

Melinda Malek

Vertragsschluss durch Konsens

Untersuchung der Gefahr von Erklärungsfiktionen beim Zustandekommen eines Vertrages mit rechtsvergleichenden Bezügen aus dem französischen Recht, dem Common Law sowie dem DCFR und den PECL

Dissertationen der LMU München

Band 93

# Vertragsschluss durch Konsens

Untersuchung der Gefahr von Erklärungsfiktionen  
beim Zustandekommen eines Vertrages mit  
rechtsvergleichenden Bezügen aus dem  
französischen Recht, dem Common Law sowie  
dem DCFR und den PECL

von

Melinda Malek

Mit **Open Publishing LMU** unterstützt die Universitätsbibliothek der Ludwig-Maximilians-Universität München alle Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler der LMU dabei, ihre Forschungsergebnisse parallel gedruckt und digital zu veröffentlichen.

Text © Melinda Malek 2025

Diese Arbeit ist veröffentlicht unter Creative Commons Licence BY 4.0. (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>). Abbildungen unterliegen ggf. eigenen Lizenzen, die jeweils angegeben und gesondert zu berücksichtigen sind.

Erstveröffentlichung 2025

Zugleich Dissertation der LMU München 2025

Druck und Vertrieb im Auftrag der Autoren und Autorinnen:  
Buchschmiede von Dataform Media GmbH, Julius-Raab-Straße 8  
2203 Großbeersdorf, Österreich

Kontaktadresse nach EU-Produktsicherheitsverordnung:  
[info@buchschmiede.at](mailto:info@buchschmiede.at)



**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet abrufbar über <http://dnb.d-nb.de>

Open-Access-Version dieser Publikation verfügbar unter:  
<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:bvb:19-358649>  
<https://doi.org/10.5282/edoc.35864>

ISBN 978-3-99181-887-8

# Inhalt

Vorwort .....	1
Abkürzungsverzeichnis.....	3
Kapitel 1: Einleitung .....	11
A Problemstellung, Abgrenzung des Themas und Gang der Untersuchung.....	11
B Vergleichsgegenstände.....	13
Kapitel 2: Das Konsensprinzip.....	19
A Grundlagen des Konsensprinzips .....	19
I Deutsches Recht .....	22
II Französisches Recht.....	26
III Common Law .....	30
IV DCFR und PECL .....	33
V Ergebnis .....	35
B Weitere Voraussetzungen für den Vertragsschluss .....	37
I Rechtsbindungswille.....	38
1 Deutsches Recht.....	38
2 Französisches Recht .....	41
3 Common Law.....	43
4 DCFR und PECL .....	47
5 Ergebnis.....	49
II Formvorschriften .....	51
1 Deutsches Recht.....	53
2 Französisches Recht .....	55
3 Common Law.....	57
4 DCFR und PECL .....	60
5 Ergebnis.....	62

III	Vorvertragliche Informationspflichten.....	64
1	Deutsches Recht.....	65
2	Französisches Recht .....	67
3	Common Law.....	68
4	DCFR und PECL.....	70
5	Ergebnis.....	71
IV	Realverträge .....	73
1	Deutsches Recht.....	74
2	Französisches Recht .....	74
3	Common Law.....	75
4	DCFR und PECL.....	76
5	Ergebnis.....	76
V	Früheres französisches Recht: Cause .....	77
VI	Common Law: Consideration .....	80
VII	DCFR und PECL: Keine weiteren Voraussetzungen.....	85
VIII	Ergebnis .....	85
	Kapitel 3: Erfordernis von Willenserklärungen für den Vertragsschluss .....	89
A	Feststellung von Konsens durch Angebot und Annahme.....	89
I	Deutsches Recht .....	90
1	Angebot und Annahme als Willenserklärungen.....	90
2	Auslegung .....	93
3	Zeitpunkt des Vertragsschlusses .....	94
4	Vertragsschluss im Internet.....	97
II	Französisches Recht.....	98
1	Angebot und Annahme.....	98
2	Auslegung .....	99
3	Zeitpunkt des Vertragsschlusses .....	100
4	Vertragsschluss im Internet.....	102
III	Common Law .....	103
1	Angebot und Annahme.....	103
2	Auslegung .....	105
3	Zeitpunkt des Vertragsschlusses .....	106
4	Vertragsschluss im Internet.....	110

