionen veranlasst **BGE 140 III 200**.

- Haftung bejaht: In BGE 105 II 75 verhandelte eine Bank monatelang, legte aber nie offen, dass der Vertrag vom Hauptsitz genehmigt werden musste. «Es widersprach Treu und Glauben, die Verhandlungen unbekümmert um interne Befugnisse fortzuführen, das Zustandekommen des Vertrages dann aber an der Genehmigung durch den Hauptsitz scheitern zu lassen, als der definitive Textvorlag.» Schon eine fahrlässige Verletzung der Aufklärungspflicht genügt **BGE 105 II 75**.
- Formbedürftige Verträge: Hier wird die Haftung noch zurückhaltender angenommen, weil die Formvorschriften gerade vor unüberlegter Bindung schützen sollen. Treuwidrig bleibt es aber, vorbehaltlos das grundsätzliche Einverständnis zu geben und dann in letzter Minute ohne Grund die Beurkundung zu verweigern **4A_615/2010 BGE 140 III 200**. In 4A_615/2010 begründete eine schriftliche Bestätigung des Preises und einiger Bedingungen beim Grundstückskauf keine berechnete Abschlusserwartung; ohne Beurkundung musste der Käufer mit einem Verzicht rechnen, und die Haftung wurde verneint **4A_615/2010**. In BGE 140 III 200 hielt das Bundesgericht die Haftung bei einem formungültig unterzeichneten Grundstückskauf grundsätzlich für möglich, wies die Sache aber zur Ergänzung

des Sachverhalts zurück **BGE 140 III 200**.

- Vertrauenshaftung allgemein: Sie setzt neben einer Sonderverbindung voraus, dass berechnete Erwartungen erweckt und in treuwidriger Weise enttäuscht wurden **4C.291/2003**.

Ersatzfähig ist nur das negative Interesse; die schuldige Partei ist nicht so zu behandeln, als wäre der Vertrag geschlossen worden **BGE 105 II 75**. Nach dem Tessiner Entscheid 16.2019.18 ist die geschädigte Partei so zu stellen, als hätten die Verhandlungen nie stattgefunden. Entgangener Gewinn fällt nur darunter, wenn wegen der Verhandlungen ein konkretes Drittgeschäft ausgeschlagen wurde; der entgangene Mietzins aus dem nicht geschlossenen Mietvertrag war deshalb nicht ersatzfähig **16.2019.18**. Ebenso wenig war der entgangene Weiterverkaufsgewinn nach einem formnichtigen Vorvertrag zu ersetzen **12.2009.121**. Der Kontrast zum Bruch eines gültigen Vorvertrags, bei dem das positive Interesse geschuldet ist, ist praktisch erheblich **4A_302/2022**.

Tatsächlicher und normativer Konsens

Prüfungsreihenfolge

Ob ein Vertrag zustande gekommen ist, prüft das Gericht in zwei Stufen. BGE 123 III 35 formuliert das Schema: «Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben.» Ist dies zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor **BGE 123 III 35**. Erst wenn ein solcher nicht feststeht, sind die Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten **4A_580/2012**. Das Bundesgericht leitet diesen Vorrang des subjektiven Willens aus Art. 18 Abs. 1 OR ab und schliesst die normative Auslegung aus, sobald ein wirklicher übereinstimmender Wille festgestellt ist **4A_643/2020**.

Der Vorrang des tatsächlichen Verständnisses wirkt in beide Richtungen. In BGE 105 II 16 war ein Fernschreiben wegen eines internen Missverständnisses als Verkaufsangebot formuliert. Da der Empfänger es so verstand, wie es gemeint war, kam der Vertrag zustande; der Irrtum über die Weisung des Mutterhauses war ein unbeachtlicher Motivirrtum nach Art. 24 Abs. 2 OR **BGE 105 II 16**.

Für die normative Auslegung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend **4A_580/2012**. Massgebend sind die Umstände, die der Willensäußerung vorausgingen oder sie begleiteten, nicht spätere Ereignisse **4A_526/2007**. Späteres Verhalten bleibt ein Indiz für den wirklichen Willen (oben zu 4A_277/2023).

