

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



Universitätsbibliothek
Ludwig-Maximilians-Universität München

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:
Buchschniede von Dataform Media GmbH, Julius-Raab-Straße 8
2203 Großbeersdorf, Österreich

Kontaktadresse nach EU-Produktsicherheitsverordnung:
info@buchschniede.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 Beschaffenheitsvereinbarungen	195
2 Französisches Recht	197
a Verträge im Internet	197
b Negative Beschaffenheitsvereinbarungen	198

3	Common Law	199
a	Verträge im Internet	200
b	Negative Beschaffenheitsvereinbarungen	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 Scheckeinklösung	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

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

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

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

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