IV	DCFR und PECL .....	112
1	Angebot und Annahme.....	112
2	Auslegung.....	113
3	Zeitpunkt des Vertragsschlusses .....	115
4	Vertragsschluss im Internet.....	116
V	Ergebnis .....	117
1	Angebot und Annahme.....	117
2	Auslegung.....	118
3	Zeitpunkt des Vertragsschlusses .....	119
4	Vertragsschluss im Internet.....	122
B	Feststellung eines Vertragsschlusses unabhängig von Angebot und Annahme .....	124
I	Deutsches Recht .....	125
1	Vertragsschluss ohne Konsens.....	125
a	Der faktische Vertrag .....	125
b	Protestatio facto contraria.....	129
2	Die Annahme nach § 151 S. 1 BGB .....	133
3	Ergebnis.....	136
II	Französisches Recht.....	137
III	Common Law .....	138
1	Agreement .....	138
2	Unilateral contracts und contracts implied-in-fact.....	139
3	Vertrauensbasierte Ansätze .....	142
a	Reasonable reliance.....	142
b	Death of contract .....	142
4	Ergebnis.....	144
IV	DCFR und PECL .....	145
V	Ergebnis und Bewertung .....	147
1	Faktischer Vertrag und vertrauensbasierte Ansätze .....	148
2	Agreement und vertragsanerkennendes Verhalten.....	151
a	Einschätzungsspielraum für Gerichte .....	151
b	Zeitpunkt des Vertragsschlusses .....	153
3	Lösung durch Auslegungsregeln.....	155

Kapitel 4: Die Gefahr von Erklärungsfiktionen .....	157
A Anwendbares Recht.....	158
I Zustandekommen eines Vertrages.....	159
II Ergebnis .....	163
B Die Gefahr von Erklärungsfiktionen durch die Eigenschaft als Willenserklärung.....	164
I Fehlendes Erklärungsbewusstsein .....	164
1 Deutsches Recht.....	165
a Vorliegen einer Willenserklärung bei Erklärungsfahrlässigkeit.....	165
b Keine Erklärung bei fehlendem Erklärungsbewusstsein im Fall des § 151 S. 1 BGB.....	169
2 Französisches Recht .....	170
3 Common Law.....	170
4 DCFR und PECL.....	171
5 Ergebnis.....	172
II Abhandengekommene Willenserklärung.....	173
1 Deutsches Recht.....	174
2 Französisches Recht .....	176
3 Common Law.....	177
4 DCFR und PECL.....	178
5 Ergebnis.....	178
III Schweigen bei Vertragsschluss .....	179
1 Deutsches Recht.....	179
2 Französisches Recht .....	183
3 Common Law.....	186
4 DCFR und PECL.....	188
5 Ergebnis.....	189
IV Anforderungen an die Erklärung .....	191
1 Deutsches Recht.....	191
a Verträge im Internet .....	192
b Negative Beschaffungsvereinbarungen .....	195
2 Französisches Recht .....	197
a Verträge im Internet .....	197
b Negative Beschaffungsvereinbarungen .....	198

3	Common Law.....	199
a	Verträge im Internet .....	200
b	Negative Beschaffheitsvereinbarungen .....	200
4	DCFR und PECL .....	201
5	Ergebnis.....	201
V	Ergebnis .....	203
C	Die Gefahr von Erklärungsfiktionen bei Vertragsschluss.....	204
I	Ungelesene Vertragsklauseln und Einbeziehung von AGB .....	204
1	Deutsches Recht.....	206
2	Französisches Recht .....	210
3	Common Law.....	213
4	DCFR und PECL .....	217
5	Ergebnis.....	221
II	Konkludente Erklärungen bei Vertragsschluss.....	224
1	Deutsches Recht.....	225
a	Konkludente Erklärungen .....	225
b	Vertragsschluss im Massenverkehr.....	227
c	Weitere Fälle eines konkludenten Vertragsschlusses .....	229
d	Ergebnis.....	230
2	Französisches Recht .....	231
a	Konkludente Erklärungen .....	231
b	Vertragsschluss im Massenverkehr.....	231
3	Common Law.....	233
a	Konkludente Erklärungen .....	233
b	Vertragsschluss im Massenverkehr.....	234
4	DCFR und PECL .....	235
5	Ergebnis.....	236
III	Zusendung unbestellter Ware .....	238
1	Deutsches Recht.....	239
2	Französisches Recht .....	241
3	Common Law.....	243
4	DCFR und PECL .....	244
5	Ergebnis.....	246
IV	Ergebnis .....	248