Normativer Konsens und dispositives Recht

Ein normativer Konsens hat dieselbe Bindungswirkung wie ein tatsächlicher. In 4A_229/2009 durfte die Käuferin die Erklärung des Verkäufers in guten Treuen als Zusage eines Kaufpreises von Fr. 15'382.-- verstehen. Die dispositiven Preisregeln von Art. 184 Abs. 3 und Art. 212 Abs. 1 OR waren deshalb nicht anwendbar, denn sie greifen nur, wenn «kein natürlicher oder normativer Konsens über einen bestimmten Kaufpreis besteht» **4A_229/2009**.

Normativer Konsens und Erklärungsirrtum

Der normative Konsens beantwortet nur die Frage des Vertragsschlusses. Die Partei, die nach dem Vertrauensprinzip an einer nicht gewollten Erklärung festgehalten wird, kann sich unter Umständen auf einen Willensmangel berufen. Das Obergericht Zürich bejahte in PP130047 zunächst einen normativen Konsens über eine Entschädigungsvereinbarung, weil der Kläger eine E-Mail der Versicherung als abschliessendes Angebot verstehen durfte. Da deren Vertreter nur eine Diskussionsliste versenden wollte, lag aber ein wesentlicher Erklärungsirrtum vor. Die Versicherung hatte ihn innert Jahresfrist geltend gemacht, sodass die Vereinbarung für sie

unverbindlich war **PP130047**. Zum Verhältnis von Dissens und Willensmangel unten bei den Folgen fehlenden Konsenses.

Wesentliche Punkte, Nebenpunkte und Gegenofferte

Der Konsens muss sich auf alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte erstrecken. Haben sich die Parteien darüber geeinigt, so ist der Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt zustande gekommen **BGE 103 II 190**. Art. 2 Abs. 1 OR vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit nicht hindern soll **Art. 2 OR**.

- Objektiv wesentliche Punkte ergeben sich aus dem Vertragstypus. Beim Grundstückskauf sind es Kaufsache und Preis; Zahlungsmodalitäten gehören ihrer Natur nach nicht zum Kaufvertrag und lassen sich nach den allgemeinen Erfüllungsregeln bestimmen **4A_331/2010**.
- Subjektiv wesentlich ist ein objektiv nebensächlicher Punkt, wenn er für eine Partei erkennbar Bedingung des Vertragsschlusses ist. In 4C.72/2006 führte die Antwort eine Ausführungsfrist ein, die «d'une manière reconnaissable pour les deux parties, un point subjectivement essentiel» war. Die Antwort war deshalb keine Annahme, sondern eine Gegenofferte, und mangels Einigung kam kein Vertrag zustande **4C.72/2006**. Ebenso verneinte das Appellationsgericht Tessin einen Werkvertrag, obwohl Produkt und Preis feststanden, weil der für den Besteller erkennbar wesentliche Fertigstellungstermin nicht vereinbart worden war **12.2011.171**.

Fehlt eine Einigung über Nebenpunkte, ist zu unterscheiden. Bei vorbehaltenen Nebenpunkten entscheidet der Richter nach Art. 2 Abs. 2 OR «nach der Natur des Geschäftes». Er lässt sich dabei vom Wesen und Zweck des Vertrages leiten, und die Natur des Geschäftes geht dem dispositiven Gesetzesrecht vor; in BGE 107 II 411 bestimmte das Bundesgericht so eine den Umständen angemessene Kündigungsfrist, statt die sechsmonatige Frist von Art. 290 OR analog anzuwenden **BGE 107 II 411**. Bei nicht vorbehaltenen Nebenpunkten gilt nach BGE 83 II 522 Art. 2 Abs. 2 OR nicht; der Punkt ist nach dem dispositiven Recht zu entscheiden, und Handelsbräuche gelten nur kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Übernahme **BGE 83 II 522**. BGE 103 II 190 stellt klar, dass auch die fehlende Einigung über nicht vorbehaltenen Nebenpunkte den Vertragsschluss nicht hindert **BGE 103 II 190**. Beide Entscheide lassen sich vereinbaren: Der Vertrag besteht in beiden Fällen; verschieden ist nur der Massstab der Ergänzung (Natur des Geschäftes oder dispositives Recht).

