

Art. 2 OR: Vertragsschluss trotz offener Nebenpunkte

Funktion und Systematik

Art. 2 OR ergänzt die Konsensregel von Art. 1 OR für Verträge, in denen die Parteien nicht alles geregelt haben. Die Bestimmung hat drei Absätze:

- Abs. 1 stellt eine Vermutung auf: Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, soll der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern.
- Abs. 2 weist dem Gericht die Entscheidung über vorbehaltene Nebenpunkte zu, über die später keine Vereinbarung zustande kommt. Das Gericht entscheidet «nach der Natur des Geschäftes».
- Abs. 3 behält die Formvorschriften vor **220--2--de**.

Der Wortlaut ist seit dem Inkrafttreten des OR am 1. Januar 1912 unverändert **220--2--de**.

Die Bestimmung beantwortet zwei getrennte Fragen:

1. Zustandekommen: Ab wann ist ein Vertrag trotz offener Punkte verbindlich?
2. Inhalt: Wie wird ein verbindlicher, aber unvollständiger Vertrag ergänzt?

Für beide Fragen gilt die allgemeine Konsenslehre. Nach dem Bundesgericht hat das subjektiv übereinstimmend Gewollte Vorrang vor dem objektiv Erklärten **4A_409/2017**. Erst wenn kein tatsächlicher Konsens bewiesen ist, wird nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Ist ein tatsächlicher Parteiwille festgestellt, bleibt dafür kein Raum **4A_80/2013**. Das Vertrauensprinzip leitet das Bundesgericht aus Art. 1 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 ZGB ab **4A_643/2020**. Ein normativer Konsens setzt einen objektiv eindeutigen Vertragssinn voraus. In **4A_543/2020** fehlte er, weil Daten und Unterschrift auf einem Aktienblatt nicht als Annahme eines Kaufangebots verstanden werden konnten **4A_543/2020**. Zur prozessualen Einordnung als Tat- oder Rechtsfrage unten, Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts.

Wesentliche Punkte und Nebenpunkte

Objektiv wesentliche Punkte und Bestimmbarkeit

Der Vertrag ist geschlossen, wenn die Parteien ihren Willen gegenseitig und übereinstimmend über alle wesentlichen Punkte geäußert haben (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 OR) **4C.72/2006**. Objektiv wesentlich sind die für den Vertragstyp unentbehrlichen Elemente (essentialia negotii) **BGE 103 II 190**.

Die Genfer Cour de justice definiert sie als Punkte, über die eine Einigung unerlässlich ist, weil sie weder durch dispositives Recht noch durch das Gericht bestimmt werden können **ACJC/542/2024**. Diese Formel verbindet das Zustandekommen mit Abs. 2: Was Gesetz oder Gericht ergänzen kann, hindert den Vertragsschluss in der Regel nicht.

Beispiele aus der Rechtsprechung:

Beim Kauf ist etwa die Bestimmung des Kaufgegenstands wesentlich **4C.168/2000**. Ob der Preis oder das Entgelt wesentlich ist, hängt vom Vertragstyp ab (dazu unten, Preis und Entgelt). Beim Mäklervertrag genügt eine Einigung über die Mäklertätigkeit und über eine Vergütung im Grundsatz **4A_309/2025**.

Bestimmbarkeit genügt. Ein Vertrag setzt voraus, dass alle geschuldeten und wesentlichen Leistungen bestimmt oder bestimmbar sind **BGE 84 II 266**. In **BGE 84 II 266** genügt für den Kaufgegenstand, dass die Ware im Zeitpunkt der Lieferung bestimmt werden kann. Für den Preis genügt der Verweis auf «zu den normalen, jeweils gültigen Preisen» **BGE 84 II 266**. Das Zürcher Mietgericht hält den Verweis auf ein objektives Kriterium wie die Ortsüblichkeit des Mietzinses für ausreichend **MB180001-L**.

Subjektiv wesentliche Punkte: Kundgabe und Erkennbarkeit

Neben den objektiv wesentlichen gibt es subjektiv wesentliche Punkte. Das sind Punkte, die mindestens eine Partei für so wichtig hält, dass sie sich nur bei einer Einigung auch darüber binden will **4C.72/2006**.

In **BGE 103 II 190** übernahm das Bundesgericht einen Massstab aus der Lehre. Gefragt wird, ob die Regelung eines Punktes den Parteien nach den Umständen vernünftigerweise als wichtig erscheinen musste, namentlich wegen seiner wirtschaftlichen Tragweite. Trifft das zu, ist anzunehmen, dass sie den Vertrag ohne Einigung darüber nicht geschlossen hätten **BGE 103 II 190**.

Entscheidend ist die Kundgabe. Das Bundesgericht verlangt: «Wer objektiv unwesentliche Punkte als Bedingung seines Vertragswillens ansieht, muss das deutlich zu erkennen geben» **4A_409/2017**. Unterbleibt dies, bleiben die Punkte Nebenpunkte, und die fehlende Einigung hindert den Vertragsschluss nicht **4C.72/2006**.

Nach **4C.246/2003** wirkt die Vermutung von Art. 2 Abs. 1 OR in diesem Fall gegen die Partei, die den Punkt nicht deutlich zur Bedingung gemacht hat. Der Vertrag gilt als geschlossen **4C.246/2003**.