D Die Gefahr von Erklärungsfiktionen nach Vertragsschluss .....	249
I Die Vereinbarung einer Vertragsverlängerung oder Vertragsänderung.....	249
1 Deutsches Recht.....	250
a Vertragsverlängerung.....	250
b Vertragsänderung.....	250
(1) Fortgesetzte Inanspruchnahme der ursprünglich geschuldeten Leistung .....	251
(2) Inanspruchnahme einer zusätzlich angebotenen Leistung.....	254
2 Französisches Recht .....	256
a Vertragsverlängerung.....	256
b Vertragsänderung.....	256
3 Common Law.....	257
a Vertragsverlängerung.....	257
b Vertragsänderung.....	258
aa Erfordernis einer consideration.....	258
bb Promissory estoppel .....	260
cc USA .....	260
4 DCFR und PECL.....	262
a Vertragsverlängerung.....	262
b Vertragsänderung.....	262
5 Ergebnis.....	263
II Die Erlassfalle.....	264
1 Deutsches Recht.....	265
a Erlassvertrag.....	265
b BGH-Rechtsprechung .....	265
c Auslegung der Scheckeinlösung.....	266
d Ergebnis.....	270
2 Französisches Recht .....	270
3 Common Law.....	271
4 DCFR und PECL .....	275
5 Ergebnis.....	275

III	AGB-Regelungen zur Vertragsverlängerung und Vertragsänderung.....	277
1	Deutsches Recht.....	278
a	Automatische Vertragsverlängerung.....	278
b	Regelung zur Vertragsänderung.....	278
aa	Einseitige Änderung der AGB .....	279
bb	Fingierte Erklärung .....	280
cc	BGH-Rechtsprechung zu Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB.....	280
(1)	Unwirksamkeit von Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB.....	280
(2)	Konkludente Annahme einer Vertragsänderung durch den Kunden .....	282
(3)	Mögliche Einschränkung der Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen.....	284
c	Ergebnis.....	286
2	Französisches Recht .....	287
a	Automatische Vertragsverlängerung.....	287
b	Regelung zur Vertragsänderung .....	287
aa	Einseitige Vertragsänderung .....	287
bb	Konkludente bzw. fingierte Erklärung.....	288
cc	Rechtsprechung zu Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB.....	289
c	Ergebnis.....	290
3	Common Law.....	291
a	Automatische Vertragsverlängerung.....	291
b	Vertragsänderung .....	291
c	Ergebnis.....	293
4	DCFR und PECL.....	293
a	Automatische Vertragsverlängerung.....	293
b	Vertragsänderung .....	293
c	Ergebnis.....	294
5	Ergebnis .....	295
IV	Ergebnis .....	297

E Nachgeschobene Klauseln .....	300
I Deutsches Recht .....	302
1 Herstellergarantie .....	302
2 Shrink Wrap-Lizenzen .....	303
a Direktvertrieb durch den Hersteller .....	304
b Vertragsschluss im Drei-Personen-Verhältnis .....	305
aa Einbeziehung der Hersteller-AGB in den Vertrag des Kunden mit dem Händler .....	305
bb Vertragsschluss durch Tätigwerden des Händlers .....	306
cc Eigener Vertragsschluss zwischen Hersteller und Endkunden .....	307
(1) Kein Vertragsschluss bei Anknüpfung an eine uneindeutige Handlung .....	307
(2) Annahme für den Fall von Click-Wrap-Vereinbarungen .....	310
(3) Annahme im Fall von Registrierungsverträgen .....	313
(4) Analoge Produkte und Tickets .....	313
3 Ergebnis .....	314
II Französisches Recht .....	315
1 Herstellergarantie .....	315
2 Shrink Wrap-Lizenzen .....	315
III Common Law .....	317
1 Englisches Recht .....	317
a Herstellergarantie .....	317
b Shrink Wrap-Lizenzen .....	317
2 USA .....	319
a Herstellergarantie .....	319
b Shrink Wrap-Lizenzen .....	319
aa ProCD, Inc. v. Zeidenberg .....	320
bb Hill v. Gateway 2000 .....	322
cc Weitere Rechtsprechung .....	322
dd Restatement of the Law, Consumer Contracts .....	323
c Ergebnis .....	324
3 Ergebnis .....	325
IV DCFR und PECL .....	326
1 Herstellergarantie .....	326
2 Nachgeschobene Klauseln .....	326