Dissens

BGE 123 III 35 unterscheidet drei Konstellationen **BGE 123 III 35**:

- Offener Dissens: Die Parteien haben sich zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt; es fehlt am Vertragsschluss.
- Versteckter Dissens: Die Parteien haben sich übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden. Ein Vertrag entsteht dennoch, wenn eine Partei nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis zu schützen ist; dann liegt ein normativer Konsens vor.
- Kein Vertrauensschutz: Darf keine Partei auf ihr Verständnis vertrauen, bleibt der versteckte Dissens wirksam.

Den letzten Fall illustriert 1C_613/2015: Bei einem Dienstbarkeitsvertrag im Enteignungsverfahren war unklar, wie «Anker» zu entschädigen seien. Weder das Verständnis des Enteigneten noch dasjenige des Kantons war normativ geschützt. Da es sich für beide Seiten nicht um einen untergeordneten Punkt handelte, «führt der versteckte Dissens zur vollständigen Unwirksamkeit des Vertrages». Das Gericht hält aber fest, dass ein versteckter Dissens auch zur bloss partiellen Nichtigkeit führen kann **1C_613/2015**.

Ein Dissens über einen Nebenpunkt ist hingegen unschädlich (zur Ergänzung oben zu Art. 2 OR). In BGE 103 II 190 betraf die

Uneinigkeit eine Sicherheit für einen Teil des Preises, die für keine Partei subjektiv wesentlich war **BGE 103 II 190**. Das Appellationsgericht Tessin bejahte das Zustandekommen eines Vergleichs, obwohl die Parteien über die Zahlungsmodalitäten uneins blieben, und legte selbst eine Ratenzahlung fest **10.1998.24**.

Bestimmung der Vertragsparteien

Auch wer Vertragspartei ist, bestimmt sich zuerst nach dem wirklichen Willen und subsidiär nach dem Vertrauensprinzip. Welcher Vertragsschluss aufgrund des Vertrauensprinzips anzunehmen ist, prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei. In 4A_580/2012 sprachen Vertragswortlaut und SIA-Terminologie klar für die Beklagte als Bestellerin; die Unterschrift eines Organs im Namen einer anderen Gesellschaft änderte daran wegen dessen Doppelrolle nichts **4A_580/2012**. In 4A_526/2007 hielt das Bundesgericht die Abstützung auf Tatsachen nach Vertragsschluss für die Bestimmung der Parteien einer einfachen Gesellschaft für unhaltbar **4A_526/2007**.

Die kantonale Praxis zeigt die Bandbreite. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft behandelte den Hotelier, der als Direktor auftrat, als Vertragspartei, weil die Betreibergesellschaft in den Verhandlungen nie erkennbar wurde **410 13 7**. Der Entscheid zieht hilfsweise auch Verhalten nach dem Vertragsrücktritt heran, was mit 4A_526/2007 nur schwer vereinbar ist. Umgekehrt war in einem anderen Entscheid desselben Gerichts eine Aktiengesellschaft nach dem Vertrauensprinzip nur Zahlstelle und nicht Vertragspartei **400 11 310**. Das Kantonsgericht Waadt behandelte Käufer, die sich wie Bauherren verhielten, nach Treu und Glauben als Besteller **CACI ji14-015226-286/2017**.

Ausdrückliche und stillschweigende Willensäusserung

Konkludenter Vertragsschluss

Nach Art. 1 Abs. 2 OR kann der Wille auch stillschweigend, insbesondere durch schlüssiges Verhalten, geäußert werden **Art. 1 OR**. Eine einfache Gesellschaft etwa kann konkludent entstehen, ohne dass den Beteiligten diese Rechtsfolge bewusst sein muss. Die Grenze formuliert das Bundesgericht deutlich: «einen beidseitig unbewussten und ungewollten Vertragsschluss gibt es nicht». Das Verhalten muss mit hinreichender Klarheit auf die Gesellschaft hindeuten. In 4C.24/2000 fehlte der Gesellschaftswille, weil die Beteiligten sich nicht ohne den fünften vorgesehenen Gesellschafter binden wollten. Die Bank konnte auch nicht in guten Treuen auf eine Bindung der vier Unterzeichner vertrauen, da sie wusste, dass fünf Personen beteiligt sein sollten **4C.24/2000**.