Kantonale Gerichte präzisieren die Anforderungen:

- Die Genfer Cour de justice verlangt, dass die Mitteilung vor dem Vertragsschluss erfolgt **ACJC/1617/2017**.
- Das Tessiner Appellationsgericht verlangt, dass die conditio sine qua non für die Gegenpartei erkennbar ist **12.2011.171**.

Zwei Bundesgerichtsentscheide zeigen gegensätzliche Ergebnisse:

- **4C.72/2006**: Der Besteller hatte eine Ausführungsfrist klar zur Bedingung gemacht. Nach dem Vertrauensprinzip musste der Empfänger erkennen, dass ohne diese Frist kein Vertrag zustande kommen sollte. Die Antwort ohne Frist war deshalb keine Annahme, sondern eine Gegenofferte **4C.72/2006**.
- **BGE 103 II 190**: Die verlangte Deckung war für keine Partei subjektiv wesentlich. Die Verkäuferin hatte kein Interesse daran und bestritt, die Bedingung angenommen zu haben. Der Dissens betraf daher nur einen Nebenpunkt, und der Kauf kam zustande **BGE 103 II 190**.

Ein Indiz für subjektive Wesentlichkeit kann sein, dass ein Punkt ausdrücklich und detailliert in den Vertragsentwurf aufgenommen wurde. Aus diesem Grund war in einem Genfer Vergleichsstreit die Rückgabe von Goldmünzen kein blosser Nebenpunkt **ACJC/1617/2017**.

Die Vermutung von Abs. 1 und ihre Grenzen

Voraussetzung: Bindungswille und Einigung über alle wesentlichen Punkte

Die Vermutung von Abs. 1 setzt zweierlei voraus:

- eine Einigung über alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte,
- einen festen Bindungswillen der Parteien.

In 4A_80/2013 berief sich die Beschwerdeführerin auf Art. 2 Abs. 1 OR. Sie scheiterte, weil die Vorinstanz nicht festgestellt hatte, dass die Parteien «bezüglich aller objektiv wesentlichen Punkte eines konkreten Arbeitsvertrags bereits einen festen Bindungswillen erklärt hätten, wie dies für die Anwendung der Vermutung nach Art. 2 Abs. 1 OR vorausgesetzt wäre» **4A_80/2013**. Das unterzeichnete Schreiben war vielmehr eine Einigung über Eckpunkte eines Vertrags, der erst noch im Detail auszuhandeln war **4A_80/2013**.

Daraus folgt: Die Vermutung hilft nicht über einen fehlenden Bindungswillen hinweg. Sie bestimmt nur, welche Bedeutung ein Vorbehalt von Nebenpunkten hat, wenn die Parteien sich binden wollten.

Dieselbe Grenze zeigt ein Genfer Entscheid. Die Parteien hatten vereinbart, sich erst nach Unterzeichnung einer Konvention mit den Einzelheiten für eine Saldoklausel («pour solde de tout compte») zu binden. Damit hatten sie gezeigt, dass ein vollständiges Abkommen noch nicht vorlag. Die offenen Punkte beschränkten sich nicht auf Ausführungsdetails **ACJC/542/2024**.

Beim gerichtlichen Vergleich legt die Cour de justice einen strengeren Massstab an als Art. 2 Abs. 1 OR. Der Vergleich müsse so präzise sein, dass er ohne Diskussion und Ergänzung sofort vollstreckbar ist **ACJC/542/2024**.

Vorbehalt eines wesentlichen Punktes

Behalten die Parteien einen wesentlichen Punkt einer späteren Einigung vor, ist der Vertrag noch nicht geschlossen. Er kommt erst zustande, wenn alle wesentlichen Punkte vereinbart sind. Fehlt ein wesentliches Element, ist Art. 2 OR nicht anwendbar **4C.168/2000**.

Der Vorbehalt kann auch formlos vereinbart werden, und zwar selbst in einem formbedürftigen Vertrag **4C.168/2000**. In 4C.168/2000 war die genaue Abgrenzung des verkauften Grundstücks bei der Beurkundung vorbehalten worden. Die erhoffte spätere Einigung kam nie zustande. Trotz der unterzeichneten öffentlichen Urkunde war deshalb kein Kaufvertrag entstanden **4C.168/2000**.

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft entschied ebenso. Die Parteien hatten die genaue Abgrenzung, Fläche und Lage des Mietobjekts einer späteren schriftlichen Vereinbarung vorbehalten. Der bisherige Rahmen machte die Mietsache auch nicht bestimmbar. Ein verbindlicher Vertrag lag deshalb nicht vor **400 12 243**.

Der Gegenfall ist 4C.246/2003. Die Parteien hatten sich über Übernahmedatum, Räume, Parteien und Flächenpreis geeinigt. Offen geblieben war nur der Preis für Mobiliar und Einrichtungen. Dieser Punkt war ein vorbehaltener Nebenpunkt, und der Vertrag über die Übertragung der Mietverträge war geschlossen **4C.246/2003**.

Nicht vorbehaltene, offen gebliebene Nebenpunkte

Nach dem Wortlaut erfasst Abs. 1 nur Nebenpunkte, die die Parteien vorbehalten haben. Das Bundesgericht hat daraus nicht geschlossen, dass ein diskutierter, aber nicht vorbehaltener Nebenpunkt den Vertragsschluss hindert.

In BGE 103 II 190 verwarf es ausdrücklich die kantonale Auffassung, ein ungeeinigter Nebenpunkt verhindere mangels Vorbehalts den Vertrag. Haben sich die Parteien über alle objektiv und subjektiv wesentlichen Elemente geeinigt, ist anzunehmen, dass sie auf das übrige, nicht Vereinbarte verzichten. Der Vertrag kommt dann mit dem vereinbarten Inhalt zustande **BGE 103 II 190**.

