

## 93

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

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

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
der Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität München

vorgelegt von  
Melinda Dora Ida Malek  
2025

Referent: Prof. Dr. Stephan Lorenz

Korreferent: Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford)

Tag der mündlichen Prüfung: 02.07.2025

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

Kontaktadresse nach EU-Produktsicherheitsverordnung:  
[info@buchschniede.at](mailto: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<br>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<br>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 |
| <br> |  |     |
| B    | Feststellung eines Vertragsschlusses unabhängig<br>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<br>als Willenserklärung.....  | 164 |
| I Fehlendes Erklärungsbewusstsein .....  | 164 |
| 1 Deutsches Recht.....   | 165 |
| a Vorliegen einer Willenserklärung bei Erklärungsfahrlässigkeit.....                     | 165 |
| b Keine Erklärung bei fehlendem Erklärungsbewusstsein<br>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 Beschaffensvereinbarungen .....                     | 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 Erlassfälle.....   | 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<br>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<br>in Banken-AGB.....               | 280 |
| (1) | Unwirksamkeit von Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB.....                      | 280 |
| (2) | Konkludente Annahme einer Vertragsänderung<br>durch den Kunden.....            | 282 |
| (3) | Mögliche Einschränkung der Geltendmachung<br>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<br>des Kunden mit dem Händler ..... | 305 |
|     | bb Vertragsschluss durch Tätigwerden des Händlers .....                               | 306 |
|     | cc Eigener Vertragsschluss zwischen Hersteller<br>und Endkunden .....                 | 307 |
|     | (1) Kein Vertragsschluss bei Anknüpfung an eine uneindeutige<br>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 Englischs 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<br>Zivilsachen             |
| <b>Bsp.</b>             | Beispiel(e)/(en)  |
| <b>BT-Drucks.</b>       | Bundestagsdrucksache  |
| <b>Bull. civ.</b>       | Bulletin des arrêts de la Chambre Civile de<br>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>                           | grundsätzlich  |
| <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. &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<br>Quarterly             |
| <b>Int'l J. L. &amp; Info. Tech.</b> | International Journal of Law and<br>Information Technology |
| <b>Int'l J. L. &amp; Info. Tech.</b> | International Journal of Law and<br>Information Technology |
| <b>IPR</b>                           | Internationales Privatrecht                                |
| <b>IPRax</b>                         | Praxis des Internationalen Privat- und<br>Verfahrensrechts |
| <b>IWRZ</b>                          | Zeitschrift für Internationales<br>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                          |

|                         |   |
|-------------------------|---|
| <b>Misc.</b>            | New York Miscellaneous Reports  |
| <b>Mot.</b>             | Motive  |
| <b>MüKO</b>             | Münchener Kommentar   |
| <b>N.</b>               | Nachweis(e)/(en)  |
| <b>N.E.</b>             | North Eastern Reporter  |
| <b>n.F.</b>             | neue Fassung  |
| <b>N.J.</b>             | New Jersey Reports  |
| <b>N.Y.S.</b>           | New York Supplement   |
| <b>n°</b>               | numéro  |
| <b>NCCUSL</b>           | National Conference of Commissioners<br>on Uniform State Laws           |
| <b>NJW</b>              | Neue Juristische Wochenschrift  |
| <b>NJW-RR</b>           | Neue Juristische Wochenschrift Recht-<br>sprechungs-Report Zivilrecht   |
| <b>no.</b>              | number  |
| <b>Nr.</b>              | Nummer  |
| <b>OLG</b>              | Oberlandesgericht   |
| <b>para.</b>            | paragraph   |
| <b>PECL</b>             | Principles of European Contract Law                                     |
| <b>PICC</b>             | Principles for International Commercial<br>Contracts                    |
| <b>Prot.</b>            | Protokolle  |
| <b>Pub. Cont. L. J.</b> | Public Contract Law Journal   |
| <b>QB/Q.B.</b>          | Queen's Bench   |
| <b>RabelsZ</b>          | Rabels Zeitschrift für ausländisches und<br>internationales Privatrecht |
| <b>RCTLJ</b>            | Rutgers Computer & Technology<br>Law Journal                            |
| <b>RD</b>               | Recueil Dalloz  |
| <b>RdA</b>              | Recht der Arbeit  |
| <b>RDP</b>              | Revue du droit public   |
| <b>Red.</b>             | Redakteur   |
| <b>Reg.</b>             | Regulation(s)   |
| <b>Rev. crit. DIP</b>   | Revue critique de droit international privé                             |
| <b>RiW</b>              | Recht der internationalen Wirtschaft                                    |
| <b>RL</b>               | Richtlinie  |



|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Rn.</b>                | Randnummer   |
| <b>Rspr.</b>              | Rechtsprechung   |
| <b>RTDCiv.</b>            | Revue trimestrielle de droit civil                       |
| <b>Rutgers Bus. L. J.</b> | Rutgers Business Law Review                              |
| <b>rvgl.</b>              | rechtsvergleichend                                       |
| <b>S. Cal. L. Rev.</b>    | Southern California Law Review                           |
| <b>S.</b>                 | Seite / Satz (bei Gesetzeszitaten)                       |
| <b>Sask. L. Rev.</b>      | Saskatchewan Law Review                                  |
| <b>Sec.</b>               | Section  |
| <b>sog.</b>               | sogenannt(e)/(es)/(er)                                   |
| <b>StromGVV</b>           | Stromgrundversorgungsverordnung                          |
| <b>Suffolk U. L. Rev.</b> | Suffolk University Law Review                            |
| <b>Sup. Ct.</b>           | Supreme Court  |
| <b>SZGerm</b>             | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für<br>Rechtsgeschichte |
| <b>TGI</b>                | Tribunal de grande instance                              |
| <b>TJ</b>                 | Tribunal judiciaire                                      |
| <b>Tul. L. Rev.</b>       | Tulane Law Review  |
| <b>U. Chi. L. Rev.</b>    | The University of Chicago Law Review                     |
| <b>U. Cin. L. Rev.</b>    | University of Cincinnati Law Review                      |
| <b>u.</b>                 | und  |
| <b>u.a.</b>               | und andere / unter anderem                               |
| <b>UCC</b>                | Uniform Commercial Code                                  |
| <b>UCLA L. Rev.</b>       | University of California Law Review                      |
| <b>UN</b>                 | United Nations   |
| <b>Urt. v.</b>            | Urteil vom   |
| <b>US</b>                 | United States  |
| <b>USA</b>                | United States of America                                 |
| <b>v.</b>                 | versus / vom   |
| <b>Vgl.</b>               | Vergleiche   |
| <b>Vglbk.</b>             | Vergleichbarkeit   |
| <b>VO</b>                 | Verordnung   |
| <b>Vol.</b>               | Volume   |
| <b>VUrt.</b>              | Versäumnisurteil   |
| <b>w.</b>                 | weitere(n)   |
| <b>Wash. U. L. Q.</b>     | Washington University Law Quarterly                      |

|                     |  |
|---------------------|--|
| <b>Wis. L. Rev.</b> | Wisconsin Law Review                                       |
| <b>WM</b>           | Wertpapiermitteilungen                                     |
| <b>WuB</b>          | Entscheidungsanmerkungen zum<br>Wirtschafts- und Bankrecht |
| <b>Yale L. J.</b>   | Yale Law Journal   |
| <b>z.B.</b>         | Zum Beispiel   |
| <b>z.T.</b>         | zum Teil   |
| <b>zahlr.</b>       | zahlreich(e)/(en)  |
| <b>ZAkDR</b>        | Zeitschrift der Akademie für<br>Deutsches Recht            |
| <b>ZBB</b>          | Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft               |
| <b>ZFA</b>          | Zeitschrift für Arbeitsrecht                               |
| <b>ZfPW</b>         | Zeitschrift für die gesamte<br>Privatrechtswissenschaft    |
| <b>Ziff.</b>        | Ziffer   |
| <b>ZIP</b>          | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                           |
| <b>zit.</b>         | zitiert  |
| <b>Zsfs.</b>        | Zusammenfassung  |
| <b>zust.</b>        | zustimmend   |
| <b>ZVertriebsR</b>  | Zeitschrift für Vertriebsrecht                             |
| <b>zw.</b>          | zwischen   |
| <b>Zw.</b>          | Zweifel  |



# Kapitel 1: Einleitung

## A Problemstellung, Abgrenzung des Themas und Gang der Untersuchung

Die Vornahme einer Handlung kann rechtliche Folgen nach sich ziehen, z.B. die Zustimmung zu einem Vertragsschluss. Nicht immer ist sich die handelnde Person jedoch der rechtlichen Folgen ihres Verhaltens bewusst oder hat diese gewollt. Beispielsweise wurde ein Landwirt in Kanada kürzlich auf vertraglicher Grundlage zu einer Schadensersatzzahlung in Höhe von 82.200,21 kanadischen Dollar verurteilt, weil er auf ein Vertragsangebot mit der Bitte, den Vertrag zu bestätigen, mit einem „Daumen-hoch“-Emoji reagiert hatte, selbst aber nur bestätigen wollte, die Nachricht erhalten zu haben.<sup>1</sup> Dies verdeutlicht die Gefahr, dass eine Partei aufgrund ihres Handelns einer vertraglichen Bindung unterliegen kann, obwohl ein Vertragsschluss von ihr ggf. nicht gewollt war. In diesen Fällen ist der Konsens bei Vertragsschluss nur fiktiv, wenn ein Vertrag z.B. aufgrund einer konkludenten Willenserklärung oder im Fall von Schweigen angenommen wird.<sup>2</sup> Solche Erklärungs-fiktionen können einen Verstoß gegen die Vertragsfreiheit darstellen.<sup>3</sup> Im Idealfall sind sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über den Abschluss des Vertrages und den Vertragsinhalt einig, wollen sich an diesen Vertrag binden, haben ihre Zustimmung gegenseitig

1 South West Terminal Ltd. v. Achter Land & Cattle Ltd. [2023] SKKB 116 (Rn. 23, 31, 36, 66). In diesem Fall wurde bei früheren Geschäften zwischen den Parteien ebenfalls durch eine knappe Antwort ein Vertrag geschlossen, z.B. „ok“, vgl. ebd. (Rn. 21, 24). Vgl. zum fehlenden Erklärungsbewusstsein nach den hier untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR und den PECL: unten Kapitel 4 B.I.

2 Vgl. Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (118).

3 Vgl. Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (118).

erklärt und die Einigung ist ihnen bewusst.<sup>4</sup> Diese Punkte liegen bei Erklärungsfiktionen allerdings nicht unbedingt vor.

Im Folgenden bleiben diejenigen Fälle weitgehend außer Betracht, in denen der Partei jeweils bewusst ist, dass ein Vertrag geschlossen wird. Hierzu zählen Motiv-, Erklärungs- oder Inhaltsirrtümer<sup>5</sup> und sich kreuzende AGB (*battle of forms*)<sup>6</sup>, das kaufmännische Bestätigungsschreiben<sup>7</sup> und das fehlende Übereinstimmen des Inhalts der Erklärungen (Dissens)<sup>8</sup>. Vielmehr geht es in der vorliegenden Arbeit um die Frage nach dem „Ob“ eines Vertragsschlusses. Es geht zum einen um Fälle, in denen die Auslegungsgrundsätze dazu führen, dass ein Vertrag anzunehmen ist und zum anderen um Fälle, in denen eine Partei versucht, dem anderen Teil einen Vertrag „unterzuschieben“, indem er an eine bestimmte Handlung die Zustimmung des anderen knüpfen möchte.<sup>9</sup> Diskutiert werden nur Verträge, die durch die Parteien selbst geschlossen werden.<sup>10</sup> Die Begründung von Verpflichtun-

4 Kramer, in: Heldrich/Prölls/Koller/et al., FS Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, 2007, S. 665 (666 f.); Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (115); vgl. a. Mayer-Maly, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 509 (509).

5 Vgl. dazu Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 217 ff., 253 ff.

6 Vgl. dazu McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 83 ff.; Kötz/Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle, Droit européen des contrats, 2020, Rn. 57 (S. 44 f.); Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 44 f.

7 Vgl. dazu Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 41 f.; Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (123).

8 Vgl. zur *mirror image rule*: Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 682 f.; vgl. zur modifizierenden Annahme: Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 43 f. und zur verspäteten Annahme ebd., S. 46 f.; vgl. a. zu Modifikationen: Bischoff, Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 220 ff.; vgl. zum *erreur-obstacle* im französischen Recht, der aufgrund fehlenden übereinstimmenden Parteiwillens zur Nichtigkeit des Vertrages führt: Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 221 f. Fn. 8; Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 276 ff. (S. 305 ff.); Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 356 (S. 475 ff.).

9 Insofern stellt sich bei der Einbeziehung von ungelesenen Klauseln und AGB (siehe unten Kapitel 4 D.I) sowie nachvertraglich zur Verfügung gestellter AGB (siehe unten Kapitel 4 E.) ebenfalls die Frage des „Ob“ einer Zustimmung, da dem Vertragspartner insofern Klauseln „untergeschoben“ werden können und sich die Frage der Gestaltung eines Hinweises auf die AGB stellt, indem dem Vertragspartner vor Augen geführt werden muss, dass es sich um einen Vertragsschluss zu bestimmten Bedingungen handelt.

10 Wird ein sog. diktiertter Vertrag durch eine hoheitliche Anordnung herbeigeführt, stehen nur die Wirkungen einem Vertragsverhältnis gleich, vgl. BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 7 m.w.N.; MüKOB/Busche, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 13 m.w.N.; vgl. dazu a. Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 25 f.

gen durch einseitige Erklärung bleibt außer Betracht.<sup>11</sup> Vielmehr soll der Vertragsschluss durch Konsens zweier Parteien untersucht werden. Es stellt sich dabei die Frage, welche Voraussetzungen für einen Vertragsschluss erforderlich sind. Zunächst ist zu klären, ob Konsens zwei Erklärungen der Parteien erfordert oder der Vertrag auch auf andere Weise zustande kommen kann.

Gesetzlich können verschiedene Regelungen, die den Vertragsschluss betreffen, zugleich den Parteiwillen schützen, z.B. die Auslegung, die Bindung an die Annahme, eine Annahmefrist sowie die Abgabe und der Zugang von Erklärungen.<sup>12</sup> Diese rechtlichen Mechanismen spielen bei der Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrages eine entscheidende Rolle.

Das Problem von Erklärungsfiktionen stellt sich bei jeder vertraglichen Einigung, auch bei Vertragsänderungen und einem Erlassvertrag. Somit lassen sich in einem zweiten Schritt die Problemfälle von Konsens bei Vertragsschluss zeitlich unterscheiden. Daher werden zunächst allgemein die Anforderungen an Vertragserklärungen untersucht und anschließend der Vertragsschluss, die Vertragsänderung sowie nachvertragliche Vereinbarungen auf das Vorliegen von Konsens untersucht. Dabei werden jeweils die Ansatzpunkte dafür untersucht, Erklärungsfiktionen entgegenzuwirken.

## B Vergleichsgegenstände

Die vorliegende Arbeit untersucht das Zustandekommen von Verträgen nach dem deutschen, dem französischen, dem englischen und dem US-amerikanischen Recht sowie nach den europäischen Modellgesetzen

<sup>11</sup> Vgl. dazu BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 26. Vgl. a. Art. II.-1:103(2), Art. II.-4:301 ff. DCFR, Art. 2:107 PECL; vgl. *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. II, 2009, „Versprechen“ (S. 1668 ff.); *Neumann/Berg*, *Französisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 214 ff. (S. 62); *von Mehren*, in: von Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, 1992, Chapt. 9, S. 8 ff. *Schulze*, in: *Schulze/Perales Viscasillas*, *The Formation of Contract*, 2016, S. 9 (21 m.w.N.).

<sup>12</sup> Vgl. *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, 2000, S. 261.

in Form des *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* und der *Principles of European Contract Law (PECL)*.

In Frankreich trat 2016 eine Reform des Vertragsrechts in Kraft, die schließlich 2018 vom Parlament ratifiziert wurde.<sup>13</sup> Dies hat zu erheblichen Änderungen auch im Bereich des Vertragsschlusses geführt, z.B. durch die Abschaffung der Voraussetzung einer *cause*<sup>14</sup> für einen wirksamen Vertragsschluss.<sup>15</sup> Im Folgenden werden die rechtlichen Vorgaben für die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrages mit dem deutschen Recht verglichen.

Unter dem Begriff *Common Law*<sup>16</sup> werden im Folgenden die Rechtsordnungen des englischen<sup>17</sup> und des US-amerikanischen Rechts untersucht, wobei letzteres bei Besonderheiten ergänzend herangezogen wird<sup>18</sup>. Aufgrund der Besonderheit des *Common Law* durch das Erfordernis einer sog. *consideration*<sup>19</sup> für den Vertragsschluss<sup>20</sup>, bietet sich ein Rechtsvergleich für die Frage des Zustandekommens eines Vertrages an.<sup>21</sup> Eine Besonderheit des *Common Law* ist insbesondere das *Case Law*, das auf Präzedenzfällen beruht, die grundsätzlich verbindlich sind, solange sie nicht geändert werden.<sup>22</sup> Daneben gibt es im englischen Recht auch das *Statutory Law*, das in Gesetzen festgelegt ist.<sup>23</sup> Das

13 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 64 (S. 50); vgl. insg. *Neumann/Berg*, *Französisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 141 ff. (S. 50 f.).

14 Vgl. dazu unten Kapitel 2 B.V.

15 *Neumann/Berg*, *Französisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 149 (S. 50).

16 In Abgrenzung zum *Civil Law* der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, vgl. *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 4.

17 Zum englischen Recht gehören England und Wales, nicht dagegen das schottische Recht: vgl. *Burrows*, *A Restatement*, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 1, Ziff. 1(a) (S. 43); *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 1.

18 Vgl. insb. Kapitel 4 E.III.2.

19 Vgl. dazu unten Kapitel 2 B.VI.

20 Vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 1 (S. 11).

21 Gleichzeitig sollten nach dem Austritt des UK aus der EU (Brexit) gemäß Sec. 2 und Sec. 3 des *European Union (Withdrawal) Act 2018 (EUWA)* auch die Umsetzungsakte der EU-Richtlinien zunächst weiter gelten, vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 2 Rn. 14 f. (S. 8). Vgl. nunmehr den *Retained EU Law (Revocation and Reform) Act 2023*.

22 Vgl. *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 9.

23 *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 11; vgl. *Whittaker*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–006 f. (S. 6).

Vertragsrecht ist im englischen Recht nur teilweise im *Statutory Law*<sup>24</sup> geregelt und unterliegt grundsätzlich dem *Common Law*<sup>25, 26</sup>. Auch das US-amerikanische Vertragsrecht beruht weitgehend auf *Common Law*.<sup>27</sup> Dabei ist auf das jeweilige Recht der US-Bundesstaaten abzustellen.<sup>28</sup> *State* und *federal statutes* spielen in den USA eine wachsende Rolle, da z.B. Verbraucherschutzvorschriften<sup>29</sup> erlassen wurden sowie alle US-Bundesstaaten den sog. *Uniform Commercial Code (UCC)* zumindest teilweise übernommen haben.<sup>30</sup> Der UCC ist ein von der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)* und dem *American Law Institute (ALI)* erarbeitetes Modellgesetz zum Warenkauf<sup>31</sup>, das die Bundesstaaten freiwillig übernehmen konnten.<sup>32</sup> Das *American Law Institute* gibt auch sog. *Restatements* heraus, die auf der amerikanischen Rechtsprechung basieren und diese (unverbindlich) in Mustergesetzen darstellen.<sup>33</sup> Beispiele sind das *Restatement (Second) of*

24 Vgl. dazu Whittaker, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–003 (S. 5), Rn. 1–006 ff. (S. 6 f.); Ostendorf, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 2 Rn. 10 (S. 7).

25 Der Begriff des *Common Law* wird auch als Gegenbegriff zum *Statutory Law* verwendet, vgl. Whittaker, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–003 (S. 5), Rn. 1–006 f. (S. 6 f.); vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaer, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 88.

26 Ostendorf, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 2 (S. 7), § 3 Rn. 1 (S. 11); Whittaker, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–004 ff. (S. 5 ff.); vgl. Schmidt, J., *Vertragsschluss*, 2013, S. 64 f.

27 Burnham/Reed, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 681.

28 Hay/Kern, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 284 (S. 129); Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 18; vgl. a. Burnham/Reed, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 681.

29 Vgl. dazu Burnham/Reed, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 719 ff.

30 Burnham/Reed, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 681. Allerdings gelten die Regelungen zum Kaufvertrag in § 2 UCC z.B. nicht in Louisiana, vgl. Hay/Kern, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 284 (S. 129); vgl. a. Staudinger/Looschelders (2024), *Einleitung IPR*, Rn. 441.

31 Eine Beschränkung auf Handelskäufe liegt nicht vor, für Kaufleute sind aber teilweise spezielle Regelungen vorgesehen: Hay/Kern, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 284 (S. 130), vgl. z.B. § 2–201(2) UCC.

32 Vgl. dazu Hay/Kern, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 284 (S. 129 f.); Scott, in: Gold/Gordon, *The American Law Institute*, 2023, S. 273 (275 f.).

33 Staudinger/Looschelders (2024), *Einleitung IPR*, Rn. 443; vgl. a. Brooks, in: Gold/Gordon, *The American Law Institute*, 2023, S. 101 (102 f.). Vgl. a. für ein *Restatement* im englischen Recht: Burrows, *A Restatement*, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, S. vii f.



*Contracts* und das *Restatement of the Law, Consumer Contracts*<sup>34</sup>. Daneben erlässt das *American Law Institute* auch sog. *Principles*, die vor allem an die Gesetzgeber, Verwaltungsbehörden und Private gerichtet sind.<sup>35</sup> Ein Beispiel hierfür sind die *Principles of the Law, Software Contracts*.

In der EU wurde der Vertragsschluss selbst bisher nicht einheitlich geregelt.<sup>36</sup> Allerdings wurden als nicht bindende Regelungen zunächst die *Principles of European Contract Law (PECL)* von der *Commission on European Contract Law*, die sich aus Juristen aus den EU-Mitgliedsstaaten zusammensetzte, erstellt.<sup>37</sup> Schließlich wurde im Jahr 2009 von Wissenschaftlern der *Study Group on a European Civil Code* und der *Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)* der *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* als gemeinsamer Referenzrahmen veröffentlicht.<sup>38</sup> Der DCFR beruht auf den Regeln der PECL.<sup>39</sup> Beide nehmen keine Beschränkung auf internationale (Handels-)Verträge vor, sodass auch Verbraucherverträge und Verträge mit reinem Inlandsbezug umfasst sind.<sup>40</sup> Als „*source of inspiration*“<sup>41</sup> hat der DCFR Bedeutung für eine mögliche umfassende Vereinheitlichung des Vertragsrechts<sup>42</sup> und wird daher neben den PECL als Vergleichsgegenstand für die vorliegende Fragestellung untersucht.

34 Vgl. dazu: *The American Law Institute, Restatement of the Law, Consumer Contracts*, May 2024 Update, Intro. (2024) (Westlaw S. 1 ff.).

35 Vgl. *The American Law Institute, Frequently Asked Questions, What is the difference between Restatements, Principles, and Model Codes?*, <https://www.ali.org/faq> (zuletzt abgerufen am 04.08.2025); vgl. a. Staudinger/*Looschelders* (2024), Einleitung IPR, Rn. 444.

36 Stürner, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 13 Rn. 3 (S. 285).

37 Vgl. *Lando/Beale, PECL Parts I and II*, 2000, S. xxi.

38 *Von Bar/Clive, DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Intr. Ziff. 1 f. (S. 1 f.); *Kötz, Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 13 f. m.w.N.; vgl. *Schulze/Zoll, Europäisches Vertragsrecht*, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 51 (S. 58) m.w.N.

39 *Von Bar/Clive, DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Intr. Ziff. 8 (S. 4), Intr. Ziff. 40 (S. 15). Neben dem Vertragsrecht werden im DCFR z.B. auch das Deliktsrecht und Sachenrecht geregelt, vgl. a. zur Entwicklung des DCFR insg. *Schulze/Zoll, Europäisches Vertragsrecht*, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 51 (S. 58 f.) m.w.N.

40 Vgl. zu den PECL: *Luig, Der internationale Vertragsschluss*, 2003, S. 30 m.w.N.

41 *Von Bar/Clive, DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Intr. Ziff. 8 (S. 4).

42 Vgl. a. *Kötz, Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 14. Das *Common European Sales Law (CESL)* stellt im Folgenden keinen Vergleichsgegenstand dar, da es 2014 zurückgenommen wurde und somit gescheitert ist (vgl. *Schulze/Zoll, Europäisches Vertragsrecht*, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 60 (S. 64); vgl. a. *Whittaker*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. 1, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–016 (S. 13) m.w.N.).

In der vorliegenden Arbeit stellt insgesamt jedoch das deutsche Recht jeweils den Schwerpunkt der Untersuchung dar. Im Wege einer funktionalen Rechtsvergleichung<sup>43</sup>, die sich auf das Zustandekommen eines Vertrages bezieht, werden dabei ergänzend die Regelungen des französischen, des englischen und des US-amerikanischen Rechts sowie des DCFR und der PECL herangezogen, um Rückschlüsse für eine vorzugswürdige rechtliche Gestaltung der Vermeidung von Erklärungsfiktionen zu ziehen.

<sup>43</sup> Vgl. zur Methode der Rechtsvergleichung insg.: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, § 3 (S. 31 ff.).



# Kapitel 2: Das Konsensprinzip

## A Grundlagen des Konsensprinzips

Ein Vertrag hat entscheidende Bedeutung dafür, mit anderen in Rechtsbeziehungen zu treten.<sup>44</sup> Weder im römischen noch im kanonischen Recht oder im Naturrecht fand sich jedoch eine allgemeine Vertragsrechtsdogmatik.<sup>45</sup> Das französische Recht verortet den Vertrag funktional im Obligationenrecht (Art. 1101 ff. Code civil).<sup>46</sup> Das *Common Law* diskutiert das *Law of Contracts* eigenständig.<sup>47</sup> Im deutschen Recht hat schließlich *von Savigny* ein allgemeines, übergreifendes Vertragsrecht entwickelt.<sup>48</sup>

Bei der Frage nach der Grundlage eines Vertrages kann grundsätzlich entweder auf Versprechen der Parteien (*promises*), die Einigung (*agreement*), das Vertrauen der Parteien (*reliance*), die Übernahme rechtsverbindlicher Pflichten, die Übertragung von Rechten oder auf das bestehende Verhältnis der Parteien abgestellt werden.<sup>49</sup> Die Entscheidung für die Anerkennung eines Entstehungsgrundes eines Vertrages ist eine Wertentscheidung innerhalb einer Rechtsordnung.<sup>50</sup>

44 JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 4.

45 Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 9; vgl. zur Historie insg.: Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 8 ff. m.w.N., zum französischen Recht: ebd., S. 41 ff. und zur Entwicklung des Vertragsrechts im englischen *Common Law*: ebd., S. 80 ff.

46 Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 33.1 (S. 600 f.); Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 1, 11; vgl. a. Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 15 ff. (S. 1 ff.).

47 Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 89, die das *Law of Contract* vom *Law of Obligations* trennen; Suzuki-Klasen, A Comparative Study of the Formation of Contracts, 2022, S. 32 m. Fn. 13; für die USA: Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 22 f.; anders: Beatson/Burrows/Cartwright, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 24 („The law of obligations has traditionally been divided into contractual obligations, [...] and obligations in tort“); Staudinger/Bork (2025) Vor §§ 145 ff. Rn. 1, 11.

48 Von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Dritter Band, 1840, §§ 140 f. (S. 307 ff.); vgl. Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 33.1 (S. 600); Staudinger/Bork (2025) Vor §§ 145 ff. Rn. 10.

49 Hogg, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law, 2013, S. 14 (17).

50 Mayer-Maly, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 509 (518 f.); vgl. bezüglich der Anerkennung der Vertragsfreiheit: Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 23 (S. 12).

Während zuvor im römischen Recht nur bestimmte Klagen zulässig waren, zu denen allerdings auch einzelne Konsensalkontrakte zählten, die durch bloße Willenseinigung zustande kamen, stellte das Naturrecht schließlich allein auf den Konsens als Geltungsgrund der Vertragsbindung ab.<sup>51</sup> Im Naturrecht wurde auf den Austausch von Versprechen abgestellt, der einen inneren Konsens zwischen Wille und Erklärung und einen äußeren Konsens zwischen den beiden Erklärungen erfordert, während das Pandektenrecht auf die Übereinstimmung von Willenserklärungen zu einem einzigen Willen, mithin auf eine Willenseinigung abstellt.<sup>52</sup> Diese Abgrenzung wird in den heutigen Rechtsordnungen nicht mehr trennscharf vorgenommen.<sup>53</sup>

Das englische *Common Law* wurde zu Fragen des Vertragsrechts vom kontinentaleuropäischen Zivilrecht geprägt, z.B. durch das Erfordernis einer Einigung (*agreement*) der Parteien sowie das System aus Angebot und Annahme (*offer and acceptance*) und das Erfordernis eines Rechtsbindungswillens (*intention to create legal relations*).<sup>54</sup> Ursprünglich waren im *Common Law* nur bestimmte Klagearten (*writs*) zulässig, während später durch die *action of assumpsit* Schadensersatz wegen aller Vertragspflichtverletzungen verlangt werden konnte.<sup>55</sup>

51 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 9, 20, 43 ff.; vgl. zum römischen Recht: Hillgruber, 85(3) ARSP (1999), S. 348 (349); vgl. zur Vertragsfreiheit: Repgen, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11 (52 ff.).

52 Vgl. Schmidlin, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S. 65; vgl. Schmidlin, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 187 (189); Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 21, 25; zum Naturrecht: vgl. Grotius, De Iure Belli ac Pacis, 1680, liber II, caput XI (II., III., IV.), S. 304 f., vgl. dazu Schmidlin, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S. 67 ff.; Schmidlin, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 187 (190 ff.), zum Pandektenrecht: vgl. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Dritter Band, 1840, § 140, S. 309, vgl. dazu Schmidlin, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S. 77; Schmidlin, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 187 (198 f.).

53 Vgl. Schmidlin, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S. 66; vgl. Schmidlin, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 187 (189 f.).

54 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 92 ff., 94 f., 96; insg. zur geschichtlichen Entwicklung: ebd., S. 80 ff.; Beatson/Burrows/Cartwright, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 10 ff.

55 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 70; Murray, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 3 (S. 5 f.), § 4 (S. 8).

Vertragsschluss durch Konsens bedeutet die Begründung einer vertraglichen Bindung durch den freien Willensentschluss beider Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt.<sup>56</sup> Oft besteht mit Blick auf die Verhandlungsmacht einer Partei jedoch eine Ungleichheit der Vertragsparteien, z.B. wenn ein Verbraucher Verträge nur entweder zu vorgegebene Bedingungen akzeptieren oder sich gegen einen Vertrag entscheiden kann, sodass hier die Zustimmung nicht zwingend ein Ausdruck des Willens, sondern eher die Unterwerfung unter vorgegebene Bedingungen ist.<sup>57</sup> Dieser fehlende Wille bezieht sich dann jedoch zunächst nur auf den Inhalt des Vertrages, nicht jedoch auf die Tatsache des Vertragsschlusses selbst.<sup>58</sup> Letzterer soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Ausnahmen bzw. Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die zu einer Unwirksamkeit oder zumindest Anfechtbarkeit des Vertrages führen können, können von einer Rechtsordnung vorgesehen werden, um einem Ungleichgewicht Rechnung zu tragen (z.B. im deutschen Recht durch zwingendes Recht, die Inhaltskontrolle von AGB gemäß §§ 307 ff. BGB, Nichtigkeit nach § 138 BGB oder § 134 BGB oder eine Anfechtung nach § 123 BGB).<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Vgl. *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 1 (S. 284).

<sup>57</sup> *Herrera Osorio*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 147 (156 f.); vgl. a. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 7.

<sup>58</sup> Vgl. *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 33.6 (S. 609). Vgl. zur „Richtigkeitsgewähr“, die von beiderseitig interessenorientierten und durchdachten Erklärungen und einer daran anknüpfenden Vertragsgerechtigkeit ausgeht: *Schmidt-Rimpler*, 147 AcP (1941), 130 (149 ff.); vgl. *Schmidt-Rimpler*, in: Dietz/Hueck/Reinhardt, FS Nipperdey, 1955, S. 1 (10 f.); *Schmidt-Rimpler*, in: Baur/Esser/Kübler/Steindorff, FS Raiser, 1974, S. 3 (5 ff). Diese ist bei Ungleichheit der Verhandlungsstärke der Parteien zweifelhaft, vgl. dazu *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 10 m.w.N.; vgl. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 6; vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 190 m.w.N.; vgl. dazu a. *Lorenz*, S., Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 27 f.; vgl. a. zum französischen Recht: *Terré/Simmler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 34 ff. (S. 17 ff.); vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 3 (S. 39).

<sup>59</sup> Vgl. *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 33.6 (S. 609); vgl. a. BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, NJW 1990, 1469 (1470); BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, 1 BvR 1905/02, BVerfGE 115, 51 (67 f.); s. a. BeckOGK/*Möslin*, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 38 ff.; BeckOK/*Eckert*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 9 f.; *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 17 Rn. 176 ff. (S. 84 f.); *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 7.

## I Deutsches Recht

Das BGB enthält im Ersten Buch (Allgemeiner Teil), Abschnitt 3, Titel 3 (§§ 145 ff. BGB) die Überschrift „Vertrag“. Der AT des BGB gilt für alle Verträge, also etwa im Schuldrecht, Sachen, Familien- und Erbrecht<sup>60</sup>, die §§ 145 ff. BGB betreffen wesentliche Punkte des Vertragsschlusses.<sup>61</sup> Im zweiten Buch des BGB (Recht der Schuldverhältnisse) ist nach § 311 BGB zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Darin wird daher das Vertragsprinzip festgelegt, das ein Schuldverhältnis an den Vertrag zwischen den Beteiligten und damit dem Parteiwillen knüpft.<sup>62</sup> Begriff und Voraussetzungen des Vertrags werden nicht im BGB definiert. § 77 der ersten Lesung des Entwurfs zum BGB lautete noch: „Zur Schließung eines Vertrags wird erfordert, daß die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären“ und forderte somit ausdrücklich eine gegenseitige Erklärung. Dies wurde jedoch später als überflüssig angesehen und gestrichen.<sup>63</sup> Dass eine Einigung für den Vertragsschluss erforderlich ist, war für die Verfasser des BGB selbstverständlich, der Gedanke findet sich nur noch in § 151 S.1 BGB, der für das Zustandekommen des Vertrages auf die Annahme des Antrags abstellt.<sup>64</sup> Aus dem Regelfall eines Vertragsschlusses in den §§ 145 ff. BGB in Form von Angebot und Annahme als zwei übereinstimmenden Willenserklärungen ergibt sich, dass das BGB den Konsens als Geltungsgrund des Vertrages festlegt.<sup>65</sup> Dass Konsens, d.h. eine Willenseinigung, für einen Vertrag notwendig

<sup>60</sup> Vgl. Mot. I, S. 127; *Fritzsche*, JA 2006, 674 (674); MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 1, 33.

<sup>61</sup> Vgl. dazu BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 4 f.; *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 1, 5.

<sup>62</sup> MüKO/*Emmerich*, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 1 f.; *JurisPK/Lapp*, 10. Aufl. (Stand: 05.03.2025), § 311 Rn. 3; BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 2.

<sup>63</sup> Vgl. Prot. I, S. 74; *Mugdan Prot.*, S. 688; vgl. a. Mot. I, S. 161; *Staudinger/Bork* (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 36; vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 28 m.w.N.

<sup>64</sup> Vgl. *Fritzsche*, JA 2006, 674 (674).

<sup>65</sup> *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 29; vgl. a. BeckOK/*Eckert*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 3.

ist, ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss zu §§ 154, 155 BGB, die auf Einigungsmängel abstellen.<sup>66</sup>

Das Wort „Vertrag“ wird teilweise von „sich vertragen“ abgeleitet und daher das Erfordernis einer Einigung und zweier sich deckender Willenserklärungen aus dem Begriff hergeleitet.<sup>67</sup> Der Vertrag ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft und erfordert grundsätzlich zwei übereinstimmende Willenserklärungen.<sup>68</sup> Ein Rechtsgeschäft ist „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“.<sup>69</sup> Die Willenserklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, mit dem der Wille erklärt wird, und setzt als solches die Privatautonomie durch.<sup>70</sup> Somit lässt sich der Vertrag wie folgt definieren: „Der Vertrag ist die rechtsgeschäftliche Regelung eines Rechtsverhältnisses, die von den Vertragsparteien einverständlich getroffen wird“.<sup>71</sup>

Der Vertrag dient der Verwirklichung der Privatautonomie, die Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ist.<sup>72</sup> Zudem

66 Vgl. *Honsell/Holz-Dahrenstaedt*, JuS 1986, 969 (969).

67 Vgl. *Fritzsche*, JA 2006, 674 (674); a.A. *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (29), der zwar auch den Begriff des Vertrages auf ein „Sich-Vertragen“ zurückführt, aber dennoch einen faktischen Vertrag unabhängig von Willenserklärungen annimmt, vgl. dazu unten Kapitel 3 B.I.1.a.

68 *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 4 (S. 330), § 29 Rn. 6 (S. 340); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 7.

69 Mot. I, § 64, S. 126; vgl. *Medicus/Petersen*, AT des BGB, 12. Aufl. 2024, § 17 Rn. 175 (S. 83).

70 Vgl. *Medicus/Petersen*, AT des BGB, 12. Aufl. 2024, § 17 Rn. 175 (S. 83) m.w.N.; vgl. *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 1 (S. 329), § 30 Rn. 1 (S. 355).

71 *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 33.2 (S. 602); *Staudinger/Bork* (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 1.

72 *Fritzsche*, JA 2006, 674 (674); *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 1a (S. 33); *Jauernig/Mansel*, 19. Aufl. 2023, Vor §§ 145 ff. Rn. 8; vgl. *BeckOK/Eckert*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 1; vgl. a. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214, NJW 1994, 36 (38); vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.11.1958, 2 BvL 4/56, 2 BvL 26/56, 2 BvL 40/56, 2 BvL 1/57, 2 BvL 7/57, BVerfGE 8, 274; vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.05.1961, 2 BvF 1/60, BVerfGE 12, 341, NJW 1961, 1395 (1395); BVerfG, Urt. v. 03.04.2001, 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197, NJW 2001, 1709 (1709); BVerfG, Urt. v. 26.07.2005, 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1, NJW 2005, 2363 (2365); vgl. a. die Darstellung von *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 6 ff., S. 18 u. von *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 70 ff.; a.A. *Struck*, DuR 1988, 39 (42, 47 f.). In einzelnen Bundesländern ist die Vertragsfreiheit ausdrücklich landesverfassungsrechtlich geschützt, s. Art. 151 Abs. 2 BV, Art. 52 Abs. 1 RPFVerf und Art. 44 SVerf. Auch die Weimarer Reichsverfassung stellte in Art. 152 Abs. 1 WRV (WRV v. 11.08.1919 (RGBl. 1919, S. 1383) die Vertragsfreiheit unter Schutz, vgl. a. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 3. Vgl. a. die Darstellungen der Beschränkung der Privatautonomie zur Zeit des Nationalsso-



ist die Selbstbestimmung Ausdruck der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG<sup>73</sup> sowie lassen sich einzelne Aspekte der Privatautonomie z.B. in Art. 9 GG, Art. 12 GG und Art. 14 GG finden.<sup>74</sup> Die Vertragsfreiheit kann im Zivilrecht aus § 311 BGB abgeleitet werden.<sup>75</sup> Der Einzelne hat die Freiheit, selbst über seine Rechtsverhältnisse zu entscheiden, sodass Privatautonomie insbesondere Vertragsfreiheit bedeutet.<sup>76</sup> Hierzu zählt sowohl die Abschlussfreiheit mit der Entscheidung darüber, ob ein Vertrag geschlossen wird, als auch die Inhaltsfreiheit, die die Entscheidung über den Inhalt des Vertrages betrifft, sowie die grundsätzliche Formfreiheit.<sup>77</sup> Es besteht auch eine Selbstverantwortlichkeit, da grundsätzlich keine staatliche Einmischung in die Güterbeschaffung des Einzelnen erfolgt.<sup>78</sup> Trotz Abstellens auf den Vertragswillen der Parteien ist die Vertragsfreiheit der Einschränkung in Art. 2 Abs. 1 GG auf die verfassungsmäßige Ordnung unterworfen und es bedarf auch aufgrund des Sozialstaatsprinzips gewisser gesetzlicher Regeln und der rechtlichen Ausgestaltung des Vertragsschlusses, der Vertragsfolgen und

zialismus bei: *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 18 f.; *Schmidt*, J., Vertragsschluss, 2013, S. 29 f. m.w.N.; *Hosemann*, Art. 1:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 30 (45 Rn. 15 m.w.N.).

73 BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 24; vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 80; vgl. a. *Reppen*, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11 (82, 96); a.A. *Basedow*, 6 ERPL (2008), 901 (904).

74 BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 24; MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 3; vgl. BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 17 m.w.N.; *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 14 ff.; kritisch zur Verlagerung in einzelne Grundrechte: *Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 9 f.

75 Vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2017, LWZR 5/16, NJW-RR 2018, 199 (200); BGH, Urt. v. 25.11.1987, VIII ZR 283/86, BGHZ 102, 237, NJW 1988, 703 (703).

76 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 1a (S. 33); JurisPK/*Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 30; *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 17 Rn. 174 f. (S. 83 f.); MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 2; vgl. a. BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, NJW 1990, 1469 (1470).

77 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 1a (S. 33); BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 32 ff.; BeckOK/*Eckert*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 8; MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 10 ff., vgl. zu den historischen Grundlagen: ebd., Rn. 5. Zur Formfreiheit vgl. a. unten Kapitel 2 B.II.

78 *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 4 Rn. 1 (S. 41 f.); vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 1a (S. 33); vgl. a. BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, NJW 1990 1469 (1470).

der Vertragsdurchsetzung.<sup>79</sup> Die Wertungen der Grundrechte sind im Privatrecht im Rahmen der Generalklauseln (z.B. § 138 Abs. 1, § 157, § 307, § 242, § 826 BGB) zu berücksichtigen (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte).<sup>80</sup>

Die Folge und (in Gestalt des Rechtsbindungswillens) der Bestandteil eines wirksamen Vertrages ist die Bindung der Parteien an den Vertragsinhalt (*pacta sunt servanda*), die sich entweder aus den §§ 145 ff. BGB oder speziell für Schuldverträge aus § 241 BGB bzw. § 311 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 1 BGB ableiten lässt.<sup>81</sup> Diese Bindung kann für die Vertragsparteien unterschiedlich ausfallen, sodass im Schuldrecht insbesondere einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge unterschieden werden können.<sup>82</sup> Zum Teil wird die Vertragsbindung auf die Anordnung durch die Rechtsordnung zurückgeführt<sup>83</sup> oder zumindest auch aus dem Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die Gültigkeit einer Erklärung bzw. der Verkehrssicherheit hergeleitet<sup>84</sup>. Letzteres kann dadurch widerlegt werden, dass auch Willenserklärungen ohne Vertrauen des anderen Teils wirksam sind, z.B. die Rechtsgeltung eines Testaments.<sup>85</sup> Vielmehr ist die Selbstbestimmung und der Bin-

79 Vgl. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 3, 12.3, 27 ff.; MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 3; JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 31; vgl. a. Lorenz, S., Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 19 ff.; vgl. a. Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 94 f.

80 JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 31; vgl. BVerfGE, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267 (280), NJW 2018, 1667 (1668); vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2005, 1 BvR 1905/02, BVerfGE 115, 51 (67).

81 Vgl. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 275 f. (§ 311 I BGB i.V.m. § 241 BGB); BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 11 f. (§ 311 I BGB i.V.m. § 241 BGB); vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 17.03.2022, 10 U 16/21, NZG 2022, 929 (931) (§§ 241 I, 311 I BGB); BGH, Urt. v. 22.06.1956, IZR 198/54, BGHZ 21, 102, NJW 1956, 1313 (1313); BGH, Urt. v. 28.11.1963, II ZR 41/62, BGHZ 40, 326, NJW 1964, 648 (649) (jew. § 241 BGB); BAG, Urt. v. 30.09.1994, 7 AZR 268/93, NJW 1994, 1021 (1023) (§§ 145 ff. BGB); vgl. a. Staudinger/Feldmann (2023), § 311 Rn. 5 (§ 311 Abs. 1 BGB).

82 Neumer, AT, 13. Aufl. 2023, § 29 Rn. 29 (S. 344).

83 Vgl. Schmidt-Rimpler, 147 AcP (1941), 130 (163); vgl. d.N.b.: BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 12.1; vgl. a. Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 23 f. m.w.N.

84 Bydlinski, F., Privatautonomie, 1967, S. 69 f.; vgl. Bassege, Das Versprechen, 1930, S. 19; vgl. a. Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 52; a.A. Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 413 ff. m.w.N.; Singer, Selbstbestimmung, 1995, S. 54 f. m.w.N.

85 Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 417; vgl. Singer, Selbstbestimmung, 1995, S. 55; Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 3 (S. 36).

dungswille der Parteien Grundlage eines Vertrages.<sup>86</sup> Das Vertrauen des Rechtsverkehrs ist jedoch nicht völlig unberücksichtigt zu lassen, was sich im Gedanken der Selbstverantwortung widerspiegelt.<sup>87</sup> Daher ist beim Vertragsschluss auch der Verkehrsschutz zu berücksichtigen, z.B. im Rahmen des § 157 BGB.<sup>88</sup> Die Selbstbestimmung und ihre Rechtsfolgen werden vom Gesetzgeber näher ausgestaltet und dadurch die Durchsetzung der Privatautonomie ermöglicht.<sup>89</sup> Gleichzeitig bleibt die Selbstbestimmung die wesentliche Grundlage der Vertragsgeltung und der Selbstbindung.<sup>90</sup> Die Grundlage für den Vertragsschluss ist daher der Konsens der Parteien, d.h. eine Willensübereinstimmung.<sup>91</sup>

## II Französisches Recht

In Art. 1101 Code civil ist der Vertrag definiert: *“Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.”*<sup>92</sup> Die folgenden Vorschriften behandeln verschiedene Verträge. So unterscheidet Art. 1106 Code civil nochmal zwischen einem gegenseitigen Vertrag (*contrat synallagmatique*) und einem einseitig verpflichtenden Vertrag, der keine Gegenleistung erfordert (*contrat unilatéral*). Zudem definiert Art. 1107 Code civil den entgeltlichen und unentgeltlichen Vertrag (*contrat à titre onéreux* und *contrat à titre gratuit*). In Art. 1109 Code civil wird der Konsensualvertrag (*contrat consensuel*) von dem formbedürftigen Vertrag (*contrat solennel*) und dem dinglichen Vertrag (*contrat réel*) unterschieden.

<sup>86</sup> Vgl. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 3 (S. 36); vgl. Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (112); vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 412.

<sup>87</sup> Vgl. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 3 (S. 36); vgl. Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, S. 105 (113); vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 412.

<sup>88</sup> Vgl. Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (113).

<sup>89</sup> Vgl. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 12.3; vgl. a. Hillgruber, 85(3) ARSP (1999), S. 348 (350 ff.).

<sup>90</sup> Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 412 ff.; vgl. a. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 12.3.

<sup>91</sup> BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 7; Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 71 (S. 455 f.) m.w.N.

<sup>92</sup> Vgl. zur *convention* in Art. 1101 und Art. 1134 Code civil a.F.: Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 204 (S. 195), Rn. 210 (S. 197 f.).

Art. 1110 Code civil behandelt Verträge mit verhandelbaren Vertragsklauseln (*contrat de gré à gré*) und Formularverträge, die nicht verhandelbare Klauseln enthalten (*contrat d'adhésion*).<sup>93</sup>

Der Konsens der Parteien ist der Geltungsgrund des Vertrages im französischen Recht.<sup>94</sup> Dies kann auch Art. 1172(1) und (2) Code civil entnommen werden, nach denen es für einen Vertrag grundsätzlich auf den Konsens ankommt und Formvorschriften nur ausnahmsweise bestehen. Es geht beim Vertrag daher um die Willensvereinigung.<sup>95</sup> Der freie Wille, eine vertragliche Verpflichtung einzugehen, ist Grundlage für die Vertragsbindung.<sup>96</sup> Art. 1109(1) Code civil stellt für einen einvernehmlichen Vertrag ausdrücklich auf den Austausch von Zustimmung ab: „*Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression*“.

Bei der Schaffung des Code civil spielten die Freiheit und Gleichheit der Bürger im Sinne der französischen Revolution eine besondere Rolle.<sup>97</sup> Aufgrund dieser liberalen Grundidee wurde die Vertragsfreiheit als Grundlage für einen Vertrag angesehen.<sup>98</sup> Heute ist in Art. 1102 Code civil die Vertragsfreiheit ausdrücklich geregelt: „*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La*

93 Vgl. dazu Neumann/Berg, *Französisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 179 ff. (S. 55 f.).

94 Vgl. Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 282 (S. 265); vgl. Terré/Simler/Lequette/Chénéde, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 147 (S. 166), Rn. 270 (S. 299); vgl. a. Fages, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 73 (S. 85); vgl. a. Bénabent, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 68 (S. 73); vgl. aber Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 127 f. (S. 112 f.), nach der der Wille zumindest nicht die alleinige Bedingung für die Verbindlichkeit eines Vertrages ist; vgl. a. Schmidt, J., *Vertragschluss*, 2013, S. 35.

95 Terré/Simler/Lequette/Chénéde, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 145 (S. 165 f.); vgl. a. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 25 (S. 15).

96 Flour/Aubert/Savaux, *Les obligations*, *L'acte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 148 (S. 197); Bénabent, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 68 (S. 73); vgl. Planiol, in: *Revue Critique de législation et de jurisprudence* 1904, S. 224 (226); Terré/Simler/Lequette/Chénéde, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 30 (S. 13); vgl. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 25 (S. 15), Rn. 43 (S. 31).

97 Vgl. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989, S. 12.

98 Vgl. Ghestin/Barbier, *Introduction générale*, Tome I, 5<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 231 (S. 177); Herrera Osorio, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 147 (148); vgl. Flour/Aubert/Savaux, *Les obligations*, *L'acte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 143 (S. 194); vgl. a. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989, S. 12 f.

*liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.*<sup>99</sup> Dass die Vertragsfreiheit unmittelbar nach der Vertragsdefinition geregelt wird, zeigt ihre Bedeutung im Vertragsrecht.<sup>100</sup> Die Vertragsfreiheit bietet zwar Gestaltungsräume für die Vertragsparteien anstelle einer staatlichen Kontrolle, dennoch müssen bestimmte Mindestanforderungen erfüllt sein, damit ein wirksamer Vertrag vorliegt.<sup>101</sup> Das Recht legt Anforderungen und Regeln zum Vertragsschluss fest, die zusammen mit dem Willen zum Vertragsschluss diesen herbeiführen können.<sup>102</sup> Nach Art. 1128 Code civil sind für einen wirksamen Vertragsschluss die Zustimmung der Parteien, die Fähigkeit, einen Vertrag zu schließen, und ein rechtmäßiger und bestimmter Inhalt erforderlich: „*Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain.*“<sup>103</sup> Dadurch wird wiederum klargestellt, dass ein Einverständnis beider Parteien erforderlich ist.<sup>103</sup> Die Zustimmung der Parteien ergibt sich nach Art. 1113 Code civil aus Angebot und Annahme.<sup>104</sup> Die Annahme des Angebots führt zu einer für den Vertrag charakteristischen Verknüpfung der Zustimmungen der Parteien und zu einer Übereinstimmung des Willens beider Parteien.<sup>105</sup>

Bei fehlender Willensübereinstimmung geht die Rechtsprechung nicht von einer Nichtexistenz (*inexistence*), sondern von einer relativen Nichtigkeit (*nullité relative*) des Vertrages aus,<sup>106</sup> was auch durch die Reform 2016 nicht geändert werden sollte.<sup>107</sup> Art. 1178(1) Code civil

99 Vgl. dazu *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 37 (S. 47); vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 268 (S. 250); *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 101 (S. 90); *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 35 (S. 52 f.); *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 174 (S. 226 f.).

100 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 126 (S. 139).

101 *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 40 (S. 51).

102 Vgl. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 30 (S. 13).

103 *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 406 (S. 341); vgl. noch zu Art. 1108 Code civil a.F.: *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 35 f.

104 Dazu unten Kapitel 3 A.II.1.

105 *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 77 (S. 79), Rn. 80 (S. 83); vgl. *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 221 f. (S. 63).

106 Vgl. Cass. civ. 3e, 25.05.2022, n° 21–12.238, 21–13.620.

107 Vgl. dazu *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 130 (S. 148) m.w.N.

sieht vor: „*Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. [...]*“. Es ist daher von Nichtigkeit auszugehen, wenn kein Konsens der Parteien vorliegt.<sup>108</sup>

Die Vertragsfreiheit hat der *Conseil constitutionnel* früher nicht als verfassungsrechtlich geschützt angesehen<sup>109</sup>, ihr später jedoch mit Blick auf Art. 4 der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*<sup>110</sup> eigenen verfassungsrechtlichen Schutz zugesprochen.<sup>111</sup> Der Gesetzgeber kann dennoch die Vertragsfreiheit einschränken.<sup>112</sup> Eine Grenze der Vertragsfreiheit bildet der *ordre public*, d.h. besonders bedeutsame, zwingende Vorschriften.<sup>113</sup> Ein Kontrahierungszwang<sup>114</sup> oder Diskriminierungsverbote<sup>115</sup> können ebenfalls die Vertragsfreiheit einschränken. Auch tatsächlich sind Rechtssubjekte im Alltag oft gezwungen, Verträge zu schließen.<sup>116</sup>

Die Bindungswirkung des Vertrages ist im Code civil ausdrücklich geregelt: Art. 1103 („*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*“) knüpft die vertragliche Bindungswirkung an das

108 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 130 (S. 148 f.).

109 Cons. const., 03.08.1994, n° 94–348 DC, JORF n° 181 du 06.08.1994, S. 11482 (11483); Cons. const., 20.03.1997, n° 97–388 DC, JORF n° 72 du 26.03.1997, S. 4661 (4665).

110 Art. 4 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : „*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*“.

111 Cons. const., 19.12.2000, n° 2000–437 DC, JORF n° 0298 du 24.12.2000, S. 20576 (20579); Cons. const., 13.06.2013, n° 2013–672 DC, JORF n° 138 du 16.06.2013, Texte n° 2 (Rn. 4, 6, 11 ff.); vgl. zum Ganzen: *Duffy*, 6 RDP (2006), S. 1569 (1571 ff.); *Cauvin*, Leistungsstörungenrecht des französischen Code civil, 2020, S. 51; *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 126 (S. 139 f.) m.w.N.; *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 120 f. (S. 103 ff.); *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 35 (S. 53) m. Fn. 37.

112 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 126 (S. 140).

113 *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 156 (S. 51). Die meisten Vorschriften des Code civil sind jedoch dispositiv, vgl. ebd., Rn. 157 (S. 51 f.); vgl. a. *Cauvin*, Leistungsstörungenrecht des französischen Code civil, 2020, S. 58.

114 Vgl. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 37 (S. 47), Rn. 76 (S. 79). Vgl. Art. L. 121–11(1) Code de la consommation.

115 Vgl. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 67 (S. 81). Ein Verstoß führt jedoch nicht zu einem erzwungenen Vertrag, sondern kann strafrechtliche Folgen haben sowie Schadensersatzpflichten begründen, vgl. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 37 (S. 48).

116 *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 37 (S. 47).

rechtmäßige Zustandekommen eines Vertrages. Die Bindungswirkung des Vertrages wird daher vom Code civil ausdrücklich angeordnet und herbeigeführt.<sup>117</sup> Es gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*.<sup>118</sup>

### III Common Law

Der Vertrag wird in der Literatur zum englischen Recht einerseits als *agreement* definiert: „*A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law*“<sup>119</sup>. Im Unterschied zu anderen Rechtspflichten beruhen Verträge daher auf der Einigung der Parteien.<sup>120</sup> In der englischen Rechtsprechung werden die Voraussetzungen eines Vertrages wie folgt zusammengefasst: „*The basic requirements of a contract are that: (i) the parties have reached an agreement, which (ii) is intended to be legally binding, (iii) is supported by consideration, and (iv) is sufficiently certain and complete to be enforceable*“<sup>121</sup>.

Ein *agreement* wiederum wird in der englischen Literatur definiert als „*not a mental state but an act, and, as an act, is a matter of inference from conduct. The parties are to be judged, not by what is in their minds, but by what they have said or written or done*“<sup>122</sup>. Es wird daher auf eine objektive Auslegung des Parteiverhaltens abgestellt, auch wenn oft noch

117 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 29 (S. 12 f.), Rn. 127 (S. 142); vgl. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 36 (S. 53). Im deutschen Recht fehlt eine solche ausdrückliche Anordnung, vgl. a. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 12 m. Fn. 47.

118 *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 270 (S. 251 f.).

119 *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 1–001 (S. 1); vgl. *Burrows*, A Restatement, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 1, Ziff. 2 (S. 44); vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 65; vgl. a. die Darstellung von *Whittaker*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–050 ff. (S. 49 ff.).

120 *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 1–001 (S. 1).

121 *Blue v Ashley* [2017] EWHC 1928 (Rn. 49); vgl. a. *Burrows*, A Restatement, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 1, Ziff. 2 (S. 44); vgl. a. *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contracts, 2022, S. 67.

122 *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston’s Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 42; *Whittaker*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–053 (S. 52); vgl. *Ziegler*, Der subjektive Parteiville, 2018, S. 116. Vgl. zur Auslegung unten Kapitel 3 A.III.2.

von einem *meeting of the minds*, das für den *mutual assent* erforderlich ist, gesprochen wird.<sup>123</sup>

Eine andere Definition des Vertrages im *Common Law* stellt auf das Versprechen (*promise*) ab: „*a contract as a promise or set of promises which the law will enforce*“.<sup>124</sup> Entweder wird daher der Vertrag als Einigung (*agreement*) verstanden, die sich in Angebot und Annahme aufteilt, oder es wird darauf abgestellt, dass Angebot und Annahme Versprechen (*promises*) darstellen, die bindend sind, wenn für ihre Durchsetzung ein Grund besteht, z.B. der Bezug zu einer Gegenleistung (*consideration*)<sup>125</sup> <sup>126</sup> Zudem gibt es eine Ansicht, die auch auf den Vertrauensschutz für die Vertragsbindung abstellt.<sup>127</sup> Bedeutender als die Definition des Vertrages sind jedoch die Voraussetzungen für das Zustandekommen.<sup>128</sup>

Beim Vertrag geht es darum, durchsetzbare von nicht durchsetzbaren Versprechen zu unterscheiden.<sup>129</sup> Zunächst war die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche im *Common Law* nur in bestimmten Klagear-

123 Vgl. *Whittaker*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–053 (S. 52); vgl. *Ziegler*, *Der subjektive Parteiwille*, 2018, S. 116. Für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 681; vgl. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 56 (S. 64 f.); *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 37; vgl. *Solan*, 83(1) *Notre Dame L. Rev.* (2007), 353 (377).

124 *Whittaker*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–050 (S. 49). Vgl. für die USA: § 1 *Restatement (Second) of Contracts*: „*A contract is a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*“; vgl. hierzu *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 100. Ebenso § 1(a)(3) *Restatement of the Law, Consumer Contracts* (2024). In § 2(1) *Restatement (Second) of Contracts* wird wiederum ein *promise* definiert: „*A promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promise in understanding that a commitment has been made*“. Vgl. a. im *UCC*, der ein *agreement* als „*bargain of the parties in fact [...]*“ (§ 1–201(3) *UCC*) u. demgegenüber einen *contract* als „*the total legal obligations that results from the parties' agreement [...]*“ (§ 1–201(12) *UCC*) definiert.

125 Dazu unten B.VI. Insofern lässt sich die *consideration*-Doktrin besser anhand des Verständnisses des Vertrages als *promise* erklären: *Whittaker*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 1–050 (S. 50).

126 Vgl. *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 27, 34 f. Vgl. weiter a. *Atiyah*, *Essays on Contract*, 1986, S. 12; *Hogg*, *Promises and Contract Law*, 2011, S. 51 f.

127 Vgl. *Atiyah*, *The rise and fall of freedom of contract*, 1979, S. 6, 733 f.

128 Vgl. *Jansen/Zimmermann*, 210 *AcP* (2010), 196 (208 f.).

129 Vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 3 (S. 4 f.).



ten (*writ*s) zulässig.<sup>130</sup> Im 16. Jahrhundert entwickelte sich die Vertragsbindung aus der *action of assumpsit*, die zu einer allgemeinen Klage auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung wurde.<sup>131</sup> Heutzutage können Versprechen im *Common Law* ohne *writ* durchgesetzt werden.<sup>132</sup>

Im englischen Recht ist die Vertragsfreiheit bzw. Parteiautonomie ein fundamentales Prinzip des Vertragsrechts.<sup>133</sup> Dies beinhaltet auch die negative Vertragsfreiheit, keinen Vertrag zu schließen.<sup>134</sup> Durch das Prinzip der Vertragsfreiheit (*freedom of contract*) und Bindungswirkung eines Vertrages (*binding force of contract*) wird die freie Äußerung des Willens als Vertragsgrundlage angesehen.<sup>135</sup> Mit der Vertragsbindung ist auch der Grundsatz *pacta sunt servanda* im *Common Law* anerkannt.<sup>136</sup> Naturalerfüllung (*specific performance*) kann grundsätzlich<sup>137</sup> nicht eingeklagt werden.<sup>138</sup> Das *agreement* besteht aus einem Angebot, das angenommen wird.<sup>139</sup> Der Grundsatz, dass ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande kommt und somit Konsens

130 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 70; Bussel, Contract Law and its Application, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S. 24.

131 Vgl. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 118 m. Fn. 8 m.w.N.; vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 70; vgl. Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 777; vgl. a. Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 124 ff., insb. S. 126 ff. m.w.N.; vgl. insg. zur geschichtl. Entwicklung: Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 120 ff.; Suzuki-Klasen, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 69 ff.

132 Bussel, Contract Law and its Application, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S. 25.

133 Graf von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 85; Burrows, A Restatement, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 1, Ziff. 5 (S. 48).

134 Burrows, A Restatement, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 1, Ziff. 5 (S. 48).

135 Vgl. Whittaker, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2–001 (S. 100).

136 Vgl. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 118 m.w.N.; vgl. a. Whittaker, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2–022 (S. 118); für die USA: vgl. Murray, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 53[A] (S. 220).

137 Vgl. dazu aber Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 129 ff.

138 Vgl. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 120 ff.; vgl. Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 776; vgl. für die USA: Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 702. Im französischen und deutschen Recht kann dagegen Naturalerfüllung verlangt werden, vgl. Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 111 (zum französischen Recht), S. 38 (zum deutschen Recht).

139 Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–001 (S. 318); Burrows, A Restatement, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 2, Ziff. 7 (S. 52 f.); Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 65; vgl. für die USA: Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 681.

für den Vertrag erforderlich ist, wurde schon früh anerkannt.<sup>140</sup> Auch im *Common Law* sind jedoch Einschränkungen der Vertragsfreiheit möglich, z.B. durch Diskriminierungsverbote.<sup>141</sup>

Ein sog. *unilateral contract* liegt bei einem Versprechen im Gegenzug für eine Handlung vor, d.h. wenn nur eine Partei die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung für den Fall verspricht, dass die andere Partei, ohne ihrerseits ein Versprechen abzugeben, etwas tut oder unterlässt.<sup>142</sup> Hierunter kann das Angebot einer Belohnung (*reward case*) fallen, z.B. das Wiederbringen eines verlorenen Tieres.<sup>143</sup> Im Gegensatz dazu erfordert ein *bilateral contract* ein Versprechen beider Parteien.<sup>144</sup>

## IV DCFR und PECL

Art. II.-1:101(1) DCFR lautet: „*A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.*“<sup>145</sup> Die Voraussetzun-

140 Vgl. Adams v. Lindsell, [1818] EWHC K.B. J59, (1818) 1 B & Ald 681, 106 ER 250; vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 65.

141 Vgl. Whittaker, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2–013 (S. 108 f.).

142 Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company [1892] EWCA Civ 1, [1893] 1 Q.B. 256 (CA); Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–103 (S. 371); vgl. Stone/Devenney, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 50; vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 120 f.; vgl. für die USA: Klass, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 61 (S. 68 f.). Im Restatement (Second) of Contracts u. im UCC taucht die Unterscheidung zw. *bilateral* u. *unilateral contracts* nicht mehr auf, vgl. Murray, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 18 (S. 36 f.); Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 30 f. m. Fn. 33.

143 Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–103 (S. 371); Hogg, Promises and Contract Law, 2011, S. 228.

144 Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–103 (S. 371). Relevant ist die Abgrenzung zwischen *bilateral* u. *unilateral contract* für den Zeitpunkt der Pflichtentstehung u. den Widerruf des Angebots, vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 122. Zur Abgrenzung des *unilateral contract* von der Auslobung im deutschen Recht (§ 657 BGB), die keinen Vertrag darstellt: Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 126 f.; Hogg, Promises and Contract Law, 2011, S. 228 f. Zur Abgrenzung zu einem *contrat unilateral* im französischen Recht (Art. 1106 Code civil), der bereits vor Vornahme der Handlung zustande kommt: vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 116; Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 125 f. m.w.N.

145 Der Begriff des *juridical act* (Art. II.-1:101(2) DCFR) ist hier weniger bedeutend, da der Vertrag im DCFR eigenständig behandelt wird, vgl. Schmidt, J. P., in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Rechtsgeschäft“ (S. 1243). Kritisch zur Definition: Jansen/Zimmermann, 210 AcP (2010), 196 (208); Eidenmüller, 5(2) ERCL (2009), 109 (112).

gen eines Vertrages werden in Art. II.-4:101 DCFR benannt: *“A contract is concluded, without any further requirements, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement”* (vgl. a. Art. 2:101(1) PECL). Auch der Vertragsschluss nach dem DCFR beruht daher auf Konsens der Parteien.<sup>146</sup> Klargestellt werden soll, dass nur die Einigung selbst den Vertrag darstellt.<sup>147</sup> Umfasst sind auch Verträge, die nur für eine Partei Verpflichtungen vorsehen.<sup>148</sup> Das *agreement* ist von vorbereitenden Verhandlungen und von einem einseitigen Rechtsgeschäft abzugrenzen.<sup>149</sup>

Nach Art. II.-1:102(1) DCFR besteht für die Vertragsparteien Vertragsfreiheit: *„Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules”* (s.a. Art. 1:102(1) PECL). Die Vertragsfreiheit hat im DCFR besondere Bedeutung und wird in den *comments* als *key principle* bezeichnet.<sup>150</sup> Andererseits wird den Vorschriften zur Vertragsfreiheit eine bloß symbolische Funktion zugeschrieben, da sie auf die Rechtsstellung der Parteien keinen direkten Einfluss haben und einige Beschränkungen vorgesehen sind.<sup>151</sup> Auch nach dem DCFR und den PECL kann es Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch z.B. Diskriminierungsverbote nach Art. II.-2:101 DCFR und Informationspflichten gegenüber Verbrauchern nach Art. II.-3:101 DCFR geben.<sup>152</sup> Art. II.-7:301 und 7:302 DCFR (vgl. a. Art. 15:101 und Art. 15:102 PECL) verweisen auf das nationale Recht in Bezug auf anerkannte Prinzipien und zwingende Regelungen, die wiederum die Vertragsfreiheit beschränken können.<sup>153</sup>

<sup>146</sup> Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 5 (S. 286). Ebenso in den PECL: *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comments A, C (S. 137 f.).

<sup>147</sup> *Jansen/Zimmermann*, 210 AcP (2010), 196 (207); für die PECL: *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101, Comment D (S. 138).

<sup>148</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment A (S. 264); zu den PECL: vgl. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment A (S. 137).

<sup>149</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment D (S. 265).

<sup>150</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:102 Comments (S. 130).

<sup>151</sup> *Hosemann*, Art. 1:102, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 30 (34 Rn. 3 m.w.N.); vgl. BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 16.

<sup>152</sup> Vgl. MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 48; vgl. a. *Hogg*, in: *DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law*, 2013, S. 14 (37 f.).

<sup>153</sup> Vgl. *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 14 (S. 289); vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:102 Comments (S. 130); vgl. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 1:102 Comment (S. 99).

Nach Art. II.-1:103(1) DCFR ist ein wirksamer Vertrag für die Parteien bindend: „*A valid contract is binding on the parties*“, was wiederum den Grundsatz *pacta sunt servanda* widerspiegelt.<sup>154</sup> Auch Art. III.-3:301, III.-3:302, III.-3:702 DCFR und Art. 9:101, 9:102, 9:502 PECL gehen von einer vertraglichen Bindungswirkung aus, da sowohl Zahlungsansprüche als auch Erfüllungsansprüche und potentielle Schadensersatzansprüche an den Vertragsschluss geknüpft werden.<sup>155</sup> Nach Art. III.-3:302 DCFR und Art. 9:102 PECL kann grundsätzlich Naturalerfüllung verlangt werden.<sup>156</sup> Bei einem freien und informierten Vertragsschluss tritt eine Vertragsbindung ein, der Vertrag kann jedoch nach Art. II.-1:103(3), III.-1:108 und III.-1:109 DCFR (Art. 6:109 PECL) geändert oder beendet werden.<sup>157</sup>

Nach Art. II.-1:103(2) DCFR kann auch ein einseitiges Unterfangen (*unilateral undertaking*) für die Person bindend sein, die es abgegeben hat, ohne dass eine Annahme erforderlich ist: „*A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance*“ (s.a. Art. 2:107 PECL). Nach Art. 1:107 PECL sind die Regeln über den Vertrag auf Änderungs- oder Beendigungsvereinbarungen, einseitige Versprechen und andere Äußerungen und Verhalten, das Zustimmung indiziert, entsprechend anzuwenden.<sup>158</sup>

## V Ergebnis

In allen untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR und den PECL wird vom Konsens als Vertragsgrundlage ausgegangen.<sup>159</sup> Die

<sup>154</sup> Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:103 Comment A (S. 132).

<sup>155</sup> Vgl. *Unberath*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann*, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 2009, „Vertrag“ (S. 1677); vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 9:101 Comment A (S. 391); vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. III.-3:301 Comment A (S. 824), Note I.1 (S. 826).

<sup>156</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 26 (S. 48 f.); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 9:102 Comment A (S. 394); vgl. zu Einschränkungen Art. III.-3:302(3), (4) DCFR und Art. 9:102(2), (3) PECL; vgl. insg. *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 466 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 20 (S. 46 f.).

<sup>158</sup> Dies ist im DCFR nicht ausdrücklich geregelt, vgl. a. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 99 m. Fn. 18.

<sup>159</sup> *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 128; vgl. *Schlesinger*, Formation of Contract, 1968, Vol. I, Scope Note, I.A., S. 71 (71).

Berücksichtigung einer Übereinstimmung der Parteiwillen (*meeting of the minds*) ist Ausdruck der Vertragsfreiheit.<sup>160</sup> Diese ist als allgemeines Prinzip des Vertragsrechts anerkannt.<sup>161</sup> Das französische Recht legt die einzelnen Elemente der Vertragsfreiheit ausdrücklich in Art. 1102(1) Code civil fest und sind damit konkreter als die Vorschriften des DCFR und der PECL<sup>162</sup>, während das deutsche Recht die Vertragsfreiheit gar nicht ausdrücklich regelt. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit zeigt sich auch durch die Bindungswirkung des Vertrages, die im französischen Recht in Art. 1103 Code civil mit der gesetzlichen Bindung gleichgesetzt wird.<sup>163</sup>

In der EU ist der Vertragsschluss selbst nicht geregelt worden, allerdings geht das EU-Recht von einem Vertragsschluss durch Konsens aus, da etwa Art. 27 der Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>164</sup> bei unbestellten Waren keine Zustimmung des Verbrauchers durch Nichtstun annimmt.<sup>165</sup> Die Vertragsfreiheit ist auch in der EU ein wesentlicher Grundsatz.<sup>166</sup> Im EU-Recht gibt es einige Einschränkungen der Vertragsfreiheit, um den Verbraucher belastende Ungleichgewichte auszugleichen und es dem Verbraucher zu ermöglichen, grenzüberschreitende Verträge unter denselben Voraussetzungen wie in seinem Heimatstaat zu schließen.<sup>167</sup> Zwar führten zahlreiche Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch gesetz-

**160** *Herrera Osorio*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 147 (148 f.).

**161** Vgl. MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 2, 48.

**162** *Cauvin*, *Leistungsstörungenrecht des französischen Code civil*, 2020, S. 57; *Hosemann*, Art. 1:102, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 30 (51 Rn. 24).

**163** *Whittaker*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2–022 (S. 118).

**164** Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

**165** Vgl. *Stürner*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 13 Rn. 3 (S. 285).

**166** Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 24.09.2020, RS C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753; *Whittaker*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2–006 (S. 104). Die Vertragsfreiheit spiegelt sich im EU-Recht auch durch die Grundfreiheiten des Binnenmarktes wider, vgl. *Pfeiffer*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (136).

**167** Vgl. MüKO/*Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 4; vgl. a. *Whittaker*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2–019 (S. 114); *Pfeiffer*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (138); vgl. dazu a. *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, 2000, S. 162.

liche Vorgaben für Verträge dazu, dass im 20. Jahrhundert teilweise hinterfragt wurde, ob die Vertragsfreiheit noch als wichtigstes Grundprinzip des Vertragsschlusses angesehen werden könne.<sup>168</sup> Allerdings gewann die Vertragsfreiheit schließlich in der Rechtswissenschaft wieder vermehrt an Zustimmung, die auch durch wirtschaftliche Überlegungen geprägt war.<sup>169</sup>

Trotz verschiedener Einschränkungen der Vertragsfreiheit bleibt diese ein wichtiger Grundsatz im Vertragsrecht, da viele Verträge von den Parteien nach wie vor aus freiem Entschluss eingegangen werden.<sup>170</sup> Im Folgenden soll untersucht werden, ob neben dem Konsens weitere Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsabschluss bestehen.

## B Weitere Voraussetzungen für den Vertragsschluss

Beim Abschluss von Verträgen besteht die Gefahr, dass ein Versprechen vorschnell und ohne reifliche Überlegung abgegeben wird.<sup>171</sup> Fraglich ist daher, ob zusätzlich zum Konsens der Parteien weitere Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss erforderlich sind.<sup>172</sup> *Kötz* und *Zweigert* zählen hierzu den Rechtsbindungswillen der Parteien, Formvorschriften, die *cause* im (früheren) französischen Recht sowie die *consideration*-Doktrin im *Common Law*.<sup>173</sup> Diese dienen laut *Kötz*

168 So *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, S. 6 f.; vgl. dazu *Hosemann*, Art. 1:102, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 30 (44 ff. Rn. 15).

169 Vgl. *Hosemann*, Art. 1:102, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 30 (46 Rn. 16) m.w.N.

170 *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 37 (S. 48).

171 Vgl. *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 549.

172 Wenn weitere Voraussetzungen für einen wirksamen Vertrag für erforderlich gehalten werden, kann von sog. Konsens im weiteren Sinn gesprochen werden, vgl. *Weller*, *Vertragstreue*, 2009, S. 68.

173 Vgl. zum Ganzen: *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 108 ff.; *Kötz*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, 2009, „Seriositätsindizien“ (S. 1397); vgl. schon *Zweigert*, *JZ* 1964, 349 (350 ff.). Vgl. zur sog. Draufgabe (§§ 336 ff. BGB): *Suzuki-Klasen*, *A Comparative Study of the Formation of Contract*, 2022, S. 304 ff., 309.

als „Seriositätsindizien“ der Prüfung, ob ein bindendes und durchsetzbares Versprechen vorliegt.<sup>174</sup>

## I Rechtsbindungswille

Ob Rechtsbindungswille vorliegt, ist nicht immer einfach festzustellen.<sup>175</sup> Dies soll hier überblicksartig dargestellt werden.<sup>176</sup>

### 1 Deutsches Recht

Für einen wirksamen Vertrag ist im deutschen Recht auch ein Rechtsbindungswille erforderlich, da die bloße inhaltliche Willensübereinstimmung nicht ausreicht.<sup>177</sup> § 118 BGB formuliert negativ, dass bei einer Scherzerklärung kein Angebot vorliegt, sodass für ein wirksames Angebot eine Intention erforderlich ist.<sup>178</sup> Um zu überprüfen, ob ein Versprechen als solches gewollt ist, kann daher nach einem Rechtsbindungswillen gefragt werden, d.h. ob die Partei die rechtliche Bindung ihres Verhaltens gewollt hat.<sup>179</sup> Da oft ein subjektiver Wille nicht leicht festzustellen ist, ist der Rechtsbindungswille objektiv zu bestimmen.<sup>180</sup> Dabei sind die Umstände des Einzelfalls und die typischen Interessen der Parteien zu berücksichtigen.<sup>181</sup> Die Bezeichnung der Erklärungen als unverbindliches *gentlemen's agreement* allein spricht nicht gegen

174 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 71; vgl. a. Zweigert, JZ 1964, 349 (349 f.).

175 Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 317.

176 Vgl. zu w. Fällen: Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 301 ff.; vgl. insg. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 173 ff. m. zahlr. N. aus der Rechtsprechung.

177 MüKo/Busche, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 31; BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 111.

178 Vgl. Hogg, Promises and Contract Law, 2011, S. 278; vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 303.

179 Vgl. Kötz, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Seriositätsindizien“ (S. 1398).

180 Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 309, Note (2); vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 174 m.w.N.

181 Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 174 m.w.N.; vgl. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 112; vgl. BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand 01.05.2025, § 145 Rn. 35; vgl. a. MüKo/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 10. Eine vertragliche Pflicht kann auch vereinbart werden, wenn typischerweise keine Rechtspflicht anzunehmen wäre, vgl. Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 18 (S. 333).

einen Rechtsbindungswillen.<sup>182</sup> Anhaltspunkte über einen Rechtsbindungswillen können sich aus der Unentgeltlichkeit oder der wirtschaftlichen Bedeutung und den Risiken des betroffenen Geschäfts ergeben.<sup>183</sup> Fehlt es am Rechtsbindungswillen, kann eine bloße Gefälligkeit vorliegen, die nicht zu einem Vertrag führt.<sup>184</sup> Beispielsweise kann bei einer bloßen Gefälligkeitsfahrt ein Rechtsbindungswille fehlen, wenn kein wesentliches Interesse an der Beförderung erkennbar ist.<sup>185</sup>

Im Gegensatz zu einem mit Rechtsbindungswillen abgegebenen Angebot stellt eine *invitatio ad offerendum* lediglich die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots dar.<sup>186</sup> Erst wenn daraufhin die andere Partei ein Angebot abgibt und dieses vom Erklärenden wiederum angenommen wird, kommt der Vertrag zustande.<sup>187</sup> Als *invitatio ad offerendum* wurden beispielsweise Anzeigen in Katalogen<sup>188</sup>, Schaufensterauslagen<sup>189</sup> und die Präsentation von Produkten auf einer Internetseite zum Verkauf<sup>190</sup>. Begründet wird dies vor allem damit, dass andernfalls die Gefahr einer vertraglichen Bindung über die eigene Leistungsfähigkeit hinaus entstehen könne, da Kunden durch eine Annahme den Vertrag

182 Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 3; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 8; vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 178.

183 Vgl. Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 19 (S. 333 f.); Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 7.

184 Vgl. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 2 (S. 49) m.w.N.; MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 31. Vgl. zu unentgeltlichen sog. Gefälligkeitsverträgen: Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 19 (S. 333); Jauernig/Mansel, 19. Aufl. 2023, § 241 Rn. 23 f.

185 BGH, Urt. v. 14.11.1991, III ZR 4/91, NJW 1992, 498 (498 f.); vgl. a. Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 82; vgl. dazu Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 175 m.w.N.

186 BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 114; Staudinger/Bork (2025), § 145 Rn. 3. 187 BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 114.

188 BGH, Urt. v. 04.02.2009, VIII ZR 32/08, BGHZ 179, 319, NJW 2009, 1337 (1337 Rn. 12).

189 BGH, Urt. v. 16.01.1980, I ZR 25/78, NJW 1980, 1388 (1388); vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 207 m.w.N.; a.A. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 291 ff.

190 BGH, Urt. v. 26.01.2005, VIII ZR 79/04, NJW 2005, 976 (978); vgl. a. zu einem Maklerinserat: BGH, Urt. v. 03.05.2012, III ZR 62/11, NJW 2012, 2268 (2269 Rn. 11). Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 232 m.w.N. Vgl. näher zum Rechtsbindungswillen bei elektronischer Kommunikation: MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 14 ff.; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 7. Bei einer Internetauktion ist dagegen auf die AGB des Plattformbetreibers zu achten, aus denen sich ergeben kann, dass ein Angebot vorliegt, vgl. BGH, Urt. v. 10.12.2014, VII ZR 90/14, NJW 2015, 1009 (1010 Rn. 14).



sofort herbeiführen könnten.<sup>191</sup> Zudem müsse erst der Vertragspartner auf Leistungsfähigkeit überprüft werden können.<sup>192</sup>

Zur Warenauslage im Selbstbedienungsladen wird in der Literatur nicht einheitlich vertreten, ob ein Rechtsbindungswille anzunehmen ist: Entweder ist die Auslage der Ware bereits das Angebot, das der Kunde durch das Vorlegen der Ware an der Kasse annimmt<sup>193</sup>, oder die Warenauslage ist lediglich eine *invitatio ad offerendum* und das Vorlegen der Ware an der Kasse wird als Angebot durch den Kunden angesehen<sup>194</sup>. Dafür, dass sich der Geschäftsinhaber noch nicht durch die Auslage binden möchte, spricht, dass die Prüfung des Vertragspartners noch vorbehalten werden soll.<sup>195</sup> Im Gegensatz dazu liegt beim Selbstbedienungstanken wegen des unumkehrbaren Vorgangs des Tankens ein Angebot des Tankstellenbetreibers im Aufstellen der Zapfsäule vor, das der Kunde durch den Tankvorgang annimmt.<sup>196</sup>

Im Aufstellen eines Warenautomaten kann das Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages gesehen werden, jedoch unter dem Vor-

**191** Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 197, 204, 207 jew. m.w.N.; Staudinger/Bork (2025), § 145 Rn. 5, 7. Ein Angebot kann allerdings angenommen werden, wenn der Warenbestand aufgrund der unbegrenzten Verfügbarkeit und zugleich die Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners gesichert ist, etwa bei einem Download mit Kreditkarteneinzug; vgl. Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 7 (wie bei Automaten), a.A. (*invitatio ad offerendum*) BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 41; kritisch zum Vorliegen eines Angebots a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 241.

**192** Vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 11; vgl. a. BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 41 m.w.N.

**193** Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 145 Rn. 6 (im Zw. bzgl. im Regal vorrätiger Ware); Staudinger/Bork (2025), § 145 Rn. 7; vgl. a. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 114.1.

**194** MüKO/Busche, BGB, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 12; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 10; vgl. Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 7 (S. 440); Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 11 (S. 108); vgl. dazu insg. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 211 ff.

**195** Vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 11; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 10; Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 7 (S. 440); vgl. vertiefend Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 212 f. m.w.N., 219.

**196** BGH, Urt. v. 04.05.2011, VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 (2871 Rn. 14 ff.); Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 10; vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 12; vgl. Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 145 Rn. 6; Staudinger/Bork (2025), § 145 Rn. 8. Bzgl. des Eigentumsübergangs kann von einem Eigentumsvorbehalt ausgegangen werden, vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 12; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 10.

behalt, dass der Automat funktioniert, Ware vorrätig ist und der Automat technisch korrekt bedient wird.<sup>197</sup>

Die Bereitstellung eines Fahrtickets für ein Verkehrsmittel vor Betreten des Verkehrsmittels kann je nach Verkaufsmodalität als Angebot angesehen werden, das der Kunde durch Entwerfen des Tickets oder durch Einsteigen annimmt.<sup>198</sup> Erfolgt vor Fahrtantritt kein Ticketverkauf, stellt das Bereitstellen eines öffentlichen Verkehrsmittels ein Angebot dar, das der Kunde durch Einsteigen annimmt.<sup>199</sup>

## 2 Französisches Recht

Art. 1114 Code civil sieht vor, dass ein Angebot die wesentlichen Vertrags Elemente enthalten muss und ein Bindungswille für den Fall der Annahme erforderlich ist: „*L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.*“<sup>200</sup> Auch Art. 1113(1) Code civil sieht vor, dass die Parteien ihren Bindungswillen äußern müssen: „*Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager*“. Dieser Wille kann sich nach Art. 1113(2) Code civil auch aus dem Verhalten des Anbietenden ergeben: „*Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur*“. Ein Angebot an die Öffentlichkeit ergibt sich beispielsweise oft aus Handlungen.<sup>201</sup>

<sup>197</sup> Vgl. MÜKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 12; vgl. Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 145 Rn. 6; Staudinger/Bork (2025), § 145 Rn. 8; vgl. zum Ganzen Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 221 ff., 223; a.A. Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 145 Rn. 8 (Angebot durch Münzeinwurf); BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 145 Rn. 41; Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 7 (S. 440); Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 26 Rn. 362 (S. 160).

<sup>198</sup> Vgl. Staudinger/Bork (2025), § 145 Rn. 10; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 145 Rn. 6; vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 228, 230.

<sup>199</sup> Vgl. dazu Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 228, 230. Vgl. dazu unten Kapitel 3 B.I.1.a und Kapitel 4 C.II.1.b.

<sup>200</sup> Vgl. zur *invitation à entrer en négociations*: Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 209 (S. 273 f.).

<sup>201</sup> Vgl. Porchy-Simon, Droit des obligations, 18<sup>e</sup> éd. 2025, Rn. 95 f. (S. 60); Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 290 (S. 272). Vgl. a. Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 214 (S. 279), die dabei von einem *offre expresse* ausgehen.

Für die Frage nach dem Rechtsbindungswillen (*intention de contracter*) ist die Vereinbarung auszulegen.<sup>202</sup> Eine bloße Gefälligkeit (*acte de complaisance*) liegt beispielsweise regelmäßig bei Gefälligkeitsfahrten (*transport bénévole*)<sup>203</sup> oder bei einer Einladung zum Essen<sup>204</sup> vor. Ein *gentlemen's agreement* (*engagement d'honneur*) wird wie im deutschen Recht unabhängig von der Bezeichnung der Vereinbarung anhand der Auslegung beurteilt.<sup>205</sup> Anders als im deutschen Recht sind Anzeigen in Katalogen oder Zeitungen Angebote, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.<sup>206</sup> Auch das Aufstellen von Warenautomaten<sup>207</sup> und Schaufensterauslagen<sup>208</sup> sind Angebote. Dies wurde mit dem Vertrauen der Öffentlichkeit begründet, das durch die im Schaufenster ausgelegte Ware zu einem bestimmten Preis geweckt wird.<sup>209</sup> Bei Warenangeboten auf Internetseiten soll wie bei z.B. Schaufenstern ein Angebot vorliegen.<sup>210</sup> Auslagen in Selbstbedienungsgeschäften werden im französischen Recht als Angebote angesehen, die durch den Kunden bereits

202 *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 232 (S. 208 f.), Rn. 414 (S. 346); vgl. Cass. civ. 3e, 12.04.2018, n° 17–14.187; von *Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Note II.12 (S. 277); vgl. a. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 210; vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 179 ff. m. zahlr. w. N.

203 Vgl. Cass. civ. 1e, 06.04.1994, n° 91–21.047, Bull. civ., 1994, I, n° 136, S. 99; *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 88 (S. 79); *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 234 (S. 210); vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 179.

204 Vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 232 (S. 209).

205 *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 233 (S. 209); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 181.

206 Vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 290 (S. 272); *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 216, Note (1); von *Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Note IV.18 (S. 297); vgl. Cass. civ. 3e, 01.07.1998, n° 96–20.605, Bull. civ., 1998, III, n° 153, S. 101; vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 197 f., 205 jew. m.w.N.

207 *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 290 (S. 272); vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 410 (S. 343); vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 222 m.w.N.

208 Vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 290 (S. 272); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 208 m.w.N.

209 Vgl. *Vialard*, RTD Civ 1971, 750 (764 f., 769); vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 208, 210 f.

210 Vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 235; vgl. CA Reims, 05.04.2019, n° 18/01583. Es kann im Einzelfall auch eine *invitation à entrer en pourparlers* vorliegen: vgl. (i.R.d. Auslegung des Art. 1127–1 Code civil): *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 216 (S. 281) m. Fn. 5, Rn. 225 (S. 293).

mit dem Platzieren im Einkaufskorb angenommen werden.<sup>211</sup> Der Fall des Selbstbedienungstankens wird im französischen Recht nicht eigens diskutiert, dürfte aber ein Angebot darstellen, da dies auch für andere Fälle eines Angebots an die Öffentlichkeit angenommen wurde.<sup>212</sup> Bei der Bereitstellung von öffentlichen Verkehrsmitteln liegt ebenfalls ein Angebot vor.<sup>213</sup>

### 3 Common Law

Auch im *Common Law* müssen die Erklärungen zum Vertragsschluss mit Rechtsbindungswillen (*intention to create legal relations* oder *intention to be legally bound*) abgegeben werden.<sup>214</sup> Grundsätzlich wird das Vorliegen des Rechtsbindungswillens objektiv bestimmt, es sei denn, ein abweichender Wille wurde vom anderen Teil erkannt.<sup>215</sup> Kann eine vernünftige Person auf einen Bindungswillen aus einer Äußerung oder einem Verhalten schließen, kommt es auf einen abweichenden wirk-

**211** Cass. civ. 1e, 20.10.1964, DS 1965, 62 u. die Vorinstanz CA Paris, 14.12.1961, Gaz Pal 1962.1.135, JCP 1962.II.12547 (beide insofern in englischer Übersetzung abgedruckt b.: *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 221); kritisch dazu *Puig*, Contrats speciaux, 8<sup>e</sup> éd. 2019, Rn. 350 (S. 341). Das Eigentum soll ausnahmsweise erst mit Bezahlung an der Kasse übergehen, vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 213 f. m.w.N.; vgl. a. *Mainguy*, Contrats speciaux, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 134 (S. 152).

**212** *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 225.

**213** Vgl. *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, Droit des transports, 2<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 417 (S. 383); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 228 f. Vgl. zum Vertragsschluss im Massenverkehr unten Kapitel 4 C.2.b.

**214** *Blue v. Ashley* [2017] EWHC 1928 (Comm) (Rn. 49); vgl. *RTS Flexible Systems Ltd. v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production)* [2010] UKSC 14 (Rn. 50); vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 3 (S. 11). Zur Entwicklung vgl. *Suzuki-Klasen*, *A Comparative Study of the Formation of Contracts*, 2022, S. 97 Fn. 364; vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 65 f. Vgl. für die USA: *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 32 (S. 64). Zur Kritik vgl. die Darstellungen b.: *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 163 f. m.w.N.; *Furmston*, *Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 152; *Collins*, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 68.

**215** *Attrill v. Dresdner Kleinwort Ltd.* [2013] EWCA Civ 394 (Rn. 86); *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 3 (S. 11); *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 73 f. Für die USA: Vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 32[C] (S. 67).

lichen Willen nicht an.<sup>216</sup> Es ist auf die Einzelfallumstände zu achten.<sup>217</sup> Während in rein privaten und sozialen Verhältnissen ein Rechtsbindungswille regelmäßig<sup>218</sup> abgelehnt werden kann<sup>219</sup>, stellen ausdrückliche Vereinbarungen zwischen Unternehmern eine widerlegliche Vermutung für einen Rechtsbindungswillen dar<sup>220</sup>. Auch im geschäftlichen Bereich kann jedoch der Rechtsbindungswille fehlen, etwa wenn die Parteien klarstellen, dass ein Vertrag nur moralisch verbindlich sein soll.<sup>221</sup> Für die Verbindlichkeit von *gentlemen's agreements* bzw. *honour clauses* wird auch im englischen Recht die Bezeichnung nicht als allein ausschlaggebend für die Frage nach einem Rechtsbindungswillen ange-

**216** *Maple Leaf Macro Volatility Master Fund v. Rouvroy* [2009] EWCA Civ 1334, [2010] 2 All.E.R. (Comm) 788 (Rn. 10, 17); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–002 (S. 10). Vgl. a. § 21 Restatement (Second) of Contracts: “Neither real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract”, vgl. dazu *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 62 (S. 69 f.). In den USA muss ein Rechtsbindungswille nicht positiv nachgewiesen werden, allerdings liegt kein bindender Vertrag vor, wenn die Parteien klargestellt haben, dass sie sich noch nicht rechtlich binden wollten, *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 64 (S. 70).

**217** *RTS Flexible Systems Ltd. v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753 (Rn. 45); *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 150, 159; für die USA vgl. a.: *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz, 2004, S. 91.

**218** Die Vermutung einer fehlenden Bindung kann widerlegt werden: vgl. *Sadler v. Reynolds* [2005] EWHC 309 (QB), 2005 WL 853740 (Rn. 56).

**219** Vgl. *Balfour v. Balfour* [1919] 2 K.B. 571 (575, 579); vgl. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 153; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 115; *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 153 ff.; *Beaton/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 72 f. Zu den USA: vgl. *Murray*, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 32[D] (S. 70 f.). Problematisch kann in solchen Fällen bereits die *consideration* sein: vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 316.

**220** *Edmonds v. Lawson* [2002] 2 WLR 1091 (Rn. 21); *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 3 (S. 11) m.w.N.; *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 156; *Beaton/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 74 f.

**221** Vgl. *Rose & Frank v. J.R. Crompton & Bros Ltd.* [1925] A.C. 445 (454); *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 159 f.; *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Note 1 (S. 145); *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 157 f.

sehen, sondern auf den Einzelfall abgestellt.<sup>222</sup> Bei einer Mitfahrgelegenheit wurde ein Rechtsbindungswille verneint.<sup>223</sup>

Zudem kann eine bloße *invitation to treat* vorliegen, mithin nur der Ausdruck, zu Verhandlungen bereit zu sein.<sup>224</sup> Die Fallgruppen der *invitation to treat* und deren rechtliche Behandlung sind oft denen des deutschen Rechts ähnlich.<sup>225</sup> Werbeanzeigen werden generell als *invitations to treat* behandelt.<sup>226</sup> Dies liegt daran, dass oft weitere Verhandlungen folgen oder der Vertragspartner noch überprüft werden soll.<sup>227</sup> Zudem besteht die Gefahr für den Anbietenden, an zahlreiche Verträge gebunden zu werden, ohne diese erfüllen zu können.<sup>228</sup> Auch Schaufensterauslagen<sup>229</sup> und Auslagen in Geschäften<sup>230</sup> werden als *invitations to treat* behandelt, wenn nicht die Umstände einen Bindungswillen

222 Vgl. *Rose & Frank v. J.R. Crompton & Bros Ltd.* [1925] A.C. 445 (454) (*honourably pledge clause*); vgl. dazu insg. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 187 m.w.N.

223 Vgl. *Coward v. Motor Insurers' Bureau* [1963] 1 Q.B. 259 (271); vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 184 f. m.w.N., S. 192.

224 *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–011 (S. 324); *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 40; für die USA: vgl. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 64); vgl. *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 34.

225 Vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 3 (S. 11).

226 *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–019 (S. 328); *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–011 (S. 15); vgl. für die USA: *Litton Microwave Cooking Products v. Leviton Mfg. Co. Inc.* (8<sup>th</sup> Cir. 1994), 15 F.3d 790 (794 f.); vgl. a. § 26 des Restatement (Second) of Contracts (Preliminary Negotiations); vgl. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 64); *Zehentner*, *Transatlantischer Verbraucherschutz*, 2004, S. 91 f. Werbung bei *unilateral contracts* stellen im englischen Recht dagegen ein Angebot dar, vgl. *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* [1893] 1 Q.B. 256 (262); vgl. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–010 (S. 15); *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–020 (S. 328); vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 198 f.

227 *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–019 (S. 328); *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37.

228 *Grainger & Son v. Gough* [1896] AC 325 (334); *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 36. Dem Verkäufer bleibt jedoch die Möglichkeit, sein Angebot unter den Vorbehalt der Verfügbarkeit zu stellen, vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–019 (S. 328); vgl. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–009 (S. 14); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 216.

229 Vgl. *Timothy v. Simpson* [1834] 6 Carrington & Payne 499, 172 E.R. 1337 (1337).

230 *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd.* [1953] 2 W.L.R. 427, [1953] 1 Q.B. 401 (405); vgl. zur Diskussion *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 215 ff.

hinreichend deutlich machen.<sup>231</sup> Dies wurde bei Selbstbedienungsläden mit der Möglichkeit des Kunden zur Umentscheidung<sup>232</sup> und der Ablehnungsmöglichkeit durch den Verkäufer<sup>233</sup> begründet. In den USA wurde ein Vertrag in der Rechtsprechung teilweise dadurch angenommen, dass das Auslegen der Ware im Regal ein Angebot darstellt, das der Käufer durch die Entnahme aus dem Regal annimmt<sup>234</sup>, andererseits wurde für die Annahmehandlung auch auf das Vorlegen an der Kasse abgestellt<sup>235</sup>. Bei Angeboten auf Websites soll nach englischem Recht eine *invitation to treat* vorliegen.<sup>236</sup> Beim Selbstbedienungstanken wird das Aufstellen der Zapfsäule als Angebot angesehen, das durch das Befüllen des Tanks angenommen wird.<sup>237</sup> Ein Verkaufsautomat für Parktickets wird als Angebot angesehen.<sup>238</sup> Zum Vorliegen eines Angebots bei der Beförderung durch öffentliche Verkehrsmittel wurde entweder auf die Ankündigung der Fahrzeiten eines Zuges<sup>239</sup>, das Bereit-

231 *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–016 f. (S. 326 f.); *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 220, Note (1); *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37.

232 *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) LD.* [1953] 2 W.L.R. 427, [1953] 1 Q.B. 401 (408); a.A. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 45.

233 Vgl. a. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 45.

234 *Giant Food, Inc. v. Washington Coca-Cola Bottling Co., Inc.* (1975), 273 Md. 592, 332 A.2d 1 (8).

235 *Lasky v Economic Grocery Stores* (1946), 319 Mass. 224, 65 N.E. 2d 305 (306).

236 *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–009 (S. 14); vgl. *R (on the application of Software Solutions Partners Ltd.) v. Her Majesty's Commissioner for Customs and Excise* [2007] EWHC 971 (Admin), 2007 WL 1623184 (Rn. 19). Bei einer Downloadmöglichkeit kann ein Angebot vorliegen, *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–097 (S. 366). Vgl. für die USA: *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz, 2004, S. 92 ff., vgl. a. *Fligge*, Verbraucherschutz beim Internetkaufvertrag, 2009, S. 312 m. Fn. 2207.

237 *Re Charge Card Services* [1989] Ch. 497 (510).

238 *National Car Parks Ltd. v. HMRC* [2019] EWCA Civ 854, [2019] 3 All E.R. 590 (Rn. 18); vgl. a. *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37.

239 *John Bailey Denton v. Great Northern Railway Co (QB)* (1856) 5 Ellis and Blackburn 860, 119 E.R. 701 (703).

stellen eines Busses<sup>240</sup> oder bei Verkauf des Tickets vor Reiseantritt auf die Buchung des Kunden abgestellt<sup>241, 242</sup>.

## 4 DCFR und PECL

Im DCFR ist der Rechtsbindungswille bereits in der Definition des Vertrages enthalten: „*A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect*“ (Art. II.-1:101 S. 1 DCFR). Art. II.-4:101 DCFR bezieht sich auf die Voraussetzungen des Vertrages: „*A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement*“ (vgl. a. Art. 2:101 PECL). Diese Intention ist nach Art. II.-4:102 DCFR aus den Äußerungen oder dem Verhalten der Partei zu ermitteln, so wie dieses von der anderen Partei vernünftigerweise verstanden wurde: „*The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party*“ (vgl. a. Art. 2:102 PECL).<sup>243</sup> Durch den Rechtsbindungswillen (*intention to enter into a binding legal relationship*) wird eine Abgrenzung der rechtlich verbindlichen Erklärung von einer lediglich moralisch bindenden Erklärung vorgenommen.<sup>244</sup> Erforderlich ist der Wille beider Parteien, in Rechtsbeziehungen zu treten.<sup>245</sup> Das tatsächliche Fehlen eines Rechtsbindungswillens ist dann unbeachtlich, wenn

<sup>240</sup> Wilkie v. London Passenger Transport Board [1947] 1 All E.R. 258 (259).