Ein typischer Fall der konkludenten Annahme ist die Erfüllung. Das Appellationsgericht Tessin sah die Annahme einer Gegenofferte darin, dass die Empfängerin schon am folgenden Tag den verlangten Betrag zahlte und weitere Zahlungen leistete, ohne Vorbehalte anzubringen **12.2021.17**.

Gesetzliche Fiktion im Arbeitsvertragsrecht

Art. 320 Abs. 2 OR lässt den Arbeitsvertrag als abgeschlossen gelten, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist **Art. 320 OR**. Nach dem Bundesgericht kommt der Vertrag damit auch unabhängig von einem übereinstimmenden Willen über alle wesentlichen Punkte zustande; massgebend ist nur der objektive Tatbestand der Entgegennahme. In 4C.307/2001 fehlte er, weil das einzige zuständige Organ der juristischen Person nichts von der Arbeit wusste: «Es genügt nicht, dass der Arbeitnehmer glaubt, für einen bestimmten Arbeitgeber zu arbeiten.» **4C.307/2001** Das Obergericht Zürich bejahte einen Arbeitsvertrag nach dieser Bestimmung und legte dem Beklagten die Beweislast für eine ausdrücklich vereinbarte Unentgeltlichkeit auf **RA110007**. Die Bestimmung ist eine Sonderregel, die das Konsenserfordernis von

Art. 1 OR für diesen Vertragstyp modifiziert.

Konkludente Änderung und Aufhebung

Die Vertragsänderung ist nur eine besondere Form des Vertragsschlusses und folgt deshalb denselben Regeln, also den Art. 1 ff. und 18 OR **4A_431/2019**. In 4A_431/2019 wusste die Liegenschaftsverwaltung, dass zwei Wohnungen von den jeweils anderen Mietern bewohnt wurden und diese den Mietzins zahlten. Daraus schloss das Bundesgericht auf eine konkludente Änderung der Mietverträge, wonach die tatsächlichen Bewohner Mieter geworden waren **4A_431/2019**.

Bei der konkludenten Aufhebung ist Zurückhaltung geboten. Das Appellationsgericht Tessin verlangt für die einvernehmliche sofortige Auflösung eines Arbeitsvertrags durch schlüssiges Verhalten einen klaren und eindeutigen Parteiwillen («la volontà delle parti deve essere chiara e univoca»). Der Verkauf der Aktien des Arbeitnehmers genügte nicht. Eine solche Vereinbarung ohne gegenseitige Zugeständnisse hätte zudem gegen Art. 341 OR verstossen **12.2005.55**.

Schweigen und kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Schweigen ist grundsätzlich keine Willensäußerung. Nach Art. 6 OR gilt der Vertrag nur dann als abgeschlossen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird **Art. 6 OR**. Das Bundesgericht betont den Ausnahmecharakter: «En principe, le silence ne vaut pas acceptation». In 4A_231/2010 lagen solche Umstände nicht vor; das Schweigen auf zwei Schreiben über eine angebliche Provisionsabrede war keine Annahme **4A_231/2010**.

Ein unwidersprochenes kaufmännisches Bestätigungsschreiben hat nach dem Bundesgericht rechtserzeugende Wirkung, «es sei denn, sein Inhalt weiche derart vom erzielten Verhandlungsergebnis ab, dass sein Verfasser nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen durfte». In 4A_178/2025 wurde dadurch eine Gerichtsstandsklausel aus den Verkaufs- und Lieferbedingungen wirksam, die in den Auftragsbestätigungen wiedergegeben war **4A_178/2025**. Die Grenze zieht das Vertrauensprinzip: Schweigen hat nur Bedeutung, wenn der Absender es nach den gesamten Umständen als Zustimmung auffassen durfte. Ein Schreiben, das die Position des Empfängers zurückweist und eine andere Lösung vorschlägt, ist von vornherein kein Bestätigungsschreiben **4C.174/2006**.