Für den Vertragsschluss ist es deshalb gleichgültig, ob ein

Nebenpunkt vorbehalten oder bloss ungeregelt blieb. Der Unterschied wirkt sich erst bei der Ergänzung aus (dazu unten zu Abs. 2).

Abgrenzung zu Vorstufen des Vertrags

Vorvertrag, Absichtserklärung und Verhandlungspflichten

Art. 2 OR setzt einen Vertrag voraus. Er ist deshalb von Vereinbarungen abzugrenzen, die erst auf einen Vertrag hinführen.

Vorvertrag. Ein Vorvertrag ist gültig, wenn sein Inhalt bestimmt oder bestimmbar ist. Enthält er bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrags, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden

BGE 118 II 32. In BGE 118 II 32 waren Kaufpreis und Kaufgegenstand festgelegt. Offen waren nur die Zuteilung der Parkplätze, technische Einzelheiten und die Benutzungsordnung. Diese Punkte hinderten das Zustandekommen nicht. Für die Parkplätze stand mangels Vereinbarung das Wahlrecht dem Schuldner zu **BGE 118 II 32**. Die offene Wahl wurde also nicht nach Art. 2 Abs. 2 OR durch das Gericht ergänzt, sondern durch die Zuweisung eines Wahlrechts gelöst.

Vorvertrag oder Hauptvertrag. In 4C.246/2003 lag nicht bloss ein Versprechen vor, einen Vertrag zu schliessen, sondern bereits ein vollständiger Vertrag. Er begründete einen direkten Erfüllungsanspruch **4C.246/2003**.

Fehlende wesentliche Elemente. Das Freiburger Kantonsgericht verneinte einen Vorvertrag zu einer landwirtschaftlichen Pacht. Der Pachtzins war weder bestimmt noch bestimmbar, und auch Dauer und Inkrafttreten fehlten. Die Vereinbarung war höchstens eine Verpflichtung, zu verhandeln **102 2018 248**.

Letter of Intent. Eine Absichtserklärung ist kein Vorvertrag, wenn ihr die Pflicht zum Abschluss des Hauptvertrags fehlt. In 4C.409/2005 hatten die Parteien die Rechtsverbindlichkeit ausdrücklich auf die Klauseln über Depot und Vertraulichkeit beschränkt **4C.409/2005**. Das Bundesgericht hält fest, dass eine solche Erklärung einen verstärkten Willen vermuten lässt, nach Treu und Glauben zu verhandeln **4C.409/2005**.

Abbruch von Verhandlungen und culpa in contrahendo

Fehlt ein Vertrag, kann nur noch eine Haftung aus Verhandlungsverschulden in Betracht kommen.

Grundsatz. Jede Partei darf Verhandlungen grundsätzlich abbrechen, ohne Gründe anzugeben. Eine Haftung aus culpa in contrahendo besteht nur in Ausnahmefällen. Eine lange Verhandlungsdauer genügt dafür nicht. Ebenso wenig genügt es, dass die abbrechende Partei von den Investitionen der Gegenseite wusste. Wer vor Vertragsschluss Aufwendungen tätigt, tut dies grundsätzlich auf eigenes Risiko **4C.152/2001**.

In 4C.152/2001 war zudem ein wesentlicher Punkt, die Dauer des Baurechts, nicht geregelt. Die Einigung war deshalb noch nicht so reif, dass nur noch die Form fehlte **4C.152/2001**.

Formbedürftige Verträge. Hier ist eine Haftung noch zurückhaltender anzunehmen. Ohne Einigung in der öffentlichen Urkunde muss jede Partei damit rechnen, dass die andere auf den Vertrag verzichtet. Ein Bestätigungsschreiben über Preis und einzelne Bedingungen, das noch Ausführungsfragen offenliess, genügte in 4A_615/2010 nicht als Einigung über alle objektiv und subjektiv wesentlichen Elemente **4A_615/2010**.

Haftungsfall. BGE 105 II 75 bejahte eine Haftung. Die Bank hatte monatelang verhandelt und verschwiegen, dass der Hauptsitz noch zustimmen musste. Als der definitive Text vorlag, liess sie den Abschluss an dieser Genehmigung scheitern. Das Bundesgericht hielt fest, dass schon die fahrlässige Verletzung der Aufklärungspflicht genügt **BGE 105 II 75**. Zu ersetzen ist das negative Interesse **BGE 105 II 75**.

Gewillkürte Form als Bindungsvorbehalt (Art. 16 OR)

Abs. 3 behält ausdrücklich nur die Formvorschriften vor **220--2--de**. In der Praxis ist aber auch der parteiautonome Formvorbehalt nach Art. 16 OR eng mit Art. 2 OR verknüpft. Er kann bewirken, dass trotz Einigung über alle Punkte noch keine Bindung besteht.

Vermutung. Haben die Parteien für einen Vertrag eine Form vorbehalten, die das Gesetz nicht verlangt, wird vermutet, dass sie vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen **4A_409/2017**. Die Vereinbarung einer solchen Form ist formlos möglich und kann durch konkludentes Verhalten erfolgen **5A_17/2014**.