V Ergebnis und Bewertung .....	327
1 Shrink Wrap-Vereinbarungen.....	328
2 Click Wrap-Vereinbarungen .....	330
Kapitel 5: Ergebnis .....	331
A Lösung über die Auslegung des relevanten Verhaltens .....	331
B Erfordernis einer consideration .....	334
C Berücksichtigung von Verschulden.....	334
D Weitere Schutzmechanismen.....	336
Kapitel 6: Zusammenfassung in Thesen.....	339
Literaturverzeichnis.....	345



# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2025 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen.

An erster Stelle möchte ich Professor Dr. Stephan Lorenz für die Betreuung und Unterstützung meiner Dissertation während der Bearbeitungszeit und Veröffentlichung danken. Professor Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner bedanke ich mich bei allen Kollegen und Wegbegleitern, die auf unterschiedlichste Weise zu meiner Promotion beigetragen haben. Insbesondere danke ich meinen Freunden im In- und Ausland, die mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen. Schließlich möchte ich mich besonders bei meiner Familie und vor allem bei meinen Eltern bedanken, die mich in jedem Lebensabschnitt unterstützt und begleitet haben.

Melinda Malek

München, September 2025



# Abkürzungsverzeichnis

<b>a.</b>	auch
<b>A.A.</b>	andere Ansicht
<b>a.A.</b>	andere Ansicht
<b>A.C.</b>	Appeal Cases
<b>a.F.</b>	alte Fassung
<b>abhandengek.</b>	abhandengekommen(e)/(en)/(er)
<b>abl.</b>	ablehnend
<b>Abs.</b>	Absatz
<b>AcP</b>	Archiv für die civilistische Praxis
<b>AG</b>	Amtsgericht
<b>AGB</b>	Allgemeine Geschäftsbedingungen
<b>AJ contrat</b>	Actualité Juridique Contrat
<b>ALI</b>	American Law Institute
<b>All E.R.</b>	All England Law Reports
<b>allerd.</b>	allerdings
<b>Am. J. Comp. L.</b>	American Journal of Comparative Law
<b>App. Cas.</b>	Appeal Cases
<b>ARSP</b>	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
<b>Art.</b>	Artikel
<b>AT</b>	Allgemeiner Teil
<b>Aufl.</b>	Auflage
<b>AVBFernwärmeV</b>	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme
<b>AVBWasserV</b>	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser
<b>b.</b>	bei
<b>BB</b>	Betriebsberater
<b>Bd.</b>	Band
<b>Bearb.</b>	Bearbeiter
<b>BeckOGK</b>	Beck'scher Online-Groß-Kommentar
<b>BeckOK</b>	Beck'scher Online-Kommentar
<b>BeckRS</b>	Beck-Rechtsprechung
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch

<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof
<b>BGHZ</b>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>Bsp.</b>	Beispiel(e)/(en)
<b>BT-Drucks.</b>	Bundestagsdrucksache
<b>Bull. civ.</b>	Bulletin des arrêts de la Chambre Civile de la Cour de Cassation
<b>BVerfG</b>	Bundesverfassungsgericht
<b>bzgl.</b>	bezüglich
<b>c.i.c.</b>	culpa in contrahendo
<b>C.T.L.C.</b>	Consumer and Trading Law Cases
<b>CA</b>	Cour d'appel
<b>Cass. civ.</b>	Cour de Cassation Chambre civile
<b>Cass. com.</b>	Cour de Cassation Chambre commerciale
<b>Cass. soc.</b>	Cour de Cassation Chambre sociale
<b>Cath. U. L. Rev.</b>	The Catholic University Law Review
<b>Cb (N.S.)</b>	Common Bench Reports, New Series
<b>CESL</b>	Common European Sales Law
<b>Chapt.</b>	Chapter
<b>Cir.</b>	Circuit
<b>Cons. const.</b>	Conseil constitutionnel
<b>CP</b>	Common Pleas
<b>CR</b>	Computer und Recht
<b>CRi</b>	Computer Law Review International
<b>d.</b>	der/die/das/des
<b>dagg.</b>	dagegen
<b>DCFR</b>	Draft Common Frame of Reference
<b>DuR</b>	Demokratie und Recht
<b>e.</b>	ein(e)/(en)/(er)/(es)
<b>E.R.</b>	English Reports
<b>ebd.</b>	ebenda
<b>EBV</b>	Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
<b>Ed.</b>	Edition
<b>ed.</b>	edition
<b>éd.</b>	édition
<b>EG</b>	Europäische Gemeinschaft

<b>EGBGB</b>	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
<b>Einl.</b>	Einleitung
<b>EL</b>	Ergänzungslieferung
<b>EndUrt</b>	Endurteil
<b>EnWZ</b>	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
<b>ERCL</b>	European Review of Contract Law
<b>ERPL</b>	European Review of Private Law
<b>et al.</b>	et alii
<b>EU</b>	Europäische Union
<b>EuGH</b>	Europäischer Gerichtshof
<b>EWCA Civ.</b>	England & Wales Court of Appeal (Civil Division)
<b>EWHC</b>	England & Wales High Court
<b>F.</b>	Federal Reporter
<b>f.</b>	folgende
<b>ff.</b>	folgende
<b>Fn.</b>	Fußnote
<b>FS</b>	Festschrift
<b>GasGVV</b>	Gasgrundversorgungsverordnung
<b>GPR</b>	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
<b>grds.</b>	grundätzlich
<b>GRUR Int</b>	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
<b>GRUR-RS</b>	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
<b>Harv. L. Rev.</b>	Harvard Law Review
<b>Hastings Sci.</b>	
<b>&amp; Tech. L. J.</b>	Hastings Science and Technology Law Journal
<b>HGB</b>	Handelsgesetzbuch
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>i.R.v.</b>	im Rahmen von
<b>i.S.d.</b>	im Sinne des

<b>i.V.m.</b>	in Verbindung mit
<b>Ill. L. Rev.</b>	Illinois Law Review
<b>Ind. L. Rev.</b>	Indiana Law Review
<b>insb.</b>	insbesondere
<b>insg.</b>	insgesamt
<b>insof.</b>	insofern
<b>Int'l &amp; Comp. L. Q.</b>	International and Comparative Law Quarterly
<b>Int'l J. L. &amp; Info. Tech.</b>	International Journal of Law and Information Technology
<b>Int'l J. L. &amp; Info. Tech.</b>	International Journal of Law and Information Technology
<b>IPR</b>	Internationales Privatrecht
<b>IPRax</b>	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
<b>IWRZ</b>	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
<b>J. Legal Educ.</b>	Journal of Legal Education
<b>J. Legal Stud.</b>	Journal of Legal Studies
<b>JA</b>	Juristische Arbeitsblätter
<b>jew.</b>	jeweils
<b>JORF</b>	Journal officiel de la République française
<b>Jura</b>	Juristische Ausbildung
<b>JuS</b>	Juristische Schulung
<b>JZ</b>	JuristenZeitung
<b>K.B.</b>	King's Bench
<b>L. Q. Rev.</b>	Law Quarterly Review
<b>L. Rev.</b>	Law Review
<b>LG</b>	Landgericht
<b>lit.</b>	littera
<b>Lloyd's Rep.</b>	Lloyd's Reports
<b>LMK</b>	Lindenmaier/Möhring Kommentierung
<b>LS</b>	Leitsatz
<b>m.</b>	mit
<b>m.w.N.</b>	mit weiteren Nachweisen
<b>MDR</b>	Monatsschrift für Deutsches Recht