Die kantonale Praxis stellt auf die Umstände ab. Das Appellationsgericht Tessin wertete das Schweigen eines geschäftserfahrenen einzigen Verwaltungsrats auf eine Bestätigung seines Schuldbeitritts als stillschweigende Annahme, zumal keine Form vorgeschrieben war **12.2017.99**. Das Kantonsgericht Waadt verneinte dagegen eine Bindung: Art. 6 OR sei auf ein Bestätigungsschreiben nicht direkt anwendbar, und ohne vorgängige Verhandlungen über einen zweiten Vertrag sowie nach bereits ausgeführten Arbeiten bestand kein Anlass zu sofortigem Widerspruch **CACI pt20-051522-152/2025**. Das Bestätigungsschreiben setzt also Verhandlungen voraus; es kann sie nicht ersetzen.

Gesetzliche und vorbehaltene Form

Verträge bedürfen nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz sie vorschreibt; ist dies der Fall, hängt die Gültigkeit grundsätzlich von ihrer Einhaltung ab (Art. 11 OR) **Art. 11 OR**. Bei der gesetzlichen Form ist der Umfang entscheidend. Beim Grundstückkauf beschränkt sich der Beurkundungszwang auf die kaufvertragstypischen, objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte. Artfremde Pflichten, die nicht als zusätzliche Gegenleistung in das Austauschverhältnis einfließen, müssen nicht beurkundet werden;

ein bloss kausaler Zusammenhang zwischen zwei Verträgen genügt nicht. Ein im Kreditvertrag eingeräumtes Rückkaufsrecht war deshalb nicht beurkundungsbedürftig **4A_530/2016**.

Haben die Parteien für einen formfreien Vertrag eine Form vorbehalten, wird nach Art. 16 Abs. 1 OR vermutet, dass sie vor deren Erfüllung nicht gebunden sein wollen **Art. 16 OR**. Drei Präzisierungen der Rechtsprechung sind wesentlich:

- Beweislast: Der Beweis für den Formvorbehalt obliegt der Partei, die sich auf die Unwirksamkeit des mündlich Vereinbarten beruft **4A_409/2017**.
- Widerlegung: Die Vermutung fällt, wenn die Parteien ihren übereinstimmenden Abschlusswillen tatsächlich, wenn auch nicht in der vereinbarten Form, erklärt haben **4A_409/2017**. Ein Vorbehalt kann sich auch aus dem Verhalten ergeben: Die Zustellung von Vertragsdoppeln zur Unterschrift ist nach BGE 105 II 75 als Vorbehalt der Schriftform zu verstehen **BGE 105 II 75**. Werden dagegen erst nach Vertragsschluss Vertragsentwürfe ausgetauscht, lässt sich daraus kein konkludent vereinbarter Formvorbehalt ableiten **4A_277/2023**.
- Verzicht: Werden die Leistungen trotz Nichteinhaltung der vorbehaltenen Form vorbehaltlos erbracht und angenommen, ist ein Verzicht auf die Form anzunehmen; eine während 13 Jahren gelebte Vertragsänderung konnte nicht mehr mit dem Formargument bestritten werden **4A_431/2019**.

Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen

Vorformulierte Vertragsbedingungen gelten nur, wenn und soweit die Parteien sie ausdrücklich oder konkludent übernommen haben; ihre Einbeziehung ist eine Frage des Konsenses nach Art. 1 OR **4A_47/2015**. Für eine Globalübernahme genügt, dass die Partei in zumutbarer Weise von den Bedingungen Kenntnis nehmen konnte; in 4A_47/2015 reichte die unterschriftliche Bestätigung des Empfangs der Versicherungsbedingungen **4A_47/2015**.

Die Ungewöhnlichkeitsregel begrenzt die Globalübernahme: Ausgenommen sind ungewöhnliche Klauseln, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht wurde. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses; objektiv muss die Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen **BGE 135 III 1**.