Vertragsdoppel zur Unterzeichnung. Wer der Gegenseite zwei Exemplare zur Unterschrift zusendet, will sich nach der Vermutung nur schriftlich binden **5A_17/2014**. Deshalb war in 5A_17/2014 eine nicht unterzeichnete Absichtserklärung dem Betroffenen nicht entgegenzuhalten **5A_17/2014**. Das Berner Verwaltungsgericht wandte Art. 16 Abs. 1 OR auf einen öffentlich-rechtlichen Infrastrukturvertrag an. Weil die Gemeinde nicht unterzeichnet hatte, war der Vertrag nicht zustande gekommen **100 2021 341**.

Widerlegung. Die Vermutung ist auf drei Wegen widerlegbar:

1. Beweisform: Die Form diene nur Beweis Zwecken. Dann ist der Vertrag gültig, auch wenn die Form nicht eingehalten wurde. In 4A_663/2012 war die widerspruchlos begonnene Ausführung ein starkes Indiz dafür **4A_663/2012**.
2. Verzicht: Die Parteien haben nachträglich auf die Form verzichtet. Ein Verzicht ist anzunehmen, wenn die Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden **BGE 105 II 75**. Eine blosse Teilfinanzierung reichte dafür in BGE 105 II 75 nicht aus **BGE 105 II 75**.
3. Tatsächlicher Abschlusswille: Die Parteien haben ihren übereinstimmenden Abschlusswillen tatsächlich erklärt, wenn auch nicht in der vereinbarten Form **4A_409/2017**.

Abgrenzung zur blossen Bestätigung. Nicht jede geplante Urkunde ist ein Formvorbehalt. In 4C.85/2000 war der Vergleich bereits durch den Fachaustausch zustande gekommen. Der nachgesandte Entwurf sollte die erzielte Einigung nur konkretisieren («concrétiser») **4C.85/2000**. Ob und mit welcher Tragweite eine Form vorbehalten wurde, ist zuerst nach dem wirklichen Willen auszulegen (Art. 18 Abs. 1 OR) **4C.85/2000**. Zur Beweislast für den Formvorbehalt unten, Behauptungs- und Beweislast.

Richterliche Entscheidung über Nebenpunkte (Abs. 2)

Anwendungsbereich: nur vorbehaltene Punkte

Abs. 2 ermächtigt das Gericht, den Willen der Parteien zu ergänzen. Diese Befugnis besteht nach BGE 83 II 522 aber nur für Punkte, welche die Parteien vorbehalten haben **BGE 83 II 522**. Das Bundesgericht formuliert die Kehrseite so: Art. 2 Abs. 2 OR ist nicht anwendbar, wenn die Parteien eine Nebenfrage weder geregelt noch einer späteren Einigung zugewiesen haben («l'art. 2 al. 2 CO n'est pas applicable lorsque les parties n'ont ni réglé une question secondaire ni renvoyé ce règlement à un accord ultérieur») **BGE 83 II 522**.

In diesem Fall ist das dispositive Recht des betreffenden Vertragstyps massgebend **BGE 83 II 522**. Im Fall ging es um die Zahlungsfrist eines Werkpreises. Der Unternehmer konnte sich nicht auf eine angeblich übliche Frist von dreissig Tagen berufen. Der Preis war nach Art. 372 OR bei der Ablieferung fällig **BGE 83 II 522**.

Handelsbräuche sind kein positives Recht. Sie gehen dem dispositiven Gesetzesrecht nur vor, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend auf sie verwiesen haben **BGE 83 II 522**.

Typische vorbehaltene Nebenpunkte zeigen zwei Entscheide:

- BGE 84 II 266: Ein Möbelkauf liess offen, wie der Restkaufpreis

finanziert werden sollte. Diese Modalitäten waren Nebenpunkte. Kam darüber keine Vereinbarung zustande, hatte das Gericht nach Art. 2 Abs. 2 OR zu entscheiden **BGE 84 II 266**.

- BGE 135 III 295: In einem gemischten Grundstücksgeschäft sollten die Parteien innerhalb eines bereits vereinbarten Gesamtpreises später einzelne Preise festlegen. Das waren vorbehaltene Nebenpunkte, die nötigenfalls das Gericht nach Art. 2 Abs. 2 OR bestimmt **BGE 135 III 295**.

Massstab: Natur des Geschäfts, Treu und Glauben, hypothetischer Parteiwille

Das Gericht entscheidet nicht nach dem Willen einer Partei. Massgebend ist, was die Parteien unter den gegebenen Umständen in guten Treuen vereinbart hätten. In BGE 108 II 112 war unerheblich, wie viel der Benützer eines Hallenbades zu zahlen bereit war. Das Gericht hatte die angemessene Entschädigung nach den Umständen und nach Treu und Glauben zu bestimmen **BGE 108 II 112**.

Die Rechtsprechung zur Ergänzung lückenhafter Verträge legt eine Rangfolge fest:

1. Dispositives Gesetzesrecht geht vor.
2. Fehlt es, ermittelt das Gericht den hypothetischen Parteiwillen, also was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den Punkt bedacht hätten. Es orientiert sich dabei am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrags **4C.90/2002**.

Diese Formeln stammen aus der allgemeinen Vertragsergänzung und nennen Art. 2 OR nicht ausdrücklich **4C.90/2002**. Sie decken sich aber mit dem Massstab, den BGE 108 II 112 ausdrücklich für Art. 2 Abs. 2 OR anwendet **BGE 108 II 112**. Auch die Waadtländer Cour d'appel civile versteht die Ergänzung nach Art. 2 Abs. 2 OR als Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen **CACI pt16-026314-210/2019**.