<sup>241</sup> Vgl. Daly v. General Steam Navigation Co. Ltd. (The Dragon) (QB) [1979] 1 Lloyd's Rep. 257; vgl. insg. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–025 (S. 331). Dies wird z.T. auch durch AGB vorgesehen, vgl. *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contracts, 2022, S. 113 f.

<sup>242</sup> Vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–023 ff. (S. 330 f.); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–012 (S. 16); *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37, die a. auf bestehende gesetzliche Vorschriften verweisen. Zum Vertragsschluss im Massenverkehr s. unten Kapitel 4 C.II.3.b.

<sup>243</sup> Zur Auslegung vgl. unten Kapitel 3 A.IV.2.

<sup>244</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Comment A (S. 273), Art. II.-4:101 Comment C (S. 264 f.); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Comment A (S. 143).

<sup>245</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment C (S. 265).



die andere Partei einen Grund hatte, aus der Äußerung oder dem Verhalten der erklärenden Partei auf einen Rechtsbindungswillen zu schließen.<sup>246</sup> Wenn die andere Partei aber die tatsächliche Intention erkannt hat, geht diese vor.<sup>247</sup>

Art. II.-4:201(3) DCFR bezieht sich auf Angebote an die Öffentlichkeit zu einem bestimmten Preis, die grundsätzlich als Angebote behandelt werden, wenn die Umstände nichts Gegenteiliges ergeben (vgl. a. Art. 2:201(3) PECL): „*A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted*“.<sup>248</sup> Diese Angebote zur Lieferung von Gütern oder zu Dienstleistungen sind somit nach Art. II.-4:201(3) DCFR (Art. 2:201(3) PECL) auf den vorhandenen Vorrat beschränkt. Ziel der Regelung ist es, zu verhindern, dass der Unternehmer Kunden mit falschen Preisen täuscht.<sup>249</sup> Wenn allerdings die Person des Vertragspartners von Bedeutung ist, ist nur von einer *invitation to make offers* auszugehen, z.B. bei einem Angebot, ein Haus zu einem bestimmten Preis zu mieten.<sup>250</sup>

Die Betonung des Rechtsbindungswillens zeigt die Bedeutung des Willens im Vertragsrecht des DCFR.<sup>251</sup> Verträge sollen nicht allein durch ihre Auswirkungen, wie einen Vor- oder Nachteil, das Hervorrufen von Vertrauen oder durch die bloße Einigung über Klauseln charakterisiert werden.<sup>252</sup> Vielmehr muss zusätzlich zu der Einigung der Parteien der

<sup>246</sup> *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment B (S. 137).

<sup>247</sup> Vgl. für die PECL: *Christandl*, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (266 Rn. 1); vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Comment B (S. 144).

<sup>248</sup> Kritisch dazu *Eidenmüller*, 5(2) ERCL (2009), 109 (114); vgl. a. *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1697 f.).

<sup>249</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment D (S. 294); vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 201 f. Vgl. zum deutschen Recht insofern auch die PAngV.

<sup>250</sup> *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:201 Comment C (S. 160), D (S. 161); *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment C (S. 293), D (S. 294).

<sup>251</sup> *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 280.

<sup>252</sup> *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 280.

Wille vorliegen, vertraglich gebunden zu sein, Art. II.-4:101 DCFR (vgl. a. Art. 2:101 PECL).

## 5 Ergebnis

In allen untersuchten Rechtsordnungen und Regelwerken wird der Rechtsbindungswille anhand der Einzelfallumstände bestimmt, ohne dass die Bezeichnung einer Erklärung alleine ausschlaggebend ist.<sup>253</sup> Dies erschwert die Ermittlung einheitlicher Regeln und Betrachtungen, die zudem in das jeweilige Rechtssystem einzuordnen sind und so z.B. im Verhältnis zu deliktsrechtlichen Schutzmechanismen zu betrachten sind sowie von den gesellschaftlichen Entwicklungen abhängen können.<sup>254</sup> Grundsätzlich ist allerdings davon auszugehen, dass bei bloß privaten Abreden eher eine Gefälligkeit ohne Rechtsbindungswillen vorliegt, während bei wirtschaftlicher Bedeutung des Geschäfts und Verträgen im Geschäftsverkehr eher ein Rechtsbindungswille anzunehmen ist.<sup>255</sup> Die Parteien können jedoch klarstellen, dass eine Bindung nicht gewollt ist.<sup>256</sup> Statt den Rechtsbindungswillen streng subjektiv zu bestimmen, tendieren die Rechtsordnungen zu einer Berücksichtigung der betroffenen Interessen.<sup>257</sup>

Im Einzelnen können sich hier Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen ergeben: Während im deutschen und englischen Recht etwa Werbung, die eine Sache zu einem bestimmten Preis darstellt, oder Schaufensterauslagen regelmäßig eine *invitatio ad offerendum* darstellen, werden sie im französischen Recht als Angebot angesehen.<sup>258</sup>

<sup>253</sup> Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 191, 193.

<sup>254</sup> Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 191 f.

<sup>255</sup> Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 193; vgl. a. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 97 ff.; von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Note II.5 f. (S. 267); Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 115.

<sup>256</sup> Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 115.

<sup>257</sup> Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 317. Vor allem im englischen Recht wird die objektive Betrachtung besonders hervorgehoben, vgl. ebd., S. 115.

<sup>258</sup> Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 224; Illmer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1697); Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 201, 206 f., 210, 246; Christandl, Art. 2:201, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 294 (299 Rn. 10).

Auch nach Art. II.-4:201(3) DCFR (Art. 2:201(3) PECL) liegt im Zweifel bei einem Vorschlag zur Lieferung von Gütern oder zur Leistung von Diensten ein Angebot vor.<sup>259</sup> Angebote auf Websites werden in den untersuchten Rechtsordnungen wie Schaufensterauslagen behandelt.<sup>260</sup>

Die einzelnen Begründungen für oder gegen einen vorliegenden Rechtsbindungswillen können durchaus kritisiert werden. Zum Beispiel kann das Argument für eine *invitatio ad offerendum* (etwa bei Schaufensterauslagen), dass der Erklärende sonst über seine Leistungsfähigkeit hinaus an Verträge gebunden werden könnte, durch die Auslegungsmöglichkeit entkräftet werden, dass das Angebot unter dem Vorbehalt der Verfügbarkeit steht bzw. dadurch, dass zumindest bei Geschäftsleuten ein ausdrücklicher Vorbehalt möglich ist.<sup>261</sup> Auch im Fall eines Vorbehalts spricht jedoch die Möglichkeit zur Überprüfung des Vertragspartners für eine *invitatio ad offerendum*.<sup>262</sup>

Von einem Angebot auszugehen, kann mit der Kontrolle des Anbietenden, z.B. in Form der Verhinderung von Preistäuschungen gegenüber dem Kunden,<sup>263</sup> begründet werden, während eine *invitatio ad offerendum* mit der Leistungsfähigkeit und Vertragsfreiheit des Anbietenden begründet werden kann.<sup>264</sup>

Oft machen sich Parteien zunächst keine Gedanken, ob eine Vereinbarung rechtliche Konsequenzen haben wird, sodass bezüglich des Rechtsbindungswillens von einer Fiktion gesprochen werden kann.<sup>265</sup> Auch bei objektiver Bestimmung des Rechtsbindungswillens kann

259 Illmer, Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1697).

260 Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 238 f., 240. Hiervon ist auch für den DCFR auszugehen, da auch der DCFR-Kommentar von verschiedenen Fallgruppen eines Angebots an die Öffentlichkeit ausgeht, die sachzusammenhängend durch Websites ergänzt werden können: „*may take many shapes – advertisements, posters circulars, window displays, invitations for tenders, auctions etc.*“ (von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment C (S. 293)).

261 Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 202; Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–019 (S. 328); vgl. a. Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–009 (S. 14).

262 Vgl. Eidenmüller, 5(2) ERCL (2009), 109 (114).

263 Vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment D (S. 294); vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 201 f.

264 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 247.

265 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 98.

jedoch verhindert werden, dass eine Person, die sich in dieser Situation typischerweise noch nicht rechtlich binden wollte, einer vertraglichen Bindung unterliegt. In den Fällen, in denen die betroffene Rechtsordnung aus objektiver Sicht von einem Rechtsbindungswillen ausgeht, bleibt dem Erklärenden zudem die Möglichkeit, einen entgegenstehenden Willen klarzustellen.<sup>266</sup>

## II Formvorschriften

Die Vertragsfreiheit beinhaltet grundsätzlich auch die Formfreiheit, sodass Verträge geschlossen werden können, ohne dass hierfür eine bestimmte Form eingehalten werden muss.<sup>267</sup> *Rudolf von Jhering* nannte die Form die „*geschworene Feindin der Willkühr, die Zwillingsschwester der Freiheit*“<sup>268</sup>.

Im römischen Recht bestanden für die sog. *stipulatio*, d.h. das Versprechen einer beliebigen zulässigen Leistung, strenge Formvorschriften, indem zunächst bestimmte mündliche Formeln aufgesagt werden mussten.<sup>269</sup> Dies wurde später erleichtert, zu den einzelnen durchsetzbaren Vertragstypen zählten auch Konsensualverträge, für die keine Form vorgesehen war.<sup>270</sup> Dennoch war grundsätzlich eine bloße Einigung nicht für einen Vertrag ausreichend.<sup>271</sup> Heute geht die Tendenz in den europäischen Rechtsordnungen zur Formfreiheit.<sup>272</sup> Für

<sup>266</sup> Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 115 („the parties“).

<sup>267</sup> *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 106.

<sup>268</sup> *Von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2, 1858, § 45 (S. 497); vgl. a. *Hosemann*, Art. 2:101 (2), in: *Jansen/Zimmermann*, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 249 (250 Rn. 2).

<sup>269</sup> Vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 15 Rn. 5 (S. 94), § 16 Rn. 1 (S. 94), § 17 Rn. 20, 22 (S. 101); *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 69, 107; vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 68 ff.; vgl. a. *Hosemann*, Art. 2:101 (2), in: *Jansen/Zimmermann*, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 249 (256 Rn. 8).

<sup>270</sup> *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 17 Rn. 23 (S. 102), § 18 Rn. 24 (S. 113), § 48 Rn. 11 (S. 285); *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 69, 107; vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 71 ff.; vgl. a. *Hosemann*, Art. 2:101 (2), in: *Jansen/Zimmermann*, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 249 (256 Rn. 8).

<sup>271</sup> *Terrè/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 194 (S. 215); vgl. a. *Flour/Aubert/Savaux*, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 574 (S. 752).

<sup>272</sup> Vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 85 f.

die Formfreiheit kann sprechen, dass das gegebene Wort besondere Bedeutung erlangt, wenn keine Form erforderlich ist.<sup>273</sup> Nachteile von Formvorschriften sind ggf. höhere Kosten und die Verlangsamung des Geschäftsabschlusses.<sup>274</sup>

Für Formvorschriften spricht, dass hierdurch eine durchdachte Entscheidung herbeigeführt werden kann.<sup>275</sup> Insofern hat eine Formvorschrift eine Warnfunktion vor unüberlegten Geschäften, insbesondere die Schriftform bei Verpflichtungen.<sup>276</sup> Bei der notariellen Beurkundung kommt zudem noch eine Beratung über die Folgen des Geschäfts hinzu.<sup>277</sup> Für Formvorschriften spricht auch die Beweisbarkeit, da zwar auch mündliche Erklärungen durchdacht sein können, aber ein Bindungswille in diesen Fällen schlechter beweisbar und für die Gerichte prüfbar ist.<sup>278</sup> Zudem führen Formvorschriften zur Präzisierung von Erklärungen und vor allem im Handelsrecht zu einheitlicheren Verträgen bzw. einer Automatisierung der Geschäftsabschlüsse.<sup>279</sup> Auch lässt sich durch Einhaltung einer Form die Verhandlungsphase vom Vertragsschluss abgrenzen.<sup>280</sup> Wenn eine Form eingehalten wird, kann dies auch eine Auslegungshilfe für den Vertrag sein.<sup>281</sup>

273 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 193 (S. 214); *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 117 (S. 113 f.).

274 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 396; *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 196 (S. 218); vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 335 (S. 307).

275 *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, S. 86; vgl. insg. *Staudinger/Hertel* (2023), § 125 Rn. 34 ff.; *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 196 (S. 218), Rn. 207 (S. 225); vgl. a. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 335 (S. 308); vgl. a. *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 117 (S. 114).

276 *Staudinger/Hertel* (2023), § 125 Rn. 37; *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 109, 119; vgl. *Stürner*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 13 Rn. 60 (S. 306).

277 *JurisPK/Junker*, 9. Aufl. (Stand: 01.05.2020), § 125 Rn. 4; *Staudinger/Hertel* (2023), § 125 Rn. 18 f., 37 ff.; *MüKo/Einsele*, *BGB*, 10. Aufl. 2025, § 125 Rn. 8; *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 206 (S. 224).

278 *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 105; vgl. a. *JurisPK/Junker*, 9. Aufl. (Stand: 01.05.2020), § 125 Rn. 2; vgl. *Staudinger/Hertel* (2023), § 125 Rn. 44 ff.

279 *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 335 (S. 308).

280 *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 109 f.; *Staudinger/Hertel* (2023), § 125 Rn. 42.

281 Vgl. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–002 (S. 193); vgl. *Whittaker*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 8–001 (S. 693); *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 78; vgl. a. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 335 (S. 308).

Insgesamt ist daher ein Ausgleich zwischen völliger Freiheit und zu strengen Formvorgaben anzustreben.<sup>282</sup> Nicht immer werden Formvorschriften eingehalten, etwa weil die Parteien davon ausgehen, dass die Erklärungen allein binden oder weil das Einfordern der Einhaltung von Formvorschriften Misstrauen gegenüber dem Vertragspartner suggerieren könnte, sodass die Formzwecke dann nicht erreicht werden.<sup>283</sup> Mögliche Folgen eines Verstoßes gegen Formvorschriften sind Ungültigkeit oder Undurchsetzbarkeit des Vertrages oder Auswirkungen auf die Beweiswirkung.<sup>284</sup>

## 1 Deutsches Recht

Die Formfreiheit ergibt sich im deutschen Recht bereits aus § 125 BGB, der die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nur bei gesetzlich oder vertraglich vorgeschriebener Form an die Einhaltung einer Form anknüpft.<sup>285</sup> Nach § 125 S. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Nach § 125 S. 2 BGB hat der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.

Die Schriftform bedeutet nach § 126 Abs. 1 BGB, dass die Urkunde eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Sie ist z.B. in § 766 BGB für die Bürgschaftserklärung oder für den Verbraucherdarlehensvertrag in § 492 BGB vorgesehen.<sup>286</sup> Ein Verbraucherdarlehensvertrag ist nach § 492 Abs. 1 S. 1 BGB schriftlich abzuschließen, soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist. Nach § 494 Abs. 1 BGB ist der Verbraucherdarlehensvertrag nichtig, wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist, aber auch, wenn Angaben fehlen, die nach dem EGBGB erforderlich sind. § 494 Abs. 2 BGB sieht jedoch eine Heilung vor, nach

282 *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 117 (S. 114).

283 Vgl. *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 78.

284 *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 114.

285 Vgl. *Erman/Arnold*, 17. Aufl. 2023, § 125 Rn. 1; *JurisPK/Junker*, 9. Aufl. (Stand: 01.05.2020), § 125 Rn. 1.

286 W. Bsp. b.: *BeckOGK/Hecht*, Stand: 15.06.2025, § 125 Rn. 47. Vgl. zur Bürgschaft für Kaufleute § 350 HGB, kritisch dazu *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 119 f.

der der Verbrauchervertrag gültig wird, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt. Wenn die Angabe des Sollzinssatzes, des effektiven Jahreszinses oder des Gesamtbetrags fehlt, sieht § 494 Abs. 2 S. 2 BGB eine Begrenzung des zugrunde gelegten Sollzinssatzes auf den gesetzlichen Zinssatz vor.

Nach § 126b S. 1 BGB bedeutet Textform, dass eine lesbare Erklärung unter Nennung der Person des Erklärenden auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird.<sup>287</sup> Die Textform i.S.d. ist z.B. in § 675 Abs. 3 BGB bei einem Vertrag über die Anmeldung oder Registrierung zur Teilnahme an Gewinnspielen vorgesehen.<sup>288</sup> Nach § 2 Abs. 1 S. 1 StromGVV und § 2 Abs. 1 S. 1 GasGVV soll der Grundversorgungsvertrag über Strom und Gas in Textform abgeschlossen werden, kann jedoch auch auf andere Weise zustande kommen (vgl. jew. S. 2 und Abs. 2). Energielieferungsverträge außerhalb der Grundversorgung bedürfen nach § 41b Abs. 1 S. 1 EnWG der Textform. Ziel dieser Vorschrift ist es, dass Energielieferungsverträge nicht mehr telefonisch abgeschlossen werden können und damit dem Kunden am Telefon keine Verträge aufgedrängt oder untergeschoben werden.<sup>289</sup>

Die notarielle Beurkundung i.S.d. § 128 BGB ist z.B. in § 311b Abs. 1 BGB und für das Schenkungsversprechen in § 518 BGB vorgesehen.<sup>290</sup> Teilweise sieht das Gesetz eine Heilung des Mangels der gesetzlichen Form vor, vgl. § 311b Abs. 1 S. 2, § 518 Abs. 2 BGB und § 766 S. 3 BGB.<sup>291</sup> Eine vorgeschriebene Form ist auch dann einzuhalten, wenn ihr Schutz im Einzelfall nicht erforderlich ist.<sup>292</sup> Nur wenn die fehlende Geltung eines Vertrages zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führt, kann sich eine Partei ggf. nach § 242 BGB nicht auf einen Formmangel berufen.<sup>293</sup>

287 Vgl. zur Einführung der Textform: Staudinger/Hertel (2023), § 125 Rn. 8 f.

288 W. Bsp. für eine vorgeschriebene Textform b.: BeckOGK/Hecht, Stand: 15.06.2025, § 125 Rn. 50.

289 Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung vom 09.03.2021, BT-Drucks. 19/27453, S. 126 f.: „Das Formerfordernis beim Vertragsschluss dient insbesondere der Transparenz eines Vertragsschlusses und wirkt auch untergeschobenen Lieferverträgen entgegen“.

290 Vgl. zu w. Bsp.: BeckOGK/Hecht, Stand: 15.06.2025, § 125 Rn. 45.

291 Siehe auch § 141 BGB zur Bestätigung von nichtigen Rechtsgeschäften. Die Bestätigung bedarf allerdings der vorgeschriebenen Form, vgl. BeckOGK/Hecht, Stand: 15.06.2025, § 125 Rn. 153; MüKo/Busche, 10. Aufl. 2025, § 141 Rn. 15.

292 BGH, Urt. v. 06.02.1970, V ZR 158/66, BGHZ 53, 189, NJW 1970, 999 (1001).

293 BGH, Urt. v. 06.02.1970, V ZR 158/66, BGHZ 53, 189, NJW 1970, 999 (1002).

Abgesehen von Formvorschriften für den Vertrag kann die Eintragung in Register für den Vollzug eines Rechtsgeschäfts erforderlich sein, z.B. § 873 BGB.<sup>294</sup>

## 2 Französisches Recht

Im Code civil betreffen die Art. 1172 ff. die Form von Verträgen. Art. 1172(1) Code civil verdeutlicht die Formfreiheit, indem festgestellt wird, dass Verträge grundsätzlich einvernehmlich geschlossen werden: „*Les contrats sont par principe consensuels*“.<sup>295</sup> Art. 1109(1) Code civil bestätigt, dass es nur auf den Austausch von Zustimmung und nicht auf die Ausdrucksweise ankommt: „*Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression*“.<sup>296</sup> Es kann jedoch ausnahmsweise eine Form für die Gültigkeit eines Vertrages vorgeschrieben sein, Art. 1172(2) Code civil: „*Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation*.“

Die notarielle Form ist beispielsweise für die Schenkung (Art. 931 Code civil)<sup>297</sup>, den Ehevertrag (Art. 1394 Code civil) und die Einräumung einer Hypothek (Art. 2416 Code civil) vorgesehen.

Ein im deutschen Recht nicht bestehendes Formerfordernis ist die sog. *mention manuscrite* (handschriftliche Anmerkung), beispielsweise ist im Fall der Bürgschaft einer natürlichen Person eine Anmerkung des

<sup>294</sup> Vgl. BeckOGK/Hecht, Stand: 15.06.2025, § 125 Rn. 65.

<sup>295</sup> Vgl. dazu Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 126 (S. 140); vgl. Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 116 (S. 113); Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 335 (S. 308); vgl. a. Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 316 f. (S. 267); Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 132 (S. 175 f.), Rn. 175 (S. 228); vgl. Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 267 (S. 71).

<sup>296</sup> Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 317 (S. 267).

<sup>297</sup> Vgl. zur Ausnahme des *don manuel*: Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 122 (S. 116 f.) m.w.N.; vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogener, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 127; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 336 (S. 309 Fn. 6). Die Heilung eines Formmangels ist bei einer Schenkung unter Lebenden nicht vorgesehen, vgl. Art. 931–1(1) Code civil.



Bürgen zum Bürgschaftsinhalt für die Wirksamkeit der Erklärung erforderlich, Art. 2297(1) Code civil.<sup>298</sup>

Bei Strom- und Gaslieferungsverträgen ist ein Verbraucher nach Art. L. 224–6(1) Code de la consommation grundsätzlich nur an seine Unterschrift gebunden.<sup>299</sup>

Das Zustandekommen eines Verbraucherkreditvertrags richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln der Art. 1128 ff. Code civil.<sup>300</sup> Der Kreditnehmer kann dem Vertrag formlos zustimmen.<sup>301</sup> Meistens wird jedoch eine schriftliche Annahme über ein Annahmeformular erfolgen.<sup>302</sup>

Eine allgemeine Vorschrift zur Folge von Formverstößen besteht nicht, sodass für jede Formvorschrift zu fragen ist, welche Folge eintreten soll.<sup>303</sup> Je nachdem, ob allgemeine oder individuelle Interessen betroffen sind, kann absolute oder relative Nichtigkeit eintreten, Art. 1179 Code civil.<sup>304</sup> Als Folge eines Formverstößes ist nach Art. 1172(2) Code civil ein *contrat solennel* bei Nichteinhaltung der Formvorschrift nichtig.<sup>305</sup> Andererseits haben nicht alle Formvorschriften Einfluss auf die Gültigkeit von Verträgen.<sup>306</sup> Art. 1173 Code civil regelt, dass Formvorschriften zu Beweis Zwecken oder zur Durchsetzbarkeit die Gültigkeit des Vertrages nicht betreffen: „*Les formes exigées aux fins de preuve ou d'oppo-*

**298** Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 272 f. (S. 72), Rn. 415 (S. 98).

**299** Vgl. die Ausnahme zur Notversorgung in: Art. L. 443–9–3(VI) Code de l'énergie.

**300** Piédelièvre, *Crédit à la consommation*, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, Sect. 3 Ziff. 92.

**301** Piédelièvre, *Crédit à la consommation*, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, Sect. 3 Art. 1 § 1 Ziff. 96; vgl. a. Cass. civ. 1e, 09.12.1997, n° 96–04.172, Bull. civ., 1997, I, n° 364, S. 246. Vgl. aber Art. L. 312–28(1), Art. L. 341–4(1) Code de la consommation.

**302** Piédelièvre, *Crédit à la consommation*, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, Sect. 3 Art. 2 Ziff. 116.

**303** Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 117; Fages, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 124 (S. 126).

**304** Vgl. Terré/Simler/Lequette/Chénéde, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 210 (S. 232); Flour/Aubert/Savaux, *Les obligations*, *Lacte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 585 (S. 763).

**305** Vgl. Terré/Simler/Lequette/Chénéde, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 210 (S. 231); Flour/Aubert/Savaux, *Les obligations*, *Lacte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 577 (S. 754); vgl. Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 275 (S. 72).

**306** Vgl. Bénabent, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 118 (S. 114); vgl. Flour/Aubert/Savaux, *Les obligations*, *Lacte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 577 (S. 754), Rn. 591 (S. 769).

*sabilité sont sans effet sur la validité des contrats.*“ Somit kann eine Formvorschrift auch der Beweisführung dienen.<sup>307</sup>

Für Geschäfte über mehr als 1.500 Euro ist nach Art. 1359 Code civil i.V.m. Art. 1(1) Décret n° 80–533<sup>308</sup> die Schriftform erforderlich, damit sie im Prozess als Beweis möglich sind.<sup>309</sup> Ohne Schriftform ist ein Vertrag über mehr als 1.500 Euro jedoch nichtichtig, sondern der Zeugenbeweis und die Anwendung von Vermutungen sind ausgeschlossen.<sup>310</sup>

Auch das Erfordernis einer Registereintragung oder der Mitteilung eines Vertragsschlusses an eine Behörde kann den Parteien Formalitäten auferlegen.<sup>311</sup>

### 3 Common Law

Im englischen Recht und in den USA werden aufgrund der Formfreiheit oft formlos sog. *simple contracts* geschlossen.<sup>312</sup> Es ist allerdings grundsätzlich eine weitere Voraussetzung für den Vertragsschluss erforder-

**307** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 591 (S. 769 f.); vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 338 (S. 310); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 413 f., 416; vgl. *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 276 (S. 73); *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496 (503).

**308** Vom 15.07.1980, geändert durch das Décret n° 2016–1278 vom 29.09.2016.

**309** Vgl. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 134 (S. 127); vgl. a. *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 276 (S. 73), Rn. 312 (S. 79); *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 114.

**310** Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 114; vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 591 (S. 770); vgl. a. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 135 (S. 127); vgl. zu Einschränkungen: *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 115 f.

**311** *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 216 (S. 240); vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 122; vgl. a. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 156 (S. 141). Vgl. Art. 1589–2 Code civil.

**312** *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 48; *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 33 (S. 19); *Whittaker*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 8–001 (S. 693); vgl. zur Einteilung der Verträge nach Formvorschriften: *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 154. Für die USA: vgl. *Burnham/Reed*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 688; *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 96 (S. 88).

lich, die sog. *consideration*<sup>313</sup>, nach der eine Gegenleistung für die Leistung vorliegen muss.<sup>314</sup> Das Erfordernis einer *consideration* kann im englischen Recht jedoch entfallen, wenn insbesondere die Form des sog. *deed* vorliegt.<sup>315</sup> Ursprünglich musste ein *deed* im englischen *Common Law under seal* erfolgen, was ein Siegel bzw. einen entsprechenden Vermerk erforderte.<sup>316</sup> Nach Sec. 1 Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 ist dies nicht mehr erforderlich.<sup>317</sup> Vielmehr muss das *deed* klarstellen, dass das Dokument als *deed* gelten soll, sowie als *deed* ausgefertigt werden<sup>318</sup>, indem es unterschrieben, bezeugt und zugestellt wird.<sup>319</sup> <sup>320</sup> Ohne das Vorliegen eines *deed* ist z.B. nach Sec. 52(1) Law of Property Act 1925 die Übertragung von Grundstückseigentum nichtig.<sup>321</sup> Liegt ein *deed* vor, besteht auch ohne *consideration* ein bindender Vertrag, während andere Formvorschriften zusätzlich zu den übrigen

313 Dazu unten VI.

314 *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 48.

315 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 405.

316 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 405. Vgl. für die USA: *Murray*, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 54[B][2] (S. 225); *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 96 ff. (S. 88 f.); vgl. § 95 des Restatement (Second) of Contracts.

317 Sec. 1(1)(b) Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989: “Any rule of law which [...] (b) requires a seal for the valid execution of an instrument as a deed by an individual; [...] is abolished.” Auch in den USA wurde in vielen Staaten der *contract under seal* abgeschafft, vgl. *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 28; vgl. *Murray*, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 54[B][11] (S. 233); vgl. *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 96 (S. 88). Vgl. a. § 2–203 UCC, vgl. dazu *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 101 (S. 89).

318 Sec. 1(2) Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

319 Sec. 1(3) Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989. Die Zustellung kann durch den Ausdruck eines Bindungswillens erfolgen, vgl. *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 79; vgl. a. *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 36 f. (S. 19 f.).

320 *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 78 f.; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 128, 405; vgl. *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 36 f. (S. 19 f.); vgl. a. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 112.

321 Sec. 52(1) Law of Property Act 1925; vgl. *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 35 (S. 19); vgl. *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 46 f.

Voraussetzungen für einen Vertragsschluss (*agreement, consideration* und *contractual intention*) zu prüfen sind.<sup>322</sup>

Die Nichteinhaltung einer Formvorschrift kann verschiedene Folgen haben wie die Nichtigkeit (*voidness*) oder die (teilweise) Undurchsetzbarkeit (*unenforceability*).<sup>323</sup> Manche Regeln fordern eine *note or memorandum*, z.B. Sec. 4 Statute of Frauds 1677 für eine Bürgschaftserklärung (*guarantee*).<sup>324</sup> Werden deren Voraussetzungen nicht eingehalten, ist der Vertrag zwar nicht nichtig, aber undurchsetzbar.<sup>325</sup> Eine notarielle Beurkundung ist dem *Common Law* nicht bekannt.<sup>326</sup>

Für Verbraucherkreditverträge muss im englischen Recht nach Sec. 61(1) Consumer Credit Act 1974 ein Dokument unterzeichnet werden, das bestimmte Formalitäten einhält.<sup>327</sup> Ohne Einhaltung der Formvorgaben kann der Vertrag nur auf gerichtliche Anordnung gegen den Schuldner vollstreckt werden, Sec. 65(1) Consumer Credit Act 1974.<sup>328</sup> Dies gibt dem Gericht flexible Möglichkeiten, indem z.B.

322 Vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–002 (S. 193); *Stone/Deveney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 35 f.; vgl. für die USA: *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 27 u. 42.

323 Vgl. *Whittaker*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 8–005 (S. 696). Vgl. für die USA: *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 111 (S. 94); vgl. a. *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 305 (S. 138); *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 43.

324 Vgl. Sec. 4 Statute of Frauds 1677; vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–015 ff. (S. 200 ff.); vgl. a. *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 84; vgl. a. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 408; vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 688. Für die Schriftform der Bürgschaftserklärung besteht im englischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht keine Ausnahme für Kaufleute, vgl. (befürwortend): *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 120. Vgl. zu einem Vertrag, der durch ein schriftliches Dokument bewiesen werden muss (*evidenced in writing*): *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–014 (S. 199).

325 Vgl. Sec. 4 Statute of Frauds 1677; vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–027 (S. 205); vgl. *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 84.

326 *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 113; vgl. a. *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 512 f. Vgl. für die USA: *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 102 (S. 90), Ziff. 118 (S. 96).

327 Vgl. dazu *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–007 (S. 195).

328 Vgl. dazu *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–008 (S. 195).

nach Sec. 127(2) auch die geschuldete Summe reduziert werden kann, um einen durch den Verstoß entstandenen Schaden zu ersetzen.<sup>329</sup>

Auch im englischen Recht können Voraussetzungen für die rechtlichen Wirkungen des Vertrages oder für dessen Durchsetzbarkeit erforderlich sein, die keine Formvorschriften sind.<sup>330</sup> Eine Eigentumsänderung an Grundstücken muss nach Sec. 27(1) Land Registration Act 2002 im Grundbuch (*Land Register*) registriert werden<sup>331</sup>, andernfalls ist die Eigentumsübertragung nichtig<sup>332</sup>.

## 4 DCFR und PECL

Eine Form ist für den Vertragsschluss nach dem DCFR und den PECL grundsätzlich nicht erforderlich (Art. II.-1:106(1) DCFR, Art. 2:101(2) PECL). Art. II.-4:101 DCFR besagt, dass neben einem Rechtsbindungswillen und einer ausreichenden Einigung der Parteien keine weiteren Voraussetzungen für den Vertragsschluss erforderlich sind, auch keine Formvorschrift, wenn dies nicht ausdrücklich angeordnet wurde (vgl. a. Art. 2:101(2) PECL).<sup>333</sup> Auch nach Art. II.-1:106(1) DCFR muss ein Vertrag nicht in einer bestimmten Form verfasst oder bewiesen werden: „*A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form*“ (so a. Art. 2:101(2) PECL). Nach Art. I.-1:106(1) DCFR bedeutet „*in writing*“, dass die Erklärung in Textform und in Schriftzeichen vorliegt, die auf Papier oder einem anderen greifbaren dauerhaften Datenträger<sup>334</sup> unmittelbar lesbar sind. Eine Unterschrift ist nicht erforderlich.<sup>335</sup> Nach Art. I.-1:106(2) DCFR ist die

329 Vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–008 (S. 195 f.).

330 Vgl. *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 176 ff.

331 Sec. 27(1) Land Registration Act 2002; vgl. dazu *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 177 f.

332 Sec. 7(1) Land Registration Act 2002. Vgl. zu den Folgen Sec. 7(2)(a) Land Registration Act 2002; *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 177 m. Fn. 854.

333 *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265); ebenso für die PECL: *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment D, F (S. 138).

334 Art. I.-1:106(3) DCFR.

335 *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. I.-1:106 Comment B (S. 104).

„*textual form*“ ein lesbarer Text, der in einer greifbaren Form wiedergegeben werden kann.

Für die Wirksamkeit einer Schenkung i.S.d. Art. IV.H-1:101(2) DCFR muss die Verpflichtung des Schenkers gem. Art. IV.H-2:101 DCFR in Textform auf einem speicherbaren Medium verfasst sein und vom Schenker unterzeichnet<sup>336</sup> werden. Ausnahmen bestehen, wenn die Schenkung sofort ausgeführt wird (Art. IV.H-2:102(a) DCFR), der Schenker ein Unternehmer ist (Art. IV.H-2:102(b) DCFR), oder eine nicht übertriebene Schenkungsverpflichtung in einer öffentlichen Erklärung z.B. in der Presse erklärt wird (Art. IV.H-2:102(c) DCFR). Durch die Formvorschrift soll der Schenker vor unüberlegten Vermögensverlusten geschützt werden.<sup>337</sup> Diese Funktion ähnelt zwar derjenigen eines Widerrufsrechts,<sup>338</sup> allerdings tritt die Schutzwirkung hier zeitlich früher ein, da der Vertrag gemäß Art. IV.H.-2:101 DCFR schon nicht wirksam ist, wenn die Form nicht eingehalten wurde, während ein Widerrufsrecht das Lösen von einem zustande gekommenen Vertrag ermöglicht<sup>339</sup>. Zudem muss der Erklärende für einen Widerruf aktiv werden und den Widerruf erklären.<sup>340</sup>

Weitere Formvorschriften können zum Verbraucherschutz bestehen.<sup>341</sup> Stellt der Verbraucher nach Art. IV.G.-4:101 DCFR eine persönliche Sicherheit, muss der Sicherungsvertrag in Textform auf einem dauerhaften Datenträger geschlossen werden und es ist eine Unterschrift des Verbrauchers erforderlich,<sup>342</sup> andernfalls ist der Vertrag nichtig, Art. IV.G.-4:104 DCFR.

<sup>336</sup> Art. I-1:107 DCFR.

<sup>337</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 3, 2009, Art. IV.H.-2:101 Comment A (S. 2825 f.). Im Fall der Ausnahmen besteht dagegen ein geringeres Schutzbedürfnis des Schenkers, vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 3, 2009, Art. IV.H.-2:102 Comment A (S. 2828).

<sup>338</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 3, 2009, Art. IV.H.-2:101 Comment A (S. 2825).

<sup>339</sup> Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Definition “Withdraw” (S. 82).

<sup>340</sup> Vgl. *Pfeiffer*, in: Schulze, *New Features in Contract Law*, S. 161 (164); vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Definition “Withdraw” (S. 82).

<sup>341</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:106 Comment B (S. 150); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 397.

<sup>342</sup> Dies gilt nicht, wenn der Gläubiger auch ein Verbraucher ist oder der Sicherungsgeber erheblichen Einfluss auf den Schuldner ausüben kann und der Schuldner keine natürliche Person ist (Art. IV.G.-4:101(2) DCFR).

Eine Garantie für Verbrauchsgüter (*consumer goods guarantee*)<sup>343</sup> i.S.d. Art. IV.A.-6:102 DCFR ist nach Art. IV.A.-6:103(2) DCFR in Textform auf einem dauerhaften Datenträger zu erteilen. Dort muss die Verbrauchergarantie mit den vorgesehenen Informationen dem Empfänger so zur Verfügung gestellt werden, dass er über den dauerhaften Datenträger verfügen kann, auf dem die Information enthalten ist, was auch bei einer Email der Fall ist.<sup>344</sup> Die Folge ist nach Art. IV.A.-6:103(3) DCFR nicht die Unwirksamkeit der Garantie, vielmehr kann der Garantiennehmer bei einem Verstoß gegen den vorgeschriebenen Inhalt gemäß Art. IV.A.-6:103 DCFR Erfüllung und Schadensersatz verlangen.<sup>345</sup>

Eine Heilung bei Formmängeln ist im DCFR nicht vorgesehen,<sup>346</sup> vielmehr besteht ein Schadensersatzanspruch, wenn Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages bestand, die andere Partei dies wusste und eine Aufklärung unterlassen hat (Art. II.-1:106(2) DCFR).<sup>347</sup>

## 5 Ergebnis

Formvorschriften wie die Schriftform können bezwecken, dass nur dann ein vertraglicher Anspruch durchgesetzt werden kann, wenn tatsächlich ein Vertrag zustande gekommen ist.<sup>348</sup> Wie das Erfordernis eines Rechtsbindungswillens, soll auch eine erforderliche Form sicherstellen, dass ein Vertrag tatsächlich als bindende Vereinbarung gewollt ist.<sup>349</sup> Die Form schützt den Willen der Parteien, indem sie davor geschützt werden, einen Vertrag unbemerkt zu schließen.<sup>350</sup> Dabei soll den Vertragspartnern der Vertragsschluss vor Augen geführt werden und dadurch auch ein Unterschieben von Verträgen durch eine Ver-

343 Vgl. zur Garantie a. unten Kapitel 4 E.IV.1.

344 *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. I.-1:106 Comment D (S. 106 f.).

345 *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 2, 2009, Art. IV.A.-6:102 Comment G (S. 1408).

346 Vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 3, 2009, Art. IV.H.-2:102 Comment B (S. 2830).

347 Vgl. dazu *Hogg*, *Promises and Contract Law*, 2011, S. 283.

348 Vgl. *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 688.

349 *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 71.

350 Vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, *Les obligations, Lacte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 575 (S. 753).

tragspartei verhindert werden.<sup>351</sup> Die Warnfunktion kann durch eine notarielle Beurkundung besonders gut erfüllt werden, auch wenn dies eine vergleichsweise aufwendige und teure Form darstellt.<sup>352</sup> Die Eigenverantwortung der Rechtsteilnehmer kann demgegenüber gegen Formvorschriften sprechen.<sup>353</sup> Um den Handel nicht zu beschränken, strebte der DCFR insofern an, Formvorschriften nur vorzusehen, wenn sie wirklich erforderlich sind.<sup>354</sup>

Die untersuchten Rechtsordnungen sowie der DCFR und die PECL erkennen an, dass eine Partei vor der vorschnellen Zustimmung zu bestimmten Verträgen geschützt werden muss, sodass eine Formvorschrift als gerechtfertigt angesehen wird. Insofern wird beispielsweise sowohl im deutschen, französischen und englischen Recht als auch im DCFR die Bürgschaft als regelungsbedürftiges Geschäft anerkannt. Allerdings bestehen unterschiedliche Ansatzpunkte bezüglich der Ausgestaltung der Formvorschrift sowie der Folgen, die bei einem Formverstoß eintreten sollen. So kennen das französische Recht und das englische Recht auch Hinweispflichten (*mention manuscrite* bzw. *note or memorandum*), deren Voraussetzungen eingehalten werden müssen. Zudem geht das deutsche Recht nach § 125 S. 1 BGB von der Nichtigkeit des Vertrages bei einem Formverstoß aus, während das französische und englische Recht sowie der DCFR eine flexiblere Handhabung von Formverstößen ermöglichen. Hierfür kann sprechen, dass die zu schützende Partei im Fall der Nichtigkeit des Vertrages auch Nachteile erleiden kann und erhaltene Leistungen zurückgewähren muss.<sup>355</sup> Andererseits kann auch im deutschen Recht bei Formnichtigkeit eine Korrektur über § 242 BGB erfolgen, nach dem sich in untragbaren Fällen der Vertragspartner nicht auf die Formnichtigkeit berufen kann<sup>356</sup>, oder es sieht teilweise von der Nichtigkeit abweichende Vorschriften

351 Vgl. zu § 41b Abs. 1 S. 1 EnWG: Gesetzentwurf d. Bundesregierung v. 09.03.2021, BT-Drucks. 19/27453, S. 126 f.

352 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 113.

353 Vgl. Hogg, Promises and Contract Law, 2011, S. 283.

354 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:106 Comment B (S. 150).

355 Vgl. Piédelièvre, Crédit à la consommation, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, Sect. 3 Art. 1 § 2 Ziff. 114; vgl. a. Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–008 (S. 195 f.); vgl. a. Art. IV.A.-6:103(3) DCFR.

356 BGH, Urt. v. 06.02.1970, V ZR 158/66, BGHZ 53, 189, NJW 1970, 999 (1002).



oder Heilungsmöglichkeiten vor, § 494 Abs. 2 BGB. Somit ermöglichen alle untersuchten Rechtsordnungen innerhalb ihres jeweiligen Regelungssystems eine interessengerechte Rechtsfolge für Formverstöße zur Wahrung der Formzwecke.

### III Vorvertragliche Informationspflichten

Informationspflichten sollen dem Verbraucher die Möglichkeit geben, den Willen zum Vertragsschluss frei zu bilden.<sup>357</sup> Informationspflichten greifen am wenigsten in die Vertragsfreiheit ein.<sup>358</sup> Vielmehr können sie die Privatautonomie fördern, indem sie eine Informationsasymmetrie auflösen sollen.<sup>359</sup> Zu viele Informationen führen jedoch nicht zu Transparenz und Gleichheit der Parteien, da sie den Adressaten auch überfordern können (*information overload*).<sup>360</sup> Informationspflichten, die insbesondere gegenüber Verbrauchern<sup>361</sup> bestehen, legen dem Unternehmer Pflichten auf, bestimmte Vertragsinhalte und Informationen dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen.<sup>362</sup> Sie dienen vor allem dazu, eine informierte Entscheidung treffen zu können<sup>363</sup> und

357 Vgl. *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce, 2004, S. 219; vgl. a. *Pfeiffer*, in: Schulze, *New Features in Contract Law*, S. 161 (164).

358 *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce, 2004, S. 123.

359 Vgl. *Kästle-Lamparter*, *Introd. Art. 2:401*, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 383 (385 Rn. 2, 405 Rn. 28).

360 Vgl. *Weber*, *Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung*, 2019, S. 132 f. m.w.N., S. 347 ff.; vgl. *Park*, *Informationspflichten*, 2020, S. 38 f.; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 23; *Kästle-Lamparter*, *Introd. Art. 2:401*, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 383 (385 Rn. 2, 405 Rn. 28 f. m.w.N.).

361 Vgl. um Begriff des Verbrauchers: *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 175 ff.; vgl. *Weber*, *Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung*, 2019, S. 76 ff.

362 Zudem gibt es weitere Informationspflichten, die z.B. die Information des Herstellers über die Produktsicherheit betreffen können, vgl. zum Ganzen *Pfeiffer/Heinke/Portugall*, in: *Pfeiffer*, *Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts*, 2013, Bd. 1, S. 77 ff. u. insg. Bd. 2 zu Länderberichten; vgl. a. z.B. zur *PANGV*: *Weber*, *Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung*, 2019, S. 125 ff.; vgl. zu Informationspflichten im römischen Recht: *Kästle-Lamparter*, *Introd. Art. 2:401*, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 383 (388 Rn. 7).

363 Vgl. *Pfeiffer*, in: Schulze, *New Features in Contract Law*, S. 161 (164 f.); vgl. *Zehentner*, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, 2004, S. 219.

sind der Einigung daher vorgelagert. Das Unionsrecht lässt dabei z.B. in Art. 24(1) S. 1 der Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU) den Mitgliedstaaten Spielraum bei der Gestaltung der Sanktionen für Verstöße gegen die Informationspflichten und sieht im Übrigen in Art. 6(6) lediglich eine Kostentragungspflicht sowie in Art. 10(1) die Verlängerung der Widerrufsfrist vor.<sup>364</sup> Der Fokus liegt im Folgenden auf den vorvertraglichen Informationspflichten von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, die sich auf den Vertragsschluss selbst beziehen.<sup>365</sup> Auf Vorgaben zur Gestaltung des Vertragsschlusses über das Internet wird insbesondere im Rahmen der Anforderungen an die Erklärung des Verbrauchers einzugehen sein.<sup>366</sup>

## 1 Deutsches Recht

Eine allgemeine Informationspflicht besteht im deutschen Recht nicht, Informationspflichten gegenüber Verbrauchern werden vielmehr z.B. an eine Vertragsschlusssituation<sup>367</sup> angeknüpft.<sup>368</sup> Vertragspartner müssen sich grundsätzlich selbst über die Auswirkungen des Vertrages informieren, es sei denn, es kann eine Aufklärung erwartet werden.<sup>369</sup> Informationspflichten gegenüber Verbrauchern<sup>370</sup> betreffen v.a. Angaben zum Vertragsinhalt und zur Identität des Vertragspartners.<sup>371</sup> Ruft

<sup>364</sup> Vgl. dazu *Park*, Informationspflichten, 2020, S. 219 f. m.w.N.; vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 138 ff.

<sup>365</sup> Vgl. zum Ganzen und zu weiteren Auswirkungen von Informationspflichtverletzungen: *Park*, Informationspflichten, 2020, S. 219 ff.

<sup>366</sup> Vgl. unten Kapitel 4 B.IV.1.a, B.IV.2.a, B.IV.3.a., B.IV.4.

<sup>367</sup> Vgl. z.B. § 312d BGB bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen sowie § 312j Abs. 2 BGB zum elektronischen Geschäftsverkehr.

<sup>368</sup> *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 93.

<sup>369</sup> Vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 93 f. Auch gegenüber Vertragspartnern, die keine Verbraucher sind, können Aufklärungspflichten bestehen, die zu einer Nebenpflichtverletzung und Schadensersatzansprüchen führen können, vgl. *Pfeiffer/Heinke/Portugall*, in: *Pfeiffer*, Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts, 2013, Bd. 1, S. 78; *Heinke/Portugall*, in: *Pfeiffer*, Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts, 2013, Bd. 2, S. 17 (74); vgl. a. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 179 ff., S. 312 ff., S. 335 ff.

<sup>370</sup> Vgl. zum Begriff des Verbrauchers § 13 BGB und zum Begriff des Unternehmers § 14 BGB.

<sup>371</sup> Vgl. z.B. Art. 246 Abs. 1 Nr. 1, 2 EGBGB.

der Unternehmer den Verbraucher an, um mit ihm einen Vertrag zu schließen, hat er zu Beginn des Gesprächs seine Identität sowie den geschäftlichen Zweck seines Anrufs offenzulegen, § 312a Abs. 1 BGB. Als Folge im Fall eines Verstoßes kommen Unterlassungsansprüche oder Schadensersatz in Betracht.<sup>372</sup>

Fehler bei der Erteilung erforderlicher Informationen können verschiedene Folgen haben: Zum einen kann Nichtigkeit des Vertrages eintreten<sup>373</sup>, andererseits kann sich ein Informationspflichtverstoß auf den Inhalt eines Anspruchs gegen den Verbraucher<sup>374</sup> oder die Dauer der Widerrufsfrist<sup>375</sup> auswirken. Bei sonstigen Informationspflichtverletzungen kommt eine Nebenpflichtverletzung, die zu einem Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB führen kann, oder eine Anfechtung nach § 123 BGB oder § 119 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>376</sup>

Nach § 312d Abs. 1 S. 2 BGB werden bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen die in Erfüllung der Informationspflicht gemachten Angaben Vertragsinhalt, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.<sup>377</sup> Daher kommt es in diesem Fall für die Einbeziehung der Informationen selbst in den Vertrag nicht auf eine Einigung der Parteien an.<sup>378</sup> Dies bringt für den Verbraucher den Vorteil, dass der Unternehmer nicht ohne eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Verbraucher von

372 Vgl. BeckOGK/*Busch*, Stand: 01.07.2023, § 312a Rn. 7 f.; Jauernig/*Stadler*, 19. Aufl. 2023, § 312a Rn. 3.

373 Vgl. § 494 Abs. 1 BGB; § 655b Abs. 2 BGB.

374 Vgl. § 494 Abs. 2 S. 2 BGB; § 312a Abs. 2 S. 2 und § 312e BGB, vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 169 ff. Vgl. a. § 357 Abs. 5 BGB; § 357a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

375 Vgl. § 356 Abs. 3 S. 1 BGB; vgl. a. § 356b Abs. 1 BGB für Verbraucherdarlehensverträge.

376 *Pfeiffer/Heinke/Portugall*, in: *Pfeiffer*, Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts, 2013, Bd. 2, S. 17 (74); *Park*, Informationspflichten, 2020, S. 261 ff. Bei einem Teilzeit-Wohnrechtervertrag sieht § 483 Abs. 3 BGB nur im Fall der Nichteinhaltung der Sprachvorgaben für den Vertrag (Abs. 1 S. 1, 2) die Nichtigkeit vor, sodass ein Verstoß gegen die Sprachregelung bzgl. der Informationspflichten (Abs. 1 S. 3) lediglich zu einem Schadensersatzanspruch aus c.i.c. führen kann, vgl. *JurisPK/Tonner*, 10. Aufl. (Stand: 01.02.2023), § 483 Rn. 21.