- Ungewöhnlich: In BGE 135 III 1 schloss eine Klausel das Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers bei einer behördlich verfügten Vertragsanpassung aus. Das widersprach der Erwartung, dass bei Dauerverträgen eine Anpassungsklausel mit einem Kündigungsrecht verbunden ist; die Klausel war nicht entgegenhaltbar **BGE 135 III 1**. In 4A_372/2022 wandte das Bundesgericht die Regel auch zwischen Handelsgesellschaften an, weil der Anbieter auf Informatik spezialisiert war und die Kundin bloss eine Software benötigte. Eine 30-tägige Beanstandungsfrist per Einschreiben und eine Pauschalentschädigung von CHF 107'289 bei Kündigung waren ungewöhnlich **4A_372/2022**. Das Obergericht Thurgau erklärte eine kleingedruckte, nicht hervorgehobene Eintauschklausel beim Autokauf für nicht anwendbar **RBOG 2009 Nr. 12**.
- Nicht ungewöhnlich: Der territoriale Deckungsausschluss bei Wegzug ins Ausland in einer Zusatzversicherung betrifft einen typischen Gegenstand von Versicherungsbedingungen **4A_47/2015**.

Von der Einbeziehung zu trennen ist die Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, die missbräuchliche Bedingungen zum Nachteil von Konsumenten erfasst **Art. 8 UWG**. Beim Online-Vertragsschluss hielt das Kantonsgericht Schwyz fest, dass Verstösse gegen lauterkeitsrechtliche Vorgaben im Bestellprozess den Vertrag nicht nach Art. 20 OR nichtig machen; eine Anfechtung wegen

Willensmangels setzt zudem einen geschlossenen Vertrag voraus **ZK2 2019 8**.

Folgen fehlenden Konsenses

Dissens und Willensmangel

Fehlender Konsens und Willensmangel sind streng zu trennen. Nach BGE 129 III 320 verhindert eine fehlerhafte Willensbildung den Konsens nicht, sondern gibt der betroffenen Partei allenfalls ein Recht, den Vertrag anzufechten. «Umgekehrt setzt diese Anfechtung notwendigerweise einen Konsens voraus»; wirksamer Dissens und Willensmangel schliessen sich gegenseitig aus **BGE 129 III 320**. Wer sich gegen eine vertragliche Bindung wehrt, muss also zuerst den fehlenden Konsens geltend machen und subsidiär die Anfechtung nach Art. 23 ff. OR, die innert Jahresfrist zu erklären ist (oben zu PP130047) **PP130047**.

Kein vertraglicher Anspruch und Rückabwicklung

Fehlt der Konsens, entstehen keine vertraglichen Ansprüche und damit auch keine Verzugszinsen aus Vertrag **1C_613/2015**. Wer ohne Vertrag erbringt, fordert nach Bereicherungsrecht zurück: Art. 62 Abs. 2 OR erfasst ausdrücklich Zuwendungen ohne gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten Grund **Art. 62 OR**. Das Appellationsgericht Tessin wandte Art. 62 OR auf eine Anzahlung für einen Vertrag an, der nach den Verhandlungen nie zustande kam; über die Nichtrückzahlbarkeit hatten sich die Parteien nie geeinigt **12.2023.125**.

Bei freiwilliger Zahlung einer Nichtschuld setzt die Rückforderung nach Art. 63 Abs. 1 OR den Nachweis eines Irrtums über die Schuldspflicht voraus **Art. 63 OR**. Nach 4A_451/2017 waren mangels besonderer Vereinbarung über die Nebenkosten diese im Mietzins enthalten; die Zahlungen der Mieter waren Nichtschulden. Wer wusste, dass er mangels Konsenses nichts schuldet, kann nicht zurückfordern. Wer es nur hätte wissen müssen, kann dagegen zurückfordern, denn auch ein unentschuldbarer Irrtum genügt **4A_451/2017**. Der Bereicherungsanspruch verjährt in der seit 1. Januar 2020 geltenden Fassung drei Jahre nach Kenntnis, in jedem Fall zehn Jahre nach seiner Entstehung **Art. 67 OR**.