Lässt sich kein hypothetischer Wille schlüssig ermitteln, stellt das Bundesgericht bei der Miete auf den marktüblichen Mietzins ab **4C.11/2002**.

Vor jeder Ergänzung ist zu prüfen, ob überhaupt eine Lücke besteht:

- Konsens geht vor. Die dispositiven Preisregeln von Art. 184 Abs. 3 und Art. 212 Abs. 1 OR gelten nur, wenn kein natürlicher oder normativer Konsens über einen bestimmten Kaufpreis besteht **4A_229/2009**.
- Vertragliche Regeln gehen vor. Haben die Parteien eine Preisregel vereinbart, liegt keine Lücke vor. Nach BGE 143 III 545 bestimmt das Gericht bei fehlender Einigung über Nachtragspreise den Preis in sinngemässer Anwendung von Art. 89 StA-Norm 118. Ein direkter Rückgriff auf Art. 374 OR scheidet aus. Massgebend sind grundsätzlich die Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung **BGE 143 III 545**.

Analoge Anwendung bei gescheiterten Anpassungs- und Neuverhandlungsklauseln

Ein verwandter Fall liegt vor, wenn die Parteien eine spätere Anpassung vereinbart haben und diese an fehlender Einigung scheitert.

BGE 93 II 185. Nach fünfzig Jahren sollte die Entschädigung für eine Dienstbarkeit neu festgesetzt werden. Die Parteien einigten sich nicht. Die Dienstbarkeit fiel deshalb nicht dahin, weil keine Vertragsklausel dies ausdrücklich vorsah. Das Gericht setzte die Entschädigung fest **BGE 93 II 185**. Das Bundesgericht billigte, dass die Vorinstanz Art. 2 Abs. 2 OR nur analog angewendet hatte. Die Bestimmung erschöpfe nicht alle Fälle, in denen das Gericht die Wirkungen eines Vertrags festlegt. Das Gericht bestimme die geschuldete Leistung dann nach Billigkeit, gestützt auf die Elemente des Vertrags **BGE 93 II 185**.

4A_50/2018. Ein Mietvertrag verpflichtete die Parteien, den Mietzins nach einem Umbau neu zu verhandeln. Die Verhandlungen scheiterten. Der Vertrag war unvollständig und vom Gericht nach Treu

und Glauben zu ergänzen, und zwar nur für den Zeitraum der bereits erfolgten Nutzung. Für die mietrechtlichen Regeln über Mietzinserhöhungen blieb wegen der vereinbarten Neuverhandlung kein Platz **4A_50/2018**.

Zürcher Mietgericht, Verlängerungsoption. Das Gericht unterscheidet echte und unechte Optionen. Ist der Mietzins durch Verweis auf die Marktverhältnisse bestimmbar, liegt eine echte Option vor. Einigen sich die Parteien in der vereinbarten Verhandlungsphase nicht, setzt das Gericht die Konditionen auf Klage hin fest **MB180001-L**. Ist dagegen vorgesehen, dass über den Mietzins erst nach Ausübung der Option verhandelt wird, liegt keine Option in diesem Sinn vor. Eine Klausel, die die Missbrauchsgesetzgebung umgehen soll, ist unwirksam. Massgeblich sind die Regeln über Mietzinserhöhung und -senkung (Art. 269d/270b bzw. Art. 270a OR) **MB180001-L**.

Preis und Entgelt: wesentlicher Punkt oder ergänzbare Lücke

Ob ein fehlender Preis den Vertragsschluss verhindert oder ergänzt wird, hängt vom Vertragstyp und vom dispositiven Recht ab.

| Vertragstyp | Folge bei fehlender Preisabrede |

|---|---|

| Kauf | Der Preis muss bei Vertragsschluss nicht bestimmt sein, wenn er bei der Lieferung eindeutig bestimmbar ist (Art. 184 Abs. 3 OR). Besteht ein Marktpreis, kommt der Kauf auch ohne Preisabrede zustande (Art. 212 Abs. 1 OR) **4A_229/2009**. |

| Werkvertrag | Ist der Preis nicht oder nur ungefähr bestimmt, wird er nach dem Wert der Arbeit und den Aufwendungen festgesetzt (Art. 374 OR). Die Norm ist dispositiv **4A_465/2009**. |

| Arbeitsvertrag | Fehlt eine Lohnabrede und gilt weder ein GAV noch ein Normalarbeitsvertrag, ist der übliche Lohn geschuldet (Art. 322 Abs. 1 OR) **CACI p321-042325-451/2023**. |

| Maklervertrag | Die Höhe der Provision ist nicht wesentlich. Fehlt sie, gilt die Taxe oder der übliche Lohn (Art. 414 OR) **4A_309/2025**. |

| Miete | Der Mietzins ist wesentlich. Fehlt jede Einigung, kommt kein Vertrag zustande **BGE 119 II 347**. |

Kauf, Werkvertrag, Arbeits- und Maklervertrag

Beim Kauf legte das Tessiner Appellationsgericht eine Klausel über den «definitiven» Preis bei Lieferung nicht als Vorbehalt weiterer Verhandlungen aus. Sie verwies auf den bei der Lieferung geltenden Preis, und dieser war über den Marktpreis bestimmbar **12.1997.197**.