377 Vgl. a. § 650k Abs. 1 BGB, § 651d Abs. 3 S. 1 BGB.

378 *Kramme*, NJW 2015, 279 (279, 284).

den gegebenen Informationen abweichen kann.<sup>379</sup> Außerhalb des § 312d Abs. 1 S. 2 BGB ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Informationen Vertragsbestandteil werden sollten.<sup>380</sup>

## 2 Französisches Recht

Mit Art. 1112–1(1) Code civil sieht das französische Recht nicht nur gegenüber Verbrauchern<sup>381</sup> eine allgemeine Informationspflicht vor, nach der diejenige Partei, die eine Information kennt, deren Bedeutung für die Zustimmung der anderen Partei entscheidend ist, diese darüber informieren muss, wenn die andere Partei diese Information berechtigterweise nicht kennt oder dem Vertragspartner vertraut.<sup>382</sup> Eine Verletzung der Pflicht aus Art. 1112–1 Code civil kann zu einem Schadensersatzanspruch oder zur Auflösung des Vertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung führen, vgl. Art. 1112–1(6) Code civil i.V.m. Art. 1130 ff. Code civil.<sup>383</sup> Auch im französischen Recht kommt bei einer Verletzung der besonderen Informationspflichten gegenüber Verbrauchern teilweise die Vertragsnichtigkeit<sup>384</sup>, die Anpassung eines

379 Kramme, NJW 2015, 279 (279); Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (130). Vgl. aber § 484 Abs. 2 BGB für Teilzeit-Wohnrechteverträge. 380 Kramme, NJW 2015, 279 (279, 283).

381 Vgl. zum Begriff des Verbrauchers (*consommateur*): article liminaire n° 1 Code de consommation und zum Begriff des Unternehmers (*professionnel*): article liminaire n° 3 Code de consommation. Vgl. auch den Begriff des Nichtunternehmers (*non-professionnel*) in n° 2, vgl. dazu Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 361 ff. (S. 87).

382 Vgl. dazu Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 200 (S. 59).

383 Vgl. dazu Babusiaux/Witz, JZ 2017, 496 (499).

384 Vgl. zur Nichtigkeit bei einem Verstoß gegen Art. L. 111–1 Code de la consommation: Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 69 (S. 74); Cass. civ. 1e, 14.11.2018, n° 17–21.697. Vgl. a. Art. L. 242–1 Code de la consommation bei einem Verstoß gegen Art. L. 221–9 Code de la consommation.

Anspruchs gegen den Verbraucher<sup>385</sup> oder die Verlängerung der Widerrufsfrist<sup>386</sup> in Betracht.

Bei telefonischer Kontaktaufnahme durch den Verkäufer muss dieser seine Identität und den kommerziellen Charakter des Anrufs klarstellen sowie dem Verbraucher auf Papier oder einem dauerhaften Datenträger eine Bestätigung seines Angebots zukommen lassen, an das der Verbraucher erst gebunden ist, wenn er es unterzeichnet und auf einem dauerhaften Datenträger angenommen hat, Art. L. 221–16 Code de la consommation.

Nach Art. L. 224–27(III) Code de la consommation werden bei Verträgen über elektronische Kommunikationsdienste die vorvertraglichen Informationen Bestandteil des Vertrages und werden nicht geändert, wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren.<sup>387</sup>

### 3 Common Law

Grundsätzlich muss im englischen Recht ein Käufer bzw. jede Vertragspartei die Information erfragen, die er für notwendig hält, um den Vertrag zu schließen (*caveat emptor*).<sup>388</sup> Gegenüber einem Verbraucher (*consumer*)<sup>389</sup> müssen allerdings verschiedene Informationen erteilt

**385** Vgl. Art. L. 341–1 bis Art. L. 341–6 Code de la consommation für Verstöße gegen Art. L. 312–12 ff. und Art. L. 312–28 ff. Code de la consommation; vgl. dazu a. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 207 (S. 227); vgl. a. *Piédelièvre*, Crédit à la consommation, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, Sect. 3 Art. 1 § 2 Ziff. 114. Vgl. a. Art. L. 341–2 Code de la consommation zum teilweisen Verlust des Rechts auf Zinsen. Vgl. a. Art. 2299 Code civil, vgl. dazu *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 69 (S. 74); vgl. *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 418 f. (S. 98 f.). Vgl. a. Art. L. 112–3(1), Art. L. 221–6, Art. L. 221–5 n° 8 Code de la consommation; vgl. a. Art. L. 221–26 Code de la consommation.

**386** Art. L. 221–20, Art. L. 221–5 n° 7 Code de la consommation.

**387** Vgl. aber Art. L. 224–77 Code de la consommation für Teilzeitwohnrechtverträge.

**388** *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (389 Rn. 8 m.w.N.).

**389** Vgl. zum Begriff des Verbrauchers (*consumer*) und des Unternehmers (*trader*): Reg. 4 Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013. Vgl. für die USA zu den Begriffen Verbraucher (*consumer*) und Unternehmer (*business*): § 1(a)(1), (2) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024) u. dem entsprechend

werden.<sup>390</sup> Die Folge eines Verstoßes gegen Informationspflichten kann den Inhalt eines Anspruchs gegen den Verbraucher<sup>391</sup> oder die Dauer der Widerrufsfrist<sup>392</sup> betreffen. Ein Informationspflichtverstoß kann sich auch auf die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auswirken: Ein Verbraucherkreditvertrag, für den erforderliche Informationen, z.B. zu den Zinsen nach Sec. 60(1)(b), 61(1)(a) Consumer Credit Act 1974, nicht erteilt wurden, ist gegen den Schuldner nur auf Anordnung durch das Gericht durchsetzbar (Sec. 65(1), 127(1) Consumer Credit Act 1974).<sup>393</sup>

Nimmt ein Unternehmer (*trader*) telefonisch zum Verbraucher Kontakt auf, um einen Vertrag zu schließen, muss er den Verbraucher seine Identität und den kommerziellen Zweck seines Anrufs offenlegen, Reg. 15 Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.

Bei einem Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Inhalten, für die der Verbraucher keinen Preis bezahlt hat, werden die erteilten Informationen Vertragsinhalt und können nur durch ausdrückliche Vereinbarung geändert werden, Reg. 9(3), 10(5), 13(6) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.<sup>394</sup>

§ 1–201(b)(11) UCC (*consumer*) und § 2–104(1) UCC (*merchant*), vgl. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 1 (2024) Comment 1, 2 (Westlaw S. 2).

**390** Vgl. z.B. Reg. 10, Reg. 13 Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013; vgl. zu weiteren Informationspflichten: Pfeiffer/Heinke/Portugall, in: Pfeiffer, Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts, 2013, Bd. 1, S. 84 f. Vgl. für die USA: Fligge, Verbraucherschutz beim Internetkaufvertrag, 2009, S. 315 ff.; vgl. a. allg. zum Verbraucherschutz: Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 719 ff.

**391** Reg. 10(4) und Reg. 13(5) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.

**392** Vgl. Sec. 66A(3) Consumer Credit Act 1974; Reg. 31 Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.

**393** Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 124; vgl. Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 5–008 (S. 195); vgl. a. Birkinshaw, in: Pfeiffer, Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts, 2013, Bd. 2, S. 255 (263).

**394** Vgl. a. zur Folge von Verstößen gegen die Informationspflicht: Reg. 18 Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013. Vgl. zu Teilzeitwohnrechtverträgen Reg. 15(5) Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010.

## 4 DCFR und PECL

Art. II.-3:101 DCFR sieht anders als noch die PECL<sup>395</sup> eine Informationspflicht vor, nach der der Unternehmer seinem Vertragspartner vor dem Vertragsschluss über Waren, Vermögenswerte und Dienstleistungen die vernünftigerweise zu erwartenden Informationen zu erteilen hat.<sup>396</sup> Gleichzeitig gilt, dass keine generelle Pflicht zur Offenlegung aller Informationen besteht.<sup>397</sup> Vor Vertragsschluss besteht nach Art. II.-3:103(1) DCFR bei einem erheblichen Informationsnachteil eines Verbrauchers<sup>398</sup>, der sich aus der Vertragsschlusstechnik, der räumlichen Distanz oder der Art der Transaktion ergeben kann, die Pflicht des Unternehmers zur Information insbesondere über den Vertragsgegenstand, den Preis und die Vertragsklauseln.<sup>399</sup> Nach Art. II.-3:104(1) DCFR bestehen zudem Informationspflichten bei Echtzeitkommunikation, insbesondere hat der Unternehmer dem Verbraucher seinen Namen und den gewerblichen Zweck seiner Kontaktaufnahme offenzulegen. Für den Fall eines Verstoßes besteht nach Art. II.-3:104(4) DCFR ein Widerrufsrecht des Verbrauchers und ein Schadensersatzanspruch nach Art. II.-3:104(5) DCFR.<sup>400</sup>

Als Folge eines Verstoßes gegen die Informationspflichten kann sich der Beginn der Widerrufsfrist verschieben<sup>401</sup>, der Vertragsinhalt

<sup>395</sup> Vgl. lediglich Art. 4:107(3) PECL, vgl. *Kästle-Lamparter*, Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 411 (413 Rn. 3).

<sup>396</sup> Vgl. dazu *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (398 Rn. 18, 393 Rn. 11); vgl. a. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 104 f.

<sup>397</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:101 Comment A (S. 200).

<sup>398</sup> Vgl. zum Begriff des Verbrauchers (*consumer*): Art. I.-1:105(1) DCFR und dem Begriff des Unternehmers (*business*): Art. I.-1:105(2) DCFR.

<sup>399</sup> Vgl. a. Art. II.-3:106(4) DCFR; vgl. a. Art. IV.G.-4:103 DCFR.

<sup>400</sup> Vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 207.

<sup>401</sup> Art. II.-3:109(1) DCFR. vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 141. Vgl. a. zur Widerrufsfrist Art. II.-5:103(2)(b), (3) DCFR, vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-5:104 Comment C (S. 366); vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 161.

angepasst werden<sup>402</sup> oder eine Schadensersatzpflicht<sup>403</sup> bestehen.<sup>404</sup> Der DCFR sieht bei Informationspflichtverletzungen keine Unwirksamkeit des Vertrages vor.<sup>405</sup>

## 5 Ergebnis

In allen Rechtsordnungen wird der Verbraucher grundsätzlich als schützenswert angesehen, da er typischerweise über weniger Informationen bezüglich des Vertragsgegenstandes verfügt als sein Vertragspartner und Informationen daher der Ausübung seiner Vertragsfreiheit dienen<sup>406</sup>. Der Grundsatz zu Informationspflichten unterscheidet sich zwischen dem französischen und dem englischen Recht.<sup>407</sup> Im französischen Recht findet sich in Art. 1112–1 Code civil eine allgemeine Informationspflicht über Umstände, die der anderen Partei nicht bekannt sind, aber für sie von Bedeutung sind. Im englischen Recht dagegen besteht der Grundsatz, dass keine Information erteilt werden muss.<sup>408</sup> Das deutsche Recht stellt eine Zwischenposition dar, nach der zwar keine grundsätzliche Informationspflicht besteht, jedoch eine fehlende Information zu einer Anfechtung oder zur Haftung aus *culpa in contrahendo* führen kann.<sup>409</sup> Art. II.-3:101 DCFR sieht wiederum eine Informationspflicht für Unternehmer gegenüber ihren Vertragspartnern vor. An einer allgemein als Generalklausel gehaltenen Gestaltung der Informationspflichten wird kritisiert, dass deren Inhalt auslegungsbedürftig

<sup>402</sup> Art. II.-3:109(2) DCFR; vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 173 f.

<sup>403</sup> Art. II.-3:109(3) DCFR; vgl. a. Art. II.-7:204 DCFR.

<sup>404</sup> Vgl. a. Art. II.-5:105(5) DCFR zum Wertersatz; vgl. zur Anfechtung wegen Irrtums: Art. II.-7:201(1)(b)(iii) DCFR.

<sup>405</sup> Vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 275.

<sup>406</sup> Vgl. *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (385 Rn. 2, 405 Rn. 28).

<sup>407</sup> *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (389 Rn. 8).

<sup>408</sup> *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (389 Rn. 8 m.w.N.).

<sup>409</sup> *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (391 f. Rn. 10).



ist und dies zu Rechtsunsicherheit führen würde.<sup>410</sup> Andererseits ist aufgrund der Einzelfallabhängigkeit für das Erfordernis von Informationen eine gewisse Abstraktion nicht zu vermeiden.<sup>411</sup>

Informationspflichten können sich unter anderem auf die Identität des Unternehmers, den Vertragsgegenstand und -inhalt, die Zahlungspflichten oder ein Widerrufsrecht beziehen.<sup>412</sup> Die Offenlegung des gewerblichen Zwecks eines Anrufs soll sicherstellen, dass sich der Verbraucher eines Vertragsschlusses bewusst ist und den Aussagen des Unternehmers mit der gebotenen Aufmerksamkeit und Vorsicht begegnen soll.<sup>413</sup> Die Einhaltung dieser Pflicht kann somit Erklärungsfiktionen insofern verhindern, als dem Vertragspartner vor Augen geführt wird, dass ein Vertrag geschlossen werden soll. Ergänzend zu dieser vorvertraglichen Information über den Vertragsschluss wird in einem weiteren Schritt auf die Ausgestaltung der Erklärung des Vertragspartners einzugehen sein.<sup>414</sup>

Nicht alle Verstöße gegen Informationspflichten führen zur Nichtigkeit eines Vertrages, sondern können z.B. den Vertragsinhalt betreffen oder die Widerrufsfrist verlängern.<sup>415</sup> Die Nichtigkeit eines Vertrages bei Verstoß gegen eine Informationspflicht wäre auch nicht immer interessengerecht, da sich auch der Verbraucher nicht mehr auf einen Vertrag berufen könnte.<sup>416</sup>

Zwar wird ein Verbraucher die zur Verfügung gestellten Informationen oft nicht zur Kenntnis nehmen.<sup>417</sup> Insofern kann bei der Zustimmung des Verbrauchers zum Vertrag von einer Erklärungsfik-

410 *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 105 f. m.w.N.

411 Vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 106.

412 Vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 118 ff. Vgl. zu Informationspflichten, die sich auf die Technik des Vertragsschlusses beziehen: *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:105 Comment B (S. 222).

413 Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:104 Comment A (S. 218 f.).

414 Vgl. unten Kapitel 4 B.IV.1.a, IV.2.a, IV.3.a, IV.4.

415 *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 145 ff.; vgl. a. *Kästle-Lamparter*, Art. 2:406, in: *Jansen/Zimmermann*, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 492 (494 f. Rn. 3 f.).

416 Vgl. *Piédelièvre*, *Crédit à la consommation*, in: *Répertoire de droit commercial*, avril 2023, Sect. 3 Art. 1 § 2 Ziff. 114.

417 Vgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 110 f.

tion gesprochen werden, da er bestimmte Informationen nicht kennt.<sup>418</sup> Andererseits besteht für den Verbraucher gerade die Möglichkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen.<sup>419</sup> Mit Blick darauf, dass beim Tätigwerden im Rechtsverkehr auch das Vertrauen potentieller Vertragspartner zu berücksichtigen ist,<sup>420</sup> ist diese Erklärungsfiktion insofern hinzunehmen. Dass manche Informationen Vertragsinhalt werden, ohne dass hierüber eine eigene Einigung erzielt werden muss,<sup>421</sup> ist zum einen mit Blick darauf, dass es sich bei den Informationen um wesentliche Eigenschaften des Vertragsgegenstandes handelt, und zum anderen mit der Verhinderung einer einseitigen Änderungsmöglichkeit durch den Unternehmer gerechtfertigt.<sup>422</sup>

## IV Realverträge

Ein Realvertrag ist ein Vertrag, der nur bei Einhaltung einer zusätzlichen Handlung, etwa der Sachübergabe, wirksam geschlossen ist.<sup>423</sup> Realverträge beruhen auf dem römischen Recht, nach dem eine klagbare Pflicht außerhalb von alltäglichen Geschäften nur bei einem zusätzlich zur Einigung tretenden, realen Anknüpfungspunkt, der Sachhingabe, vorlag.<sup>424</sup> Das römische Recht stellte noch vielfach auf einen formalistischen Ablauf des Vertragsschlusses und die Durchfüh-

418 Vgl. (bzgl. nachträglich einzubeziehender AGB): *Pridgen*, 32(3) *Loyola Consumer L. Rev.* (2020), 540 (560).

419 Vgl. *Zehentner*, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, 2004, S. 219; vgl. a. *Pfeiffer*, in: *Schulze*, *New Features in Contract Law*, S. 161 (164).

420 Vgl. (zum deutschen Recht): *Köhler*, *AT*, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 3 (S. 36); vgl. *Herresthal*, in: *Schulze/Perales Viscasillas*, *The Formation of Contract*, S. 105 (113); vgl. *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, 1971, S. 412.

421 Vgl. für das deutsche Recht § 312d Abs. 1 S. 2 BGB; für das französische Recht Art. L. 224–27(III) *Code de la consommation*; für das englische Recht Reg. 9(3), 10(5), 13(6) *Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*.

422 Vgl. *Kramme*, *NJW* 2015, 279 (279); *Herresthal*, in: *Schulze/Perales Viscasillas*, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (129 f.). Vgl. aber für Teilzeit-Wohnrechtverträge § 484 Abs. 2 BGB, Art. L. 224–77 *Code de la consommation*; Reg. 15(5) *Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010*.

423 *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 153 (S. 139); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 211 (S. 234). Zum Ganzen: *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 110 ff.

424 *BeckOGK/Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 36; *BeckOK/Gehrlein*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 311 Rn. 8.

zung bestimmter Rituale ab.<sup>425</sup> Dies findet sich in Realverträgen wieder, bei denen neben Konsens ein reelles Element erforderlich ist.<sup>426</sup>

## 1 Deutsches Recht

Das Schuldrecht im BGB enthält keine Realverträge mehr, da § 311 Abs. 1 BGB auf die Willenseinigung abstellt.<sup>427</sup> Ein Realvertrag war früher im BGB für den Darlehensvertrag und die Leihe vorgesehen.<sup>428</sup> Ähnlichkeiten zu Realverträgen könnten zwar noch in der Handschenkung nach §§ 516, 518 BGB gesehen werden, allerdings wird auch diese als Konsensualvertrag eingestuft.<sup>429</sup> Auch wenn für das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages Handlungen von Personen durchaus eine Rolle spielen, wie z.B. bei konkludenten Willenserklärungen,<sup>430</sup> kommt der Vertrag durch die Willensübereinstimmung zustande, die im Fall konkludenter Erklärungen lediglich aus dem Verhalten *ermittelt* wird (§ 157 BGB)<sup>431</sup>.

## 2 Französisches Recht

In Art. 1109(3) Code civil ist der Realvertrag ausdrücklich geregelt: „*Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose*“. Auch Art. 1172(3) Code civil bestätigt, dass für Verträge die Übergabe einer Sache erforderlich sein kann: „*En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose*“.

425 Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 16 Rn. 1 (S. 94).

426 Vgl. Terré/Simier/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 32 (S. 15).

427 BeckOGK/Herresthal, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 36; BeckOK/Gehrlein, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 311 Rn. 8; vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 113.

428 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 252, 259; BeckOGK/Herresthal, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 36; vgl. zur Geschichte insg. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 110 ff m.w.N.

429 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Note IV.(c)38 (S. 273).

430 Insofern greift Benedict, 69(1) RabelsZ (2005), 1 (44 f.) m.w.N. den Realvertrag auf; vgl. zur konkludenten Willenserklärung z.B. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 4 (S. 51), § 7 Rn. 5 (S. 68 f.).

431 Vgl. zur Auslegung: BeckOK/Wendtland, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 157 Rn. 9.

Bei einem Realvertrag kommt ohne Übergabe kein Vertrag zustande.<sup>432</sup> Im französischen Recht findet sich der Realvertrag etwa für ein Darlehen (*prêt de consommation*), Art. 1892 Code civil, und die Leihe (*prêt à usage*), Art. 1875 Code civil.<sup>433</sup> Ausgenommen sind Darlehen, die ein Kreditinstitut gewährt<sup>434</sup>. Für einen Realvertrag kann sprechen, dass die Übergabe einer Sache auch eine Warnfunktion haben kann.<sup>435</sup> Diese erklärt auch den Unterschied zwischen Kreditverträgen, die von Kreditinstituten gewährt werden und solchen von Privatpersonen, da letztere insbesondere durch die Geldauszahlung gewarnt werden müssten.<sup>436</sup> In der Praxis dürfte das Erfordernis einer Übergabe keine allzu große Bedeutung haben, da auch ohne Übergabe jedenfalls ein Vertragsversprechen vorliegt, das jedoch nur zu einer Schadensersatzhaftung führen kann.<sup>437</sup> Wie weiterhin Realverträge gehandhabt werden, bleibt abzuwarten.<sup>438</sup>

### 3 Common Law

Im *Common Law* finden sich gewisse Ausprägungen des Realvertrags etwa im Gedanken der *consideration*, bei der eine Gegenleistung für die Leistung hingegeben werden muss,<sup>439</sup> sowie im *unilateral contract*<sup>440</sup>.

432 Vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 579 (S. 757); *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 320 (S. 270 f.).

433 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 211 (S. 234); *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 320 (S. 270 f.); vgl. a. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 132 (S. 176); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 114.

434 Cass. civ. 1e, 28.03.2000, n° 97–21.422, Bull. civ., 2000, I, n° 105, S. 70; *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 245 (S. 226); *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 578 (S. 756) m.w.N.; vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 116 m.w.N.

435 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 213 (S. 237 f.); vgl. a. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 320 (S. 271); vgl. dazu a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 117 m.w.N.

436 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 213 (S. 238); vgl. dazu a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 117 m.w.N.

437 *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 153 (S. 140).

438 *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 212 (S. 237).

439 Dazu unten VI. Vgl. a. *Benedict*, 69(1) *RabelsZ* (2005), 1 (28).

440 *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 120 m.w.N.; vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Note 3(c) (S. 142).

Ein *unilateral contract* betrifft ein Versprechen, das im Gegenzug für eine Handlung gegeben wird<sup>441</sup> und ist dadurch eine Art Realvertrag.<sup>442</sup>

## 4 DCFR und PECL

Dadurch dass Art. II.-4:101 DCFR ausdrücklich davon spricht, dass keine weiteren Voraussetzungen außer der Einigung und dem Rechtsbindungswillen erfordert, wird auch deutlich, dass eine Sachübergabe als Voraussetzung für Realverträge nicht erforderlich ist.<sup>443</sup> Es kommt daher allein auf den Konsens an.<sup>444</sup>

## 5 Ergebnis

Im französischen Recht finden sich im Gegensatz zum deutschen Recht noch Realverträge.<sup>445</sup>

Anders als nach der *consideration*-Doktrin ist im deutschen Recht keine Leistungserbringung für die Wirksamkeit eines Vertrages erforderlich.<sup>446</sup>

<sup>441</sup> *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1892] EWCA Civ 1, [1893] 1 Q.B. 256 (CA); *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–103 (S. 371); vgl. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 50; vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 120 f.; vgl. für die USA: *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 61 (S. 68 f.). Im *Restatement (Second) of Contracts* u. im UCC taucht die Unterscheidung zw. *bilateral* u. *unilateral contracts* nicht mehr auf, vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 18 (S. 36 f.); *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 30 f. m. Fn. 33.

<sup>442</sup> Vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 121 m.w.N.; vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Note 3(c) (S. 142).

<sup>443</sup> Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101, Comment D (S. 138); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 127; *Christandl*, Art. 2:101 (1), in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 236 (248 Rn. 21).

<sup>444</sup> Vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 127 f.; *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265).

<sup>445</sup> *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 119.

<sup>446</sup> Vgl. OLG München, EndUrt. v. 13.12.2017, 15 U 886/17, NJOZ 2018, 1624 (1627 Rn. 50).

Durch das Erfordernis einer Sachübergabe hat ein Realvertrag auch eine Warnfunktion.<sup>447</sup> Die Übergabe macht die Zustimmung zum Vertrag nach außen kenntlich<sup>448</sup> und mit der Übergabe wird dem Leistenden bewusst gemacht, dass es sich um einen (wirksamen) Vertrag handelt.<sup>449</sup> Andererseits kann bereits im Zeitpunkt der Einigung Vertrauen auf einen wirksamen Vertrag entstehen, das im Fall eines Realvertrages erst ab Übergabe geschützt würde.<sup>450</sup>

## V Früheres französisches Recht: Cause

Der französische Code civil baut auf dem Naturrecht und dessen Versprechenslehre auf.<sup>451</sup> Aus dem Gedanken, dass ein Versprechen nicht grundlos oder aus unmoralischen oder illegalen Motiven abgegeben werde, entstand die Lehre von der *cause*.<sup>452</sup>

Im Vergleich zum englischen und deutschen Recht sowie den europäischen Modellgesetzen war das Erfordernis einer *cause* für einen wirksamen Vertragsschluss eine französische Besonderheit.<sup>453</sup> Im deutschen Recht zeigen die §§ 780 f. BGB, dass eine ein Rechtsgrund nicht für einen wirksamen Vertragsschluss erforderlich ist und eine *causa* daher nicht als Voraussetzung für einen Vertrag vorgesehen ist.<sup>454</sup> Vielmehr führt im deutschen Recht ein fehlender Rechtsgrund (*causa*) zur Anwendung des Bereicherungsrechts.<sup>455</sup> Dadurch dass nach

447 Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 213 (S. 237 f.); vgl. a. Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 320 (S. 271); vgl. dazu a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 117 m.w.N.

448 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 117 m.w.N.

449 Vgl. a. Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 320 (S. 271) („*conscience de la gravité de l'engagement*“).

450 Vgl. dazu Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 117.

451 Schmidlin, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 187 (189, 195 ff., 203 f.); Schmidlin, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S. 70, 74; vgl. dazu insg. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 43 ff.

452 Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 33 (S. 16); vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 374 f.

453 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 72.

454 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Note 20 (S. 270).

455 Von Mehren, in: von Mehren, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, 1992, Chapt. 9, S. 59; vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 392.

Art. II.-4:101 DCFR und Art. 2:101(1) PECL außer einer ausreichenden, von einem Rechtsbindungswillen getragenen Einigung keine weiteren Voraussetzungen für einen Vertrag vorliegen müssen, ist auch keine *cause* erforderlich.<sup>456</sup>

Im französischen Recht war bis 2016 nach Art. 1108 Code civil a.F.<sup>457</sup> und Art. 1131 Code civil a.F.<sup>458</sup> erforderlich, dass eine *cause* vorliegt, die nicht falsch (*fausse*) sein durfte und erlaubt (*licite*) sein musste.<sup>459</sup> Die *cause objective* bezog sich auf den Grund für die Verpflichtung und lag in der Wirtschaftlichkeit des Geschäfts, insbesondere in der Gegenleistung, z.B. der Übernahme der Pflicht zur Kaufpreiszahlung durch den Käufer, um die Ware zu erhalten und der Lieferpflicht durch den Verkäufer, um den Kaufpreis zu erhalten.<sup>460</sup>

Die *cause subjective* bezog sich dagegen auf den Grund für den gesamten Vertrag bzw. den Zweck, den die Parteien mit dem Vertrag verfolgt haben.<sup>461</sup> Grundsätzlich wurde das Motiv für den Vertragsschluss jedoch nicht überprüft, da der Wille der Parteien bereits den Vertrag rechtfertigte.<sup>462</sup> Nach Art. 1133 Code civil a.F. war die *cause* jedoch rechtswidrig (*illicite*), wenn sie gesetzlich verboten war oder wenn sie gegen die guten Sitten (*bonnes moeurs*) oder die öffentliche Ordnung (*l'ordre public*)<sup>463</sup> verstieß: „*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'or-*

456 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265); vgl. Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Note 3 (S. 140 f.).

457 Art. 1108 Code civil a.F. lautete: „*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation*“.

458 Art. 1131 Code civil a.F.: „*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*“.

459 Vgl. dazu Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 204 (S. 183 ff.).

460 Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 204 (S. 183 f.); Cass. civ. 1e, 25.05.1988, n<sup>o</sup> 86–15.683, Bull. civ., 1988, I, n<sup>o</sup> 149, S. 102.

461 Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 204 (S. 183, 189); Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 153 (S. 148).

462 Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 204 (S. 189).

463 Der *ordre public* umfasst die Einhaltung von zwingenden Vorschriften (vgl. Art. 6 Code civil), vgl. dazu Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 156 (S. 51), Rn. 258 (S. 70).

*dre public*“. War das Motiv rechtswidrig oder unmoralisch (*illicite ou immoral*), war der Vertrag nichtig.<sup>464</sup>

Das Erfordernis einer *cause* wurde im Rahmen der Reform des Code civil im Jahr 2016 gestrichen.<sup>465</sup> Die *cause* sowie das ebenfalls in Art. 1108 Code civil a.F. noch vorgesehene *objet certain* wurden durch die Formulierung „*contenu licite et certain*“ in Art. 1128(3°) Code civil n.F. ersetzt.<sup>466</sup> Da sich das Vertragsobjekt (*l'objet certain*) nunmehr in Art. 1128(3°) Code civil n.F. im Vertragsinhalt (*contenu licite et certain*) wiederfindet, ergibt sich insofern keine Änderung durch die Streichung.<sup>467</sup>

Die Hauptgedanken der gestrichenen *cause* finden sich ebenfalls in anderen Regeln.<sup>468</sup> Die Rechtsprechung hatte bisher bereits entschieden, dass eine *cause* fehlte, wenn der vereinbarte Preis lächerlich gering (*dérisoire*) war.<sup>469</sup> Insofern kann heute auf Art. 1169 Code civil abgestellt werden, der bei einer illusorischen oder lächerlichen Gegenleistung (*contrepartie illusoire ou dérisoire*) die Nichtigkeit des Vertrages vorsieht.<sup>470</sup> Auch ohne das Erfordernis der *cause* kann man daher z.B. auf Regelungen zu Täuschung, Drohung, auf einen gemeinsamen Irrtum oder darauf, dass ein Vertrag wegen einer krassen Übervorteilung nichtig ist, abstellen.<sup>471</sup>

Die *Cour de cassation* hat auch dann eine fehlende *cause* angenommen und eine Klausel nicht in den Vertrag einbezogen, wenn eine Haftungsbeschränkung zum Ausschluss der wesentlichen Vertragspflichten führen würde.<sup>472</sup> Heute sieht Art. 1170 Code civil insofern vor, dass

464 Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 204 (S. 191).

465 Vgl. Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 395 (S. 443).

466 Vgl. dazu Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 131 (S. 149); Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 13 (S. 288).

467 Vgl. Babusiaux/Witz, JZ 2017, 496 (501).

468 Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 204 (S. 183); vgl. Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 153 (S. 149).

469 Vgl. Cass. civ. 1e, 04.07.1995, n° 93–16.198, Bull. civ., 1995, I, n° 303, S. 212; vgl. Babusiaux/Witz, JZ 2017, 496 (501).

470 Vgl. Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 153 (S. 149).

471 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 73 f.; vgl. a. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 388 f.

472 Cass. civ. 1e, 22.10.1996, n° 93–18.632, Bull. civ., 1996, IV, n° 261, S. 223; vgl. dazu Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 74; Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 384.



eine Klausel unberücksichtigt bleibt, nach der der wesentlichen Verpflichtung des Schuldners ihr Inhalt genommen wird.<sup>473</sup> Auch im englischen und im deutschen Recht kann eine solche Klausel nach einer Interessenabwägung im Einzelfall unwirksam sein, ohne dass es auf eine *cause* ankommt.<sup>474</sup>

Die *cause subjective* mit der Frage nach der Einhaltung des *ordre public* findet sich heute im Erfordernis und in der Berücksichtigung des Zwecks (Art. 1162 Code civil).<sup>475</sup> Auch ist nunmehr in Art. 1128(3°) Code civil vorgesehen, dass der Vertragsinhalt bestimmt und rechtmäßig sein muss (*contenu licite et certain*).<sup>476</sup> Ein Verstoß gegen die guten Sitten und den *ordre public* kann wiederum auch im deutschen und englischen Recht auch ohne *cause* zur Nichtigkeit des Vertrages führen.<sup>477</sup> Durch viele Ausnahmen wirkte die *cause* eher als Auffangtatbestand für Unwirksamkeitsgründe.<sup>478</sup> Durch die Streichung der *cause* nähert sich das französische Recht dem ausländischen, insbesondere dem deutschen Recht, weiter an.<sup>479</sup>

## VI Common Law: Consideration

Im *Common Law* steht insgesamt der wirtschaftliche Austausch und das Geschäft im Vordergrund (*bargain*).<sup>480</sup> Für einen Vertragsschluss ist im englischen Recht entweder ein Vertragsschluss *under seal* bzw. durch

473 Vgl. Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 153 (S. 149); vgl. a. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 385.

474 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 74 f.; Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 385.

475 Vgl. Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 153 (S. 149); vgl. a. Babusiaux/Witz, JZ 2017, 496 (501); vgl. Neumann/Berg, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 149 (S. 50).

476 Vgl. Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 153 (S. 149).

477 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 72 f.

478 Vgl. Illmer, Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Versprechen“ (S. 1669).

479 Vgl. Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 386 (S. 350).

480 Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 208 (S. 196). Dies zeigt sich vor allem im Erfordernis einer *consideration*, vgl. ebd.; vgl. Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 28; Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 100.

*deed*<sup>481</sup> oder eine sog. *consideration* erforderlich.<sup>482</sup> Ist eine *consideration* für den Vertrag erforderlich, liegt die Wirksamkeit des Vertrages erst mit dem Versprechen einer Gegenleistung vor.<sup>483</sup> Formlose unentgeltliche Versprechen sind daher nach englischem Recht grundsätzlich nicht durchsetzbar.<sup>484</sup> Dies wird damit begründet, dass unentgeltliche Versprechen oft vorschnell ausgesprochen werden und die Verwendung eines *deed* oder das Erbringen einer Gegenleistung vor einer unüberlegten Pflichtenübernahme schützen können.<sup>485</sup> Da auch konkludente Gegenversprechen zu einer *consideration* führen können, können letztlich die Gerichte entscheiden, wann ein unentgeltliches Versprechen durchsetzbar sein kann.<sup>486</sup>

Die Ursprünge der *consideration* als Voraussetzung für einen wirksamen Vertragsschluss sind im Einzelnen unklar, sie lassen sich aber auf die Voraussetzung für eine *action of assumpsit* zurückführen und die *consideration* könnte der Verhinderung bloßer Versprechen gedient und zugleich ein formloses Versprechen ermöglicht haben.<sup>487</sup> Der Kerngedanke der *consideration* bestand später darin, dass für einen Vertrag die gegenseitigen Leistungen für ein Geschäft (*bargain*) ausge-

481 Vgl. dazu oben II.3. Das *deed* wird z.B. auch von den Parteien eingesetzt, um Zweifelsfällen über das Vorliegen einer *consideration* zu begegnen oder um längere Verjährungsfristen herbeizuführen, vgl. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 100; vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 35 (S. 19).

482 *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–001 (S. 542); *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–001 (S. 74); *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 46.

483 *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 48. Vgl. für die USA: *Hay/Kern*, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 300 (S. 136); *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 686.

484 *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–002 (S. 542 f.) m.w.N.; *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–002 (S. 75); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 100; vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 686; *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 70 (S. 74).

485 Vgl. *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–002 (S. 543) m. Fn. 11; vgl. *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–002 (S. 75) m. Fn. 12.

486 *Collins*, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 64.

487 Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 344 f.; vgl. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 87 ff. m.w.N.; vgl. a. *Suzuki-Klasen*, *A Comparative Study of the Formation of Contract*, 2022, S. 83 ff.; vgl. a. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 67 (S. 72 f.); vgl. a. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 55 (S. 234 f.).

handelt werden.<sup>488</sup> Dies beinhaltet ein Bewusstsein für die wirtschaftliche Bedeutung eines Geschäfts.<sup>489</sup> Daher kann auch die *consideration* zu den „Seriositätsindizien“ bei Vertragsschluss zählen.<sup>490</sup> Die *consideration* stellt eine objektive Manifestation der Einigung dar.<sup>491</sup>

Eine *consideration* muss einen gewissen Wert haben („of some value in the eye of the law“<sup>492</sup>).<sup>493</sup> Sie kann auch von geringem Wert sein, etwa in Form eines Pfefferkorns.<sup>494</sup> Eine solche *nominal consideration* reicht aus, weil die Bindung des Geschäfts gerade in diesem Fall den Parteien bewusst gemacht wird.<sup>495</sup> So können faktisch unentgeltliche Verträge doch verbindlich geschlossen werden.<sup>496</sup> Eine *past consideration*, d.h. ein nachträgliches Versprechen nach Vornahme einer Leistung führt grundsätzlich nicht zu einer *consideration*.<sup>497</sup>

488 Vgl. *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 300 (S. 136); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 100, 345; vgl. *Murray*, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 56 (S. 237). Vgl. für die USA: § 71(1) Restatement (Second) of Contracts.

489 Vgl. *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 28.

490 Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 71.

491 *Burnham/Reed*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 686.

492 *Thomas v. Thomas* [1842] 2 Q.B. 851 (859).

493 Vgl. *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–003 (S. 543) (*benefit and detriment*); vgl. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–027 (S. 88); *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson’s Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 102; vgl. *Suzuki-Klasen*, *A Comparative Study of the Formation of Contract*, 2022, S. 145 f. Für die USA: vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 57[B] (S. 239 f.).

494 *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–031 (S. 90); *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–021 (S. 554); *Collins*, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 60; vgl. a. d. N. b.: *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 72 ff. Anders wird dies teilweise in den USA gesehen, vgl. dazu *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 71 (S. 74 f.), vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 62 (S. 265 f.); vgl. a. *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 29; *The American Law Institute*, *Restatement (Second) of Contracts*, Oct. 2024 Update, § 79 (1981), Comment d (Westlaw S. 3).

495 *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 111 Fn. 11.

496 Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 351; *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–014 (S. 81 f.).

497 *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–017 (S. 83); *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–029 (S. 558 f.). Vgl. für die USA: *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 72 (S. 75); vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 68[A][1] (S. 319 f.). Vgl. zu Ausnahmen: *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–019 (S. 84 f.), Rn. 3–022 (S. 91); *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–033 f. (S. 560); *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012,

Bei *unilateral contracts* wird ein Versprechen gegen eine Handlung ausgetauscht, sodass die Handlung die *consideration* zum Zahlungsverprechen darstellt und nicht ein Versprechen zur Handlung.<sup>498</sup> Bei *bilateral contracts* kann die *consideration* in einem Handeln, einem Unterlassen<sup>499</sup> oder dem Versprechen der Erfüllung bestehen, wenn dessen Erfüllung als *consideration* gelten würde<sup>500</sup>. Nach der *doctrine of promissory estoppel* kann auch ein einseitiges Versprechen ohne *consideration* zu einer Bindung führen, wenn Vertrauen des anderen geweckt und er dadurch zu einer Handlung veranlasst wurde.<sup>501</sup> Die *promissory estoppel* führt allerdings im englischen Recht nicht zu einem vertraglichen Anspruch, sondern wirkt nur defensiv (*a shield not a sword*)<sup>502</sup>. Dagegen spielt die Doktrin der *promissory estoppel* in den USA eine größere Rolle, da sie dort zu einem bindenden Versprechen führen kann.<sup>503</sup> In den USA führte der Konflikt zwischen der *consideration*-Doktrin und

Ziff. 87 ff. (S. 82 f.); vgl. *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 48, S. 49 m. Fn. 22; *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 68[A][3], [B] (S. 321 ff.); vgl. a. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 352 ff. Vgl. zur *consideration* b. e. bestehenden Pflicht (*pre-existing duty*): *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–043 ff. (S. 95 ff.); *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–060 ff. (S. 572 ff.).

<sup>498</sup> *Collins*, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 62 f.; *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–158 (S. 161).

<sup>499</sup> Vgl. dazu *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–041 (S. 94); vgl. für die USA: § 71(3) *Restatement (Second) of Contracts*.

<sup>500</sup> *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–008 f. (S. 546).

<sup>501</sup> *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* [1947] 1 K.B. 130; vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 13 (S. 14); vgl. insg. *Beaton/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 119 ff.; vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 688; *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 82 (S. 78).

<sup>502</sup> *Combe v Combe* [1951] 2 K.B. 215 (224); *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–086 (S. 119); *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 7–058 (S. 653); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 370; vgl. a. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 66 f.

<sup>503</sup> Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 344; vgl. § 90 *Restatement (Second) of Contracts*; vgl. *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 7–062 (S. 655); vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 67 (S. 307 f.); vgl. a. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–090 (S. 122); vgl. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 83 ff. (S. 79 f.); vgl. a. *Boyd/Huffman*, 40(3) *Cath. U. L. Rev.* (1991), 605 (623). Im englischen Recht kann die sog. *proprietary estoppel* zur Begründung von Rechten führen, wenn eine Partei auf das Versprechen, Eigentum zu übertragen, vertraut hat, vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Con-*

der *promissory estoppel*, dazu, dass vertreten wurde, dass *promissory estoppel* die *bargain theory* der *consideration* ersetze.<sup>504</sup> Die englischen Gerichte haben allerdings die *consideration* (noch) nicht durch einen vertrauensbasierten Ansatz ersetzt.<sup>505</sup>

In anderen Rechtsordnungen, in denen keine *consideration* gefordert wird, kann die Seriosität eines Vertragswillens auf andere Weise bestimmt werden, ohne dabei auf Probleme zu stoßen.<sup>506</sup> Da im englischen Recht auch ein Rechtsbindungswille erforderlich ist<sup>507</sup> und für die die *consideration* kein Grund mehr bestehe<sup>508</sup>, wird daher vorgeschlagen, mehr auf die *intention to create legal relations* abzustellen.<sup>509</sup> An der *doctrine of consideration* wird zudem kritisiert, dass in der Praxis viele Ausnahmen eingeführt wurden<sup>510</sup> und sie unnötig kompliziert sei<sup>511</sup>. Demgegenüber wird für die *consideration* argumentiert, dass in den Fällen, in denen die *consideration* zu einem Unterschied führt, nämlich der Undurchsetzbarkeit von unentgeltlichen Versprechen, ein *deed* eingesetzt werden könne, um die Durchsetzbarkeit herbeizuführen.<sup>512</sup> Der Schutz davor, vorschnell unentgeltliche Versprechen einzugehen, sei nach wie vor relevant.<sup>513</sup>

tract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 344, 371; vgl. dazu *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–116 ff. (S. 140 ff.); *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 130.

504 Vgl. dazu *Benedict*, 69(1) RabelsZ (2005), 1 (2, 5, 14); vgl. dazu *Murray*, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 67[E] (S. 319).

505 *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 144.

506 *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 275, 280; vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:103 Comment B (S. 133); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment E (S. 138).

507 Dazu oben B.I.3.

508 Vgl. *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 275 m.w.N.

509 Vgl. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 142; vgl. dazu a. d. N. b.: *Davies*, in: *Beale*, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–001 (S. 542).

510 Vgl. *Atiyah*, Essays on Contract, 1986, S. 179, 181.

511 *Ostendorf*, Englischsches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 1 Rn. 6 (S. 2).

512 *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–176 (S. 169 f.); vgl. a. zur unentgeltlichen Leistung: *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 104 f.

513 *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–176 (S. 170).

## VII DCFR und PECL: Keine weiteren Voraussetzungen

Art. II.-4:101 DCFR stellt ausdrücklich klar, dass ein Vertrag bei einer ausreichenden und von einem Rechtsbindungswillen getragenen Einigung vorliegt, ohne dass weitere Voraussetzungen erforderlich sind („*without any further requirements*“) (ebenso Art. 2:101(1) PECL). Damit wird klargestellt, dass keine *consideration* oder *cause* erforderlich ist.<sup>514</sup> Es wird davon ausgegangen, dass deren Funktionen durch andere Vorschriften erfüllt werden, z.B. *unfair exploitation* (Art. II.-7:207 DCFR).<sup>515</sup> Auch ein unentgeltlicher Vertrag ist somit möglich.<sup>516</sup> Dass in den Modellgesetzen keine *consideration* oder *cause* vorgesehen ist, vereinfacht den Vertragsschluss.<sup>517</sup> Zudem wird die Vertragsfreiheit der Parteien gestärkt, da die Einigung der Parteien für den Vertragsschluss ausreicht.<sup>518</sup>

## VIII Ergebnis

Weitere Voraussetzungen für einen Vertragsschluss, die zusätzlich zum Konsens der Parteien erforderlich sind, sollen sicherstellen, dass nur schutzwürdige Versprechen durchgesetzt werden.<sup>519</sup> In allen untersuchten Rechtsordnungen, dem DCFR und den PECL ist ein Rechtsbindungswille (*intention de contracter, intention to be bound*) für einen Vertragsschluss erforderlich.<sup>520</sup> Das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens ist anhand der Auslegung<sup>521</sup> zu ermitteln, sodass bei einer objektiven Auslegung auch bei tatsächlich fehlendem Willen eine Bindung

<sup>514</sup> Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265); vgl. Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment D (S. 138), Note 3 (S. 140 f.).

<sup>515</sup> Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265). Vgl. a. Art. 4:109 PECL.

<sup>516</sup> Hogg, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law, 2013, S. 14 (37).

<sup>517</sup> Vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 56 (S. 60).

<sup>518</sup> Vgl. a. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 56 (S. 60); vgl. a. Jansen/Zimmermann, 210 AcP (2010), 196 (209).

<sup>519</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 70 f.

<sup>520</sup> Vgl. Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Note 1 (S. 145).

<sup>521</sup> Dazu unten Kapitel 3 A.I.2, A.II.2, A.III.2, A.IV.2.

eintritt, wenn die andere Partei von einem Rechtsbindungswillen ausgehen durfte, während bei einer subjektiven Auslegung der wirkliche Wille vorgeht.<sup>522</sup> Gesellschaftliche Beziehungen wie private Einladungen sprechen in der Regel gegen einen Rechtsbindungswillen.<sup>523</sup>

Vor allem bei einer Schenkung stellt sich die Frage, ob ein bindendes Versprechen gewollt war, da der Schenker keine Gegenleistung erhält.<sup>524</sup> Hier finden sich in den Rechtsordnungen unterschiedliche Anknüpfungspunkte, um eine Vertragsbindung zu ermitteln: Während im deutschen und französischen Recht Formvorschriften zu beachten sind, ist im *Common Law* eine *consideration*, d.h. eine Gegenleistung, oder ein *deed* für den Vertrag erforderlich, sodass formlose Schenkungsversprechen grundsätzlich undurchsetzbar sind.<sup>525</sup> Auch wenn das französische Recht mit der früher erforderlichen *cause* auch auf die Gegenleistung im Rahmen eines Vertragsschlusses achtete, besteht der Unterschied zur *consideration* im *Common Law* darin, dass eine Schenkung auch nach altem französischem Recht als Vertrag durchsetzbar war.<sup>526</sup> Der Gedanke, dass bei Schenkungen eine Vertragsbindung nur unter einer zusätzlichen Voraussetzung angenommen werden kann, ist allerdings in den Rechtsordnungen derselbe.<sup>527</sup> Bei sonstigen unentgeltlichen Geschäften, für die im deutschen und französischen Recht keine spezielle Form vorgesehen ist, ergibt sich ein Unterschied zum *Common Law*, das auch in diesem Fall grundsätzlich eine *consideration* verlangt.<sup>528</sup> Hier ist im deutschen und französischen Recht zu fragen, ob auch im Fall der Unentgeltlichkeit ein Rechtsbindungswille vorlag.<sup>529</sup>

Sowohl die früher im französischen Recht erforderliche *cause* als auch die *consideration* des *Common Law* stellen auch auf ein vernünft-

522 *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Comment B (S. 274), Note I.1 (S. 274), Note II.12 (S. 277). Insofern kann eine deliktische Haftung eintreten, vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 586, 107; vgl. a. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 147 (S. 168).

523 *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 97 f.; *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Note 1 (S. 145).

524 Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 76.

525 Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 76 ff.

526 Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 374 f.

527 Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 79.

528 Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 88 f.

529 Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 100 f.

tiges Motiv für den Vertrag ab.<sup>530</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob es eine Begründung gibt, ein Versprechen durchzusetzen.<sup>531</sup> Im DCFR und den PECL wird ausdrücklich klargestellt, dass keine weiteren Voraussetzungen wie *cause* oder *consideration* für den Vertragsschluss erforderlich sind, Art. II.-4:101 DCFR, Art. 2:101(1) PECL.<sup>532</sup> Ohne das Erfordernis weiterer Voraussetzungen wird ein Vertragsschluss vereinfacht.<sup>533</sup> Andererseits kann es in manchen Fällen dennoch erforderlich sein, zum Schutz einer Partei vor einem voreiligen Vertragsschluss über die Einigung hinaus Voraussetzungen zu fordern.<sup>534</sup> Dies kann etwa durch Formvorschriften gewährleistet werden.<sup>535</sup> Gleichzeitig wird dabei sichergestellt, dass der Partei bewusst ist, dass ein Vertrag geschlossen wird.

530 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 71.

531 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 71.

532 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment E (S. 265); vgl. Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment D (S. 138), Note 3 (S. 140 f.).

533 Vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 56 (S. 60).

534 Vgl. Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 549.

535 Staudinger/Hertel (2023), § 125 Rn. 37; Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 109, 119; vgl. Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 60 (S. 306).





# Kapitel 3: Erfordernis von Willenserklärungen für den Vertragsschluss

Auch wenn das Konsensprinzip als weit verbreitete Grundlage eines Vertragsschlusses angesehen werden kann<sup>536</sup>, stellt sich die Frage, wie der Konsens der Parteien zustande kommt und ob es Alternativen zur Feststellung eines Vertragsschlusses gibt.

## A Feststellung von Konsens durch Angebot und Annahme

Ein typisches Problem im Vertragsrecht besteht darin, dem Verhältnis des Willens der einen Partei und des Vertrauens der anderen Partei gerecht zu werden.<sup>537</sup> Hier soll untersucht werden, wie beurteilt wird, ob ein Vertrag vorliegt. Unterschiedliche Regeln über den Vertragsschluss auf der einen Seite und die Auslegung des Vertragsinhalts auf der anderen Seite wären nicht praktikabel und könnten zu Widersprüchen führen, wenn z.B. zunächst objektiv das Vorliegen eines Vertrages geprüft wird, um anschließend für die Interpretation auf die zunächst unberücksichtigt gebliebene Intention der Parteien abzustellen.<sup>538</sup>

Historisch gesehen wurde im Rahmen der Auslegung zunächst auf die Äußerung und den Wortlaut einer Erklärung abgestellt und z.B. im römischen Recht auf bestimmte Handlungen und Spruchformeln statt auf den Willen der Parteien geachtet.<sup>539</sup> Später wurde auch der Wille berücksichtigt und schließlich zum vorherrschenden Gedanken, vgl. a.

<sup>536</sup> Vgl. *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn.1 (S. 285).

<sup>537</sup> Vgl. *Pfeiffer*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (138). *Joo*, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, *Commercial Contract Law*, 2013, S. 41 (41 ff.); vgl. a. *von Mehren*, in: von Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, 1992, Chapt. 9, S. 3.

<sup>538</sup> *Solan*, 83(1) *Notre Dame L. Rev.* (2007), 353 (390); vgl. a. *Kellmann*, JuS 1971, 609 (609).