Kein Konsensersatz durch faktisches Vertragsverhältnis

Das Bundesgericht greift auf die Figur des faktischen Vertragsverhältnisses nur in besonderen Situationen zurück, etwa wenn ein ungültiger Dauervertrag in Unkenntnis des Mangels erfüllt wird. In BGE 119 II 437 hatten sich die Parteien weder über die Höhe noch über den Grundsatz einer Vergütung für die Nutzung des Inventars nach Ende des Mietvertrags geeinigt. Die Entschädigung beruhte deshalb nicht auf einem faktischen Vertragsverhältnis, sondern auf ungerechtfertigter Bereicherung **BGE 119 II 437**. Fehlender Konsens wird also nicht durch tatsächliche Leistungsbeziehungen ersetzt; Sonderregeln wie Art. 320 Abs. 3 OR für den nachträglich ungültigen Arbeitsvertrag bleiben vorbehalten **Art. 320 OR**.

Beweis und Überprüfung im Prozess

Beweislast. Nach Art. 8 ZGB hat das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, wer aus ihr Rechte ableitet **Art. 8 ZGB**. Wer aus Vertrag klagt, muss den Vertragsschluss beweisen; in 4A_550/2008 scheiterte die Honorarforderung eines Architekten, weil er den Auftrag nicht nachweisen konnte. Steht das Beweisergebnis aber fest, stellt sich die Frage der Beweislastverteilung nicht mehr **4A_550/2008**. Das Appellationsgericht Tessin betont, dass der Kläger die Einigung über die wesentlichen Punkte beweisen muss und die Gegenpartei nicht das Fehlen des Vertrags **12.2012.199**. Wer eine vom dispositiven Recht abweichende Einzelabrede behauptet, trägt dafür die

Beweislast **4A_10/2007**. Wer sich auf fehlende Annahme durch Schweigen beruft, wird nach Art. 6 OR beurteilt, nicht nach Art. 8 ZGB; bleibt die behauptete Abrede unbewiesen, ist die Klage abzuweisen **4A_231/2010**. Zur Beweislast beim Formvorbehalt siehe oben zu Art. 16 OR.

Tat- und Rechtsfrage. Ob sich die Parteien tatsächlich verstanden haben, ist eine Tatfrage, die das Bundesgericht nach Art. 105 Abs. 1 BGG bindet, sofern die Feststellung nicht offensichtlich unrichtig ist. Die Ermittlung des objektiven Willens nach dem Vertrauensprinzip ist dagegen eine Rechtsfrage, die frei geprüft wird **4A_643/2020**. Dasselbe gilt für die Frage, mit welcher Partei nach dem Vertrauensprinzip kontrahiert wurde **4A_580/2012**. Die Beweiswürdigung überprüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 9 BV), und die antizipierte Beweiswürdigung verletzt Art. 8 ZGB nicht **4A_10/2007**. Unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien die Beweismittel für bestrittene Tatsachen selbst bezeichnen **4C.174/2006**.

Hinweise für die Praxis

- Wer Verhandlungen führt, ohne sich binden zu wollen, sollte die Unverbindlichkeit ausdrücklich festhalten und bindende Teile (Vertraulichkeit, Kosten) klar abgrenzen **4C.409/2005**. Interne Genehmigungsvorbehalte sind offenzulegen **BGE 105 II 75**.
- Subjektiv wesentliche Punkte (etwa Termine) müssen für die Gegenpartei erkennbar als Bedingung des Abschlusses bezeichnet werden; eine Antwort mit neuen wesentlichen Punkten ist eine Gegenofferte **4C.72/2006**.
- Ein Schriftformvorbehalt muss vor Vertragsschluss vereinbart und von der Partei bewiesen werden, die sich darauf beruft; vorbehaltlose Erfüllung kann ihn beseitigen **4A_409/2017** **4A_431/2019**.
- Auf ein Bestätigungsschreiben, das vom Verhandlungsergebnis abweicht, ist umgehend zu widersprechen **4A_178/2025**.
- Ungewöhnliche AGB-Klauseln sollten gesondert hervorgehoben werden, auch gegenüber Unternehmen mit geringerer Fachkenntnis **4A_372/2022**.
- Den tatsächlichen Konsens sollte man bereits vor der kantonalen Instanz behaupten und beweisen, weil das Bundesgericht an diese Feststellung gebunden ist (oben zu Tat- und Rechtsfrage).