Beim Werkvertrag hatten sich die Parteien in 4A_465/2009 auf einen Preis pro Quadratmeter geeinigt, nicht aber auf dessen Höhe. Das Gericht musste den Einheitspreis nicht nach dem tatsächlichen Aufwand festsetzen, wenn andere Grundlagen für einen angemessenen Preis zur Verfügung standen **4A_465/2009**.

Beim Arbeitsvertrag setzte die Waadtländer Cour d'appel civile für den Zeitraum ohne Lohnabrede den üblichen Lohn ein. Sie stellte auf den Lohn ab, den die Parteien später selbst angewendet hatten. Eine stillschweigende Annahme des tieferen Lohns verneinte sie, weil die Arbeitnehmerin beim ersten Lohn Vorbehalte angebracht hatte **CACI p321-042325-451/2023**.

Beim Maklervertrag zog die Vorinstanz in 4A_309/2025 die früheren Vereinbarungen der Parteien heran und setzte eine Provision von 3 % des Kaufpreises fest. Das Bundesgericht billigte dies **4A_309/2025**. Wer eine künftige Einigung über die Provisionshöhe in Aussicht stellt, bringt nach der Vorinstanz zum Ausdruck, dass die Höhe für ihn gerade kein Hauptpunkt ist **4A_309/2025**.

Miete: Wandel der Rechtsprechung

Im Mietrecht hat sich die Rechtsprechung verschoben.

BGE 108 II 112. Das Bundesgericht ergänzte noch eine Abrede über die entgeltliche Mitbenützung eines Hallenbades, bei der die Höhe des Entgelts offen geblieben war. Es stützte sich dabei ausdrücklich

auf Art. 2 Abs. 2 OR **BGE 108 II 112**.

BGE 119 II 347. Hier rückte das Bundesgericht von der Ergänzungspraxis nach BGE 100 II 330 ab und stützte sich auf die Kritik in der Lehre. Ohne Einigung über die Höhe des Mietzinses kommt der Vertrag nicht zustande, selbst wenn sich die Parteien grundsätzlich auf eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung geeinigt und mit der Erfüllung begonnen haben **BGE 119 II 347**. Die Parteien tragen das Risiko gescheiterter Verhandlungen, auch wenn sie voreilig mit einer Einigung gerechnet haben. Wörtlich: «Fehlender Konsens lässt sich, wenn es um den Willen zur Begründung eines Vertragsverhältnisses überhaupt geht, auch nicht durch ein gerichtliches Urteil ersetzen.» **BGE 119 II 347**

4C.11/2002. Spätere Entscheide setzen das Entgelt dennoch auf dem Weg der Vertragsergänzung fest, wenn die Parteien ein als Miete vorgesehenes Verhältnis tatsächlich abwickeln, ohne sich über das Entgelt zu einigen. Das Bundesgericht beruft sich dabei auf BGE 108 II 112 und BGE 119 II 347 **4C.11/2002**. Im Fall wurde diese Rechtsprechung vom Beklagten nicht beanstandet **4C.11/2002**.

Abgrenzung. BGE 119 II 347 betrifft den Fall, dass der Konsens über die Begründung oder Fortsetzung des Vertragsverhältnisses selbst fehlt. 4C.11/2002 und 4A_50/2018 betreffen die Entschädigung für eine bereits erfolgte Nutzung oder eine vereinbarte Neuverhandlung **4A_50/2018**. Eine ausdrückliche bundesgerichtliche Abgrenzung dieser Linien enthalten die zitierten Entscheide nicht. In der Praxis muss deshalb genau dargelegt werden, ob die Parteien über die Entgeltlichkeit und einen Bestimmungsmechanismus einig waren.

Fehlen solche Anhaltspunkte, scheitert der Anspruch. Im Waadtländer Gerüstfall stand fest, dass die Nutzung entgeltlich sein sollte, doch wurde kein Betrag festgelegt. Die Klägerin hatte keine Tatsachen behauptet, aus denen sich ein hypothetischer Mietzins ableiten liess. Eine Ergänzung unterblieb, und die Forderung wurde abgewiesen **CACI pt16-026314-210/2019**.

Vorbehalt der Formvorschriften (Abs. 3)

Umfang des Formzwangs

Abs. 3 stellt klar, dass Art. 2 OR die gesetzlichen Formvorschriften nicht lockert **220--2--de**. Ist eine gesetzliche Form vorgeschrieben, ist ihre Einhaltung Gültigkeitsvoraussetzung (Art. 11 OR). Der Vertragsschluss folgt trotzdem den allgemeinen Regeln von Art. 1 und 2 OR **4C.168/2000**.

Für den Grundstückskauf (Art. 216 OR) muss die öffentliche Urkunde zwei Arten von Punkten enthalten:

- alle objektiv wesentlichen Elemente,
- objektiv nebensächliche, aber subjektiv wesentliche Punkte, soweit sie ihrer Natur nach Bestandteil des Kaufvertrags sind.

Gemeint sind alle Elemente, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen **BGE 135 III 295**. Die Urkunde muss alle Gegenleistungen für das Grundstück nennen. Bei einem gemischten Vertrag ist ein Gesamtpreis zulässig, doch müssen auch die weiteren Leistungen des Verkäufers beurkundet sein **BGE 135 III 295**.

4A_53/2025 bestätigt diese Formel **4A_53/2025**. Der Beschwerdeführer berief sich auf einen Erlass einer Darlehensschuld, der mit der Reduktion des Kaufpreises verknüpft gewesen sein soll. Dieser Erlass betraf die Gegenleistung, war beurkundungspflichtig und mangels Beurkundung nichtig **4A_53/2025**. Der Formzwang gilt auch für Vorverträge, soweit sie den Kaufpreis zum Voraus bestimmen **4A_53/2025**.