<sup>539</sup> *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 133; s. zur Entwicklung: *Kaser/Knützel/Lohsse*, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, § 18 Rn.7 ff. (S. 106 ff.).

Art. 1188(1) Code civil und § 133 BGB.<sup>540</sup> Heute ist anerkannt, dass ein Anknüpfen an den Willen durch Vertrauensgesichtspunkte zu ergänzen ist, vgl. Art. 1188(2) Code civil, § 157 BGB.<sup>541</sup> Letztlich sind der subjektive und objektive Ansatz nur der Ausgangspunkt, von dem aus praktikable und interessengerechte Lösungen gesucht werden.<sup>542</sup>

## I Deutsches Recht

### 1 Angebot und Annahme als Willenserklärungen

Im BGB wird nur im Wortlaut des § 151 BGB vom Zustandekommen eines Vertrages durch Angebot und Annahme gesprochen.<sup>543</sup> Die erste Erklärung ist das Angebot und die spätere Erklärung die Annahme, wobei unerheblich ist, welche Partei welche Erklärung abgibt.<sup>544</sup>

Schon im 19. Jahrhundert gab es Streit über Geltungsgrund, Tatbestandsmerkmale und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung, wobei das Problem darin lag, dem Verhältnis zwischen Privatautonomie und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden.<sup>545</sup> Die Willentheorie stellt auf den Willen des Erklärenden ab und verneint eine Wirkung, wenn der Wille nicht der Erklärung entspricht.<sup>546</sup> Die Erklärungstheorie dagegen betont die Bedürfnisse des Rechtsver-

<sup>540</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 134; Vogenauer, Art. 5:101, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 754 (756 Rn. 4, 757 f. Rn. 6).

<sup>541</sup> Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 134; Vogenauer, Art. 5:101, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 754 (757 f. Rn. 6).

<sup>542</sup> Vogenauer, Art. 5:101, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 754 (758 Rn. 7).

<sup>543</sup> In § 145 BGB wird zwar von „Antrag“ gesprochen, während „Angebot“ in den § 293 ff. eine andere Bedeutung hat, dennoch werden allgemein die Begriffe Angebot und Annahme beim Vertragsschluss verwendet, vgl. Fritzsche, JA 2006, 674 (674). Vgl. a. JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 1, 3.

<sup>544</sup> Fritzsche, JA 2006, 674 (674).

<sup>545</sup> Vgl. dazu de la Durantaye, Erklärung und Wille, 2020, S. 24 ff.

<sup>546</sup> Vgl. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Dritter Band, 1840, § 134 (S. 258); vgl. dazu de la Durantaye, Erklärung und Wille, 2020, S. 25 f. m.w.N.; vgl. a. BeckOGK/Rehberg, Stand: 01.05.2025, § 116 Rn. 170 ff.

kehrs und legt einen objektiven Maßstab an.<sup>547</sup> Danach spielt der Wille des Erklärenden keine Rolle, sodass die Erklärung auch dann gelten soll, wenn Wille und Erklärung nicht übereinstimmen.<sup>548</sup> Das BGB folgt weder der Willens- noch der Erklärungstheorie ausdrücklich.<sup>549</sup> Es handelt sich bei den §§ 116 ff. BGB vielmehr um einen Kompromiss.<sup>550</sup>

Für eine Willenserklärung, die aus dem Willen und der Erklärung besteht, ist ein innerer und äußerer, d.h. subjektiver und objektiver Tatbestand erforderlich.<sup>551</sup> Im Idealfall steht hinter dem geäußerten Verhalten der Wille hierzu.<sup>552</sup> Der innere Wille besteht aus dem Handlungswillen, dem Erklärungsbewusstsein<sup>553</sup> und dem Geschäftswillen.<sup>554</sup>

Einer Ansicht nach reicht ein äußerer Tatbestand für eine Willenserklärung bereits aus.<sup>555</sup> Dies wird damit begründet, dass die Erklärung erst eine rechtliche Konkretisierung und Bindung schaffen kann.<sup>556</sup> Aus einem Umkehrschluss zu § 105 Abs. 2 BGB, der trotz Bewusstlosigkeit von einer (nichtigen) Willenserklärung spricht, ergebe sich, dass keine subjektiven Elemente für den Tatbestand einer Willenserklärung erforderlich seien.<sup>557</sup> Dem wird entgegengehalten, dass § 107 BGB zu einer Willenserklärung eines Minderjährigen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfordert und somit zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand einer Willenserklärung unterscheidet.<sup>558</sup> Vor allem aber

547 Vgl. dazu *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 29 m.w.N.; vgl. a. BeckOGK/*Rehberg*, Stand: 01.05.2025, § 116 Rn. 173 ff. Vgl. zur sog. Geltungstheorie ebd. Rn. 174.7.

548 Vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 1 (S. 66); vgl. a. *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 29 m.w.N.

549 *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 30, 33 m.w.N.; vgl. a. *Lorenz*, S., Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 214.

550 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 1 (S. 66); vgl. a. *Schmidlin*, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S. 84.

551 Vgl. dazu *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 1 ff. (S. 48 ff.); vgl. a. *JurisPK/Illmer*, 10. Aufl. (Stand: 13.06.2023), § 116 Rn. 1.

552 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 3 (S. 50); *Jauernig/Mansel*, 19. Aufl. 2023, Vor 116 ff. Rn. 2.

553 Zum fehlenden Erklärungsbewusstsein s. unten Kapitel 4 B.I.

554 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 3 (S. 50); *JurisPK/Illmer*, 10. Aufl. (Stand: 13.06.2023), § 116 Rn. 2.

555 *Brehmer*, Wille und Erklärung, 1992, S. 60 ff.; *Kellmann*, JuS 1971, 609 (614). Vgl. zum sog. faktischen Vertrag unten B.I.1.a.

556 Vgl. *Brehmer*, Wille und Erklärung, 1992, S. 64.

557 Vgl. *Kellmann*, JuS 1971, 609 (614); a.A. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 27.

558 *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 36 (S. 372).

kann die Privatautonomie, der eine Willenserklärung dient, nur durch das Vorliegen auch eines Willens verwirklicht werden.<sup>559</sup>

Bei fehlendem Handlungswillen, d.h. dass schon die Handlung nicht als solche gewollt war, etwa bei Hypnose oder *vis absoluta*, liegt nach h.M. keine Willenserklärung vor.<sup>560</sup> Hierfür kann auf den Gedanken des § 105 Abs. 2 BGB abgestellt werden.<sup>561</sup> Fehlt der Geschäftswille, der sich auf eine bestimmte Rechtsfolge richtet, liegt trotzdem eine Willenserklärung vor, die allerdings nach § 119 Abs. 1, 2 BGB anfechtbar ist.<sup>562</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass die Willenserklärung nicht nur Selbstbestimmung, sondern auch eine Selbstverantwortung umfasst.<sup>563</sup>

Für den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung muss der Wille, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen, nach außen kundgetan werden.<sup>564</sup> Ein rein innerlicher Wille reicht nicht aus. Ein bestimmter Geschäftswille kann ausdrücklich oder konkludent durch schlüssiges Verhalten geäußert werden.<sup>565</sup> Schweigen hat grundsätzlich keine Erklärungsbedeutung.<sup>566</sup>

559 Singer, Selbstbestimmung, 1995, S. 63; Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 36 (S. 372).

560 Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 4 (S. 67); BeckOGK/Rehberg, Stand: 01.05.2025, § 119 Rn. 232; Jauernig/Mansel, 19. Aufl. 2023, Vor §§ 116 ff. Rn. 4; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, Vor §§ 116 ff. Rn. 4; vgl. a. (Nichtigkeit): MüKO/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, Vor § 116 Rn. 22; vgl. a. (für ein Abstellen auf die Handlungsfähigkeit): Staudinger/Singer (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 27; Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 39 (S. 373).

561 Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, Vor § 116 Rn. 3.

562 Jauernig/Mansel, 19. Aufl. 2023, Vor §§ 116 ff. Rn. 6; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, Vor §§ 116 ff. Rn. 6; vgl. a. JurisPK/Illmer, 10. Aufl. (Stand: 13.06.2023), § 116 Rn. 4; MüKO/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, Vor § 116 Rn. 28.

563 Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 30 Rn. 8 (S. 357); § 32 Rn. 44 (S. 374); vgl. dazu a. Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 4.8 (S. 61).

564 Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 2 (S. 48); vgl. Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, Vor § 116 Rn. 6. Vgl. zum Rechtsbindungswillen oben B.I.1.

565 Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, Vor § 116 Rn. 6 f.; JurisPK/Illmer, 10. Aufl. (Stand: 13.06.2023), § 116 Rn. 7 f. Mit dem Begriff „stillschweigende Erklärung“ wird z.T. eine konkludente Willenserklärung gemeint, wobei auf ein konkludentes bzw. schlüssiges Verhalten abgestellt wird, es kann jedoch auch eine Erklärung aus ergänzender Auslegung oder bloßes Schweigen gemeint sein, vgl. Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 333 (S. 147). Im Folgenden soll unter den Begriffen „stillschweigend“ oder „konkludent“ eine Erklärung verstanden werden, bei der sich aus dem Verhalten ein Annahmewille ergibt, während Schweigen das bloße Nichtstun meint.

566 Vgl. Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, Vor §§ 116 ff. Rn. 2; Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, Vor § 116 Rn. 8; JurisPK/Illmer, 10. Aufl. (Stand: 13.06.2023), § 116 Rn. 9. Vgl. zum Schweigen unten Kapitel 4 B.III.1.

## 2 Auslegung

Die Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB gelten auch für die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, nicht nur für die Ermittlung des Inhalts einer Willenserklärung.<sup>567</sup> Bei tatsächlicher Willensübereinstimmung der Parteien ist nach der Regelung der *falsa demonstratio non nocet* eine abweichende Bezeichnung unbeachtlich.<sup>568</sup> Liegt keine gemeinsame Vorstellung der Parteien vor, wird auf das objektive Verständnis von der Erklärung abgestellt (sog. normativer Konsens).<sup>569</sup> Nach §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der wirkliche Wille der Erklärenden zu erfordern, indem ausgehend vom Wortlaut die Erklärungen so auszulegen sind, „wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste“<sup>570</sup>.<sup>571</sup> Auch das nachvertragliche Verhalten kann für die Auslegung eine Rolle spielen, wenn sich daraus ergibt, dass der gemeinsame Wille auch bei Vertragsschluss in diese Richtung ging.<sup>572</sup> Nach § 305c Abs. 2 BGB gehen bei der Auslegung von AGB Zweifel zu Lasten des Verwenders. Umfassende Auslegungsmaximen finden sich im BGB jedoch nicht.<sup>573</sup>

Dadurch, dass § 151 S. 1 BGB auf eine Erklärung dem Antragenden gegenüber verzichtet, kann bei der Auslegung nicht auf den Empfängerhorizont abgestellt werden.<sup>574</sup> Die h.M. stellt darauf ab, „ob vom Stand-

<sup>567</sup> Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, § 157 Rn. 2; vgl. BGH, Urt. v. 03.02.1967, VI ZR 114/65, BGHZ 47, 75, NJW 1967, 673 (673 f.); vgl. a. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 146 u. *Kellmann*, JuS 1971, 609 (609) (zum Vorliegen einer Willenserklärung).

<sup>568</sup> *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 49 f.; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 135; *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 72 (S. 456); BGH, Urt. v. 07.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038 (1039); BGH, Urt. v. 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 (1659 Rn. 12); RG, Urt. v. 08.06.1920, II 549/19, RGZ 99, 147 (148).

<sup>569</sup> *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 73 (S. 456); *Lorenz*, S., Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 237; vgl. a. BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 9, Stand: 01.02.2018, § 155 Rn. 15; *Kramer*, in: Heldrich/Prölls/Koller/et al., FS Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, 2007, S. 665 (669).

<sup>570</sup> BGH, Urt. v. 16.10.2012, X ZR 37/12, BGHZ 195, 126, NJW 2013, 598 (599 Rn. 18).

<sup>571</sup> Vgl. a. BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.10.2020, § 133 Rn. 41.

<sup>572</sup> BGH, VUrt. v. 07.12.2006, VII ZR 166/05, NJW-RR 2007, 529 (529 f. Rn. 18); vgl. a. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 138 m. Fn. 18.

<sup>573</sup> Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 143. Vgl. noch § 2084 BGB.

<sup>574</sup> BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656).

*punkt eines unbeteiligten objektiven Dritten aus das Verhalten des Angebotsempfängers aufgrund aller äußeren Indizien auf einen "wirklichen Annahmewillen" (§ 133 BGB) schließen lässt*<sup>575</sup>. Es muss ein Verhalten vorliegen, aus dem sich der Annahmewille unzweideutig ergibt.<sup>576</sup> Hieran wird kritisiert, dass aufgrund der objektiven Beurteilung ein ermittelter Annahmewille nur fingiert werde und daher auch im Fall des § 151 S. 1 BGB eine objektive Erklärung ausreiche.<sup>577</sup> Zudem gebe es keinen objektiven Beobachter, sodass es auf die Sicht des Richters auf das Tatsachenmaterial ankomme.<sup>578</sup> Das Abstellen auf einen objektiven Dritten kann jedoch mit dem Fehlen eines Empfänger(-horizont)s begründet werden.<sup>579</sup> Auch bei einer Annahme nach § 151 S. 1 BGB können zur Auslegung Umständen nach Abgabe der Erklärung dann herangezogen werden, soweit sie Aufschluss über den Willen des Annehmenden im Zeitpunkt der Erklärung geben.<sup>580</sup>

### 3 Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Früher war strittig, ob für die Wirksamkeit einer Willenserklärung die Erklärung ausreiche (Äußerungstheorie), der Erklärungsempfänger die

<sup>575</sup> BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415); vgl. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 15; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 5; BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 3; MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 9; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 151 Rn. 2; a.A. (für ein Abstellen auf den wirklichen Willen): Eckhardt, BB 1996, 1945 (1948).

<sup>576</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38); BGH, Urt. v. 21.10.2004, III ZR 380/03, BGHZ 160, 393, NJW 2004, 3699 (3699); BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 3; MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 9; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 151 Rn. 2; Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl. 2025, § 151 Rn. 2; a.A. (gegen das Erfordernis eines unzweideutigen Rückschlusses): Eckhardt, BB 1996, 1945 (1948). Kritisch für den Fall vorteilhafter Geschäfte: von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 225.

<sup>577</sup> Repgen, 114 SZGerm (1997), 73 (90 Fn. 66).

<sup>578</sup> Lange, WM 1999, 1301 (1303); Eckhardt, BB 1996, 1945 (1948).

<sup>579</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656).

<sup>580</sup> Vgl. Eckhardt, BB 1996, 1945 (1949); vgl. BGH, Urt. v. 14.02.1995, XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281 (1282) („wie das spätere Verhalten der Kl. bestätigt“); vgl. a. OLG Koblenz, Urt. v. 21.11.2002, 5 U 1035/02, NJW 2003, 758 (759) („wobei es [...] nahe liegt, auch Umstände zu berücksichtigen, die zeitlich nach der Willensbetätigung [...] liegen“); vgl. a. Lange, WM 1999, 1301 (1304); zweifelnd: JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 10; a.A. v. Randow, ZIP 1995, 445 (448 Fn. 26).

Erklärung wahrnehmen müsse (Vernehmungstheorie), die Versendung oder Übergabe an den Boten ausreiche (Übermittlungstheorie) oder der Zugang der Erklärung erforderlich sei (Empfangstheorie).<sup>581</sup> Die Empfangstheorie wurde in § 130 Abs. 1 S. 1 BGB übernommen.<sup>582</sup> Neben dem Zugang ist zunächst erforderlich, dass die empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben wird, d.h. „mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt und der Erklärende damit rechnen konnte und gerechnet hat, sie werde (auf welchem Wege auch immer) den Erklärungsgegner erreichen“<sup>583</sup>. Zugang meint, dass „die Willenserklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass er unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann“<sup>584</sup>. Tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger ist für den Zugang nicht erforderlich.<sup>585</sup> Bei elektronischer Kommunikation kann davon ausgegangen werden, dass das Bereitstellen auf dem Server des Providers für das Gelangen in den Machtbereich ausreicht und somit Zugang vorliegt, wenn mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann.<sup>586</sup>

Eine Ausnahme vom Zugangserfordernis besteht im Fall des § 151 S. 1 BGB. Danach kommt der Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat, § 151 S. 1 BGB. § 151 BGB dient der Erleichterung und Beschleunigung des Geschäftsverkehrs, indem der Vertragsschluss vorverlegt wird.<sup>587</sup> Dies kann für den Antragenden oder für den Annehmenden vorteilhaft sein.<sup>588</sup>

<sup>581</sup> Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 71 ff.; vgl. dazu Staudinger/Singer/Benedict (2021), § 130 Rn. 2 ff.

<sup>582</sup> Vgl. dazu Mot. I, S. 157.

<sup>583</sup> BGH, Urt. v. 11.05.1979, V ZR 177/77, NJW 1979, 2032 (2033).

<sup>584</sup> BeckOGK/Gomille, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 48 m.w.N.; vgl. a. RG, Urt. v. 25.10.1917, VI 367/17, RGZ 91, 60 (62 f.).

<sup>585</sup> RG, Urt. v. 25.10.1917, VI 367/17, RGZ 91, 60 (63).

<sup>586</sup> Vgl. dazu Zehentner, Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce, 2004, S. 111 ff. m.w.N.; zum Zugang von Mails in einem Spamordner: Wertenbruch, JuS 2020, 481 (484).

<sup>587</sup> Vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 1; BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 4; BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 1.

<sup>588</sup> Vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 1; vgl. a. Bydliński, P., JuS 1988, 36 (37); Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 23 (S. 114).



Bei einer Annahme durch Erfüllungshandlung erwirbt der Annehmende mit der Erfüllungshandlung die Rechte aus dem Vertrag, was vor allem beim Versandungskauf eine Rolle spielt.<sup>589</sup> Dort kommt statt durch Empfang der Ware der Vertrag nach § 151 S. 1 BGB bereits mit Absendung der Vertrag zustande, sodass es auch zum Gefahrübergang nach § 447 BGB kommt.<sup>590</sup> Bei Aneignungs- und Gebrauchshandlungen kann dagegen der Anbietende begünstigt werden, da ein Eigentumseingriff zum Vertragsschluss und einer vertraglichen Bindung des Annehmenden führt.<sup>591</sup> Für den Antragenden birgt die Annahme nach § 151 S. 1 BGB jedoch zunächst die Unsicherheit, ob ein Vertrag zustande gekommen ist,<sup>592</sup> sodass ein konkludenter Verzicht auf den Zugang nur zurückhaltend angenommen werden kann und § 151 S. 1 BGB vor allem bei wirtschaftlich bedeutsamen Verträgen daher eher nicht anzunehmen ist.<sup>593</sup>

Nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wird eine Willenserklärung nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.<sup>594</sup> Nach § 145 BGB ist der Antragende an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Dies bedeutet, dass ein Angebot nach Zugang nicht mehr zurückgenommen werden kann.<sup>595</sup> Ein Angebot erlischt, wenn es abgelehnt oder nicht rechtzeitig angenommen wird, § 146 BGB, etwa innerhalb einer vom Antragenden gesetzten Frist (§ 148 BGB) oder bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten kann (§ 147 Abs. 2 BGB).<sup>596</sup>

<sup>589</sup> MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 18; Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 23 (S. 114).

<sup>590</sup> BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 18; BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 4, Rn. 23; Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 36 (S. 447); MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 35.II.3 (S. 657).

<sup>591</sup> MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 4; Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 180.

<sup>592</sup> MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 2; Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 24 (S. 114). Zudem bestehen insofern Beweisschwierigkeiten, vgl. Bydlinski, P, JBl 1983, 169 (172).

<sup>593</sup> MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 2; vgl. a. Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 26 Rn. 384 (S. 168); OLG Köln, Urt. v. 29.11.1989, 13 U 155/89, NJW 1990, 1051 (1051).

<sup>594</sup> Der Begriff des Widerrufs ist hier insofern ungenau, als er auch bezüglich wirksam gewordener Willenserklärungen verwendet wird, vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 319 f.

<sup>595</sup> Vgl. dazu BeckOGK/Möslein, Stand: 01.05.2019, § 145 Rn. 116 ff.; vgl. ausführlich Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 349 ff.

<sup>596</sup> Vgl. aber § 153 BGB.

## 4 Vertragsschluss im Internet

Trotz Verschiebung der Vertragsschlüsse hin zu Massenverträgen wurden die BGB-Regelungen auch bei Einsatz von modernen Kommunikationsmitteln nicht geändert.<sup>597</sup> Das Zustandekommen eines Vertrages richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB.<sup>598</sup> Bei Bestellungen auf Websites kommt der Vertrag meist nach einer *invitatio ad offerendum* durch den Verkäufer durch die Annahme eines Angebots des Kunden zustande.<sup>599</sup> Für den Fall, dass die Bestellung über eine Schaltfläche erfolgt, sieht § 312j Abs. 3 BGB vor, dass diese gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist.<sup>600</sup> Nach § 312i Abs. 1 BGB muss der Unternehmer dem Kunden eine Korrekturmöglichkeit für Eingabefehler bereitstellen (Nr. 1), die Informationspflichten nach Art. 246c EGBGB einhalten (Nr. 2), den Zugang der Bestellung des Kunden unverzüglich bestätigen (Nr. 3) und die Möglichkeit verschaffen, die Vertragsbestimmungen abzurufen und zu speichern (Nr. 4).<sup>601</sup> Die Bestellbestätigung nach § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB muss eindeutig formuliert sein, damit sie nicht bereits als Annahmeerklärung auszulegen ist.<sup>602</sup> Bei einer Internetversteigerung kann unter Berücksichtigung der AGB der Versteigerungsplattform das Angebot in der Freischaltung des Artikels und die Annahme im Höchstgebot gesehen werden.<sup>603</sup>

<sup>597</sup> Vgl. *Schmidt, J.*, Der Vertragsschluss, 2013, S. 31 f.; *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasilas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (105).

<sup>598</sup> BGH, Urt. v. 16.10.2012, X ZR 37/12, BGHZ 195, 126, NJW 2013, 598 (599 Rn. 13).

<sup>599</sup> Vgl. *Wagner*, Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet, 2010, S. 53 ff.; vgl. a. *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, 2005, S. 78 f.

<sup>600</sup> Vgl. dazu unten Kapitel 4 B.IV.1.a.

<sup>601</sup> Vgl. dazu *Wagner*, Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet, 2010, S. 71 f.

<sup>602</sup> Vgl. BeckOGK/*Busch*, Stand: 15.03.2025, § 312i Rn. 25, 27 ff.; vgl. a. BGH, Urt. v. 16.10.2012, X ZR 37/12, BGHZ 195, 126, NJW 2013, 598 (599 Rn. 19 f.).

<sup>603</sup> BGH, Urt. v. 24.08.2016, VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331, NJW 2017, 468 (469 Rn. 20, 24); vgl. dazu *Fritzsche*, JA 2006, 674 (680); vgl. dazu a. *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasilas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (127). Eine Anwendung des § 156 BGB scheidet mangels Zuschlags aus, vgl. BGH, Urt. v. 07.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, NJW 2002, 363 (364), vielmehr kommt der Vertrag durch Zeitablauf zustande, vgl. BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.02.2018, § 156 Rn. 14.

## II Französisches Recht

### 1 Angebot und Annahme

Eine vertiefte Lehre von Willenserklärungen besteht im französischen Recht nicht.<sup>604</sup> Während im Code civil aus dem Jahr 1804 der Austausch der Erklärungen noch nicht geregelt war, findet sich dies nun in Art. 1113–1121 Code civil.<sup>605</sup> Art. 1113 Code civil lautet: „*Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur*“. Somit ist im französischen Recht der Vertragsschluss durch Angebot und Annahme ausdrücklich vorgesehen, bei dem der Vertrag sowohl ausdrücklich (*expresse*) als auch durch eindeutiges Verhalten (*tacite*) zustande kommen kann.<sup>606</sup>

Das Angebot ist bereits die Zustimmung des Anbietenden und muss daher bestimmt genug sein.<sup>607</sup> Dies ergibt sich aus Art. 1114(1) Code civil: „*L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation*“.

Nach Art. 1118(1) Code civil ist eine Annahme „*la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre*“<sup>608</sup>. Eine still-

**604** Vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 206 (S. 269). Vgl. zum *acte juridique* Art. 1100–1 Code civil.

**605** Vgl. dazu *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 162 (S. 181).

**606** Vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 290 (S. 272), Rn. 298 (S. 277); *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 410 (S. 343), Rn. 440 f. (S. 361); *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 77 (S. 87), Rn. 81 (S. 90); *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 72 (S. 76), Rn. 78 (S. 80); *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 214 (S. 279), Rn. 234 (S. 305). Vgl. a. zum *offre expresse* und *offre tacite*: *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 214 (S. 279 f.); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 283 f. m.w.N. sowie zur *acceptation expresse* u. *acceptation tacite*: *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 234 (S. 305 f.); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 502 f.

**607** Vgl. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 75 (S. 78).

**608** Es gibt einzelne Ähnlichkeiten zwischen einem Rechtsgeschäft im deutschen Recht und einem *acte juridique* sowie der Willenserklärung und einer *manifestation de volonté*, auch wenn sie jeweils nicht vollständig übereinstimmen, vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 97 f.

schweigende Annahme kann vorliegen, wenn der Angebotsempfänger durch sein Verhalten seine Absicht zum Vertragsschluss ausdrückt.<sup>609</sup> Dies kann durch den Beginn mit der Ausführung des Vertrages erfolgen.<sup>610</sup> Nach Art. 1120 Code civil stellt Schweigen grundsätzlich keine Annahme dar.<sup>611</sup>

Die Einteilung des Vertragsschlusses in Angebot und Annahme wird teilweise als überholt angesehen, da sie z.B. nicht ermöglicht, die Gespräche während der Verhandlungsphase abzubilden.<sup>612</sup> Die Aufteilung in Angebot und Annahme kann jedoch zur Prüfung des Vertragsschlusses nützlich sein.<sup>613</sup>

## 2 Auslegung

„Contracter, c'est vouloir“<sup>614</sup>. Grundsätzlich ist im französischen Recht wegen der Vertragsfreiheit auf den Willen der Parteien abzustellen.<sup>615</sup> Nach Art. 1192 Code civil erfolgt nur eine Auslegung, wenn kein eindeutiger Vertragswortlaut vorliegt: „*On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation*“.<sup>616</sup> Nach Art. 1188 Code civil wird auf den übereinstimmenden Parteiwillen und, wenn dieser nicht erkennbar ist, auf die Auslegung aus Sicht einer vernünftigen Person abgestellt: „*Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation*“.<sup>617</sup> Wenn daher die Parteien ein Wort übereinstimmend anders verstanden haben als sie es benannt haben, ist auf die gemeinsame Intention der

<sup>609</sup> *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 441 (S. 361).

<sup>610</sup> *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 441 (S. 361).

<sup>611</sup> Vgl. dazu unten Kapitel 4 B.III.2.

<sup>612</sup> Vgl. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 76 (S. 86). Vgl. aber zur Auslegung unten 2.

<sup>613</sup> *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 76 (S. 86).

<sup>614</sup> *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 147 (S. 166).

<sup>615</sup> *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 279 (S. 73).

<sup>616</sup> Vgl. dazu *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 279 (S. 73).

<sup>617</sup> Vgl. dazu *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 791 (S. 657); *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 140; *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 280 f. (S. 73); *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496 (503).

Parteien abzustellen.<sup>618</sup> Umgekehrt geht der erklärte Wille vor, wenn ein Abweichen vom wirklichen Willen nicht nachgewiesen werden kann.<sup>619</sup> Bei der Auslegung ist zudem auf den Zusammenhang des Vertrages zu achten, Art. 1189 Code civil.

Nach Art. 1190 Code civil wird ein Individualvertrag (*contrat de gré à gré*) im Zweifel zulasten des Gläubigers, ein Formularvertrag (*contrat d'adhésion*) zulasten des Verwenders ausgelegt: „*Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé*“.<sup>620</sup> Darüber hinaus stellt Art. L. 211–1(2) Code de la consommation auf eine Auslegung zugunsten des Verbrauchers ab. Nach Art. 1191 Code civil ist derjenigen Bedeutung der Vorrang zu geben, nach der der Vertrag wirksam ist.

Die Gerichte können auch das Verhalten der Vertragspartner, auch nach Vertragsschluss, oder die Vertragspraxis zur Feststellung des gemeinsamen Willens der Parteien berücksichtigen.<sup>621</sup>

Somit besteht eine grundsätzlich subjektive Auslegung, auch wenn sich objektive Elemente bei der Auslegung finden, vgl. Art. 1188 Code civil.<sup>622</sup>

### 3 Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Die Frage des Erfordernisses des Zugangs der Annahmeerklärung wird im französischen Recht beim Zeitpunkt des Vertragsschlusses diskutiert.<sup>623</sup> Im französischen Recht besteht keine so tiefgehende Diskussion über die Kommunikation der Annahme.<sup>624</sup> Bisher war die Rechtsprechung zur Frage, ob Zugang der Annahme erforderlich ist, uneinheit-

<sup>618</sup> Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 501.

<sup>619</sup> Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 147 (S. 168).

<sup>620</sup> Vgl. dazu Babusiaux/Witz, JZ 2017, 496 (503).

<sup>621</sup> Vgl. Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 790 (S. 657); Cass. civ. 1e, 13.12.1988, n° 86–19.068, Bull. civ., 1988, I, n° 352, S. 239.

<sup>622</sup> Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 172; vgl. a. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 140.

<sup>623</sup> Vgl. dazu BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 7; Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 490 f.

<sup>624</sup> Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 490; vgl. schon Bonassies, in: Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, 1968, B-7, S. 1314 (1314).

lich, die *Cour de cassation* sah den Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Vertrages oft als Tatsachenfrage an, die im Ermessen der unterinstanzlichen Gerichte liegt.<sup>625</sup> Auch für das Erfordernis eines Zugangs findet sich Rechtsprechung.<sup>626</sup> Auf den Zugang stellt seit der Reform 2016 auch Art. 1121 Code civil ab und sorgt damit für Rechtsklarheit: „*Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue*“. Der Vertrag kommt daher mit dem Zugang der Annahme beim Anbietenden zustande.<sup>627</sup> Der Anbietende muss in der Lage sein, die Annahme wahrzunehmen.<sup>628</sup> Es reicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme von der Annahmeerklärung.<sup>629</sup> Tatsächliche Kenntnisnahme ist für den Zugang nicht erforderlich.<sup>630</sup> Ausnahmen vom Zustandekommen des Vertrages durch den Zugang der Annahmeerklärung sind formelle Verträge (*contrats solennels*) und Realverträge (*contrats réels*), bei denen das Datum der Erledigung der Formalitäten oder die Lieferung der Sache für den Vertragsabschluss entscheidend sind.<sup>631</sup> Der Anbietende kann auch auf den Zugang der Annahme verzichten bzw. die Parteien können die Entbehrlichkeit vereinbaren.<sup>632</sup> Zusätzlich wird im Code civil der Ort des Vertragsschlusses klargestellt, Art. 1121 Code civil.<sup>633</sup>

**625** *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 260; vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II-4:205 Note II.9 (S. 317); vgl. a. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 453 (S. 369 f.); vgl. a. *Christandl*, Art. 2:205, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 323 (324 f. Rn. 3); *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1699); vgl. a. Cass. civ. 1e, 21.12.1960, D 1961.I.417, Bull. civ. n° 558.

**626** *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 260; vgl. a. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 37; Cass. civ. 3e, 16.06.2011, n° 09–72.679, Bull. civ., 2011, III, n° 103.

**627** Vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 453 (S. 369); vgl. a. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 83 (S. 91 f.).

**628** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 244 (S. 314).

**629** Vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 253 (S. 323 f.).

**630** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 253 (S. 323).

**631** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 454 (S. 370 f.).

**632** *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 226 (S. 248).

**633** Vgl. dazu Kötz/*Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle*, Droit européen des contrats, 2020, Rn. 48 (S. 38); vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 248 (S. 317), Rn. 253 (S. 323).

Bis zum Zugang des Angebots kann dieses nach Art. 1115 Code civil frei widerrufen werden: „*Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.*“<sup>634</sup> Nach Art. 1118(2) Code civil kann die Annahme widerrufen werden, solange sie den Anbietenden noch nicht erreicht hat, wenn der Widerruf den Anbietenden vor der Annahme erreicht: „*Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation*“.<sup>635</sup> Nach Zugang kann gemäß Art. 1116(1) Code civil ein Widerruf des Angebots nicht vor Ablauf einer von ihm bestimmten, ansonsten einer angemessenen Frist erfolgen: „*Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.*“<sup>636</sup> Ein Widerruf innerhalb dieser Frist verhindert zwar einen Vertragsschluss (Art. 1116(2) Code civil), führt allerdings auch zu einer Schadensersatzhaftung (Art. 1116(3) Code civil). Das Angebot erlischt nach Ablauf einer vom Anbietenden gesetzten Frist oder einer angemessenen Frist, Art. 1117(1) Code civil.<sup>637</sup>

## 4 Vertragsschluss im Internet

Art. 1125 Code civil zeigt, dass ein Vertrag elektronisch geschlossen werden kann: „*La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services*“. Anschließend werden die bereitzustellenden Informationen geregelt (Art. 1126 und 1127 Code civil). Art. 1127-1 Code civil sieht für einen auf elektronischem Weg geschlossenen Vertrag vor, dass Informationen über die Schritte für den Vertragsschluss (1°), die techni-

<sup>634</sup> Vgl. dazu *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 220 (S. 285 f.); vgl. a. rvgl. *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1698).

<sup>635</sup> Vgl. dazu *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 240 (S. 311).

<sup>636</sup> Vgl. dazu *Christandl*, Art. 2:202, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 301 (307 Rn. 8). Aus einem Umkehrschluss zu Art. 1115 Code civil ergibt sich, dass das Angebot nach Zugang nicht mehr frei widerruflich ist, vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 221 (S. 286). Vgl. zu einer Bedenkzeit (*délai de réflexion*) i.S.d. Art. 1122 Code civil, vor dessen Ablauf die Annahme nicht erfolgen kann: *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 103 (S. 107).

<sup>637</sup> Vgl. a. Art. 1117(2) Code civil.

schen Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern (2°), die verfügbaren Sprachen (3°), die Verfügbarkeit des Vertragstextes (4°) und der einschlägigen Berufs- und Handelsregeln (5°) dem Vertragspartner zur Verfügung gestellt werden müssen. Nach Art. 1127–2 Code civil muss der Eingang der Bestellung bestätigt werden und die Bestellung, die Annahmestätigung sowie Empfangsbestätigung gelten als zugegangen, wenn Zugriff darauf besteht: „*Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.*“ Erfolgt der Vertragsschluss mit einem Verbraucher über eine Schaltfläche, muss diese gemäß Art. L. 221–14(2) Code de la consommation den klaren und lesbaren Hinweis „Bestellung mit Zahlungsverpflichtung“ (*commande avec obligation de paiement*) enthalten oder eine ähnliche, eindeutige Formulierung, die darauf hinweist, dass die Bestellung zahlungspflichtig ist.<sup>638</sup>

### III Common Law

#### 1 Angebot und Annahme

Die Einigung (*agreement*) besteht grundsätzlich aus einem Angebot (*offer*) und einer Annahme (*acceptance*).<sup>639</sup> Es ist jedoch anerkannt, dass dieser Mechanismus nicht auf alle praktischen Fälle passt.<sup>640</sup> Ein Angebot (*offer*) ist “*an expression of willingness to contract on specified terms, made with the intention that it is to become binding as soon as it is accep-*

<sup>638</sup> Dazu unten Kapitel 4 B.IV.2.a.

<sup>639</sup> Vgl. dazu Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 95 m.w.N.; vgl. Adams v. Lindsell [1818] EWHC K.B. J59, (1818) 1 B & Ald 681, 106 ER 250.

<sup>640</sup> Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 95 f.



ted by the person to whom it is addressed"<sup>641</sup>. Eine Annahme wird in der Literatur definiert als „a final and unqualified expression of assent, whether by words or conduct, to the terms of an offer“<sup>642</sup>. Der Anbietende als master of the offer kann die Art der Annahme bestimmen, mithin ob die Annahme durch ein Gegenversprechen oder eine Handlung erfolgen soll.<sup>643</sup> Angebot und Annahme müssen sich decken (mirror image rule).<sup>644</sup> Bei unilateral contracts, kann die Annahme durch Vornahme der entsprechenden Handlung erfolgen.<sup>645</sup> Allerdings kann auch ein bilateral contract durch eine konkludente Annahme zustande kommen.<sup>646</sup> Schweigen ist dagegen grundsätzlich keine Annahme.<sup>647</sup>

**641** Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–002 (S.10); vgl. a. Beatson/Burrows/Cartwright, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 35. Vgl. für die USA: § 24 Restatement (Second) of Contracts, vgl. dazu a. Solan, 83(1) Notre Dame L. Rev. (2007) 353 (398); vgl. a. Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 682; Klass, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 63). Die Begriffe Rechtsgeschäft oder Willenserklärung tauchen im englischen Recht nicht auf, vgl. dazu Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 98; von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:102 Note II.9 (S. 128).

**642** Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–032 (S. 334); vgl. a. McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 81. Vgl. für die USA: § 50 Restatement (Second) of Contracts, vgl. dazu Klass, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 64).

**643** Vgl. Beatson/Burrows/Cartwright, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 53; für die USA: Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 683; Klass, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 63 f.); vgl. a. §§ 30(2), 32 Restatement (Second) of Contracts; vgl. a. Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 35.

**644** Beatson/Burrows/Cartwright, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 42; für die USA: Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 36. Vgl. a. Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 682 f.; vgl. a. § 2–207(1) UCC.

**645** Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–103 (S. 371); vgl. Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company [1892] EWCA Civ 1, [1893] 1 Q.B. 256 (CA).

**646** Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–035 (S. 336); Beatson/Burrows/Cartwright, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 33; vgl. Brogden v. Metropolitan Railway Co. (1877) 2 AppCas 666 (666).

**647** Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–088 (S. 360); Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–044 (S. 33); McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 103; Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 526 m.w.N.; Graf von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 50. Vgl. für die USA: § 69 Restatement (Second) Contracts. Dazu unten Kapitel 4 B.III.3.

## 2 Auslegung

Die Grundsätze der Auslegung sind ähnlich wie im deutschen Recht.<sup>648</sup> Bei der Auslegung wird im englischen Recht darauf abgestellt, ob eine vernünftige Person von einer Zustimmung ausgehen würde.<sup>649</sup> Die Feststellung, ob eine Einigung (*agreement*) vorliegt, wird objektiv vorgenommen (*objective test*)<sup>650</sup>, auch wenn oft von einem *meeting of the minds* gesprochen wird.<sup>651</sup> Wenn der Empfänger allerdings erkannt hat, dass der andere keine vertragliche Bindung wollte, kommt der fragliche Vertrag nicht zustande.<sup>652</sup>

Verhandlungen vor Vertragsschluss sind bei der Auslegung zumindest grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (*exclusionary rule*), außer wenn z.B. die Kenntnis eines bestimmten Umstands nachgewiesen werden soll oder die Parteien eine ungewöhnliche Bedeutung eines Wortes gelten lassen wollten.<sup>653</sup> Nachvertragliche Umstände können ebenfalls nicht bei der Auslegung berücksichtigt werden.<sup>654</sup>

<sup>648</sup> Ostendorf, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 69 (S. 27).

<sup>649</sup> Peel, Treitel – *The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 1–002 (S. 1); vgl. *Smith v. Hughes* [1871] L.R. 6 Q.B. 597 (607). Vgl. zum Bezugspunkt der objektiven Auslegung (Erklärender, Erklärungsempfänger oder objektiver Dritter): *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 38.

<sup>650</sup> *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–002 (S. 318); vgl. Peel, Treitel – *The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 1–002 (S. 1); vgl. *Carter/Furmston*, in: Furmston, *The Future of the Law of Contract*, 2020, S. 71 (78); für die USA vgl. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 56 (S. 64 f.); vgl. a. § 3 Restatement (Second) of Contracts.

<sup>651</sup> Vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 681.

<sup>652</sup> Peel, Treitel – *The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 1–002 (S. 1), Rn. 2–003 (S. 10); vgl. a. *Solan*, 83(1) *Notre Dame L. Rev.* (2007), 353 (364). Vgl. zur Problematik der aufgrund von Fahrlässigkeit fehlenden Kenntnis: *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–005 (S. 321). Vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 691.

<sup>653</sup> Vgl. *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Houses Ltd.* [2009] 3 W.L.R. 267 (282 f. Rn. 41 ff.); Ostendorf, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 72 (S. 28) m.w.N.; *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 138; vgl. a. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 151 f.

<sup>654</sup> *James Miller & Partners Ltd. v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd.* [1970] A.C. 583 (603); dazu rvgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 138 Fn. 18; *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 152 f.; vgl. a. *Vogenaue*, Art. 5:102, in: *Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 765 (767 Rn. 3).

Eine Haftungsbeschränkung ist im Zweifel gegen den Verwender auszulegen.<sup>655</sup> Sec. 69(1) Consumer Rights Act 2015 stellt auf eine Auslegung zugunsten des Verbrauchers ab. Kann eine Vertragsbestimmung mehrere Bedeutungen haben, ist sie zugunsten der Wirksamkeit des Vertrages auszulegen.<sup>656</sup> Nach der *parole evidence rule* ist bei schriftlichen Verträgen jeder Beweis für das Zustandekommen aus einer zusätzlichen Vereinbarung ausgeschlossen, allerdings wendet die englische Rechtsprechung diese Regel kaum noch an.<sup>657</sup> Es kann auch ein Antrag auf Berichtigung des schriftlichen Vertrages gestellt werden, wenn vorgebracht wird, dass der wirkliche, dokumentierte Parteiwille hiervon abweicht (*rectification*).<sup>658</sup> Insofern ist ein ähnlicher Grundsatz wie die *falsa demonstratio* auch im englischen Recht zu finden, wenn auch nicht im Rahmen der Auslegung.<sup>659</sup>

### 3 Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Wie im französischen Recht wird auch im englischen Recht die Frage der Kommunikation eher bei der Frage nach dem Zeitpunkt des

<sup>655</sup> Vgl. *Krishnan*, in: Furmston, *The Future of the Law of Contract*, 2020, S. 160 (165) m.w.N.; dazu rvgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 145 f. m. Fn. 45. Vgl. für die USA zur Auslegung von Vertragsklauseln gegen den Verwender: § 206 Restatement (Second) of Contracts; vgl. a. § 4(b) Restatement of the Law, *Consumer Contracts* (2024).

<sup>656</sup> *Langston v. Langston* [1834] 5 E.R. 908 (925); dazu rvgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 143 f. Fn. 35. Vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 691; § 203(a) Restatement (Second) of Contracts.

<sup>657</sup> *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 139; vgl. a. *Unberath*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, *Handwörterbuch Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, 2009, „Vertrag“ (S. 1679); vgl. a. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 150 f. Vgl. für die USA: *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 689 f.

<sup>658</sup> *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–061 (S. 379); vgl. *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 278 f.; *Beale*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 5–057 (S. 504 f.); *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 72 (S. 28), Rn. 76 (S. 30).

<sup>659</sup> *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 135; vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 503; vgl. a. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 153 f.

Vertragsschlusses diskutiert.<sup>660</sup> Ein Angebot muss zugehen.<sup>661</sup> Die Annahme muss grundsätzlich gegenüber dem anderen Teil kommuniziert werden (*communication*).<sup>662</sup> Für eine *communication* muss die Annahme zur Kenntnis des Anbietenden gebracht werden (*brought to the notice of the offeror*).<sup>663</sup> Da teilweise die tatsächliche Kenntnis einer Nachricht vom Erklärenden nicht festgestellt werden kann, kann für eine *communication* ausreichen, dass ein Annahmeschreiben beim Anbietenden hinterlegt wurde.<sup>664</sup> Eine Ausnahme von der Grundregel, dass die Annahme gegenüber dem Anbietenden kommuniziert werden muss, besteht, wenn der Anbietende auf die Kommunikation der Annahme ausdrücklich oder konkludent verzichtet.<sup>665</sup> Der Verzicht auf die *communication* der Annahmeerklärung ist mit § 151 S. 1 BGB vergleichbar.<sup>666</sup> Auch hier wird nicht auf die Annahme, sondern nur die *communication* verzichtet, da sonst der Anbietende den Angebotsempfänger auch gegen dessen Willen an einen Vertrag binden könnte.<sup>667</sup> Eine *communication* ist auch dann nicht erforderlich, wenn es sich um einen *unilateral contract* handelt oder die sog. *postal rule* Anwendung findet.<sup>668</sup> Nach der *postal rule* (oder *mailbox rule*) ist für das Wirksamwerden der Annahme auf das Einwerfen in den Postbriefkasten abzu-

**660** Vgl. *Entores Ltd. v. Miles Far East Corp.* [1955] 2 Q.B. 327 (327 f., 332) (auch zum Ort des Vertragsschlusses); vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 492.

**661** Vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–015 (S. 17).

**662** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–056 (S. 347); *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 98; *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 49; *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 492 f. m.w.N.

**663** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–057 (S. 348).

**664** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–057 (S. 348); vgl. (zu einer Telex-Nachricht): *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 100.

**665** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–059 (S. 348) m.w.N.; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 257.

**666** *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 8 (S. 13).

**667** *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 218.

**668** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–060 (S. 349), Rn. 4–065 (S. 350) jew. m.w.N.; vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 626 ff. Vgl. für die USA: *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 35.

stellen.<sup>669</sup> Ein Vertrag kommt nach der *postal rule* auch zustande, wenn die Annahme auf dem Transportweg verloren geht.<sup>670</sup> Die Regel gilt nur für die Annahme, sodass Angebote, Gegenangebote, der Widerruf von Angeboten etc. zugehen müssen.<sup>671</sup> Durch die *postal rule* wird das Widerrufsrecht (*power to revoke*) des Anbietenden beschränkt, weil das Angebot nicht mehr widerrufen werden kann, sobald die Annahme abgeschickt wurde, da in diesem Zeitpunkt bereits der Vertrag geschlossen wurde.<sup>672</sup> Die *postal rule* wird nur angewendet, wenn eine Versendung per Post sachgerecht ist, z.B. wenn das Angebot per Post gesendet wurde oder bei Distanzgeschäften.<sup>673</sup> Im Angebot kann die *postal rule* ausgeschlossen werden.<sup>674</sup> Eine Annahme per Email wird mit dem Zugang beim Anbietenden wirksam, also mit dem Erhalt der Email, spätestens nach Ablauf einer angemessenen Frist.<sup>675</sup> Bei Verträgen über das Internet ist der Zugang der Annahme für den Vertragsschluss erforderlich.<sup>676</sup>

**669** Adams v. Lindsell [1818] EWHC K.B. J59, (1818) 1 B & Ald 681, 106 ER 250 (251); Entores Ltd. v. Miles Far East Corp. [1955] 2 Q.B. 327 (332); vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–065 (S. 350); *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 106. Vgl. für die USA a. § 63 Restatement (Second) of Contracts. Zur Anwendung bei privaten Beförderungsdiensten: vgl. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 70 f.

**670** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–073 f. (S. 353 f.). Im Einzelnen bestehen hier Unklarheiten, vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 263; vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–076 f. (S. 354 f.).

**671** *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 69. Vgl. für die USA a.: § 42 Restatement (Second) of Contracts.

**672** *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 263; vgl. a. *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 110.

**673** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–067 (S. 352).

**674** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–070 (S. 353); vgl. a. *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 110.

**675** *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 76; *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 112; vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–062 (S. 350) (“*treated as having been received when it arrives on the offeror’s email server*”). Vgl. aber für die USA, wo die *mailbox rule* auch für einzelne elektronische Kommunikationswege Anwendung findet: *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce, 2004, S. 96 f., 101 f.; *Noack/Beurskens*, in: Dammann/Grunsky/Pfeiffer, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 687 (702); *Burnham/Reed*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 684 m. Fn. 12; vgl. § 63 Restatement (Second) of Contracts.

**676** Vgl. dazu *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 113.

Gegen die *postal rule* spricht z.B., dass auch dann eine Bindung des Annehmenden eintritt, wenn ein Widerruf der Annahme schneller als die Annahme beim Anbietenden ankommt und der Anbietende somit auf den Widerruf vertraut haben kann.<sup>677</sup> Ob die *postal rule* beibehalten wird, ist fraglich, weil sie z.B. für moderne Kommunikationsmittel im englischen Recht nicht angewendet wird und sie in anderen Rechtsordnungen und im DCFR<sup>678</sup> auch nicht vorgesehen ist.<sup>679</sup> Statt einer generellen Abschaffung der *postal rule* ist allerdings auch denkbar, dass weitere Ausnahmen in der Rechtsprechung entwickelt werden.<sup>680</sup>

Im englischen Recht kann ein Angebot bis zur *communication* der Annahme widerrufen werden (bzw. bei Anwendbarkeit der *postal rule* bis zur Absendung der Annahme).<sup>681</sup> Die Widerruflichkeit gilt auch, wenn eine Frist für die Annahme gesetzt wird.<sup>682</sup> Die Möglichkeit zum Widerruf des Angebots wird mit dem Erfordernis der *consideration* begründet, da eine vertragliche Bindung erst mit einem Gegenverspre-

<sup>677</sup> Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–066 (S. 351). Andererseits kann diese Regel den Annehmenden davon abhalten, eine langsame Versandart für die Annahme zu wählen, um z.B. bei Preisschwankungen einen die Annahmeerklärung „überholenden“ Widerruf zu erklären, vgl. *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 684. Vgl. zum Widerruf der Annahme: *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–079 f. (S. 355 f.); *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–039 (S. 30 f.). Vgl. für die USA: *Hay/Kern*, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 299 (S. 135).

<sup>678</sup> Siehe unten IV.3.

<sup>679</sup> *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 71.

<sup>680</sup> *McKendrick*, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 106.

<sup>681</sup> *Christandl*, Art. 2:202, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 301 (305 Rn. 6); *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–115 (S. 376); *Graf von Bernstorff*, *Einführung in das englische Recht*, 5. Aufl. 2018, S. 46 m.w.N.; *McKendrick*, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 117; *Furmston*, *Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 76. Die Rücknahme eines Angebots vor seinem Wirksamwerden wird nicht eigens diskutiert, vgl. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 328. Für ein unwiderrufliches Angebot ist eine *consideration* erforderlich, vgl. *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, *Handwörterbuch Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1698); vgl. a. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 31. Vgl. zu einem ausnahmsweise unwiderruflichen Angebot in den USA: § 2.205 UCC, § 45 Restatement (Second) of Contracts, vgl. dazu *Hay/Kern*, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 290 ff. (S. 132 f.); vgl. a. *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 31; vgl. zum Zustandekommen des Vertrages durch (teilweise) Erfüllung: *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 61 (S. 69); vgl. dazu a. § 62 Restatement (Second) of Contracts.

<sup>682</sup> Vgl. dazu *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 30 f. m.w.N.

chen eintritt.<sup>683</sup> Der Grundsatz, dass im englischen Recht ein Angebot grundsätzlich frei widerruflich ist, wird dadurch abgemildert, dass der Widerruf erst mit Zugang beim Angebotsempfänger wirksam wird.<sup>684</sup> Zudem besteht bei Anwendung der *postal rule* für den Annehmenden bereits die Sicherheit, dass er durch die Absendung der Annahme den Vertrag herbeiführen kann.<sup>685</sup> Ein Angebot erlischt nach Ablauf einer im Angebot bestimmten Zeit oder einer angemessenen Zeit.<sup>686</sup>

## 4 Vertragsschluss im Internet

Wie im deutschen Recht wurde im englischen Recht zum Vertragsschluss durch moderne Kommunikationsmitteln keine eigene Regelung zum Vertragsschluss eingeführt.<sup>687</sup> Auch bei einem Vertragsschluss im Internet kommt der Vertrag durch Angebot und Annahme zustande.<sup>688</sup> Der Inhalt der Website, der Waren zum Kauf bereitstellt, stellt eine *invitation to treat* dar.<sup>689</sup> Das Angebot erfolgt durch den Kunden, der den Bestellbutton betätigt.<sup>690</sup> Eine Bestellbetätigung ist noch keine Annahme, da zunächst der Lagerbestand, mögliche Irrtümer und die Zahlungsinformationen überprüft werden sollen.<sup>691</sup> Andererseits kann

**683** Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 8 (S. 287); *Christandl*, Art. 2:202, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 301 (305 Rn. 6); *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 290 (S. 132); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 389 m.w.N.; *Bussel*, Contract Law and its Application, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S. 653.

**684** Hogg, Promises and Contract Law, 2011, S. 224 f.

**685** Vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 393 m.w.N.; vgl. a. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 31 f.

**686** *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–065 (S. 45). Vgl. zu weiteren Erlöschensgründen: ebd., Rn. 2–059 ff. (S. 45 ff.).

**687** *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 103 m.w.N. Vgl. für USA dagegen den Uniform Electronic Transactions Act (UETA).

**688** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–096 (S. 366).

**689** *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–009 (S. 14); vgl. R (on the application of Software Solutions Partners Ltd.) v Her Majesty's Commissioner for Customs and Excise [2007] EWHC 971 (Admin), 2007 WL 1623184 (Rn. 19). Bei Downloads kann ein Angebot vorliegen, *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–097 (S. 366). Vgl. für die USA: *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz, 2004, S. 92 ff., vgl. a. *Fligge*, Verbraucherschutz beim Internetkaufvertrag, 2009, S. 312 m. Fn. 2207.

**690** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–098 (S. 367 f.).

**691** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–098 (S. 368).

eine ausdrückliche Annahme erfolgen oder die Ware versendet werden, damit eine Annahme vorliegt.<sup>692</sup> Nach Reg. 9(1) Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 muss der Diensteanbieter<sup>693</sup> den Kunden, außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind, vor Vertragsschluss über die technischen Schritte des Vertragsschlusses, die Verfügbarkeit des Vertragstextes, die technischen Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern und die für den Vertragsschluss verfügbaren Sprachen informieren und nach (3) dem Kunden die Vertragsbestimmungen so zur Verfügung stellen, dass er sie speichern und reproduzieren kann. Der Diensteanbieter muss den Erhalt einer Bestellung gemäß Reg. 11(1)(a) Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 unverzüglich auf elektronischem Weg bestätigen und dem Kunden technische Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung stellen, Reg. 11(1)(b) Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002. Bei einem elektronisch geschlossenen Vertrag mit einem Verbraucher muss gemäß Reg. 14(3), (4) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 für den Fall, dass eine Schaltfläche vorgesehen ist, diese mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ (*order with obligation to pay*) oder entsprechender Formulierung gestaltet sein.<sup>694</sup>

In den USA ist im Uniform Electronic Transaction Act (UETA)<sup>695</sup> zwar keine Pflicht eines Online-Shop-Betreibers vorgesehen, Korrekturmöglichkeiten einzurichten, allerdings besteht hierfür deshalb ein Anreiz, weil der Vertragspartner im Einzelfall<sup>696</sup> nicht an seine fehlerhafte Erklärung gebunden ist.<sup>697</sup>

<sup>692</sup> *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–098 (S. 368).

<sup>693</sup> Vgl. dazu Reg. 2(1) Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002; vgl. a. Art. 2(b) RL 2000/31/EG.

<sup>694</sup> Vgl. dazu unten Kapitel 4 B.IV.3.a.

<sup>695</sup> Hierbei handelt es sich um ein in den meisten US-Bundesstaaten übernommenes Regelwerk, vgl. *Burnham/Reed*, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 684 f.; vgl. a. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 32 Fn. 226.

<sup>696</sup> Vgl. Sec. 10 UETA, vgl. dazu *Zehentner*, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, 2004, S. 189 ff.

<sup>697</sup> *Zehentner*, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, 2004, S. 192. Vgl. a. (speziell für Verbrauchergeschäfte) Sec. 213 UCITA, vgl. dazu *Zehentner*, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, 2004, S. 194 f. Der UCITA wurde jedoch nur in zwei



## IV DCFR und PECL

### 1 Angebot und Annahme

Für einen Vertrag ist nach Art. II.-4:101(b), Art. II.-4:103 DCFR (Art. 2:101(1)(b), Art. 2:103 PECL) neben dem Rechtsbindungswillen eine ausreichende Einigung (*sufficient agreement*) für einen Vertragsschluss erforderlich. Art. II-4:201(1) DCFR (Art. 2:201 PECL) definieren das Angebot als hinreichend bestimmten und mit Rechtsbindungswillen abgegebenen Vorschlag zum Abschluss eines Vertrages: „*A proposal amounts to an offer if: (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract*“. Nach Art. II.-4:211 DCFR (s.a. Art. 2:211 PECL) ist unerheblich, in welcher Erklärung das Angebot und in welcher die Annahme liegt, da die Vorschriften über den Vertragsschluss anwendbar sind und dadurch der Konsens der Parteien betont wird.<sup>698</sup> Nach Art. II.-4:204(1) DCFR (Art. 2:204(1) PECL) ist jede Äußerung oder jedes Verhalten eine Annahme, wenn es Zustimmung zum Angebot zeigt: „*Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer*“.

Nach Art. II.-1:101(2) DCFR ist ein *juridical act* „*any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral*.“ Hierunter fallen nicht nur Verträge, sondern alle Äußerungen, die rechtliche Wirkung haben sollen, z.B. Angebot und Annahme.<sup>699</sup> In den PECL ist im Gegensatz zum DCFR den Begriff des *juridical act* nicht enthalten. Dort findet sich stattdessen die Formulierung „*unilateral promises and [...] other statements and conduct indicating intention*“ (Art. 1:107 PECL), auf die die Regeln der PECL mit entsprechenden

US-Bundesstaaten umgesetzt und wird von der Uniform Law Commission nicht mehr zur Übernahme empfohlen, vgl. *The American Law Institute, Principles of the Law of Software Contracts Foreword* (2010), Oct. 2024 Update, Director's Foreword (Westlaw S.1).

<sup>698</sup> Stürner, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 13 Rn. 5 (S. 286).

<sup>699</sup> *Von Bar/Clive, DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-1:101 Comment B (S.125 f.).

Anpassungen (*appropriate modifications*) angewendet werden sollen.<sup>700</sup> Hiervon sind auch Angebot und Annahme umfasst, auf die z.B. die Regeln zum Rechtsbindungswillen Anwendung finden.<sup>701</sup> Auch wenn im DCFR und den PECL anerkannt ist, dass das System aus Angebot und Annahme Grenzen hat, ist es dennoch in allen EU-Staaten anerkannt und somit ein wichtiges Grundmodell zum Vertragsschluss.<sup>702</sup> Nach Art. II.-4:201(1) DCFR und Art. 2:201(1) PECL muss das Angebot hinreichend bestimmt sein, wofür die *essentialia negotii* ausreichen, die insbesondere den Vertragsgegenstand und die Gegenleistung umfassen.<sup>703</sup> Dass ein Vertrag durch eine konkludente Annahme zustande kommen kann, ist in Art. II.-4:204(1) DCFR (vgl. a. Art. 2:204(1) PECL) ausdrücklich vorgesehen: „*Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.*“ Gleichzeitig stellen Art. II.-4:204(2) DCFR und Art. 2:204(2) PECL klar, dass Schweigen grundsätzlich keine Annahme darstellt.<sup>704</sup>

## 2 Auslegung

Ob eine Erklärung oder ein Verhalten als Zustimmung zu einem Vertrag gilt, ist nach den Regeln über die Auslegung zu bestimmen.<sup>705</sup> Art. II.-4:102 DCFR (vgl. a. Art. 2:102 PECL) sehen vor, dass die Intention einer Vertragspartei, eine Rechtsbindung einzugehen, objektiv danach bestimmt wird, wie die Äußerungen und das Verhalten der Partei von ihrem Vertragspartner vernünftigerweise verstanden wur-

<sup>700</sup> Vgl. *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contract, 2022, S. 550; *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:101 Comment B (S. 126).

<sup>701</sup> *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 1:107 Comment A (S. 110).

<sup>702</sup> *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 108 f.; vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Note I.1 (S. 294); vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:201 Note 1 (S. 161), Art. 2:211 Note (S. 188).

<sup>703</sup> *Illmer*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann*, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1698).

<sup>704</sup> Vgl. dazu unten Kapitel 4 B.III.4.

<sup>705</sup> Zum Angebot: *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:204 Comment A (S. 169); vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Comment B (S. 274); zur Annahme: *Christandl*, Art. 2:204, in: *Jansen/Zimmermann*, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (319 Rn. 8 f.).

de.<sup>706</sup> Ein Vertrag kann daher grundsätzlich nur durchgesetzt werden, wenn eine vernünftige Person an der Stelle der anderen Partei das betroffene Verhalten als vertragliche Zusage verstehen würde.<sup>707</sup> Eine Ausnahme besteht dann, wenn die andere Partei Kenntnis vom wirklichen inneren Willen des Erklärenden hatte.<sup>708</sup> Dies ergibt sich aus der allgemeinen Regel der Art. II.-8:101 DCFR, Art. 5:101 PECL.<sup>709</sup> Danach ist ein Vertrag so auszulegen, wie es der gemeinsamen Intention der Parteien entspricht, auch wenn dies von der wörtlichen Bedeutung der verwendeten Worte abweicht (jew. (1)). Wenn eine Partei einer Formulierung eine bestimmte Bedeutung beigemessen hat und die andere Partei diese erkannt hat oder vernünftigerweise hätte erkennen können („*was aware, or could reasonably be expected to have been aware*“), gilt die Intention jener Partei, Art. II.-8:101(2) DCFR.<sup>710</sup> In den Fällen, in denen sich ein gemeinsamer Parteiwille nicht feststellen lässt, ist nach Art. II.-8:101(3)(a) DCFR, Art. 5:101(3) PECL auf die Sicht einer vernünftigen Person abzustellen.

Aus Art. II.-8:102 DCFR (Art. 5:102 PECL) ergibt sich, welche Gesichtspunkte bei der Interpretation eines Vertrages zu berücksichtigen sind, unter anderem die Umstände des Vertragsschlusses einschließlich der Vorverhandlungen (Art. II.-8:102(1)(a) DCFR, Art. 5:102(a) PECL) oder auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss (Art. II.-8:102(1)(b) DCFR, Art. 5:102(b) PECL).<sup>711</sup> Art. II.-8:103(1) DCFR (Art. 5:103 PECL) sehen vor, dass eine vorformulierte Klausel zu Lasten des Verwenders auszulegen ist. Nach Art. II.-8:105 DCFR (Art. 5:105 PECL) sind Klau-

<sup>706</sup> Vgl. dazu *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment C (S. 265), Art. II.-4:102 Comment B (S. 274); vgl. *Christandl*, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (267 Rn. 3). Vgl. für einseitige Rechtsakte (*unilateral juridical acts*): Art. II.-8:201(1) DCFR, vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Comment B (S. 274).

<sup>707</sup> Vgl. *Christandl*, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (266 Rn. 1).

<sup>708</sup> Vgl. *Christandl*, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (266 Rn. 1).

<sup>709</sup> Vgl. für die PECL: *Christandl*, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (266 Rn. 1); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Comment B (S. 144).

<sup>710</sup> Vgl. a. den insofern abweichenden Wortlaut des Art. 5:101(2) PECL: „*could not have been unaware of the first party's intention*“.

<sup>711</sup> Vgl. dazu *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 137 f.

seln im Lichte des gesamten Vertrages auszulegen. Art. II.-8:106 DCFR (Art. 5:106 PECL) gibt der Interpretation Vorrang, die eine Klausel wirksam sein lässt.

### 3 Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Nach Art. II.-4:205(1) DCFR (Art. 2:205(1) PECL) ist der Zugang für die Wirksamkeit der Annahme erforderlich: „*If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror*“.<sup>712</sup> Für den Fall einer Annahme durch Verhalten kommt es für den Vertragsschluss darauf an, wann der Anbietende von dem Verhalten Kenntnis erlangt (vgl. Art. II.-4:205(2) DCFR, Art. 2:205(2) PECL). Nach Art. I.-1:109(4)(c) DCFR gilt für den elektronischen Vertragsschluss, z.B. per Email, dass eine Erklärung als zugegangen gilt, wenn sie vom Empfänger abgerufen werden kann.

Das Angebot, Praktiken zwischen den Parteien oder Gebräuche können eine Benachrichtigung (*notice*) des Anbietenden von der Annahme entbehrlich machen (vgl. Art. II.-4:205(3) DCFR, Art. 2:205(3) PECL). In diesem Fall kommt der Vertrag mit dem Beginn der Handlung zustande (Art. II.-4:205(3) DCFR, Art. 2:205(3) PECL). Bloße Vorbereitungshandlungen genügen hierfür nicht.<sup>713</sup>

Sowohl das Angebot als auch die Annahme können widerrufen bzw. zurückgenommen werden, wenn der Widerruf (*withdrawal*) vor oder gleichzeitig mit der zu widerrufenden Erklärung zugeht, Art. I.-1:109(5) DCFR, Art. 1:303(5) PECL.<sup>714</sup> Nach erfolgtem Zugang des Angebots ist ein Widerruf (*revocation*) des Angebots nur bis zur Absen-

712 Vgl. a. auch zum Zugang des Angebots: Art. I.-1:109(1), (3), (4) DCFR; Art. 1:303(2), (3), (6) PECL.

713 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:205 Comment D (S. 315); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:205 Comment D (S. 172).

714 Vgl. Christandl, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (318 Rn. 5); vgl. zum Angebot: von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:202 Comment A (S. 301); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:202 Comment A (S. 164).

dung der Annahme möglich, Art. II.-4:202(1) DCFR, Art. 2:202(1) PECL.<sup>715</sup> Ausnahmen von der Widerrufbarkeit des Angebots sind in Art. II.-4:202(3) DCFR, Art. 2:202(3) PECL vorgesehen, z.B. für ein als widerprüflich bezeichnetes Angebot. Das Angebot kann nur innerhalb einer vom Anbietenden gesetzten oder einer angemessenen Frist angenommen werden, Art. II.-4:206(1), (2) DCFR, Art. 2:206(1), (2) PECL.

## 4 Vertragsschluss im Internet

Bei einem Vertrag, der über elektronische Mittel ohne individuelle Kommunikation geschlossen wird, muss der Unternehmer nach Art. II.-3:105(1) DCFR bestimmte Informationen bereitstellen, bevor die andere Partei ihre Vertragserklärung abgibt.<sup>716</sup> Hierzu zählen die technischen Schritte des Vertragsschlusses (a), die Frage, ob ein Vertragsdokument ausgestellt wird und ob es zugänglich sein wird (b), die technischen Mittel, Fehler vor der Vertragserklärung zu korrigieren (c), die verfügbaren Sprachen (d) und die Vertragsklauseln (e).<sup>717</sup> Die Folge eines Informationsfehlers ist ein Widerrufsrecht (Art. II.-3:105(3) DCFR) und Schadensersatzanspruch (Art. II.-3:105(4) DCFR) des Vertragspartners.

Art. II.-3:201(1) DCFR lautet: „*A business which intends to conclude a contract by making available electronic means without individual communication for concluding it has a duty to make available to the other party appropriate, effective and accessible technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts the offer.*“ Diese Pflicht, Korrekturmöglichkeiten für Eingabefehler bereitzustellen, gilt dem Wortlaut nach unabhängig davon, ob die Partei das Angebot macht oder abgibt. Nach Art. II.-3:201(2) DCFR haftet der Unternehmer bei Verstößen gegen die Pflicht aus (1) auf Schadensersatz. Zudem muss der Unternehmer bei einem elektronischen Vertrags-

<sup>715</sup> Vgl. zu Besonderheiten im Fall eines Vertragsschlusses durch Verhalten: *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:202 Comment B (S. 301); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:202 Comment B (S. 164).

<sup>716</sup> In den PECL sind zu Art. II.-3:105 und Art. II.-3:202 DCFR keine entsprechenden Vorschriften enthalten, vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 6, 2009, S. 5757.

<sup>717</sup> Dies gilt gegenüber Verbrauchern und Unternehmern, vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:105 Comment A (S. 222).

schluss den Eingang eines Angebots oder einer Annahme seines Vertragspartners elektronisch bestätigen, Art. II.-3:202(1) DCFR.<sup>718</sup> Wenn die andere Partei nicht unmittelbar eine Bestätigung des Vertrages erhält, kann sie das Angebot zurücknehmen oder den Vertrag widerrufen (Art. II.-3:202(2) DCFR).<sup>719</sup> Nach Art. II.-3:202(3) DCFR haftet der Unternehmer bei Verletzung der Bestätigungspflicht aus (1) auf Schadensersatz. Gegenüber Verbrauchern handelt es sich um eine zwingende Regelung (Art. II.-3:202(4) DCFR).

## V Ergebnis

### 1 Angebot und Annahme

Das Vorliegen von Angebot und Annahme ist die typische Erscheinungsform eines Vertragsschlusses.<sup>720</sup> Die meisten Vertragsschlusssituationen lassen sich als Angebot und Annahme auslegen.<sup>721</sup> Entscheidend für den Vertragsschluss ist der Konsens der Parteien.<sup>722</sup> Jede Partei muss ihren Willen zu erkennen geben, einen bindenden Vertrag schließen zu wollen. In einem nächsten Schritt wird zu prüfen sein, ob ein Vertrag auch ohne Willenserklärungen und ohne Angebot und Annahme zustande kommen kann.<sup>723</sup>

Für eine Annahmeerklärung kann in allen untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR und den PECL ein (konkludentes) Verhalten ausreichen.<sup>724</sup>

<sup>718</sup> Art. II.-3:201 und Art. II.-3:202 DCFR haben keine Entsprechung in den PECL, vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 6, 2009, S. 5757.

<sup>719</sup> Vgl. dazu *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:202 Comment C (S. 245).

<sup>720</sup> *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 108 f.; vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Note I.1 (S. 294); vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:201 Note 1 (S. 161), Art. 2:211 Note (S. 188).

<sup>721</sup> *Luig*, Der internationale Vertragsschluss, 2003, S. 36. Zum sog. faktischen Vertrag vgl. unten B.I.1.a.

<sup>722</sup> Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 23 f. Vgl. oben Kapitel 2 A.

<sup>723</sup> Dazu unten B.

<sup>724</sup> Vgl. a. rvgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 38; vgl. a. *Schlesinger*, Formation of Contract, 1968, Vol. I, B-6, S. 141 (141 f.). Vgl. dazu unten Kapitel 4 C.II.

## 2 Auslegung

Im Idealfall ist der Vertragsschluss ein *meeting of the minds*.<sup>725</sup> Das Vorliegen einer Willensübereinstimmung kann entweder anhand von objektiven oder subjektiven Gesichtspunkten ermittelt werden. Das deutsche Recht, das *Common Law* sowie der DCFR und die PECL nehmen grundsätzlich eine objektive Auslegung vor.<sup>726</sup> Der Unterschied, dass im Gegensatz dazu das französische Recht eher auf den inneren Willen abstellt, hat nicht allzu große praktische Auswirkungen.<sup>727</sup> Auch das französische Recht, das auf dem Grundgedanken der reinen Zustimmung beruht, nimmt keine rein subjektive Auslegung vor, sondern beachtet auch äußere Zeichen und das Parteiverhalten.<sup>728</sup> Somit spielt trotz der Unterschiede in den Ansätzen der untersuchten Rechtsordnungen letztlich die objektive Auslegung und damit das äußere Verhalten der Parteien eine entscheidende Rolle bei der Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist.<sup>729</sup> Dass eine objektive Betrachtung erfolgt, verstößt dabei auch nicht gegen die Privatautonomie, da diese nicht davon befreit, die Interessen des anderen Teils zu berücksichtigen.<sup>730</sup> Hat der Erklärungsempfänger den wahren Willen des Erklärenden erkannt, geht dieser Wille vor.<sup>731</sup>

Im Gegensatz zum Grundsatz im deutschen und französischen Recht sowie dem DCFR und den PECL erlaubt das englische Recht nicht, im Rahmen der Auslegung auf vorvertragliches oder nachvertragliches Verhalten der Parteien abzustellen.<sup>732</sup> Für die Berücksichtigung von vor-

725 Kramer, in: Heldrich/Prölss/Koller/et al., FS Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, 2007, S. 665 (666); de la Durantaye, Erklärung und Wille, 2020, S. 48 m.w.N.

726 Siehe oben A.I.2, A.III.2, A.IV.2.

727 Vgl. Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 460 (S. 424).

728 Vgl. Christandl, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (266 f. Rn. 2); vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 172.

729 Vgl. Christandl, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (267 Rn. 2).

730 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 24.I (S. 316); vgl. a. Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 4.8 (S. 61).

731 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 134 f. Vgl. aber zur *rectification* ebd., S. 135.

732 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 137 f.; Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 172.

und nachvertraglichem Verhalten bei der Auslegung spricht jedoch, dass es Aufschluss über den fraglichen Parteiwillen im Zeitpunkt der Einigung geben kann.<sup>733</sup>

Die Regel, vorformulierte Klauseln im Zweifel zu Lasten des Verwenders auszulegen (Unklarheitenregel, *contra proferentem*), ist verbreitet anerkannt.<sup>734</sup> Teilweise wird auch diskutiert, eine Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont an berechtigten Erwartungen des Verbrauchers auszurichten.<sup>735</sup> Insofern wäre aus Sicht des objektiven Empfängers auf den (vernünftigen) Verbraucher abzustellen, sodass sich im Ergebnis keine großen Änderungen ergeben würden.<sup>736</sup> Bei der Auslegung von AGB wird ohnehin auf die dem Kunden günstigste Auslegung abgestellt.<sup>737</sup> Unter Berufung auf Verbrauchererwartungen Klauseln in einen Vertrag einzubeziehen, zu denen nicht zugestimmt wurde, wäre jedoch ein Verstoß gegen die Vertragsfreiheit.<sup>738</sup>

### 3 Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Die Frage des Zeitpunkts, in dem eine Annahme wirksam wird, verliert deshalb an Bedeutung, weil aufgrund moderner Kommunikationstechniken die Absendung und das Empfangen einer Nachricht zeitlich oft zusammenfallen können.<sup>739</sup> Mögliche Zeitpunkte des Wirksamwerdens einer Annahme gegenüber einer abwesenden Partei ist die Formulierung der Erklärung, die Absendung der Erklärung, der Zugang

733 Vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 138 m. Fn. 18 f.; vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 172 f.

734 Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II-8:103 Note 1 (S. 565); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 5:103 Notes (S. 294). Im englischen Recht bezogen auf Haftungsbeschränkungen: vgl. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 145 m. Fn. 45.

735 Vgl. dazu Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 275 ff. (S. 126 ff.), Rn. 281 (S. 129); vgl. a. § 4(d) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024); vgl. a. Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 291 (S. 256) („*attentes légitimes' du cocontractant*“); vgl. allg. Herrera Osorio, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 147 (159 ff.).

736 Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 281 (S. 129), vgl. aber a. Rn. 275 (S. 127).

737 Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 281 (S. 129).

738 Vgl. Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (131).

739 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 35.



der Erklärung beim Empfänger oder die Kenntnisnahme vom Inhalt der Erklärung durch den Erklärungsempfänger.<sup>740</sup> Der Zeitpunkt der Formulierung der Erklärung wurde in keiner Rechtsordnung als ausschlaggebend für den Vertragsschluss angesehen,<sup>741</sup> während die anderen Zeitpunkte in verschiedenen Varianten relevant werden.<sup>742</sup> Sowohl das deutsche Recht als auch das französische Recht, der DCFR und die PECL stellen für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf den Zugang der Annahmeerklärung ab.<sup>743</sup> Das *Common Law* stellt insofern eine Besonderheit dar, als es bei Postsendungen nach der *postal rule* die Absendung der Annahmeerklärung für maßgeblich hält.<sup>744</sup> Die Auswirkungen der *postal rule* sind allerdings begrenzt.<sup>745</sup> Durch viele Ausnahmen kann in der Praxis auch die *postal rule* im *Common Law* zu denselben Ergebnissen führen wie in den Rechtsordnungen, die auf den Zugang der Annahmeerklärung abstellen.<sup>746</sup> Die *postal rule* läuft vor allem darauf hinaus, dass das Angebot nicht mehr widerrufen werden kann, wenn die Annahme abgesendet wurde.<sup>747</sup>

Für die Rechtsordnungen, in denen ein Angebot grundsätzlich bindend ist, ist es typisch, dass sie bezüglich des Zeitpunktes des Vertragsschlusses auf den Zugang der Annahmeerklärung beim Anbietenden abstellen.<sup>748</sup> Wenn ein Angebot nicht widerruflich ist, muss nicht zusätzlich das Wirksamwerden der Annahme durch Absenden ange-

<sup>740</sup> *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 259; *Christandl*, Art. 2:205, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 323 (324 Rn. 2); *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 74.

<sup>741</sup> Dies würde auch zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen, vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 259. Bei einem Abstellen auf die tatsächliche Kenntnisnahme könnte der Erklärungsempfänger den Vertragsschluss verzögern, indem er die Erklärung nicht direkt nach Empfang liest, vgl. ebd.

<sup>742</sup> *Christandl*, Art. 2:205, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 323 (324 Rn. 2), vgl. zu Kombinationen der Theorien ebd., S. 326 Rn. 6 f.

<sup>743</sup> Vgl. oben A.I.3, A.II.3, A.IV.3.

<sup>744</sup> Vgl. oben A.III.3.

<sup>745</sup> *Kötz/Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle*, *Droit européen des contrats*, 2020, Rn. 48 (S. 38).

<sup>746</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:205 Comment B (S. 314).

<sup>747</sup> *Kötz/Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle*, *Droit européen des contrats*, 2020, Rn. 48 (S. 38).

<sup>748</sup> *Christandl*, Art. 2:205, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 323 (325 Rn. 4). *Schlesinger*, *Formation of Contract*, 1968, Vol. I, B-9, S. 156 (159).

nommen werden, da der Angebotsempfänger bereits vor Spekulationen durch den Anbietenden geschützt ist.<sup>749</sup> Nach dem DCFR und den PECL wird die Annahme erst mit ihrem Zugang wirksam, aber ein Widerruf des Angebots muss vor Absendung der Annahme zugehen.<sup>750</sup> Dies erinnert zunächst an das englische Recht.<sup>751</sup> Gleichzeitig wird ein Kompromiss zwischen der Bindungswirkung des Angebots im deutschen Recht (§ 145 BGB) und dem Zustandekommen eines Vertrages nach der *postal rule* im englischen Recht geschaffen.<sup>752</sup>

Wie § 151 S. 1 BGB sehen das französische Recht, das *Common Law* sowie der DCFR und die PECL vor, dass die Annahme ausnahmsweise nicht zugehen bzw. kommuniziert werden muss, wenn der Anbietende hierauf verzichtet oder dies Handelsbräuchen entspricht.<sup>753</sup>

Das deutsche und französische Recht sowie der DCFR und die PECL gehen davon aus, dass das Angebot und die Annahme bis zu ihrem Zugang widerrufen werden können.<sup>754</sup> Im *Common Law* kann das Angebot bis zur *communication* der Annahme (bzw. bei Anwendbarkeit der *postal rule* bis zur Absendung der Annahme) widerrufen werden.<sup>755</sup> Damit geht das englische Recht bei der Widerruflichkeit am

749 Illmer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1699); Schlesinger, Formation of Contract, 1968, Vol. I, B-9, S. 156 (159); Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 264.

750 Art. II.-4:202(1) DCFR, Art. 2:202(1) PECL; vgl. Illmer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1699).

751 Vgl. Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 10 (S. 287).

752 Unberath, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertrag“ (S. 1679); vgl. Luig, Der internationale Vertragsschluss, 2003, S. 118; vgl. a. Eidenmüller, 5(2) ERCL (2009), 109 (115).

753 Vgl. Christandl, Art. 2:205, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 323 (327 Rn. 9).

754 Vgl. oben A.I.3, A.II.3, A.IV.3.

755 Christandl, Art. 2:202, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 301 (305 Rn. 6); Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–115 (S. 376); Graf von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 46 m.w.N.; McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 117; Furmston, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 76. Vgl. die Diskussion zum Widerruf der Annahme: Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–079 f. (S. 355 f.); Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–039 (S. 30 f.). Vgl. für die USA: Hay/Kern, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 299 (S. 135).

weitesten.<sup>756</sup> Dagegen sieht das deutsche Recht unter den untersuchten Rechtsordnungen die stärkste Wirkung des Angebots vor, da ein Widerruf nach Zugang des Angebots nicht mehr möglich ist.<sup>757</sup>

Im Ergebnis liegen die Rechtsordnungen meistens nicht weit auseinander.<sup>758</sup> So soll es sich in der Praxis nicht gravierend auswirken, dass nach deutschem Recht ein Widerruf grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn kein Vorbehalt erklärt wird (§ 145 BGB) und im französischen Recht ein Schadensersatzanspruch besteht, wenn der grundsätzlich frei mögliche Widerruf den berechtigten Erwartungen des Vertragspartners widerspricht.<sup>759</sup>

## 4 Vertragsschluss im Internet

Auch bei einem Vertragsschluss im Internet wird grundsätzlich gefragt, ob Angebot und Annahme vorliegen. Die auf der E-Commerce-RL<sup>760</sup> der EU basierenden Regelungen des deutschen, französischen und englischen Rechts sowie der DCFR und die PECL sehen insofern vor, dass ein Diensteanbieter im Internet bestimmte Informationen bereitstellt, eine Korrekturmöglichkeit von Eingabefehlern vorsehen und den Eingang der Bestellung bestätigen muss.<sup>761</sup> Dies kann dem Verbraucher im

756 Illmer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1698).

757 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 32.

758 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 33; vgl. a. Kötz/Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle, Droit européen des contrats, 2020, Rn. 44 (S. 35 f.). Vgl. aber zur weitgehenden Widerrufbarkeit nach englischem Recht: Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 234 ff.

759 Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 33; vgl. a. Kötz/Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle, Droit européen des contrats, 2020, Rn. 44 (S. 35 f.). Der Unterschied besteht jedoch darin, dass für den Fall eines Widerrufs trotz Bindungswirkung des Angebots nach deutschem Recht ein Vertrag zustande kommt, während das französische Recht einen Schadensersatzanspruch vorsieht, vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 232.

760 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

761 Vgl. oben A.I.4, A.II.4, A.III.4, A.IV.4.

Vorfeld eines Vertrages insbesondere den Vertragsinhalt, aber auch das Zustandekommen eines Vertrages selbst vor Augen führen.

Denkbar wäre auch, zusätzlich zu einer Einigung eine Rückbestätigung des Kunden zu fordern: Für den Fall, dass ein Nutzer eines Dienstes aufgefordert wird, das Angebot eines Diensteanbieters durch das Nutzen technischer Mittel, etwa durch Anklicken eines Symbols, anzunehmen, wurde im Entwurf für die E-Commerce-RL<sup>762</sup> in Art. 11(1)(a) für einen elektronisch geschlossenen Vertrag noch vorgesehen, dass der Vertrag geschlossen ist, wenn der Nutzer vom Diensteanbieter auf elektronischem Wege die Bestätigung des Empfangs seiner Annahme erhalten hat und er den Empfang der Empfangsbestätigung bestätigt hat.<sup>763</sup> Da es sich um einen Sachverhalt handeln muss, bei dem der Nutzer die Annahme erklärt, kommt als Fallgestaltung der Download von Software in Betracht.<sup>764</sup> Ist allerdings der Vertragsschluss bereits hinreichend deutlich gestaltet, insbesondere auch durch Einhaltung der sog. Button-Pflicht<sup>765</sup>, scheint ein zusätzliches Bestätigungserfordernis nicht erforderlich und könnte bei Kunden vielmehr für Verwirrung sorgen. Ausreichend ist insofern die aktuelle Fassung der E-Commerce-RL 2000/31/EG, die in Art. 11(1) lediglich vorsieht, dass der Diensteanbieter den Empfang der Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen hat. Nach Erwägungsgrund 34 der E-Commerce-RL kann die Empfangsbestätigung durch den Diensteanbieter darin bestehen, dass dieser die bezahlte Dienstleistung online erbringt.<sup>766</sup> Dies erleichtert und beschleunigt Vertragsschlüsse, was auch ein Ziel der E-Commerce-RL darstellt.<sup>767</sup>

<sup>762</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (1999/C 30/04), KOM(1998) 586 endg. - 98/0325(COD).

<sup>763</sup> Vgl. dazu *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 13 Rn. 19 (S. 290).

<sup>764</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 2 B.I.

<sup>765</sup> Dazu unten Kapitel 4 B.IV.1.a, B.IV.2.a, B.IV.3.a.

<sup>766</sup> Vgl. a. Erwägungsgrund 13 des Entwurfs KOM(1998) 586 endg.

<sup>767</sup> Vgl. etwa a. Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2000/31/EG.

## B Feststellung eines Vertragsschlusses unabhängig von Angebot und Annahme

Probleme mit dem Grundmodell aus Angebot und Annahme stellen sich beispielsweise, wenn ein Dritter den zwischen zwei Parteien geschlossenen Vertrag entworfen hat.<sup>768</sup> Zudem stellt sich die Frage nach dem Vertragsschluss bei mehrseitigen Verträgen, etwa im Gesellschaftsrecht.<sup>769</sup> Auch bei schrittweisem Vertragsschluss kann es schwierig sein, Angebot und Annahme festzustellen.<sup>770</sup>

Auch wenn unter Anwesenden oder bei Verträgen vor einem Notar das Bedürfnis, auf Angebot und Annahme abzustellen, geringer sein kann<sup>771</sup>, stellt sich ebenso wie bei Verträgen unter Abwesenden die Frage, wie ein Vertrag zustande kommt. Beispielsweise kann fraglich sein, ob Angebot und Annahme vorliegen, wenn ein Vertrag durch Verhalten zustande kommt, z.B. beim Kauf eines Fahrtickets für öffentliche Verkehrsmittel an einem Automaten.<sup>772</sup>

<sup>768</sup> Vgl. *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (132); *Christandl*, Art. 2:211, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 346 (346 Rn. 1).

<sup>769</sup> Vgl. *Christandl*, Art. 2:211, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 346 (346 Rn. 1). Vgl. dazu *Zwanzger*, *Der mehrseitige Vertrag*, 2013, S. 133 ff.

<sup>770</sup> *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (126); *Schulze*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 9 (18); *Christandl*, Art. 2:211, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 346 (346 Rn. 1); vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–033 (S. 335) m.w.N.

<sup>771</sup> Vgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 23 f.

<sup>772</sup> Vgl. *Christandl*, Art. 2:211, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 346 (346 Rn. 1).

# I Deutsches Recht

## 1 Vertragsschluss ohne Konsens

### a Der faktische Vertrag

Die immer häufiger auftretenden Massenverträge führten im deutschen Recht zur sog. Lehre vom faktischen Vertrag.<sup>773</sup> Nach dieser früher vertretenen Ansicht sollte im modernen Massenverkehr der Vertrag nicht durch Angebot und Annahme, sondern allein durch tatsächliche Inanspruchnahme einer Leistung zustande kommen, die nach ihrer sozialtypischen Bedeutung die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlichen Handelns hervorrufen müsse.<sup>774</sup> Als Fallgruppen werden neben dem sozialen Kontakt, zu dem Fälle der *culpa in contrahendo* zählen sollen, die Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis (faktische Gesellschaft und faktisches Arbeitsverhältnis)<sup>775</sup> und die Begründung kraft sozialer Leistungsverpflichtung, z.B. bei der Straßenbahn genannt.<sup>776</sup> Ein faktischer Vertrag komme allein durch ein Verhalten und nicht durch Willenserklärungen zustande.<sup>777</sup>

Typisches Beispiel für den faktischen Vertrag ist die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel, bei denen ein Beförderungsvertrag durch die Beförderung zustande komme.<sup>778</sup> Ein weiteres Beispiel war das Lan-

773 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 30 f. m.w.N. Vgl. zur historischen Entwicklung: Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 19 ff.

774 Vgl. Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (29 f.); vgl. dazu Brox/Walker, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 40 (S. 105 f.).

775 Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (17 f.). Die sog. faktische Gesellschaft und das faktische Arbeitsverhältnis sind solche, die nicht wirksam zustande gekommen sind und entweder nichtig oder anfechtbar sind, aber bereits in Vollzug gesetzt wurden, vgl. dazu Schmidt, K., 186 AcP (1986), 421 (421 ff.); Hönn, ZFA 1987, 61 (61 ff.). Vgl. zur sog. *de facto corporation* in den USA aus der neueren Literatur: Schaffer, 55(2) Ind. L. Rev. (2022), 407 (425 f.) m.w.N.; vgl. dazu a. rvgl. von Bodungen, 15(1&2) Am. J. Comp. L. (1966), 313 (313 ff.).

776 Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (9, 17 f., 21); vgl. a. Betti, in: Nipperdey, FS H. Lehmann, Bd. 1, 1956, S. 253 (257 f., 263 f.); vgl. zur Lösung ohne die Figur des faktischen Vertrages MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 40.

777 Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (33).

778 Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (21).

den auf einem Flughafen durch einen Sportflieger.<sup>779</sup> Auch die Rechtsprechung vertrat teilweise die Lehre vom faktischen Vertrag.<sup>780</sup>

Begründet wurde das Abstellen auf tatsächliche Verhältnisse für einen faktischen Vertrag damit, dass für das Transportunternehmen ein Kontrahierungszwang gilt und durch das Vorliegen von Beförderungsbedingungen keine Verhandlungen erfolgten, sodass keine Willenserklärungen ausgetauscht würden.<sup>781</sup> Es sei daher auf die „Tatsache des Einsteigens und der ordnungsgemäßen Benutzung“<sup>782</sup> abzustellen.<sup>783</sup> Die Begriffe der Willenserklärung und Willenseinigung würden nicht mehr passen.<sup>784</sup> Die gesetzliche Gestaltung der Willenserklärung entspreche der Vorstellung der Entstehung von Verträgen durch Aushandeln, die nicht mehr zum Massenverkehr passe.<sup>785</sup> Neben dem rechtsgeschäftlichen Vertragsschluss müsse das faktische Zustandekommen von Vertragsverhältnissen als selbständiger Tatbestand anerkannt werden.<sup>786</sup> Es sei daher mehr auf den sozialen Sinngehalt abzustellen, nach dem typischerweise ein Lebensverhältnis dem Vertragsrecht zu unterstellen sei.<sup>787</sup> Dadurch sollte eine funktionale Betrachtung des Rechts ermöglicht werden.<sup>788</sup> Die Entwicklung der Lehre vom faktischen Vertrag folgte auf eine Entwicklung zu einer höheren Objektivierung des

779 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (7 f.).

780 BGH, Urt. v. 14.07.1956, V ZR 223/54, BGHZ 21, 319, NJW 1956, 1475 (1476); BGH, Urt. v. 29.01.1957, VIII ZR 71/56, BGHZ 23, 175, NJW 1957, 627 (627); BGH, Beschl. v. 05.02.1957, V BLw 37/56, BGHZ 23, 249, NJW 1957, 787 (789); BGH, Urt. v. 16.12.1964, VIII ZR 51/63, NJW 1965, 387 (388); LG Bremen, Urt. v. 17.08.1966, 8 O 512/66, NJW 1966, 2360 (2360), das jedoch die Zahlungspflicht aus sozialtypischem Verhalten nicht als Vertrag ansieht. Die Anwendung des faktischen Vertrages hat der BGH für Strombezug durch einen Sonderabnehmer offengelassen: BGH, Urt. v. 30.06.1959, VIII ZR 69/58, VerwRSpr 1960, 148 (149 f.). Der BGH hat den faktischen Vertrag nicht im Flugverkehr angewendet, in dem jeder Fluggast namentlich erfasst wird: BGH, Urt. v. 07.01.1971, VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128, NJW 1971, 609 (609).

781 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (21 f.).

782 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (22).

783 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (22); vgl. *Betti*, in: Nipperdey, FS H. Lehmann, Bd. 1, 1956, S. 253 (256).

784 *Betti*, in: Nipperdey, FS H. Lehmann, Bd. 1, 1956, S. 253 (263).

785 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (28).

786 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (29).

787 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (30).

788 *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (29); vgl. a. *Haupt*, ZAKDR 1943, 237 (238); vgl. dazu *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 12.

Vertragsrechts und einer Einschränkung der Vertragsfreiheit.<sup>789</sup> Der Normcharakter einer Tatsache wurde aus der (sozial)typischen Wirklichkeit abgeleitet<sup>790</sup> und entsprach somit der nationalsozialistischen Rechtsquellenlehre, die es ermöglichte, auf Tatsächliches statt positivierte Recht abzustellen.<sup>791</sup>

Da es auf den Willen der Vertragsparteien nicht ankommt, ist ein faktischer Vertrag ein Verstoß gegen die Vertragsfreiheit.<sup>792</sup> Ein Abstellen darauf, dass die Privatautonomie deshalb nicht verletzt sein soll, weil die Freiheit zum Verhalten bestehe und der Erklärende rechtlich nicht gezwungen werde, die Leistung in Anspruch zu nehmen,<sup>793</sup> beseitigt nicht den Verstoß gegen die Vertragsfreiheit, da ein Vertrag gegen den Willen eines Beteiligten zustande kommen soll, auch wenn er dem Vertragsschluss widerspricht.<sup>794</sup> Zudem kann z.B. im Rahmen der Daseinsvorsorge die tatsächliche Freiheit zum Verhalten eingeschränkt sein.<sup>795</sup>

Die Zweckmäßigkeit allein ist kein Grund für das Entstehen eines Vertrages.<sup>796</sup> Zudem ist eine solche Konstruktion nicht nötig, da eine konkludente Willenserklärung zu einem Vertragsschluss führen kann.<sup>797</sup> Es liegt dann eine Realofferte durch das Zurverfügungstellen des Beförderungsmittels vor.<sup>798</sup> Diese kann konkludent durch die Inanspruchnahme der Leistung, z.B. das Besteigen eines Verkehrsmittels,

789 Vgl. dazu *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 63 f., 46 ff., s.a. S. 19 ff. Zur Zeit des Nationalsozialismus vgl. ebd. S. 55 ff., insb. S. 62 ff.

790 Vgl. *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (30); vgl. BGH, Urt. v. 14.07.1956, V ZR 223/54, BGHZ 21, 319, NJW 1956, 1475 (1476 m.w.N.).

791 *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 57, 63 f., 67.

792 *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 16, 58; *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (121).

793 So aber *Larenz*, NJW 1956, 1897 (1899); vgl. aber *Lehmann*, NJW 1958, 1 (4), der aus der bestehenden Abschlussfreiheit folgert, dass am herkömmlichen Vertragsbegriff festzuhalten ist.

794 Vgl. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 16, 83 m.w.N. Dazu unten b.

795 Vgl. *Küchenhoff*, RdA 1958, 121 (123).

796 *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 12 f.

797 *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (121); vgl. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 16 m. Fn. 74 m.w.N.; *Erman/Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 42.

798 Vgl. *Erman/Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 42 m.w.N.; *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 27 (S. 115).



angenommen werden.<sup>799</sup> Hierbei ist der Zugang der Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich.<sup>800</sup> Dies kann auch bei der Inanspruchnahme anderer Leistungen angenommen werden, z.B. der Nutzung von Strom.<sup>801</sup>

Unklar ist auch, in welchen Fällen überhaupt von einem sozialtypischen Verhalten ausgegangen werden kann.<sup>802</sup> Würde man den Willen für unbeachtlich halten und auf das sozialtypische Verhalten abstellen, könnte auch derjenige, der bewusst unbefugt eine Leistung in Anspruch nimmt, z.B. auch ein Dieb, einen Vertrag schließen, weil das Mitnehmen von Ware sozialtypisch ist.<sup>803</sup>

Ergebnis der Lehre vom faktischen Vertrag wäre es, eine Verpflichtung Minderjähriger zur Erbringung der Gegenleistung anzunehmen, die ohne Wissen der gesetzlichen Vertreter eine Leistung in Anspruch nehmen.<sup>804</sup> Allerdings widerspricht eine solche Herleitung eines Vertrages gerade dem Minderjährigenrecht.<sup>805</sup> Der Leistende steht ohne Anerkennung eines faktischen Vertrags auch nicht schutzlos, da gegen Minderjährige<sup>806</sup> und gegen voll Geschäftsfähige Ansprüche aus Bereicherungsrecht und Deliktsrecht in Betracht kommen.<sup>807</sup>

**799** Petersen, Jura 2011, 907 (908); Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 42 m.w.N.; Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 27 (S. 115).

**800** Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 42.

**801** Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 42 m.w.N.

**802** Vgl. a. *Wilburg*, 163 AcP (1964), 346 (369); vgl. *Bydlinski, F*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 88 f.

**803** *Kellmann*, NJW 1971, 265 (268). Nur offen sichtbares Mitnehmen als sozialtypisch anzusehen, birgt zum einen Abgrenzungsschwierigkeiten und hinge im Einzelfall vom Zufall ab: vgl. ebd. A.A. *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (32 f.).

**804** *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (31) stellt insofern darauf ab, dass die Geschäftsfähigkeit nicht bei jedem Einsteigen festgestellt werden könne. Vgl. ablehnend *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 41 (S. 106); vgl. dazu a. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 128 f., 139 f. Die Anwendbarkeit auf Fälle mit Minderjährigen wurde offengelassen von BGH, Urt. v. 07.01.1971, VII ZR 9/70, BGHZ 55, 128, NJW 1971, 609 (609).

**805** *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 41 (S. 106).

**806** *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 41 (S. 106).

**807** Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 45; vgl. *Bydlinski, F*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 87 f.; vgl. a. (i.R.d. *protestatio facto contraria*) Köhler, JZ 1981, 464 (467 m.w.N.); vgl. a. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 16 m. Fn. 74 m.w.N.

## b *Protestatio facto contraria*

Nach dem Grundsatz *protestatio facto contraria non valet* (eine „mit dem tatsächlichen Verhalten unvereinbare Verwahrung“<sup>808</sup> hat keine Geltung) liegt auch dann eine Verpflichtung vor, wenn gleichzeitig erklärt wird, dass ein Vertrag nicht gewollt ist, sodass der mündliche Protest unbeachtlich ist.<sup>809</sup>

Für die Begründung einer vertraglichen Bindung mithilfe des Grundsatzes *protestatio facto contraria non valet* fehlen jedoch schon dogmatische Anknüpfungspunkte.<sup>810</sup> Zum einen wird für die Unbeachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* vorgebracht, dass der Erklärende sich bewusst sei, dass die Leistung nur gegen Entgelt erbracht wird.<sup>811</sup> Ein Vertrauen des anderen Teils wie beim Grundsatz *venire contra factum proprium*<sup>812</sup> kann aber bei einem Widerspruch in Form der *protestatio facto contraria* nicht vorliegen, da nach außen erkennbar ist, dass ein Vertrag nicht gewollt ist.<sup>813</sup> Teilweise wird eine Vergütungspflicht aus einer Analogie zu §§ 612, 632 BGB hergeleitet.<sup>814</sup> Dabei ist jedoch eine dogmatische Begründung eines Vertragsschlusses nicht

**808** Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 28 (S. 115); vgl. zur Herkunft der Regel a. Köhler, JZ 1981, 464 (464).

**809** Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 43 m.w.N.; *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 41 (S. 106); BGH, Urt. v. 14.07.1956, V ZR 223/54, BGHZ 21, 319, NJW 1956, 1475 (1476); BGH, Urt. v. 30.06.1960, VIII ZR 69/58, VerwRSpr 1960, 148 (150); vgl. BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); BGH, Urt. v. 09.05.2000, VI ZR 173/99, NJW 2000, 3429 (3431); vgl. a. BGH, Urt. v. 02.07.2014, VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17, NJW 2014, 3148 (3148 f. Rn. 10); s. schon RG, Urt. v. 29.09.1925, VI 182/25, RGZ 111, 310 (312); vgl. zu den vertretenen Ansichten: *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 99 ff.

**810** Vgl. dazu *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 101 f.; vgl. *Teichmann*, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (302 f. m.w.N.); vgl. zu den vertretenen Ansichten Köhler, JZ 1981, 464 (465 ff. m.w.N.).

**811** BGH, Urt. v. 09.05.2000, VI ZR 173/99, NJW 2000, 3429 (3431); BGH, Urt. v. 02.07.2014, VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17, NJW 2014, 3148 (3149 Rn. 10); BGH, Urt. v. 26.01.2005, VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 639 (640); BGH, Urt. v. 26.05.2005, VIII ZR 1/04, BeckRS 2005, 1765; vgl. a. BGH, Urt. v. 30.06.1960, VIII ZR 69/58, VerwRSpr 1960, 148 (150 f.).