Der Kaufgegenstand muss so genau bezeichnet sein, dass die Beschreibung keine neue Willenseinigung erfordert. Die Angabe der Fläche genügt nicht. Form und Lage der Parzelle müssen bestimmt oder mindestens bestimmbar sein **4A_573/2016**.

Die Genfer Cour de justice erklärte einen Grundstückskauf für nichtig. Die Urkunde enthielt einen geplanten Parzellenaustausch mit dem

Nachbarn und dessen Modalitäten nicht, obwohl diese für die Käuferin erkennbar subjektiv wesentlich waren **ACJC/931/2016**.

Für die Bürgschaft gilt ein vergleichbarer Massstab, der am Schutzzweck ausgerichtet ist. Der öffentlichen Beurkundung nach Art. 493 Abs. 2 OR unterliegen alle objektiv und subjektiv wesentlichen Angaben. Erfasst sind aber nur Punkte, welche die Rechtsstellung des Bürgen erschweren, nicht solche, die den Vertrag bloss in einem Nebenpunkt ergänzen oder den Bürgen ausschliesslich entlasten. Deshalb müssen Mitbürgen in der Urkunde nicht genannt werden **BGE 119 Ia 441**.

Formfreie Nebenpunkte und selbständige Nebenabreden

Formvorschriften sind restriktiv auszulegen **BGE 119 II 135**. Daraus ergeben sich zwei Ausnahmen:

- Zahlungsmodalitäten sind ihrer Natur nach kein Element des Kaufvertrags und müssen nicht beurkundet werden. Schweigt die Urkunde, werden sie nach den allgemeinen Regeln über die Erfüllung bestimmt **4A_331/2010**.
- Selbständige Nebenabreden, die auch losgelöst vom formbedürftigen Vertrag ein Ganzes bilden, unterliegen der Form nicht. Das gilt selbst dann, wenn sie eine unerlässliche Bedingung für den Abschluss sind **BGE 119 II 135**. In **BGE 119 II 135** betraf dies eine mündliche Beistandsklausel persönlicher und moralischer Natur neben einem Kaufrechtsvertrag **BGE 119 II 135**. Dass ein formfreier Vertrag Bedingung oder Motiv eines formbedürftigen Vertrags ist, unterstellt ihn noch nicht dessen Form. Die tatsächlichen Grundlagen für eine solche Selbständigkeit muss aber dartun, wer sich darauf beruft **4A_53/2025**.

Auch im formbedürftigen Vertrag können Nebenpunkte formlos vorbehalten und nach Abs. 2 gerichtlich bestimmt werden **BGE 135 III 295**. Der formlose Vorbehalt eines wesentlichen Punktes verhindert dagegen den Vertragsschluss trotz Urkunde (oben, Vorbehalt eines wesentlichen Punktes) **4C.168/2000**.

Nichtigkeit und rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel

Wird die gesetzliche Form nicht eingehalten, ist der Vertrag nichtig (Art. 11 Abs. 2 OR). In **4A_573/2016** hielt das Bundesgericht fest, dass es dies von Amtes wegen festzustellen hat **4A_573/2016**. **BGE 112 II 330** hatte dagegen bezweifelt, ob Formungültigkeit stets als absolute Nichtigkeit von Amtes wegen zu behandeln sei, und die Frage offengelassen **BGE 112 II 330**.

Die Nichtigkeit steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Diese Ausnahme greift nur bei offenbarem Missbrauch **4A_424/2021**. Massgebend sind nach der Rechtsprechung folgende Kriterien:

- Freiwillig und wissentlich erfüllt: Missbräuchlich ist es in der Regel, sich auf den Formmangel zu berufen, nachdem der Vertrag im Wesentlichen freiwillig und in Kenntnis des Mangels erfüllt wurde **4A_424/2021**.
- In Unkenntnis erfüllt: Wer in Unkenntnis des Mangels erfüllt hat, handelt nicht widersprüchlich **BGE 112 II 330**. Freiwillige Erfüllung allein genügt nicht; zur Beweislast für die Kenntnis unten, Behauptungs- und Beweislast **4C.225/2001**.
- Nicht erfüllt: Missbrauch ist grundsätzlich ausgeschlossen, solange die vereinbarten Leistungen nicht im Wesentlichen erbracht sind **4A_424/2021**. In **4A_424/2021** kam hinzu, dass Preis und Antritt weiterhin verhandelt wurden. Dasselbe Ergebnis erzielte die Genfer Cour de justice beim nicht erfüllten Kauf ohne beurkundeten Parzellenaustausch **ACJC/931/2016**.
- Zweckwidrige Berufung: In **BGE 112 II 330** war die Käuferin über zwei Jahre als Eigentümerin eingetragen. Sie berief sich auf einen Beurkundungsfehler beim Vertretungsverhältnis nur, um eine nicht mehr gewünschte Parzelle loszuwerden. Das war missbräuchlich **BGE 112 II 330**. In **4A_573/2016** hatte die

Verkäuferin an der Festlegung der Parzelle aktiv mitgewirkt. Sie berief sich auf den Formmangel zu einem formfremden Zweck. Folge: Sie musste sowohl das Kaufversprechen als auch die Konventionalstrafe erfüllen **4A_573/2016**.