**812** Vgl. zum Grundsatz *venire contra factum proprium*: Jauernig/*Mansel*, 19. Aufl. 2023, § 242 Rn. 48; BeckOGK/*Kähler*, Stand: 01.06.2025, § 242 Rn. 1305 ff.

**813** *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 101 f.; *Bydlinski*, F, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 96.

**814** So *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 21 Rn. 250 (S. 114); vgl. dazu a. *Teichmann*, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (305 m.w.N., 314).

ersichtlich.<sup>815</sup> § 612 Abs. 1 BGB und § 632 Abs. 1 BGB setzen einen Vertragsschluss vielmehr voraus.<sup>816</sup>

Dass ein Widerspruch gegen das tatsächliche Verhalten unbeachtlich sein soll, hat der BGH auch in Fällen der Daseinsvorsorge vertreten, in denen früher teilweise von einem faktischen Vertrag ausgegangen wurde.<sup>817</sup> Das Ergebnis der Regelung *protestatio facto contraria non valet* ist wie beim faktischen Vertrag, dass ein Vertrag nicht durch Willenserklärungen zustande kommt, da allein auf das typische Verhalten des Erklärenden abgestellt wird.<sup>818</sup> Durch das alleinige Anknüpfen an eine tatsächliche Handlung verstößt die Unbeachtlichkeit der *protestatio facto contraria* gegen die negative Vertragsfreiheit, die beinhaltet, keinen Vertrag zu schließen.<sup>819</sup> Die Interessen des anderen Teils werden durch die Vorschriften des Bereicherungsrechts, Deliktsrechts und des EBV ausreichend berücksichtigt.<sup>820</sup> Für die Fälle, in denen gesetzliche Rechtsfolgen nicht vom Willen des Beteiligten abhängen, etwa beim Schadensersatz, hat der Grundsatz *protestatio facto contraria non valet* ohnehin keine Bedeutung.<sup>821</sup>

**815** Vgl. Erman/*Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 43; vgl. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 103; vgl. a. *Köhler*, JZ 1981, 464 (467 Fn. 39).

**816** Vgl. zu § 612 BGB: *Staudinger/Fischinger* (2025), § 612 Rn. 7; *Schulze/Schreiber*, 12. Aufl. 2024, § 612 Rn. 2; *BeckOGK/Maties*, Stand: 01.07.2025, § 612 Rn. 27. Zu § 632 BGB: *BeckOK/Voit*, 74. Ed., Stand: 01.02.2024, § 632 Rn. 2; *Jauernig/Mansel*, 19. Aufl. 2023, § 632 Rn. 2; *MüKO/Busche*, 9. Aufl. 2023, § 632 Rn. 4; vgl. insg. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 103.

**817** Vgl. BGH, Urt. v. 30.04.2003, VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 (3131); vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1964, VIII ZR 51/63, NJW 1965, 387 (388) (die Anwendung des faktischen Vertrages offenlassend); vgl. a. BGH, Urt. v. 04.12.1967, VIII ZR 178/65, BeckRS 1967, 31181321; anders noch BGH, Urt. v. 14.07.1956, V ZR 223/54, NJW 1956, 1475 (1476), in dem von einem faktischen Vertrag und zusätzlich der Unbeachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* ausgegangen wurde; vgl. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 136.

**818** *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 139 m.w.N.

**819** *Köhler*, JZ 1981, 464 (466 f.); *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 29 (S. 115); vgl. *Bydlinski*, *F*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 96; *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 101; vgl. a. *Lorenz*, S., in: *Arnold/Lorenz*, S., *Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (293); vgl. a. *Jauernig/Mansel*, 19. Aufl. 2023, Vor §§ 145 ff. Rn. 20.

**820** *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 29 (S. 115); *Köhler*, JZ 1981, 464 (467); vgl. *Lorenz*, S., in: *Arnold/Lorenz*, S., *Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (293); vgl. a. *Kellmann*, NJW 1971, 265 (269).

**821** *Köhler*, JZ 1981, 464 (469); vgl. *Lorenz*, S., in: *Arnold/Lorenz*, S., *Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (293).

Vertreter der Unbeachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* nehmen die Unbeachtlichkeit nur an, wenn das Verhalten, dem widersprochen wird, eindeutig ist, da bei mehrdeutigem Verhalten die Äußerung zulässigerweise dazu diene, eine unerwünschte Auslegung auszuschließen.<sup>822</sup> Einer solchen Differenzierung steht jedoch entgegen, dass bei der Auslegung auf die Gesamtumstände<sup>823</sup> bzw. im Fall des § 151 S. 1 BGB auf alle äußeren Indizien<sup>824</sup> abzustellen ist und sich daraus eine Beachtlichkeit des Widerspruchs gegen einen Vertragsschluss ergibt: Für eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB muss aus Sicht eines objektiven Dritten unzweideutig aus dem nach außen hervortretenden Verhalten des Erklärenden auf einen wirklichen Annahmewillen geschlossen werden können.<sup>825</sup> Ein unzweideutiger Schluss auf einen Annahmewillen ist im Fall eines Widerspruchs gegen den Vertragsschluss gerade nicht möglich.<sup>826</sup> Daher ist nach den Auslegungsregeln eine *protestatio facto contraria* stets beachtlich. Im Rahmen der Auslegung kann die Regel der Beachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* auch deswegen nicht überzeugen, da kein Vorrang des tatsächlichen Verhaltens vor der äußeren Erklärung existiert.<sup>827</sup> Vielmehr ist im Rahmen der Auslegung der erkannte innere Wille vorrangig.<sup>828</sup> Demjenigen, der von Anfang an klarstellt, keinen Vertrag schließen zu wollen, kann kein Vertrag untergeschoben werden.<sup>829</sup> Ein geheimer Vorbehalt, der nach § 116 S. 1 BGB

822 BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); OLG Hamburg, Urt. v. 23.03.1988, 4 U 27/88, BeckRS 1988, 30859183. Vgl. w.N. bei Teichmann, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (297 f. m. Fn. 18); vgl. a. Börner, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 185 (195). Vgl. a. die Entscheidungen BGH, Urt. v. 06.12.2001, III ZR 296/00, NJW 2002, 817 (817); BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656), in denen der BGH einen Widerspruch vor Inanspruchnahme der Leistung beachtet hat.

823 Vgl. BGH, Urt. v. 01.10.2020, IX ZR 247/19, NJW 2021, 234 (239 Rn. 40).

824 BGH, Urt. v. 21.10.2004, III ZR 380/03, BGHZ 160, 393, NJW 2004, 3699 (3699).

825 Vgl. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105; NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38); BGH, Urt. v. 21.10.2004, III ZR 380/03, BGHZ 160, 393, NJW 2004, 3699 (3699).

826 Vgl. Teichmann, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (300); vgl. Bydlinski, F., Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 97; vgl. a. Köhler, JZ 1981, 464 (466 f. m.w.N.).

827 Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 101; vgl. a. Teichmann, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (300 f.); vgl. Köhler, JZ 1981, 464 (465).

828 BGH, Urt. v. 26.10.1983, IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 (721); Lorenz, S., in: Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 (293).

829 Kellmann, NJW 1971, 265 (268).

unbeachtlich wäre, liegt bei einem ausdrücklichen Widerspruch gerade nicht vor.<sup>830</sup> Im Gegenteil spricht § 116 S. 2 BGB, der bei einem erkannten Vorbehalt die Nichtigkeit einer Erklärung annimmt, dafür, dass auch bei einem offen geäußerten Vorbehalt Nichtigkeit vorliegt.<sup>831</sup>

Teilweise versuchten Nutzer der Social Media Plattform Facebook, einer von Facebook angebotenen AGB-Änderung dadurch zu widersprechen, dass sie in einem Post auf ihrer Nutzerseite der Änderung<sup>832</sup> widersprachen. Da der Regelung der *protestatio facto contraria*, wie dargestellt, nicht zu folgen ist, kann der Nutzer zwar grundsätzlich trotz Weiternutzens der Leistungen einer AGB-Änderung widersprechen. Allerdings muss der Widerspruch dem Vertragspartner Facebook auch zugehen (§ 130 Abs. 1 BGB (analog)), was bei einem Facebook-Post nicht erfolgt.<sup>833</sup>

Dass bei einem Widerspruch eines Leistungsempfängers gegen einen Vertragsschluss nach der hier vertretenen Auffassung eine *protestatio facto contraria* beachtlich ist und daher z.B. eine Vertragsstrafe bei der Inanspruchnahme von Beförderungsleistungen nicht geschuldet wird, ist die Konsequenz daraus, dass ohne Zustimmung ein Vertrag nicht zustande kommen kann. Zum einen ist ein erhöhtes Beförderungsentgelt allerdings ohnehin gesetzlich vorgesehen,<sup>834</sup> andererseits bestehen sowohl schadenersatzrechtliche als auch strafrechtliche Folgen für den Leistungsempfänger.<sup>835</sup> Ein Leistungsanbieter kann im Übrigen tatsächliche Zugangshindernisse schaffen, um nur Personen Zugang zu einer Leistung zu verschaffen, die einen Vertrag schließen wollen.<sup>836</sup>

**830** Vgl. Lorenz, S., in: Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 (293).

**831** Vgl. Köhler, JZ 1981, 464 (466); vgl. a. Bydinski, F., Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 98.

**832** Vgl. zu Änderungsverträgen unten Kapitel 4 D.I.1.

**833** Vgl. SZ, AGB-Widerspruch auf Facebook ist „juristisch unsinnig“ (13.11.2012), <https://www.sueddeutsche.de/digital/datenschutz-in-sozialen-netzwerken-agb-widerspruch-auf-facebook-ist-juristisch-unsinnig-1.1521646> (zuletzt abgerufen am 04.08.2025).

**834** Vgl. § 6 Eisenbahnverkehrs-Verordnung (EVO), § 9 Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen, vgl. dazu Köhler, JZ 1981, 464 (468).

**835** Vgl. Köhler, JZ 1981, 464 (468).

**836** Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (122).

## 2 Die Annahme nach § 151 S. 1 BGB

§ 151 S. 1 BGB lautet: „Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat.“ Bei § 151 S. 1 BGB wird für die Annahme teilweise nicht von einer Willenserklärung<sup>837</sup>, sondern von einem Willensgeschäft<sup>838</sup> oder einer Willensbetätigung<sup>839</sup> gesprochen.<sup>840</sup> Der Unterschied einer Willensbetätigung zur Willenserklärung soll darin liegen, dass bei § 151 S. 1 BGB keine Kundgabe bezweckt werde, da aus dem Handeln auf eine Rechtsfolge geschlossen werde.<sup>841</sup> Allerdings ist nicht ersichtlich, warum ein Kundgabezweck ein Merkmal einer Willenserklärung sein soll.<sup>842</sup> Wird statt einer Willenserklärung für § 151 S. 1 BGB eine Willensbetätigung oder ein Willensgeschäft gefordert, ist dies zunächst eine Abkehr vom Zustandekommen eines Vertrages durch zwei Willenserklärungen.<sup>843</sup> Letztlich handelt es sich jedoch um eine begriffliche Frage.<sup>844</sup> Entscheidend für den Vertragsschluss sind die hierzu erforderlichen Voraussetzungen.<sup>845</sup>

Der BGH fordert für § 151 S. 1 BGB die „Annahme als solche, d. h. ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers, aus dem sich dessen Annahmewille unzwei-

<sup>837</sup> Von einer Willenserklärung sprechen z.B. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 14; MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 3; Repgen, 200 AcP (2000), 533 (534).

<sup>838</sup> Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 366 f.; Fabricius, JuS 1966, 1 (9); Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 35-II.3 (S. 655).

<sup>839</sup> Eckhardt, BB 1996, 1945 (1946); Scheffer, NJW 1995, 3166 (3167); Brox/Walker, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 21 (S. 99); Bydliński, P., JBl 1983, 169 (170); Bydliński, P., JuS 1988, 36 (37).

<sup>840</sup> Weitere Nachweise bei Vytlačil, Die Willensbetätigung, 2009, S. 14 f. Fn. 18 f.

<sup>841</sup> Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 367; vgl. Flume, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 5.7 (S. 77); vgl. Vytlačil, Die Willensbetätigung, 2009, S. 37; w.N.b. Repgen, 200 AcP (2000), 533 (552).

<sup>842</sup> Eckhardt, BB 1996, 1945 (1946); vgl. Repgen, 200 AcP (2000), 533 (554 f.); a.A. Schwarze, 202 AcP (2002), 607 (615 f.).

<sup>843</sup> Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 185.

<sup>844</sup> JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 8 m.w.N.; vgl. a. Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 32 (S. 338).

<sup>845</sup> Vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 3; vgl. a. Bydliński, P., JuS 1988, 36 (37).

*deutig ergibt*<sup>846</sup>. Erforderlich ist somit, aus einer äußeren Handlung auf den Annahmewillen zu schließen.<sup>847</sup> Deswegen sind im Fall des § 151 S. 1 BGB die Voraussetzungen für eine Willenserklärung erfüllt<sup>848</sup>, die ausdrücklich oder konkludent erfolgen kann.<sup>849</sup> Die Annahme nach § 151 S. 1 BGB ist nicht empfangsbedürftig, es ist lediglich eine Erklärung „dem Antragenden gegenüber“ entbehrlich.<sup>850</sup>

In der Literatur wurde vereinzelt vorgebracht, dass bei einem Vertragsschluss nach § 151 S. 1 BGB die Annahmeerklärung selbst entbehrlich sei.<sup>851</sup> Auch in der Rechtsprechung finden sich insofern ungenaue Formulierungen.<sup>852</sup> Teilweise ergibt sich allerdings aus den Entscheidungen selbst, dass die Rechtsprechung nur den Zugang der Annahmeerklä-

**846** So z.B. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990 1656 (1657); BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415); vgl. dazu a. *Reppen*, AcP 200 (2000), 533 (536).

**847** BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1443); BGH, Urt. v. 05.10.2006, III ZR 166/05, NJW 2006, 3777 (3778); BGH, Urt. v. 21.10.2004, III ZR 380/03, BGHZ 160, 393, NJW 2004, 3699 (3699); BGH, Urt. v. 14.10.2003, XI ZR 101/02, NJW 2004, 287 (288); BGH, Urt. v. 17.07.2003, IX ZR 250/02, NJW 2003, 3564 (3565); BGH, Urt. v. 12.10.1999, XI ZR 24/99, NJW 2000, 276 (277); BGH, Urt. v. 14.04.1999, VIII ZR 370/97, NJW 1999, 2179 (2179); BGH, Urt. v. 06.05.1997, IX ZR 136/96, NJW 1997, 2233 (2233); BGH, Urt. v. 28.10.1993, VII ZR 192/92, NJW-RR 1994, 280 (281); BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657); BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415); BGH, Urt. v. 07.05.1979, II ZR 210/78, BGHZ 74, 352, NJW 1979, 2143 (2144).

**848** *Brehmer*, JuS 1994, 386 (388); *Augner*, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 189 f.; *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 33 (S. 337 f.); *Staudinger/Bork* (2025), § 151 Rn. 14.

**849** BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 2; vgl. *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 28 Rn. 33 (S. 337 f.); *Staudinger/Bork* (2025), § 151 Rn. 2.

**850** *Grüneberg/Ellenberger*, 84. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; *Staudinger/Bork* (2025), § 151 Rn. 1, 14; *Erman/Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 1, 8; BeckOGK/*Möslein*, Stand 01.02.2018, § 151 Rn. 17.

**851** *Wendt*, 92 AcP (1902), 1 (239 f.); vgl. a. w.N.b. *Brehmer*, JuS 1994, 386 (386).

**852** Entbehrlichkeit der „Annahmeerklärung“: BAG, Urt. v. 14.12.2016, 7 AZR 797/14, NZA 2017, 638 (642 Rn. 45); BAG, Urt. v. 25.10.2017, 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507 (513 Rn. 54); vgl. BGH, Urt. v. 02.07.1986, VIII ZR 194/85, BGHZ 98, 140, NJW 1986, 2826 (2827); Entbehrlichkeit der „Annahme“: BAG, Urt. v. 18.09.2001, 9 AZR 307/00, NJW 2002, 1739 (1739); Verzicht auf die „Annahmeerklärung“: BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657). Kritisch dazu *Jauernig/Mansel*, 19. Aufl. 2023, § 151 Rn. 1; *Brehmer*, JuS 1994, 386 (388); *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 8.

nung für entbehrlich hielt.<sup>853</sup> Zudem wurde im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt, auf die Annahmeerklärung zu verzichten.<sup>854</sup> Wäre die Annahme insgesamt entbehrlich, könnte der Anbietende dem Angebotsempfänger an einen Vertrag binden, auch wenn dieser keinen Vertrag schließen wollte.<sup>855</sup> Dafür, dass nur der Zugang entbehrlich ist, sprechen Sinn und Zweck, die den Rechtsverkehr erleichtern sollen, und die allgemeine Systematik der Rechtsgeschäfte, die auf Konsens abstellen.<sup>856</sup> Für eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB genügt weder ein rein innerer Annahmewille<sup>857</sup> noch eine Betrachtung ausschließlich der typischen äußeren Verhaltensweise, ohne dass der Wille beachtlich sei.<sup>858</sup> Allein auf die Handlung abzustellen, ohne dass auf einen tatsächlichen Annahmewillen geachtet wird, ist deshalb nicht gerechtfertigt, weil mangels Zugangs der Erklärung auch kein Vertrauen des Anbietenden geschaffen wurde und das Außer-Acht-Lassen des Willens gegen die Vertragsfreiheit verstoßen würde.<sup>859</sup> Umgekehrt ist ein äußerer Tatbestand, nach dem der Annahmewille nach außen treten muss, schon deshalb erforderlich, weil der Wortlaut des § 151 S. 1 BGB von einer „Erklärung“ spricht und diese gerade nicht für entbehrlich erklärt wird.<sup>860</sup>

853 Vgl. BAG, Urt. v. 14.12.2016, 7 AZR 797/14, NZA 2017, 638 (643 Rn. 50); BAG, Urt. v. 25.10.2017, 7 AZR 632/15, NZA 2018, 507 (514 Rn. 62); BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657); vgl. *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 212 m. Fn. 1145.

854 Prot. I, S. 83 f.; Mugdan, S. 693 (zu S. 175 f.). Vgl. dazu BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 6.

855 Hogg, Promises and Contract Law, 2011, S. 218; vgl. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 14.

856 BeckOGK/Möslein, Stand 01.02.2018, § 151 Rn. 17.

857 So aber *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 35.II.3, S. 655, der den inneren Entschluss zumindest dann für ausreichend hält, wenn eine Manifestation der Annahme nicht üblich ist und keinen Sinn habe; vgl. gegen das Abstellen auf einen rein inneren Willen: *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1946 m.w.N.).

858 Vgl. aber *Pärn*, Vertragswirkungen ohne Vertragsschluss, 1955, S. 59 f., vgl. zur Berücksichtigung subjektiver Elemente ebd., S. 94 f.; vgl. w.N. bei *Bydlsinski*, P., JBl 1983, 169 (174) (abl.); vgl. für die Beachtung von subjektiven und objektiven Elementen: Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 16; BeckOGK/Möslein, 01.02.2018, § 151 Rn. 24; *Bydlsinski*, P., JuS 1988, 36 (37 f.).

859 Vgl. *Bydlsinski*, P., JuS 1988, 36 (37 f.).

860 *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1946 f.); *Brehmer*, JuS 1994, 386 (387).



### 3 Ergebnis

Das BGB schreibt nicht ausdrücklich vor, dass ein Vertrag immer durch Angebot und Annahme zustande kommen muss.<sup>861</sup> Die fehlende Festlegung eines zwingenden Vertragsschlussmechanismus im BGB ermöglichte es, dass die Lehre vom faktischen Vertrag vorgeschlagen werden konnte.<sup>862</sup> Worauf aber nicht verzichtet werden kann ist eine Willenseinigung, da das Konsensprinzip zwingende Grundlage für einen Vertragsschluss ist.<sup>863</sup> Es müssen daher für einen wirksamen Vertragsschluss zwischen den Parteien Willenserklärungen ausgetauscht werden.<sup>864</sup> Diese müssen allerdings begrifflich nicht zwingend Angebot und Annahme genannt werden können.<sup>865</sup> Ein Vertragsschluss kann daher z.B. durch das gleichzeitige Unterzeichnen eines Vertrages zustande kommen, ohne dass eine der Erklärungen als Angebot und die andere als Annahme bezeichnet werden kann.<sup>866</sup> Weil aufgrund der Vertragsfreiheit eine vertragliche Bindung nur aufgrund des Willens einer Partei eintreten kann, ist sowohl die Lehre vom faktischen Vertrag als auch der Grundsatz der *protestatio facto contraria non valet* abzulehnen.<sup>867</sup> Eine Verpflichtung, die vom Parteiwillen unabhängig sein soll, muss ausdrücklich im Gesetz geregelt werden.<sup>868</sup>

**861** Vgl. Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff., Rn. 4, 36; anders noch § 77 der ersten Lesung des Entwurfs zum BGB.

**862** Vgl. Mayer-Maly, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 509 (519 f.). Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (30) vertrat, dass die dem BGB zugrunde liegende Vorstellung, ein Vertrag komme nur durch Angebot und Annahme zustande, aufzugeben sei. Vgl. zur fehlenden Rechtsfortbildung durch den faktischen Vertrag: Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 14 ff.

**863** Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 29. Siehe oben Kapitel 2 A.

**864** Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (121); Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, Vor § 145 Rn. 1.

**865** JurisPK/Otto, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 8, 10; vgl. Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 38. Vgl. a. BGH, Urt. v. 07.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, NJW 2002, 363 (364) („Verträge kommen zu Stande durch auf den Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Willenserklärungen, in der Regel durch Angebot („Antrag“) und Annahme nach §§ 145 ff. BGB, bei Versteigerungen durch Gebot und Zuschlag (§ 156 BGB)“).

**866** Vgl. a. Honsell/Holz-Dahrenstaedt, JuS 1986, 969 (969); vgl. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 3 (S. 105). Die §§ 145 ff. BGB können in passenden Fällen analog angewendet werden, vgl. Staudinger/Bork (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 38.

**867** Siehe oben 1.

**868** Mayer-Maly, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 509 (521).

## II Französisches Recht

Im französischen Recht findet sich keine dem faktischen Vertrag vergleichbare Theorie.<sup>869</sup> Als Grundsatz wird jedenfalls von Angebot und Annahme ausgegangen.<sup>870</sup> Art. 1113 Code civil stellt für den Vertragsschluss auf den Austausch von Angebot und Annahme ab, aus denen sich der Bindungswille der Parteien ergibt, der sich allerdings auch aus einem eindeutigen Verhalten des Erklärenden ergeben kann. Die Vorannahme einer Annahmehandlung muss den Annahmewillen manifestieren.<sup>871</sup> Der Annahmewille kann dabei durch vollständige Erfüllung geäußert werden.<sup>872</sup>

Es gibt jedoch auch Fälle, in denen von einem Vertrag ausgegangen wird, obwohl Angebot und Annahme nicht einzeln festgestellt werden können, z.B. bei einer *société créée de fait*<sup>873</sup>, bei der im Laufe der Zeit eine faktische Gesellschaft entstehen kann und sich die Zustimmung über einen längeren Zeitraum erstreckt, ohne dass Angebot und Annahme für einen Vertragsschluss identifiziert werden können.<sup>874</sup> Beim *contrat d'adhésion* werden die Bedingungen des einen Vertragspartners bezüglich des Vertragsinhalts dem anderen vorgegeben<sup>875</sup>, sodass teilweise in Fällen der Abhängigkeit z.B. von einem Lieferanten im Rahmen der Daseinsvorsorge, geschlussfolgert wurde, der Begriff des Vertragsschlusses müsse durch den der Unterwerfung ersetzt werden.<sup>876</sup> Heute ist anerkannt, dass es für den Vertragsschluss vor allem auf die Einigung (*consentement*) zwischen den Parteien ankommt,<sup>877</sup>

**869** *Cauvin*, Leistungsstörungsrecht des französischen Code civil, 2020, S. 143; *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 249 (S. 232).

**870** *Bonassies*, in: Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, 1968, C-1, S. 1597 (1597).

**871** *Bonassies*, in: Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, 1968, B-6, S. 1250 (1250).

**872** *Bonassies*, in: Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, 1968, B-6, S. 1250 (1250). Zur teilweisen Erfüllung vgl. ebd., S. 1251 ff.

**873** Vgl. Art. 1873 Code civil; vgl. dazu *Merle/Fauchon*, Droit commercial, Sociétés commerciales, 28<sup>e</sup> éd. 2024/2025, S. 893 ff.

**874** *Bonassies*, in: Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, 1968, C-1, S. 1597 (1599 f.).

**875** Vgl. Art. 1110(2) Code civil: „Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties“.

**876** Vgl. *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 470, 472 f. m.w.N.

**877** Vgl. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 25 (S. 11), Rn. 97 (S. 91); *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 201 (S. 263); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 57 m.w.N.

vgl. Art. 1172(1) Code civil: „*Les contrats sont par principe consensuels*“ und Art. 1109(1) Code civil: „*Le contrat est consensuel lorsqu’il se forme par le seul échange des consentements quel qu’en soit le mode d’expression*“.

### III Common Law

#### 1 Agreement

Die *doctrine of offer and acceptance* gilt im englischen Recht seit der Entscheidung *Adams v. Lindsell*,<sup>878</sup> allerdings ist auch anerkannt, dass dieses System nicht überall passt.<sup>879</sup> Trotz Kritik wurde am Prinzip aus Angebot und Annahme festgehalten.<sup>880</sup> In einigen, auch alltäglichen Fällen, können Angebot und Annahme allerdings schwer festzustellen sein, insbesondere bei mehrseitigen Verträgen, bei Zustimmung zu einem von einem Dritten vorgeschlagenen Vertrag sowie bei einem *agreement subject to contract*, bei dem erst mit dem Austausch von Dokumenten ein Bindungswille der Parteien vorliegt.<sup>881</sup> Bei einer konkludenten Annahme ist erforderlich, dass die Annahme äußerlich manifestiert wird und sich hieraus der Annahmewille ergibt.<sup>882</sup> Für ausreichend gehalten wurde, wenn sich aus dem Verhalten der Parteien ergab, dass ein Vertrag gewollt war, indem z.B. bereits mit der Ausführung des Vertrages begonnen wurde, auch wenn Angebot und Annahme nicht einzeln festgestellt wurden.<sup>883</sup> Ebenso wurde ein Vertrag angenommen, als nach langen Verhandlungen unzweifelhaft eine

<sup>878</sup> *Adams v. Lindsell* [1818] EWHC K.B. J59, (1818) 1 B & Ald 681, 106 E.R. 250 (251).

<sup>879</sup> Vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 95 f.; vgl. a. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 62, 39.

<sup>880</sup> *Burrows*, *A Restatement*, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 2, Ziff. 7(1) (S. 53).

<sup>881</sup> *Chen-Wishart*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–144 (S. 388 f.) m.w.N.; vgl. a. *Burrows*, *A Restatement*, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 2, Ziff. 7(2) (S. 54); vgl. a. *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–076 ff. (S. 49 f.). Ein Versprechen durch ein *deed* kann ohne Annahme bindend werden: *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson’s Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 33; *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-1:101 Note II.9 (S. 128), Art. II.-1:103 Note II.10 (S. 137).

<sup>882</sup> *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 61, 64.

<sup>883</sup> *RTS Flexible Systems Ltd. v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753 (Rn. 45); vgl. dazu *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 62 f.

Einigung vorlag, auch wenn die einzelnen Äußerungen der Parteien strittig waren.<sup>884</sup> Es wurde daher auch als unnötig angesehen, genau Angebot und Annahme zu identifizieren.<sup>885</sup> Die Gerichte suchen nicht zwingend nach Angebot und Annahme, sondern ermitteln, ob eine Einigung (*agreement*) vorliegt.<sup>886</sup> In den USA steht nach § 2-204(1) UCC der gemeinsame Wille der Parteien im Vordergrund, ein Vertrag muss dabei nicht durch Angebot und Annahme zustande kommen: „*A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract*“<sup>887</sup>. Es kann daher für einen Vertragsschluss auch auf vertragsanerkennendes Verhalten abgestellt werden.<sup>888</sup> Bei einem Restaurantbesuch wird beispielsweise vertreten, dass ein Vertrag deshalb vorliegt, weil die Parteien von einer Verpflichtung ausgehen.<sup>889</sup> Eine Aufteilung in Angebot und Annahme sei künstlich oder sogar fiktiv.<sup>890</sup>

## 2 Unilateral contracts and contracts implied-in-fact

Ein *unilateral contract* kommt durch die vom Anbietenden vorgesehene Vornahme einer Handlung durch den Annehmenden zustande.<sup>891</sup> Hier könnte man auch davon sprechen, dass der *unilateral con-*

**884** Apple Corps Ltd. v. Apple Computer Inc. [2004] EWHC 768 (Ch) (Rn. 42); vgl. dazu Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 73.

**885** Premier Paper Group Ltd. v. Buchanan McPherson Ltd. [2018] EWCA Civ 15 (Rn. 29); vgl. Chen-Wishart, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–144 f. (S. 388 ff.).

**886** Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 39, 61 ff. Vgl. für die USA: § 22(2) Restatement (Second) of Contracts und § 2-204(1) UCC, vgl. dazu Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 34, 37; Burnham/Reed, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 710; vgl. a. Bayern, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 77 (79).

**887** Vgl. a. § 2-207(3) UCC, vgl. dazu van Alstine, *Fehlender Konsens*, S. 124 f.

**888** Vgl. dazu Bischoff, *Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*, 2001, S. 191 ff.

**889** Bayern, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 77 (80). Dies soll im englischen Recht dagegen nicht gelten: DiMatteo/Hogg in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 118 (118).

**890** Vgl. Bayern, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 77 (80 f.).

**891** Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 50. Vgl. für die USA: Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 35 f.

*tract* nicht durch eine Einigung, sondern das Versprechen (*promise*) zustande kommt, das bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bindend wird.<sup>892</sup> Nur wenn der Versprechensempfänger entsprechend der *consideration*-Doktrin eine Handlung vornimmt, wird das Verhältnis ein Vertragliches.<sup>893</sup> *Unilateral contracts* wurden daher oft pragmatischer und aufgrund von Fairness entschieden statt den strengen Vertragsschlussregeln zu folgen.<sup>894</sup> Dies erinnert an die *estoppel*-Doktrin, die auch auf Vertrauen auf ein Versprechen abstellt.<sup>895</sup> Im englischen Recht kann die *promissory estoppel*-Doktrin allerdings nicht zur Entstehung von Rechten führen, sondern nur die Durchsetzung eines Anspruchs verhindern.<sup>896</sup>

Teilweise wird der im deutschen Recht vertretene faktische Vertrag mit dem einem *contract implied-in-fact* verglichen.<sup>897</sup> Einen *contract implied-in-fact* hat der U.S. Supreme Court definiert als: “*founded upon a meeting of minds, which, although not embodied in an express contract, is inferred, as a fact, from conduct of the parties showing, in the light of the surrounding circumstances, their tacit understanding*”<sup>898</sup>. Dabei muss aus objektiver Sicht die Zustimmung der Parteien manifestiert werden.<sup>899</sup> Dies ist anhand des Verhaltens der Parteien im Zusammenhang mit den Begleitumständen zu beurteilen.<sup>900</sup> Insbesondere sprechen die Veranlassung oder Entgegennahme einer Erfüllungshandlung in Kenntnis einer Zahlungserwartung des anderen Teils für einen *contract implied-in-fact*.<sup>901</sup> In der Rechtsprechung wurde eine vertrag-

892 Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 79.

893 Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 84 f.

894 Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 85.

895 Vgl. Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 81.

896 Vgl. Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 131, 143. Anders in den USA, vgl. Hogg, *Promises and Contract Law*, 2011, S. 225; Schmidt, J., *Vertragsschluss*, 2013, S. 66 f.; § 90 Restatement (Second) of Contracts.

897 Vgl. Kessler, 22 *UCLA L. Rev.* (1975), 1066 (1074); vgl. Kessler/Fine, 77(3) *Harv. L. Rev.* (1964), 401 (410 Fn. 34).

898 *Baltimore & Ohio Railroad Company v. United States* (Sup. Ct. 1923), 43 *Sup. Ct.* 425, 261 *U.S.* 592 (597). Vgl. zur Abgrenzung von einem *contract implied-in-law*: ebd.; *Boyd/Huffman*, 40(3) *Cath. U. L. Rev.* (1991), 605 (607 ff.).

899 Vgl. *Boyd*, 21(1) *Pub. Cont. L. J.* (1991), 84 (89 f. m.w.N.).

900 *Boyd*, 21(1) *Pub. Cont. L. J.* (1991), 84 (91 m.w.N.); *Boyd/Huffman*, 40(3) *Cath. U. L. Rev.* (1991), 605 (607 m.w.N.).

901 *Boyd*, 21(1) *Pub. Cont. L. J.* (1991) 84 (95 f., 98 jew. m.w.N.).

liche Verpflichtung aufgrund der objektiven Beurteilung sogar dann angenommen, wenn beide Parteien keinen Vertrag schließen wollten.<sup>902</sup> Dies wurde jedoch mit dem Argument kritisiert, dass der *objective test* nicht vollständig objektiv vorzunehmen ist.<sup>903</sup> Wie beim faktischen Vertrag wird beim *contract implied-in-fact* eine objektive Betrachtung vorgenommen<sup>904</sup>, allerdings soll bei einem *contract implied-in-fact* für den Vertragsschluss (wenn auch aus objektiver Sicht) eine Einigung ermittelt werden<sup>905</sup>, während der faktische Vertrag allein aus der typischen Bedeutung eines Verhaltens abgeleitet wird<sup>906</sup>. Auch scheinen die amerikanischen Gerichte es dem Leistungsempfänger offenzuhalten, einem Vertragsschluss zu widersprechen und den Leistenden von der Erwartung einer Gegenleistung abzubringen.<sup>907</sup>

**902** So im englischen Fall *Upton-on-Severn R.D.C. v. Powell* [1942] 1 All ER 220 (C.A.); vgl. dazu *Carter/Furmston*, in: *Furmston, The Future of the Law of Contract*, 2020, Rn. 5,32 ff. (S. 79 f.); kritisch dazu *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–049 (S. 37 f.); *Chen-Wishart*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–053 (S. 345 f.). A.A. im amerikanischen Recht: *Bayern*, in: *DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law*, 2015, S. 77 (79 ff.) unter Verweis auf § 201(1) Restatement Second of Contracts: “Where the parties have attached the same meaning to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with that meaning”.

**903** *Chen-Wishart*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–053 (S. 346); vgl. a. *Beale*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 5–018 (S. 482). Vgl. zur Auslegung a. oben A.III.2.

**904** Vgl. *Kessler*, 22 UCLA L. Rev. (1975), 1066 (1074); vgl. a. *Kessler/Fine*, 77(3) Harv. L. Rev. (1964), 401 (410 Fn. 34).

**905** Vgl. *Boyd*, 21(1) Pub. Cont. L. J. (1991), 84 (89 f.); vgl. *Corbin*, 21(7) Yale L. J. (1911–1912), 533 (546 f.); *Farnsworth*, 58(3) L.Q. Rev. (1942), 289 (297); vgl. aber *Costigan*, 33(3) Harv. L. Rev. (1919–1920), 376 (382 Fn. 12).

**906** *Haupt*, in: *Leipziger Juristenfakultät, FS Siber*, 1943, S. 5 (29 f.).

**907** Vgl. *Boyd*, 21 Pub. Cont. L. J. (1991), 84 (100 f.); vgl. *Harley v. United States* (Sup. Ct. 1905), 25 Sup. Ct. 634, 198 U.S. 229 (235); *Baltimore & Ohio Railroad Company v. United States* (Sup. Ct. 1923), 43 Sup. Ct. 425, 261 U.S. 592 (598 f.); vgl. a. *Coleman v. United States* (Sup. Ct. 1894), 14 Sup. Ct. 473, 152 U.S. 96 (99). Vgl. a. § 53(3), § 26 Restatement (Second) of Contracts; vgl. *Furtula v. University of Kentucky* (Ky. 2014), 438 S.W.3d 303 (309). Im englischen Recht wurde in anderem Zusammenhang der Widerspruch gegen die Annahme einer Mietvertragsänderung als beachtlich angesehen, vgl. *Glossop v. Ashley* [1921], 2 K.B. 451 (458); vgl. *Chen-Wishart*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–059 (S. 349 m Fn. 260).

### 3 Vertrauensbasierte Ansätze

#### a Reasonable reliance

In der englischen Literatur wurde teilweise diskutiert, statt auf ein *agreement* auf ein berechtigtes Vertrauen (*reasonable reliance*) der Parteien auf einen bindenden Vertrag abzustellen.<sup>908</sup> Danach soll eine vertragliche Verpflichtung nicht durch den Austausch von Versprechen, sondern aufgrund von Handlungen und des an sie geknüpfte Vertrauens eintreten.<sup>909</sup> Zum Beispiel sei die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln, in denen ein Kontrolleur anwesend ist, auf die Handlung in Form der Inanspruchnahme der angebotenen Leistung zurückzuführen und nicht darauf, ein Zahlungsverprechen abzugeben.<sup>910</sup> Ein ausdrückliches Versprechen (*explicit promise*) habe nur Beweisfunktion.<sup>911</sup> Gerade wenn auf *promissory estoppel*<sup>912</sup> abgestellt wird, geht es allerdings eher um einen Vertrauensschaden und keine vollständige vertragliche Bindung.<sup>913</sup> In den USA wird in § 90(1) Restatement (Second) of Contracts ein Versprechen ohne *consideration* bindend, wenn der andere Teil in berechtigtem Vertrauen auf das Versprechen eine Handlung vorgenommen hat und nur so ein ungerechtes Ergebnis vermieden werden kann.<sup>914</sup> Die englischen Gerichte stellen dagegen (noch) nicht auf einen vertrauensbasierten Ansatz anstelle der *consideration* ab.<sup>915</sup>

#### b Death of contract

In den USA wurde in den 1970er Jahren von einer Ansicht vertreten, dass der Vertrag durch das Deliktsrecht ersetzt wurde (*death of con-*

<sup>908</sup> Collins, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 164; vgl. Atiyah, *Essays on contract*, 1986, S. 22; vgl. dazu Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 38, 101, 142 f.

<sup>909</sup> Atiyah, *Essays on contract*, 1986, S. 22; vgl. dazu Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 101.

<sup>910</sup> Atiyah, *Essays on contract*, 1986, S. 22; vgl. dazu Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 142.

<sup>911</sup> Atiyah, *Essays on contract*, 1986, S. 25 ff.

<sup>912</sup> Vgl. dazu schon Kapitel 2 B.VI.

<sup>913</sup> Vgl. Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 143 ff.; vgl. a. Collins, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 171, 176 f.

<sup>914</sup> Vgl. Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 142 f.; Reimann, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 32.

<sup>915</sup> Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 144.

*tract*).<sup>916</sup> Es wurde davon ausgegangen, dass eine Vertragshaftung nicht auf dem Willen der Parteien beruhe, sondern aufgrund der deliktsrechtlichen Konsequenzen einträte, die an die Handlungen der Parteien geknüpft werden.<sup>917</sup> Nach der „*death of contract*“-Lehre wurde die vertragliche Haftung auf das negative Interesse bezogen.<sup>918</sup> Eine Nähe des Vertragsrechts zum Deliktsrechts lässt sich in dieser Theorie darin sehen, dass auch bei einem Vertrag *specific performance* nur ausnahmsweise verlangt werden kann, sodass es im Vertrags- und Deliktsrecht jeweils um Schadensersatzansprüche geht.<sup>919</sup> Später wurde auch umgekehrt vertreten, es sei wieder mehr auf den Vertrag abzustellen (*death of reliance*).<sup>920</sup> Die Lehre des *death of contract* lässt sich im US-amerikanischen Recht dem Rechtsrealismus zuordnen.<sup>921</sup> Der Rechtsrealismus stellt insbesondere darauf ab, dass das Recht durch soziale, politische, wirtschaftliche und historische Einflüsse geprägt wird.<sup>922</sup> Eine Anpassung des Rechts an gesellschaftliche Veränderung könne im *Common Law* direkt durch Anwälte und Richter beeinflusst werden, indem sie auf faktische Begebenheiten reagieren können.<sup>923</sup> Wenn das Recht nicht eindeutig sei, habe der Richter außerhalb des Rechts zu argumentieren,

**916** *Gilmore, The Death of Contract*, 1974 (Nachdruck 1995), S. 95. Im deutschen Recht wurde v.a. im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung 2002 die Vertrauenshaftung im Verhältnis zum Vertragsrecht diskutiert, vgl. *Benedict*, 69 RabelsZ (2005), 1 (3). Vgl. zum Verhältnis Vertrag und Delikt im deutschen Recht: *Weller, Vertragstreue*, 2009, S. 560 ff. Vgl. zur Kritik am Konsensprinzip a. *Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, S. 156 ff.

**917** Vgl. *Gilmore, The Death of Contract*, 1974 (Nachdruck 1995), S. 96 f.; vgl. dazu *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 104.

**918** Vgl. *Gilmore, The Death of Contract*, 1974 (Nachdruck 1995), S. 96; vgl. dazu *Unberath*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, 2009, „Vertrag“ (S. 1677).

**919** *Weller, Vertragstreue*, 2009, S. 562 m.w.N., 566 f.

**920** Vgl. *Barnett*, 46 J. Legal Educ. (1996), 518 (528, 521 f.); vgl. dazu *Benedict*, 69 RabelsZ (2005), 1 (4).

**921** Vgl. *Feinman*, 58(4) U. Cin. L. Rev. (1990), 1283 (1292); vgl. *Fried*, 45(3) *Suffolk U. L. Rev.* (2012), 961 (962). Vgl. zu rechtsrealistischen Ansätzen im deutschen Recht: *Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 156 ff.; *Rea-Fauchinger, Der amerikanische Rechtsrealismus*, 2006, S. 177 ff.

**922** *Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 70.

**923** Vgl. *Llewellyn*, 44(8) *Harv. L. Rev.* (1931), 1222 (1242 f.); vgl. a. *Frank*, 26 *Ill. L. Rev.* (1932), 645 (652 ff.); *Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 85, 113 f., 121, 142 f., 148 f.; *Rea-Fauchinger, Der amerikanische Rechtsrealismus*, 2006, S. 92.



etwa ökonomisch oder mit sozialen Bedürfnissen der Gesellschaft.<sup>924</sup> Die Kritik am Rechtsrealismus bezieht sich darauf, dass Juristen nicht selbst Recht schaffen, sondern das geschriebene Recht nur auslegen sowie dass die Rechtswissenschaft vom Rechtsrealismus vom Ergebnis her gedacht wird, indem eine Vorhersage über eine Rechtsentscheidung gemacht werden soll.<sup>925</sup> Gegen eine Gleichsetzung eines Vertrages mit dem Deliktsrechts spricht jedenfalls, dass dies der Vertragsfreiheit widerspricht.<sup>926</sup> Unterschiedliche Ansätze zur Frage, ob ein Vertrag zustande kommt, hängen jedenfalls auch mit dem Verhältnis des Vertragsrechts zum Deliktsrecht und der Behandlung einer quasi-vertraglichen Haftung in der jeweiligen Rechtsordnung zusammen.<sup>927</sup>

## 4 Ergebnis

Im *Common Law* sind grundsätzlich für einen Vertragsschluss Angebot und Annahme zu ermitteln. Grundlegend ist jedoch die Frage, ob eine Einigung (*agreement*) vorliegt.<sup>928</sup> In den USA wird deutlich formuliert, dass nicht zwingend Angebot und Annahme vorliegen müssen, indem auch ein vertragsanerkennendes Verhalten für einen Vertragsschluss ausreichen kann (§§ 2–204(1) UCC, 2–207(3) UCC).<sup>929</sup>

Ein *unilateral contract* stellt insofern eine Besonderheit dar, als durch die vom Anbietenden vorgesehene Vornahme einer Handlung

924 Vgl. dazu Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 210 f., 297.

925 Kantorowicz, 43(8) Yale L. J. (1934), 1240 (1248 ff.); vgl. dazu Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 169 ff.

926 Vgl. a. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 18 f., 567 f.

927 Vgl. Bischoff, Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 179; vgl. Schulze, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 9 (15 f.); vgl. Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 4 (S. 3); vgl. a. Collins, The Law of Contract, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 171, 176 f.; vgl. a. Stone/Devenney, The Modern Law of Contract, 15. Ed. 2025, S. 144 f.; vgl. a. Atiyah, Rise and Fall of Freedom of Contract, 1979, S. 733; vgl. a. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 159 f.

928 Stone/Devenney, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 39, 60 ff. Vgl. für die USA: § 22(2) Restatement (Second) of Contracts und § 2–204(1) UCC, vgl. dazu Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 34, 37; Burnham/Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 710; vgl. a. Bayern, in: DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law, 2015, S. 77 (79).

929 Vgl. dazu van Alstine, Fehlender Konsens, 1995, S. 124 f.; vgl. dazu Bischoff, Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 191 ff.

durch den Annehmenden zustande kommt.<sup>930</sup> Weitergehend wird bei einem *contract implied-in-fact* anhand des Verhaltens der Parteien im Zusammenhang mit den Begleitumständen ihre Zustimmung zum Vertrag beurteilt.<sup>931</sup> Letztlich ist auch hier jedoch das Vorliegen einer Einigung zu prüfen.<sup>932</sup>

Auch das berechtigte Vertrauen (*reasonable reliance*) auf einen bindenden Vertrag wurde als Grundlage für eine Vertragsbindung vorgeschlagen.<sup>933</sup> Insofern sieht das US-amerikanische Recht in § 90(1) Restatement (Second) of Contracts ein bindendes Versprechen vor, wenn der andere Teil in berechtigtem Vertrauen auf das Versprechen eine Handlung vorgenommen hat und nur so ein ungerechtes Ergebnis vermieden werden kann.<sup>934</sup>

Die *Death-of-Contract*-Lehre schließlich sah den Vertrag als vollständig im Deliktsrecht untergegangen an und knüpfte für die deliktsrechtlichen Folgen nicht an den Willen, sondern an die Handlungen der Parteien an.<sup>935</sup>

## IV DCFR und PECL

Art. II.-4:205(3) DCFR, Art. 2:205(3) PECL sehen vergleichbar mit § 151 S. 1 BGB vor, dass ein Vertrag mit Beginn einer Ausführungshandlung zustande kommt, wenn das Angebot dies vorsieht oder sich dies aus dem Angebot, der Verkehrssitte oder der Übung der Parteien ergibt.<sup>936</sup> Auch in diesem Fall liegen daher Angebot und Annahme vor. Im

<sup>930</sup> Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 50. Vgl. für die USA: Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 35 f.

<sup>931</sup> Boyd, 21(1) Pub. Cont. L. J. (1991), 84 (91 m.w.N.); Boyd/Huffman, 40(3) Cath. U. L. Rev. (1991), 605 (607 m.w.N.).

<sup>932</sup> Vgl. Boyd, 21(1) Pub. Cont. L. J. (1991), 84 (89 f.); vgl. Corbin, 21(7) Yale L. J. (1911–1912), 533 (546 f.); vgl. Farnsworth, 58(3) L. Q. Rev. (1942), 289 (297).

<sup>933</sup> Collins, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 164; vgl. Atiyah, *Essays on contract*, 1986, S. 22; vgl. dazu Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 38, 101, 142 f.

<sup>934</sup> Vgl. Stone/Devenney, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 142 f.; Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 32.

<sup>935</sup> Vgl. Gilmore, *The Death of Contract*, 1974 (Nachdruck 1995), S. 96 f.; vgl. dazu a. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 104.

<sup>936</sup> Vgl. Illmer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, *Handwörterbuch Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S.1699).

DCFR und in den PECL ist das System aus Angebot und Annahme das Grundmodell vorgesehen, allerdings ist anerkannt, dass dieses nicht auf alle Fälle anzuwenden ist.<sup>937</sup> Dies wird damit begründet, dass es schwierig sein kann, Angebot und Annahme zu identifizieren.<sup>938</sup> Es wird im DCFR und den PECL ausdrücklich keine Beschränkung auf Konsens durch Angebot und Annahme vorgenommen, indem Art. II.-4:211 DCFR, Art. 2:211 PECL die Regelungen des Abschnitts zu Angebot und Annahme mit angemessenen Anpassungen für anwendbar erklären, wenn der Vertragsschluss nicht in Angebot und Annahme analysiert werden kann.<sup>939</sup> Der Vertrag kann daher durch Angebot und Annahme, aber z.B. auch durch die Zustimmung zu von einem Dritten erstellten Klauseln oder auf andere Weise erfolgen.<sup>940</sup> Für einen Vertragsschluss ist somit zu fragen, ob ein „*sufficient agreement*“ (Art. II.-4:101(b) DCFR, Art. 2:101(1)(b) PECL) vorliegt. *Sufficient* i.S.d. Art. II.-4:103(1)(b) DCFR (Art. 2:103(1)(a) PECL) ist ein *agreement*, wenn der Inhalt hinreichend bestimmt ist oder bestimmt werden kann, um durchgesetzt werden zu können.<sup>941</sup> Die Regeln sollen als Auffangtatbestand dienen, der Lücken der Vertragsschlussregelungen schließen soll.<sup>942</sup> Dabei müsste die Rechtsprechung entscheiden, welches Verhalten *sufficient* im Sinne dieser Normen ist.<sup>943</sup>

<sup>937</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment A (S. 292); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:201 Comment A (S. 159); vgl. a. *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 50; vgl. dazu a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 108 f.; vgl. *Christandl*, Art. 2:211, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 346 (346 Rn. 1 f.).

<sup>938</sup> Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment A (S. 292); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:201 Comment A (S. 159). Vgl. a. für die USA § 2–204 UCC.

<sup>939</sup> Was unter „*appropriate adaptations*“ zu verstehen ist, wird nicht klargestellt, vgl. *Schulze*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 9 (19).

<sup>940</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment D (S. 265), Art. II.-4:211 Comment A (S. 337); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:101 Comment C (S. 138), Art. 2:211 Comment A (S. 187).

<sup>941</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:101 Comment D (S. 265), Art. II.-4:103 Comment A (S. 278); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:103 Comment A, B (S. 146 f.); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 102.

<sup>942</sup> *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1701).

<sup>943</sup> Vgl. *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (120).