Prozessual gilt: Ohne rechtzeitig vorgebrachte tatsächliche Grundlagen ist ein Rechtsmissbrauch ausgeschlossen, auch wenn das Gericht Art. 2 Abs. 2 ZGB von Amtes wegen beachtet **4A_53/2025**.

Beweis, Prozess und Prüfungsbefugnis

Behauptungs- und Beweislast

Nach Art. 8 ZGB muss jede Partei die Tatsachen beweisen, aus denen sie ihr Recht ableitet. Wer einen vertraglichen Anspruch erhebt, muss deshalb die Tatsachen beweisen, aus denen sich der Vertragsschluss ergibt. Bleiben sie zweifelhaft, unterliegt er **4A_231/2010**.

Für die Zuordnung der einzelnen Elemente gilt nach den Entscheiden Folgendes:

- Konkreter Wille zum Vertragsinhalt: Das Tessiner Appellationsgericht legt die Beweislast für einen konkreten Willen zum Vertragsinhalt, namentlich für die subjektive Wesentlichkeit, der Partei auf, die sich darauf beruft **12.2011.171**.
- Formvorbehalt: Ihn muss beweisen, wer die Unwirksamkeit des mündlich Vereinbarten geltend macht **4A_409/2017**.
- Kenntnis des Formmangels: Sie muss beweisen, wer der Gegenpartei Rechtsmissbrauch vorwirft **4C.225/2001**.
- Grundlagen der Ergänzung: Unter der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) muss die klagende Partei die Elemente behaupten und beweisen, aus denen sich der hypothetische Preis ableiten lässt. Bleiben die Rechnungen ohne konkrete Kriterien, darf die Gegenpartei sie ohne nähere Begründung bestreiten **CACI pt16-026314-210/2019**.
- Gerichtliches Ermessen: Auch wo das Gericht über Ermessen verfügt, berücksichtigt es die Preiselemente, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden sind **BGE 143 III 545**.

Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts

Ob ein tatsächlicher Konsens besteht, ist eine Tatfrage. Das Bundesgericht ist an die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz gebunden und wendet die Rechtsfolgen von Art. 2 OR und Art. 16 OR auf sie an. In **4A_409/2017** hatte die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass die Parteien ihren Abschlusswillen telefonisch erklärt hatten **4A_409/2017**.

Die Ergänzung nach Art. 2 Abs. 2 OR ist dagegen eine Rechtsfrage. Das Bundesgericht prüft sie frei und stützt sich dabei auf die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz **BGE 108 II 112**. Die neuere Rechtsprechung prüft das Ergebnis dieser normativen Tätigkeit zwar frei, aber mit einer gewissen Zurückhaltung, weil die Vertragsergänzung regelmässig mit richterlichem Ermessen verbunden ist **4C.90/2002**.

An die Feststellungen der Vorinstanz bleibt das Bundesgericht gebunden, soweit sie Tatsachen betreffen, die für den hypothetischen Willen erheblich sind. Dazu gehören preisrelevante Übungen und Verkehrssitten, Vergleichspreise des Marktes und Schlüsse, die das Sachgericht in Ausübung von Schätzungsermessen zieht **4C.11/2002**.

Folgerungen für die Vertragspraxis

- Bedingungen klar kundgeben. Wer einen objektiv nebensächlichen Punkt zur Bedingung machen will, muss dies vor Vertragsschluss deutlich und erkennbar erklären **4A_409/2017**. Sonst greift die Vermutung von Abs. 1 gegen ihn **4C.246/2003**.
- Bindungswillen klären. Eckpunkte, Letters of Intent und

Bestätigungsschreiben sollten ausdrücklich sagen, ob und ab wann eine Bindung gewollt ist. Ohne festen Bindungswillen greift Abs. 1 nicht **4A_80/2013**. Eine Beschränkung der Verbindlichkeit auf einzelne Klauseln wird respektiert **4C.409/2005**. Wer Bindung erst mit der Unterschrift will, sollte das sagen. Die Zusendung von Doppeln zur Unterzeichnung begründet die Vermutung von Art. 16 OR **5A_17/2014**. Vorbehaltloses Erfüllen kann sie wieder entkräften **BGE 105 II 75**.

- Offene Punkte richtig einordnen. Offen gelassene Punkte sollten ausdrücklich als Nebenpunkte vorbehalten und mit einem Bestimmungsmechanismus versehen werden. Nur dann ist Abs. 2 anwendbar. Andernfalls gilt das dispositive Recht **BGE 83 II 522**.
- Mietzins bestimmbar machen. Bei Miete und Optionen sollte der Mietzins mindestens durch ein objektives Kriterium bestimmbar sein **MB180001-L**. Andernfalls droht, dass gar kein Vertrag besteht **BGE 119 II 347**.
- Beurkundung vollständig halten. Beim Grundstückkauf gehören alle Abreden in die Urkunde, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren, auch Verrechnungen und Schulderlasse **4A_53/2025**. Ebenso gehören Form und Lage der Parzelle hinein **4A_573/2016**.
- Ergänzungsgrundlagen im Prozess liefern. Wer eine Ergänzung nach Abs. 2 verlangt, muss die tatsächlichen Grundlagen dafür rechtzeitig behaupten und beweisen, etwa Marktpreise, frühere Vereinbarungen oder Branchenübungen **CACI pt16-026314-210/2019**. Dasselbe gilt für die Tatsachen, die einen Rechtsmissbrauch begründen sollen **4A_53/2025**.