Art. 2.1.1 PICC<sup>944</sup> lautet: “A contract may be concluded either by offer and acceptance or by a conduct of the parties that is sufficient to show agreement”. Unter *conduct sufficient to show agreement* sollen Fälle zu fassen sein, in denen nach langen Verhandlungen ein Vertrag geschlossen wird und es schwierig ist, einzelne Erklärungen zu ermitteln.<sup>945</sup> Zudem können Situationen auftreten, in denen nicht bewiesen werden kann, dass ein Vertrag durch Äußerungen der Parteien geschlossen wurde, die Parteien sich aber so verhalten, als sei ein Vertrag zustande gekommen.<sup>946</sup> Es kann darunter fallen, dass die Parteien mit der Vertragsdurchführung beginnen, obwohl noch Punkte offen sind.<sup>947</sup> Ein Vertrag kann demnach zustande kommen, auch wenn ein bestimmter Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht festgestellt werden kann.<sup>948</sup>

## V Ergebnis und Bewertung

Das Modell aus Angebot und Annahme bietet nach wie vor eine Orientierung bei der Frage, ob eine Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen ist.<sup>949</sup> Beispielsweise stellt das französische Recht in Art. 1113 Code civil ausdrücklich auf Angebot und Annahme ab. Problematisch ist aber, dass nicht alle Verträge in Angebot und Annahme aufgeteilt werden können,<sup>950</sup> vgl. ausdrücklich Art. II.-4:101, Art. II.-

<sup>944</sup> Die Principles of International Commercial Contracts (PICC) (auch: Unidroit Principles) wurden in ihrer ersten Version 1994 vom International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) als *soft law* veröffentlicht und sollen das internationale Vertragsrecht kodifizieren. Die aktuelle Version ist aus dem Jahr 2016, vgl. dazu *Bonell*, in: Brödermann, Unidroit Principles, 2<sup>nd</sup> ed. 2023, S. XIII.

<sup>945</sup> *Unidroit*, UNIDROIT Principles, 2016, Art. 2.1.1 Comment 2 (S. 34); *Nottage*, in: Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles, 2<sup>nd</sup> ed. 2015, Art. 2.1.1 Rn. 7 (S. 264).

<sup>946</sup> *Nottage*, in: Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles, 2<sup>nd</sup> ed. 2015, Art. 2.1.1, Rn. 8 (S. 264).

<sup>947</sup> Vgl. *Unidroit*, UNIDROIT Principles, 2016, Art. 2.1.1 Illustration 1 (S. 35); vgl. *Brödermann*, in: Mankowski, Commercial Law, 2019, Art. 2.1.1 Rn. 2 (S. 500); *Brödermann*, UNIDROIT Principles, 2<sup>nd</sup> ed. 2023, Art. 2.1.1 Rn. 2 (S. 104 f.).

<sup>948</sup> *Unidroit*, UNIDROIT Principles, 2016, Art. 2.1.1 Comment 2 (S. 34).

<sup>949</sup> *Christandl*, Art. 2:211, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 346 (346 Rn. 1).

<sup>950</sup> Vgl. für das französische Recht: *Owsia*, 66(4) Tul. L. Rev. (1991–1992), 871 (882 ff. m.w.N.); vgl. für das englische Recht: *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 39 m. Fn. 16; *Owsia*, 66(4) Tul. L. Rev. (1991–1992), 871 (891 ff. m.w.N.).

4:211 DCFR. Ein Vorteil, auf Angebot und Annahme abzustellen, ist, dass damit einzelne Vertragsschlussmodalitäten unmittelbar gelöst werden können, z.B. das Vorliegen einer *invitatio ad offerendum*.<sup>951</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, wie Fälle zu behandeln sind, in denen ein Angebot und eine Annahme nicht einzeln identifiziert werden können. Die vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten müssen neben Praktikabilität in jedem Fall die Vertragsfreiheit wahren. Insofern zeigen sich im Einzelnen Schwierigkeiten, sodass sich die Frage stellt, welchem Modell für einen Vertragsschluss zu folgen ist.

## 1 Faktischer Vertrag und vertrauensbasierte Ansätze

Zwar haben grundsätzlich Richter das Vorliegen eines Vertragsschlusses zu beurteilen und bei der Auslegung einen gewissen Einschätzungsspielraum.<sup>952</sup> Eine funktionale Betrachtungsweise des Vertragsschlusses, wie es der Rechtsrealismus<sup>953</sup> den Richtern ermöglicht oder wie es der faktische Vertrag durch den Bezug auf das Tatsächliche vorsieht<sup>954</sup>, ist aber abzulehnen. Die Grundlage für den Vertrag ist vielmehr im Konsens der Parteien zu sehen.<sup>955</sup> Ein Abstellen auf rein objektive Begebenheiten ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien verstößt gegen die Vertragsfreiheit.<sup>956</sup> Das System aus Angebot und Annahme knüpft dagegen die vertragliche Bindung gerade an die Vertragsfreiheit.<sup>957</sup>

Ein bloßes Abstellen auf das Vertrauen des anderen Teils<sup>958</sup> verstößt ebenfalls gegen die Vertragsfreiheit und ist daher abzulehnen.

951 Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (117).

952 Vgl. für das französische Recht: *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 171 (S. 158); *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 89 (S. 90). Um die Ausnutzung durch ein menschenfeindliches Rechtssystem zu verhindern, ist für Entscheidungen der Richter ein Wertbezug vorzusehen, vgl. *Rea-Fauchinger*, *Der amerikanische Rechtsrealismus*, 2006, S. 165.

953 Vgl. *Gilmore*, *The Death of Contract*, 1974 (Nachdruck 1995), S. 95.

954 Vgl. dazu *Lambrecht*, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, 1994, S. 66 f., 68, 79.

955 Vgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 23 f. Siehe oben Kapitel 2 A.

956 Vgl. zum faktischen Vertrag: *Lambrecht*, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, 1994, S. 16, 58; *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (121).

957 *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (117).

958 Vgl. zur *reasonable reliance* im *Common Law* oben IV.3.a.

Zwar wird das Abstellen auf berechtigtes Vertrauen des anderen Teils praktisch zu ähnlichen Ergebnissen kommen wie eine Auslegung einer Erklärung anhand des objektiven Empfängerhorizonts.<sup>959</sup> Das Vertrauen als Grundlage für einen Vertragsschluss anzusehen, kann jedoch dazu führen, dass für die Wirksamkeit eines Vertrages unmittelbar Dispositionen getroffen werden müssen, um einen Vertrauensschaden nachweisen zu können.<sup>960</sup> Als Anknüpfungspunkt für die Frage nach dem Vorliegen einer Vertragserklärung ist deswegen vielmehr die Äußerung eines Vertragsschlusswillens durch eine Willenserklärung zu wählen, die entweder objektiv<sup>961</sup> oder subjektiv<sup>962</sup> auszulegen ist.

Die Frage nach der Beachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* wird eher im *Civil Law* diskutiert.<sup>963</sup> Der EuGH hat im Jahr 2023 zur Fahrgastrechteverordnung<sup>964</sup> entschieden, dass ein Vertrag unabhängig vom Willen des Fahrgastes, eine Fahrkarte zu kaufen, zustande kommt, wenn er einen frei zugänglichen Zug besteigt, um befördert zu werden.<sup>965</sup> Dabei stellte der EuGH zunächst klar, dass es für den Vertragsschluss auf eine Willensübereinstimmung ankommt und ist nicht auf einen faktischen Vertrag eingegangen.<sup>966</sup> Dadurch dass der EuGH auch dann einen Vertrag annimmt, wenn der Fahrgast nicht die Absicht hatte, eine Fahrkarte zu kaufen<sup>967</sup>, lässt sich nicht ausschließen,

<sup>959</sup> Vgl. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 38.

<sup>960</sup> Vgl. *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 131 (S. 115).

<sup>961</sup> So im deutschen Recht und im *Common Law*, vgl. oben A.I.2, A.III.2.

<sup>962</sup> So grundsätzlich im französischen Recht, vgl. oben A.II.2.

<sup>963</sup> *Nolte/Aust*, 58(1) *Int'l & Comp. L. Q.* (2009), 1 (24 f. m. Fn. 112). Vgl. zum französischen Recht in anderem Zusammenhang: *Gautier*, *RTDCiv.* 2001, 904 (904 ff.); vgl. a. *Houtcieff*, *Renonciation*, in: *Répertoire de droit civil*, déc. 2017, Sect. 2 Art. 2 § 1 Ziff. 60 m.w.N. (zum Verzicht).

<sup>964</sup> Die EuGH-Entscheidung betraf die Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr; seit 07.06.2023 gilt die Verordnung (EU) 2021/782 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr.

<sup>965</sup> EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. / ./. KG“, Rn. 37.

<sup>966</sup> Vgl. EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. / ./. KG“, Rn. 28 f.; vgl. a. EuGH, Urt. v. 07.11.2019, C-349/18, C-350/18, C-351/18, ECLI:EU:C:2019:936, BeckRS 2019, 26980, Rn. 36 f., 47.

<sup>967</sup> Vgl. EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. / ./. KG“, Rn. 37 f.

dass er auch bei einem ausdrücklichen Widerspruch des Fahrgastes (*protestatio facto contraria*) von einem wirksamen Vertrag ausgehen würde.<sup>968</sup> Insbesondere hatte der EuGH bereits zuvor eine Willensübereinstimmung bei der Inanspruchnahme von Beförderungsleistungen angenommen, obwohl sich der Fahrgast auf ein weiteres, an Bord des Verkehrsmittels gemachten Vertragsangebot hin weigerte, eine Fahrkarte zu erwerben.<sup>969</sup> Der EuGH könnte seine Argumentation auch auf andere Verträge als Beförderungsverträge i.S.d. Fahrgastrechteverordnung übertragen, weil er den Vertragsschluss anhand des allgemeinen vertragsrechtlichen Gedankens der Manifestation des erforderlichen Parteiwillens durch das Bereitstellen und die Inanspruchnahme der Leistung begründet<sup>970</sup>.<sup>971</sup>

Die Unbeachtlichkeit einer mündlichen Verwahrung gegen einen Vertragsschluss ist mit den zum deutschen Recht bereits genannten Argumenten abzulehnen.<sup>972</sup> Insbesondere verstößt ein Vorrang des Verhaltens vor dem geäußerten Willen gegen die Vertragsfreiheit.<sup>973</sup> Auch das Argument des EuGH, der Verbraucherschutz gebiete es, dem Fahrgast die von der Verordnung an den Beförderungsvertrag geknüpften Rechte einzuräumen,<sup>974</sup> gilt nicht für den Fall, dass ein Fahrgast einem Vertragsschluss ausdrücklich widerspricht, da er sich insofern selbst im Rahmen seiner negativen Vertragsfreiheit gegen einen Vertrag entscheidet und sich somit nicht auf einen Vertrag berufen kann<sup>975</sup>.

<sup>968</sup> Dies nimmt *Pfeiffer*, LMK 2023, 818432 ebenfalls als Ausgangsgedanken.

<sup>969</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 07.11.2019, C-349/18, C-350/18, C-351/18, ECLI:EU:C:2019:936, BeckRS 2019, 26980, Rn. 47. Generalanwalt *Pitruzzella*, Schlussanträge v. 11.06.2019, ECLI:EU:C:2019:478, Rn. 52 f. hatte deshalb einen Vertragsschluss bezweifelt; vgl. dazu *Rodi*, GPR 2020, 88 (89 f.).

<sup>970</sup> Vgl. EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. / . KG“, Rn. 29, 33.

<sup>971</sup> Vgl. *Pfeiffer*, LMK 2023, 818432.

<sup>972</sup> Vgl. oben I.1.b.

<sup>973</sup> *Köhler*, JZ 1981, 464 (466 f.); *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 29 (S. 115); vgl. *Bydlinski*, *F*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 96; *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 101; vgl. a. *Lorenz*, S., in: *Arnold/Lorenz*, S., Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 (293); vgl. a. *Jauernig/Mansel*, 19. Aufl. 2023, Vor §§ 145 ff. Rn. 20.

<sup>974</sup> Vgl. EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. / . KG“, Rn. 36; vgl. a. EuGH, Urt. v. 07.11.2019, C-349/18, C-350/18, C-351/18, ECLI:EU:C:2019:936, BeckRS 2019, 26980, Rn. 51.

<sup>975</sup> Vgl. a. *Köhler*, JZ 1981, 464 (467); *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 29 (S. 115).

## 2 Agreement und vertragsanerkennendes Verhalten

Als Alternative zur Ermittlung von Angebot und Annahme könnte auf ein *agreement*<sup>976</sup> (vgl. z.B. Art. II.-4:101(b) DCFR, Art. 2:101(1) (b) PECL) oder vertragsanerkennendes Verhalten<sup>977</sup> (vgl. §§ 2–204(1), 2–207(3) UCC) abgestellt werden. Problematisch hieran ist zum einen der weitergehende Einschätzungsspielraum für Gerichte<sup>978</sup> und zum anderen die fehlende Möglichkeit, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses<sup>979</sup> festzustellen.

### a Einschätzungsspielraum für Gerichte

Eine Alternative zur strengen Prüfung von Angebot und Annahme wäre zum einen eine Generalklausel, die sich nicht auf Angebot und Annahme beschränkt, sondern auf ein *agreement* abstellt.<sup>980</sup> Dies orientiert sich an Art. 2.1.1 PICC.<sup>981</sup> Für ein Abstellen auf ein *agreement* wird vorgebracht, dass eine künstliche Feststellung von Angebot und Annahme nicht mehr benötigt würde.<sup>982</sup> Die Feststellung des Zustandekommens eines Vertrages durch *agreement* anstelle von Angebot und Annahme ist daher flexibler.<sup>983</sup>

Wie in den USA mit §§ 2–204(1), 2–207(3) UCC, wird auch im deutschen Recht vertreten, dass als Alternative zur Feststellung eines Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme vertragsanerkennendes

<sup>976</sup> Vgl. dazu *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (119 f.).

<sup>977</sup> Vgl. *Bischoff*, *Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*, 2001, S. 192 f.

<sup>978</sup> Vgl. dazu *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (120). Dazu sogleich unter a.

<sup>979</sup> Vgl. dazu *Pfeiffer*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (144 f.). Dazu sogleich unter b.

<sup>980</sup> Vgl. dazu *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (119 f.). Vgl. a. zum *Common Law* oben Kapitel 2 A.III.

<sup>981</sup> Vgl. *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (119). Dazu oben V. Vgl. a. Art. II.-4:101(b) DCFR, Art. 2:101(1)(b) PECL; vgl. a. für die USA: § 2.204(1) UCC.

<sup>982</sup> *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (120).

<sup>983</sup> Vgl. *Bischoff*, *Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*, 2001, S. 179, 182; *Brödermann*, *UNIDROIT Principles*, 2<sup>nd</sup> ed. 2023, Art. 2.1.1 Rn. 3 (S. 105) m.w.N.



Verhalten in einer Gesamtschau der Äußerungen und Handlungen der Parteien zu einem Vertragsschluss führen kann.<sup>984</sup> Sind z.B. nach langen Vertragsverhandlungen die Erklärungen der Parteien nicht ohne Weiters als Angebot und Annahme feststellbar, soll ein vertragsanerkennendes Verhalten (*conduct which recognizes the existence of a contract*) etwa in Form von Erfüllungshandlungen zu einem Vertragsschluss führen.<sup>985</sup> Der Unterschied zwischen einem vertragsanerkennenden Verhalten und einem konkludenten Vertragsschluss soll darin liegen, dass bei einem konkludenten Vertragsschluss (konkludente) Erklärungen vorliegen, die einen Vertrag herbeiführen, während das vertragsanerkennende Verhalten keine Willenserklärungen erkennen lässt, sondern aus einer Gesamtschau der Handlungen der Parteien ermittelt wird, ob sie von einem bindenden Vertrag ausgehen.<sup>986</sup> Im Gegensatz zum faktischen Vertrag ist hieran positiv zu bewerten, dass nicht rein objektiv ein Vertrag hergeleitet wird, sondern Ziel die Feststellung einer Einigung ist.<sup>987</sup>

Dass die Parteien ihre Zustimmung auch anders als durch Angebot und Annahme ausdrücken können, wird zwar auch mit der Privatautonomie begründet.<sup>988</sup> Wenn das Verhalten nicht auf zwei Willenserklärungen hin untersucht werden muss, haben die Gerichte allerdings einen weiteren Spielraum, zu entscheiden, wann eine vertragliche Einigung vorliegt.<sup>989</sup> Dies birgt die Gefahr, dass ein weites Verständnis davon, wann ein Verhalten ausreichend (*sufficient*) ist, um eine Einigung darzustellen, zu einer Entfernung von dem Parteiwillen und zu einem Verstoß gegen die Vertragsfreiheit führt.<sup>990</sup> Das Erfordernis des

984 Vgl. *Bischoff*, Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 192 f.

985 Vgl. §§ 2–207 (3), 2–204(1) UCC; vgl. dazu *Bischoff*, Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 177, 191, 226 f. Vgl. a. Art. 2.1.1 PICC.

986 *Bischoff*, Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 177 f., 227.

987 Vgl. diesen Gedanken a. bzgl. eines *contract implied-in-fact* im *Common Law*, oben IV.2.

988 *Bischoff*, Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 193.

989 Vgl. *Bischoff*, Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 182; vgl. a. *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (120).

990 *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (120); vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–145 (S. 390). Dagegen betont *Hogg*, dass im Vertragsrecht immer objektive Anknüpfungspunkte gewählt werden müssen, vgl. *Hogg*, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, *Commercial Contract Law*, 2013, S. 14 (23 f.).

Vorliegens von Willenserklärungen dagegen gibt konkrete Anknüpfungspunkte, z.B. in Form eines bestimmten Verhaltens einer Person, und einen formalen Rahmen für die Prüfung eines Vertragsschlusses vor, anhand dessen die Vertragserklärungen der Parteien zu ermitteln sind.<sup>991</sup> Vorzugswürdig ist es daher, eine vertragliche Einigung dadurch festzustellen, dass aufeinander bezogene Willensäußerungen der Parteien vorliegen müssen, auch wenn die Bezeichnung als Angebot und Annahme nicht passt.<sup>992</sup> Die Einigung kann sich aus dem Verhalten der Parteien ergeben, z.B. durch das Unterzeichnen eines von einem Dritten erstellten Vertrag.<sup>993</sup> Auch wenn man durch das Abstellen auf zwei Willenserklärungen einerseits und ein *agreement* andererseits oft zu denselben Ergebnissen kommen wird,<sup>994</sup> ist ein enger Bezug zu einem geäußerten Willen von beiden Parteien bei der Auslegung vorzugswürdig, um die Vertragsfreiheit sicherzustellen.

## b Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Die Ermittlung eines Vertragsschlusses unabhängig von zwei Willenserklärungen durch ein *agreement* oder vertragsanerkennendes Verhalten ist auch deshalb abzulehnen, weil sich ein genauer Vertragschlusszeitpunkt so nicht feststellen lässt. Der DCFR und die PECL erkennen an, dass ein Vertrag ohne Angebot und Annahme zustande kommen kann (vgl. Art. II.-4:211 DCFR, Art. 2:211 PECL), stellen allerdings nicht klar, ob ein Vertrag sich über einen Zeitraum ergeben könne oder ob eine Vertragsbindung durch einen einzelnen Zeitpunkt bestimmt wird.<sup>995</sup> In den USA legen § 2–204(2) UCC und § 22(2) Restatement (Second) of Contracts fest, dass ein Vertrag durch *agreement* auch zustande kommt,

<sup>991</sup> Vgl. dazu *Bischoff*, Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag, 2001, S. 182, der schließlich befürwortet, auf ein vertragsanerkennendes Verhalten abzustellen.

<sup>992</sup> *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 8, 10; vgl. *Staudinger/Bork* (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 38; vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 3 (S. 105); vgl. für Internet-Versteigerungen: *Herresthal*, in: *Schulze/Perales Viscasillas*, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (127); vgl. a. BGH, Urt. v. 07.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, NJW 2002, 363 (364).

<sup>993</sup> Vgl. *Honsell/Holz-Dahrenstaedt*, JuS 1986, 969 (969); vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 3 (S. 105); *Staudinger/Bork* (2025), Vor §§ 145 ff. Rn. 38.

<sup>994</sup> Vgl. a. *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 145 Rn. 10.

<sup>995</sup> *Schulze*, in: *Schulze/Perales Viscasillas*, *The Formation of Contract*, 2016, S. 9 (19); vgl. *Luig*, *Der internationale Vertragsschluss*, 2003, S. 262.

wenn der Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht festgestellt werden kann. Hierfür wird vorgebracht, dass es im amerikanischen Recht eher darauf ankommt, über welche Bedingungen eine Einigung erzielt wurde.<sup>996</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein konkreter Zeitpunkt nötig ist, zu dem der Vertragsschluss festgestellt werden kann (*magic moment*)<sup>997</sup>.

Fordert man keinen konkreten Zeitpunkt für den Vertragsschluss, hilft dies darüber hinweg, dass bei komplizierten Verträgen mit längeren Verhandlungen oft schwer zu ermitteln ist, wann genau Angebot und Annahme vorliegen.<sup>998</sup> Allerdings kommt dem Vertragsschlusszeitpunkt erhebliche Bedeutung zu.<sup>999</sup> Zum einen sind die Parteien ab diesem Zeitpunkt an den Vertrag gebunden.<sup>1000</sup> Ab Vertragsschluss können die Parteien ihre Zustimmung grundsätzlich nicht mehr widerrufen.<sup>1001</sup> Des Weiteren sind gegenüber Verbrauchern vorvertragliche Informationspflichten vorgesehen, die dem Verbraucher eine informierte Entscheidung ermöglichen sollen.<sup>1002</sup> Zudem muss dem Vertragspartner bei der Verwendung von AGB bis zum Vertragsschluss die Möglichkeit der Kenntnisnahme eingeräumt werden.<sup>1003</sup> Dem wird entgegengehalten, dass ein Verbraucher Klauseln ohnehin nicht lese und der Zeitpunkt der Bereitstellung von AGB daher keine Rolle spiele.<sup>1004</sup> Allerdings geht es darum, dem Verbraucher die Möglichkeit zu verschaffen, sich anhand der bereitgestellten Informationen für oder

**996** So *Bayern*, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 77 (80).

**997** Vgl. den Begriff bei *Pfeiffer*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, S. 135 (144); *Pfeiffer*, in: Schulze, *New Features in Contract Law*, S. 161 (167); *Herrera Osorio*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 147 (149 f.).

**998** *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License*, 2006, S. 141 f.; *Bischoff*, *Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag*, 2001, S. 58.

**999** *Bussel*, *Contract Law and its Application*, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S. 643.

**1000** *Bussel*, *Contract Law and its Application*, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S. 643.

**1001** Vgl. zur Rücknahme von Erklärungen oben A.I.3, A.II.3, A.III.3, A.IV.3. Vgl. für den DCFR und die PECL: *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-4:205 Comment A (S. 313); *Lando/Beale*, *PECL Parts I and II*, 2000, Art. 2:205 Comment A (S. 171); *Christandl*, Art. 2:205, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, 2018, S. 323 (323 Rn. 1); *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 452 (S. 369).

**1002** Vgl. dazu oben Kapitel 2 B.III.

**1003** Vgl. dazu unten Kapitel 4 C.I. Vgl. für das deutsche Recht § 305 Abs. 2 BGB. Vgl. für den DCFR a.: *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-4:205 Comment A (S. 314).

**1004** Vgl. *Hillman*, 71 *Fordham L. Rev.* (2002), 743 (757); vgl. dazu *Joo*, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, *Commercial Contract Law*, 2013, S. 41 (60 f.). Vgl. dazu unten Kapitel 4 C.I.

gegen einen Vertragsschluss zu entscheiden,<sup>1005</sup> sodass der Zeitpunkt der Bereitstellung der Informationen entscheidende Bedeutung erlangt. Sofern keine Ausnahme vorgesehen ist, wird auch für die Einhaltung der Widerrufsfrist bei Ausübung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts grundsätzlich auf den Vertragsschluss abgestellt.<sup>1006</sup> Durch die Festlegung eines konkreten Vertragsschlusszeitpunkts können daher die Konsequenzen des Vertragsschlusses erst genau festgelegt werden.<sup>1007</sup> Zur Schaffung von Rechtssicherheit bezüglich der Vertragsfolgen ist daher ein konkreter Vertragsschlusszeitpunkt erforderlich, auch wenn der Vertrags selbst z.B. schrittweise verhandelt wird.<sup>1008</sup> Es sind für einen Vertragsschluss daher zwei sich deckende Willenserklärungen zu fordern.<sup>1009</sup>

### 3 Lösung durch Auslegungsregeln

Auch wenn Angebot und Annahme nicht in jeden Fall identifiziert werden können, würde ein Abstellen auf die Gesamtumstände für die Frage des Vertragsschlusses dazu führen, dass Gerichte sowie die Parteien nur wenig Anknüpfungspunkte erhielten, wann ein Vertrag geschlossen würde.<sup>1010</sup> Den Gerichten durch ein Abstellen auf ein *agreement* oder vertragsanerkennendes Verhalten einen weiten Spielraum einzuräumen, ist auch nicht erforderlich, da im Rahmen der Auslegung bei der

**1005** Vgl. *Kästle-Lamparter*, Introd. Art. 2:401, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 383 (385 Rn. 2).

**1006** Vgl. im deutschen Recht: § 355 Abs. 2 S. 1, 2 BGB; im französischen Recht: Art. L. 221-18 Code civil; vgl. a. im englischen Recht: Reg. 30(2) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013; Art. II.-5:103(2) DCFR; vgl. aber z.B. § 356 Abs. 2 BGB; Art. L. 221-18(2)(2°) Code civil; Sec. 66A(3) Consumer Credit Act 1974, Reg. 30(3)-(6) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.

**1007** Vgl. *Schulze*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 9 (20). Vgl. im deutschen Recht auch den Anknüpfungspunkt des Verschuldens als Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit: § 283 und § 311 Abs. 2 BGB.

**1008** Vgl. *Pfeiffer*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 135 (145).

**1009** Vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4-145 (S. 390).

**1010** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4-145 (S. 390); *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2-076 (S. 49).

Frage, ob zwei Willenserklärungen vorliegen, auf die Gesamtumstände des Einzelfalls abgestellt wird.<sup>1011</sup> Der Grundsatz einer Analyse nach zwei sich deckenden Willenserklärungen dient daher der Rechtssicherheit.<sup>1012</sup> Zwar besteht im Rahmen der Auslegung durchaus ein Argumentationsspielraum.<sup>1013</sup> Dennoch ist durch die Auslegung zu ermitteln, ob ein Vertragsschluss vorliegt.<sup>1014</sup> Eine objektive Auslegung darf nicht dazu führen, gegen den Willen der Parteien einen Vertrag anzunehmen, da dies gegen die Vertragsfreiheit verstoßen würde.<sup>1015</sup> Vielmehr ist (im Gegensatz zum faktischen Vertrag) danach zu fragen, ob sich aus den objektiven Umständen auf eine Einigung und einen Vertragsschlusswillen schließen lässt.<sup>1016</sup>

**1011** Vgl. zur Berücksichtigung von vor- und nachvertraglichem Verhalten oben A.I.2, A.II.2, A.III.2, A.IV.2; vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 137 f.; *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 172.

**1012** Vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–145 (S. 390).

**1013** Vgl. *Collins*, The Law of Contract, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 176 f.

**1014** Vgl. *Bayern*, in: DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law, 2015, S. 77 (77, 80) (allerdings ohne auf Angebot und Annahme abzustellen).

**1015** Vgl. insofern kritisch zur Entscheidung *Upton-on-Severn R.D.C. v. Powell* [1942] 1 All ER 220 (C.A.): *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–049 (S. 37 f.); *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–053 (S. 345 f.).

**1016** Vgl. a. *Christandl*, Art. 2:102, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 266 (267 Rn. 2).

## Kapitel 4: Die Gefahr von Erklärungsfiktionen

Es gibt Situationen, in denen zwar eine Zustimmung erfolgt, eine Person jedoch möglicherweise überrumpelt wurde und sich daher nicht frei für einen Vertragsschluss entscheiden konnte. Dem soll beispielsweise ein Widerrufsrecht nach der Verbraucherrechte-Richtlinie entgegenwirken.<sup>1017</sup> Problematisch ist jedoch bereits die Technik des Vertragsschlusses, da einer Partei unterstellt werden kann, sie habe eine Erklärung abgegeben, ohne dass dies ihrem Willen entsprechen muss. Auch hier gibt es einzelne Regelungen, die sicherstellen sollen, dass beiden Parteien ein Vertragsschluss bewusst ist und sie einen Vertrag schließen wollen.<sup>1018</sup> Im Folgenden sollen Fallgruppen betrachtet werden, in denen sich das Problem von Erklärungsfiktionen stellt, indem aufgrund der rechtlichen Betrachtungsweise oder des Verhaltens des Vertragspartners einer Partei eine Erklärung „untergeschoben“ werden kann. Im Fall von Erklärungsfiktionen könnte eine vertragliche Bindung nicht mehr mit der Vertragsfreiheit begründet werden. Hierfür sollen insbesondere die verschiedenen Zeitpunkte, zu denen sich das Problem von Erklärungsfiktionen stellen kann, unterschieden werden. Zunächst stellt sich übergreifend die Frage nach dem anwendbaren Recht (A) sowie Anforderungen an die Erklärung (B). Anschließend werden Fälle behandelt, bei denen sich die Gefahr von Erklärungsfiktionen bei Vertragsschluss (C), nach Vertragsschluss, insbesondere bei Vertragsänderungen (D) und zuletzt bei nachgeschobenen Klauseln im Anschluss an eine vertragliche Zustimmung (E).

**1017** Vgl. für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge: Erwägungsgrund 37 der Richtlinie 2011/83/EU.

**1018** Vgl. z.B. zu unbestellter Ware Art. 27 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU. Vgl. insofern zu den einzelnen Rechtsordnungen unten C.III.

## A Anwendbares Recht

Für die Frage des auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Rechts gilt nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Rom I-VO<sup>1019</sup> die Rom I-VO. Die Parteien können Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO eine Rechtswahl entweder ausdrücklich vereinbaren oder es kann sich die Rechtswahl eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen ergeben, sodass auch eine stillschweigende Rechtswahl möglich ist.<sup>1020</sup> In diesem Fall ist auf den Inhalt und das Zustandekommen des Vertrages sowie das Verhalten der Parteien abzustellen.<sup>1021</sup> Bei fehlender Rechtswahl richtet sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Rom I-VO. Nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO gilt bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern grundsätzlich das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Verbrauchers.

Art. 1:104(1) PECL sieht vor, dass die Existenz und Wirksamkeit einer Einigung über die Anwendung der PECL nach den PECL zu beurteilen ist. Allerdings kann sich eine Partei auf das Recht des Landes berufen, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, um das Fehlen ihrer Zustimmung nachzuweisen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass es unangemessen wäre, die Folgen des Verhaltens nach den PECL zu beurteilen (Art. 1:104(2) PECL). Wenn beispielsweise nach dem Recht des Wohnorts einer Person die Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens (Art. 2:210 PECL) unbekannt ist, kann es unbillig sein, sie an ein Schweigen auf dieses Schreiben zu binden, sodass für die Frage der Zustimmung die Regelungen des Wohnorts der Partei gelten sollen.<sup>1022</sup> Art. 1:104 PECL hat keine Entsprechung im DCFR.<sup>1023</sup>

**1019** Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

**1020** MüKO/Martiny, 9. Aufl. 2025, Art. 3 Rom I-VO Rn. 46; vgl. *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 226.

**1021** MüKO/Martiny, 9. Aufl. 2025, Art. 3 Rom I-VO Rn. 46.

**1022** *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 1:104, Comment (S. 103 f.).

**1023** Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 6, 2009, S. 5745.

## I Zustandekommen eines Vertrages

Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO regelt, dass das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines Vertrages oder seiner Bestimmungen sich nach dem Recht beurteilt, das nach der Rom I-VO anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre.<sup>1024</sup> Es wird daher einheitlich an eine Rechtsordnung für das Zustandekommen eines Vertrages und dessen Rechtswirkungen angeknüpft (Einheitlichkeit des Vertragsstatuts).<sup>1025</sup> Da auch die *consideration* im englischen Recht das Zustandekommen bzw. die Wirksamkeit des Vertrages betrifft, fällt sie unter Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO.<sup>1026</sup>

Wenn sich aus den Umständen ergibt, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung des Verhaltens einer Partei nach dem in Abs. 1 bezeichneten Recht zu bestimmen, kann sich nach Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO diese Partei für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthaltes<sup>1027</sup> berufen. Da bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern Art. 6 Rom I-VO ohnehin das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verbrauchers gilt, hat Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO in diesen Fällen keine eigenständige Bedeutung.<sup>1028</sup> Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO

**1024** Zum UN-Kaufrecht vgl. Erman/*Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 3; Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 7 ff.; BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 14 ff. Zu Rechtswahlvereinbarungen: JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 14 ff.; *Freitag*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 19 ff.; Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 34 ff.; BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 57 ff.; MüKO/*Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 35 f.

**1025** Vgl. JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 13; vgl. Erman/*Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 1; vgl. *Freitag*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 1; vgl. Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 1 m.w.N.; vgl. BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 2; MüKO/*Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 2.

**1026** Vgl. JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 10 m.w.N.; Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 20. Vgl. zum Streitstand: BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 34 m.w.N.

**1027** Vgl. zum Begriff Art. 19 Rom I-VO für Gesellschaften, Vereine, juristische Personen und natürliche Personen, die im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handeln. Für den gewöhnlichen Aufenthalt von Privatpersonen fehlt eine Definition, vgl. dazu *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 293.

**1028** Vgl. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 276 f.



dient auch dazu, Verträge zu verhindern, zu denen nicht wirklich zugestimmt wurde.<sup>1029</sup> Unter das Zustandekommen eines Vertrages nach Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO und die Zustimmung nach Abs. 2 fällt das Vorliegen von Angebot und Annahme und in deren Rahmen z.B. das Vorliegen einer *invitatio ad offerendum*.<sup>1030</sup> Auch die Einbeziehung von AGB fällt unter Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO, da es sich um eine Frage der Zustimmung der Parteien handelt.<sup>1031</sup> Hieran zeigt sich der Zweck des Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO, eine Partei vor einer überraschenden Vertragsbindung zu schützen, wenn beispielsweise bezüglich des Vorliegens einer Willenserklärung Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen bestehen können.<sup>1032</sup> Insofern spricht der Zweck des Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO dafür, den Zugang einer Willenserklärung nicht zu umfassen, weil davon gerade nicht die rechtliche Bedeutung des Verhaltens einer Person betroffen ist.<sup>1033</sup> Daher ist auch § 151 S. 1 BGB nicht von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO umfasst.<sup>1034</sup> Allerdings kann grundsätzlich zu berücksichtigen sein, ob eine Partei noch von einer Widerrufbarkeit einer Erklärung ausgehen durfte.<sup>1035</sup> Dies wird oft ausgeschlossen sein, wenn der Partei insofern eine Ermittlungspflicht zukommt.<sup>1036</sup>

Für die Anwendung des Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO ist erforderlich, dass das anwendbare Recht und das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltes voneinander abweichen und das Verhalten für einen Vertrags-

**1029** Pfeiffer, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (138 f.).

**1030** Erman/*Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 6, zu Abs. 2 vgl. ebd., Rn. 16; JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 5; Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 16; BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 25, zu Abs. 2 ebd., Rn. 73; MüKO/*Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 41, zu Abs. 2 ebd., Rn. 214, vgl. aber a. Rn. 265.

**1031** Vgl. dazu JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 8; BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 30; vgl. zu Abs. 1: Erman/*Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 8, 11; Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 22; OLG Hamburg, Urt. v. 19.12.2012, 6 Sch 18/12, IHR 2014, 12 (14 f.); vgl. a. BGH, Urt. v. 19.03.1997, VIII ZR 316/96, BGHZ 135, 124, NJW 1997, 1697 (1700).

**1032** Vgl. Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 43, 48; vgl. a. MüKO/*Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 207.

**1033** Vgl. Staudinger/*Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 53; BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 74.

**1034** Vgl. *Reis*, *Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht*, 2022, S. 285.

**1035** Vgl. MüKO/*Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 265.

**1036** Vgl. MüKO/*Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 265.

schluss nur nach dem nach Abs. 1 anwendbaren Recht ausreichend wäre.<sup>1037</sup> Unter Abs. 2 fallen insbesondere Fälle, in denen Schweigen zu einem Vertragsschluss führen kann<sup>1038</sup>, sowie Fälle von unbestellter Ware.<sup>1039</sup> Teilweise wird Schweigen, dessen Wirkung nicht gesetzlich vorgesehen ist, nicht unter Abs. 2 subsumiert, sondern auf die Auslegung abgestellt.<sup>1040</sup> Jedenfalls ist demjenigen, dessen Heimatrechtsordnung einem Schweigen keine Bedeutung zukommt, Schutz nach Art. 10 Rom I-VO zu gewähren. Dies kann im Fall von nicht gesetzlich geregeltem Schweigen durch eine vorrangige Auslegung im Rahmen des Abs. 1, anschließend durch eine Anwendung des Abs. 2 erfolgen.<sup>1041</sup>

Für die Anwendung des Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO darf das Zustandekommen des Vertrages nach Abs. 1 nicht gerechtfertigt sein, d.h. die betroffene Partei musste es mit Blick auf das Rechtsordnung ihres gewöhnlichen Aufenthalts nicht ernsthaft in Erwägung ziehen, dass ihr Verhalten zu einem Vertragsschluss führen würde.<sup>1042</sup> Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO schützt daher vor fehlendem Erklärungsbewusstsein.<sup>1043</sup> Zur Frage der Rechtfertigung eines Berufens auf Abs. 2 ist eine Gesamtabwägung der Umstände vorzunehmen.<sup>1044</sup> Bei Kenntnis der

**1037** JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 19 f.

**1038** *Giuliano/Lagarde/Giuliano*, BT-Drucks. 10/503, S. 33 (60) (zu Art. 8 EVÜ); *Erman/Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 2; vgl. *Freitag*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 40; *MüKO/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 215 f.; *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 46.

**1039** Vgl. *JurisPK/Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 20; vgl. a. *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 47; *BeckOGK Rom I-VO/Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 74.

**1040** *MüKO/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 216, 224 ff.; vgl. dazu a. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 286 f.

**1041** *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 287 f.

**1042** OLG Hamburg, Urt. v. 19.12.2012, 6 Sch 18/12, IHR 2014, 12 (15); vgl. *JurisPK/Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 21; vgl. *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 67.

**1043** *BeckOGK Rom I-VO/Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 65; *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 45; BGH, Urt. v. 19.03.1997, VIII ZR 316/96, BGHZ 135, 124, NJW 1997, 1697 (1700); vgl. a. *MüKO/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 205, 211; kritisch: *JurisPK/Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 7; vgl. a. unter Betonung der Unbilligkeitsprüfung: *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 298 f. Zum fehlenden Erklärungsbewusstsein unten B.I.

**1044** *Erman/Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 18; *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 61; vgl. a. *Giuliano/Lagarde/Giuliano*, BT-Drucks. 10/503, S. 33 (60); *MüKO/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 252.

Partei von einer Geltung als Vertragsschluss ist ein Berufen auf Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO ausgeschlossen.<sup>1045</sup> Für den Fall, dass die Partei irrtümlich von einem Inlandssachverhalt ausgegangen ist, kann auf die Erkennbarkeit der Internationalität abgestellt werden.<sup>1046</sup> Hat sich eine Partei bewusst ins Ausland begeben, scheidet ein Vertrauensschutz i.S.d. Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO regelmäßig aus.<sup>1047</sup> Ebenfalls kann bei andauernden Geschäftsbeziehungen ein Vertrauen der Partei ausscheiden.<sup>1048</sup> Auch wenn ein Lösungsrecht gemäß dem nach Abs. 1 geltenden Vertragsstatut besteht, z.B. eine Anfechtungsmöglichkeit, kann sich die betroffene Partei auf Abs. 2 berufen, da der Vertrag vor einer Anfechtung jedenfalls wirksam i.S.d. Abs. 1 ist.<sup>1049</sup> Bestehen jedoch durch eine Anfechtung nach dem Vertragsstatut für den Anfechtenden keine Nachteile, kann die erforderliche Unzumutbarkeit nach Abs. 2 fehlen.<sup>1050</sup>

Die fehlende Zustimmung nach Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO muss als Einrede von der betroffenen Partei geltend gemacht werden, Abs. 2 kann jedoch schon seinem Wortlaut nach umgekehrt nicht dazu führen, dass ein nach Abs. 1 unwirksamer Vertrag unter Berufung auf das Recht des

**1045** JurisPK/Limbach, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 21; Staudinger/Hausmann (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 64, 74.

**1046** Vgl. Freitag, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 36; vgl. dazu a. MüKO/Kleinschmidt, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 242; vgl. ausführlich: Reis, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 304 ff.

**1047** JurisPK/Limbach, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 21; Staudinger/Hausmann (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 63, 72; vgl. dazu a. BeckOGK Rom I-VO/Weller, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 78 f.; anders kann dies bei erst kurzem Aufenthalt sein, vgl. Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 18.

**1048** OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.10.2018, I-12 U 46/17, BeckRS 2018, 27405 (Rn. 31); OLG Hamburg, Urt. v. 19.12.2012, 6 Sch 18/12, IHR 2014, 12 (15); JurisPK/Limbach, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 21; Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 18; Freitag, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 38; vgl. a. Staudinger/Hausmann (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 73.

**1049** Vgl. BeckOGK Rom I-VO/Weller, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 71; vgl. Staudinger/Hausmann (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 58; a.A. (Vorrang der Anfechtung): MüKO/Kleinschmidt, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 228; Freitag, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 34; vgl. dazu a. Reis, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 295 f.

**1050** Vgl. Reis, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 296.

Aufenthaltsstaates wirksam wäre.<sup>1051</sup> Für Vertragsänderungen gilt Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO nicht, da hier das Vertragsstatut bereits feststeht.<sup>1052</sup>

## II Ergebnis

Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO schützt den Erklärenden davor, an einen Vertrag gebunden zu sein, ohne dass dies nach der Rechtsordnung seines gewöhnlichen Aufenthalts der Fall wäre. Es soll somit sichergestellt werden, dass eine echte Zustimmung der Parteien besteht und eine vertragliche Bindung nur eintritt, wenn mit ihr gerechnet werden konnte.<sup>1053</sup> Für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern erklärt Art. 6 Rom I-VO bereits das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers für maßgeblich. In den übrigen Fällen ist es begrüßenswert, dass Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO ein Berufen auf eine fehlende Zustimmung nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts ermöglicht. Die Regelung fördert somit die Vertragsfreiheit.<sup>1054</sup> Der Erklärende wird dabei nicht vollständig aus der Verantwortung gezogen, da nur im Fall der Unzumutbarkeit, die Wirkung des Verhaltens nach Abs. 1 zu bestimmen, ein Berufen auf Abs. 2 möglich ist.<sup>1055</sup> Daher handelt sich um eine ausgewogene Lösung zur Verhinderung von Erklärungsfiktionen.

Ähnlich wie Art. 10 Rom I-VO sollen auch andere Regelungen die tatsächliche Zustimmung der Parteien zu einem Vertrag sicherstellen, z.B. Art. 3(1) S. 2 Rom I-VO, nach dem eine vertragliche Rechtswahl ausdrücklich erfolgen muss oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Einzelfallumständen ergeben muss, sowie

**1051** JurisPK/*Limbach*, 10. Aufl. (Stand: 01.07.2023), Art. 10 Rom I-VO Rn. 22 f.; *Erman/Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 14; BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 65.

**1052** Vgl. dazu *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 77.

**1053** Vgl. *MüKO/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 207.

**1054** Vgl. BeckOGK Rom I-VO/*Weller*, Stand: 01.09.2023, Art. 10 Rn. 65 m.w.N.

**1055** Vgl. *MüKO/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 203, 207; vgl. *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 43.

Art. 25(1) Brüssel Ia-VO<sup>1056</sup>, nach dem eine Gerichtswahl schriftlich erfolgen muss.<sup>1057</sup>

## B Die Gefahr von Erklärungsfiktionen durch die Eigenschaft als Willenserklärung

Unabhängig von einem bestimmten Zeitpunkt können Erklärungsfiktionen aus der Eigenschaft als Willenserklärung entstehen, insbesondere wenn sich der vermeintlich Erklärende der Rechtswirkung seines Verhaltens nicht bewusst ist. Fraglich ist daher, wie Fälle des fehlenden Erklärungsbewusstseins (I), der abhandengekommenen Willenserklärung (II) sowie des Schweigens (III) zu behandeln sind. Zudem können an die Erklärungen bestimmte Anforderungen gestellt werden, um sicherzustellen, dass der Erklärende sich der Bedeutung seines Verhaltens bewusst ist (IV).

### I Fehlendes Erklärungsbewusstsein

In allen untersuchten Rechtsordnungen, im DCFR und den PECL ist ein Rechtsbindungswille erforderlich.<sup>1058</sup> Problematisch sind Fälle des sog. fehlenden Erklärungsbewusstseins, in denen der Erklärende davon ausgeht, kein rechtserhebliches Verhalten vorzunehmen und sich nicht bewusst ist, dass das Verhalten als rechtserheblich verstanden wird.<sup>1059</sup>

**1056** Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung).

**1057** Vgl. Pfeiffer, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (138 f.).

**1058** Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 97. Vgl. dazu oben Kapitel 2 B.I.

**1059** Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 40 Rn. 605 (S. 267); Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68); Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 20 (S. 369) („Partizipationswille“).

## 1 Deutsches Recht

### a Vorliegen einer Willenserklärung bei Erklärungsfahrlässigkeit

Ein Lehrbuchbeispiel für fehlendes Erklärungsbewusstsein ist die sog. Trierer Weinversteigerung, in der der Besucher einer Versteigerung einen Bekannten grüßen möchte und seine Handbewegung als Gebot im Rahmen der Versteigerung gewertet wird.<sup>1060</sup> Ähnlich sind Fälle, in denen der Erklärende davon ausgeht, Glückwunschkarten auszufüllen, während es sich um eine rechtserhebliche Erklärung handelt.<sup>1061</sup> Auch im Internet kann es vorkommen, dass jemand nur rechtlich unverbindlich kommunizieren will, dies jedoch aus Empfängersicht als rechtsverbindliche Erklärung verstanden wird.<sup>1062</sup> Im BGB wird die Frage nicht gelöst, ob das Erklärungsbewusstsein eine Voraussetzung für eine Willenserklärung ist.<sup>1063</sup> Der BGH hatte im sog. Bürgschafts- bzw. Sparkassenfall über eine Erklärung zu entscheiden, in der eine Bank auf die Anfrage einer Kundin mitteilte, dass eine Bürgschaft übernommen worden sei.<sup>1064</sup> Der BGH entschied, dass trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins eine Willenserklärung vorliege, *„wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfängers sie auch tatsächlich so verstanden hat“*<sup>1065</sup> (sog.

**1060** Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 21 (S. 369); *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 40 Rn. 605 (S. 267).

**1061** Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 21 (S. 369); vgl. a. *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 40 Rn. 605 (S. 266) m.w.Bsp.

**1062** Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 21 (S. 369).

**1063** Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68). Vgl. zu den vertretenen Ansichten: BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2279 f. m.w.N.); vgl. insg. Lorenz, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 216 ff. m.w.N.; vgl. Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 169 ff. m.w.N.

**1064** BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279. In der Literatur wird bereits das objektive Verständnis als Erklärung bezweifelt: *Canaris*, NJW 1984, 2281 (2281); *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 40 Rn. 608a (S. 269); *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 130; dagegen *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 221 f.

**1065** BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (I.S. vgl. a. 2280).

potentielles Erklärungsbewusstsein bzw. Erklärungsfahrlässigkeit)<sup>1066</sup>. Die Erklärung könne jedoch nach § 119 Abs. 1 BGB angefochten werden.<sup>1067</sup> Dies hat der BGH auch für konkludente Willenserklärungen angenommen.<sup>1068</sup> Die Annahme potentiellen Erklärungsbewusstseins bei der Erklärung entspricht dem Gedanken der Kenntnismöglichkeit beim Zugang von Erklärungen.<sup>1069</sup>

Die Gegenansicht sieht das Erklärungsbewusstsein als zwingende Voraussetzung für eine Willenserklärung an.<sup>1070</sup> Bei fehlendem Erklärungsbewusstsein soll dieser Ansicht nach die Willenserklärung nach § 118 BGB analog nichtig sein, da § 118 BGB sogar dann Nichtigkeit einer Erklärung vorsieht, wenn der Erklärende die Rechtsbedeutung seines Verhaltens erkannt hat und nur gehofft hat, der andere werde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen, sodass eine Erklärung erst recht nichtig sein müsse, wenn schon keine Kenntnis von der Rechtserheblichkeit des Verhaltens vorliege.<sup>1071</sup>

Zwar wird mit der Erklärungsfahrlässigkeit auf den ersten Blick nicht auf die Selbstbestimmung des Erklärenden abgestellt.<sup>1072</sup> Bei der Abgabe von Willenserklärungen geht es jedoch nicht nur um Selbstbestimmung, sondern auch um Selbstverantwortung und Verkehrsschutz.<sup>1073</sup> Dass eine Willenserklärung vorliegt, ist durch den Ver-

**1066** Vgl. die Begriffe b.: *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 106 f.; vgl. a. *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 1 (S. 365), Rn. 42 (S. 373).

**1067** BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280). Vgl. zu schwebender Unwirksamkeit: *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 189, 220.

**1068** BGH, Urt. v. 02.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, NJW 1990, 454 (456); BGH, Urt. v. 29.11.1994, XI ZR 175/93, NJW 1995, 953 (953); BGH, Urt. v. 16.12.2009, XII ZR 146/07, BGHZ 184, 35, NJW 2010, 861 (862 Rn. 18 f.); BGH, Urt. v. 11.06.2010, V ZR 86/09, NJW 2010, 2873 (2875); vgl. dazu a. *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, S. 185 f.

**1069** Vgl. *Noack/Beurskens*, in: *Dammann/Grunsky/Pfeiffer*, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 687 (698).

**1070** *Canaris*, NJW 1984, 2281 (2281); *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23 (S. 369 f.).

**1071** *Canaris*, NJW 1984, 2281 (2281); *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23 (S. 369 f.); a.A. *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 40 Rn. 607 (S. 268).

**1072** Vgl. *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 181; vgl. *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23 (S. 369); *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 174; vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 427 f.

**1073** Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280); vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68); vgl. *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 37.

trauensschutz des Erklärungsempfängers gerechtfertigt.<sup>1074</sup> Nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ist zunächst danach zu fragen, ob der Erklärungsempfänger erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass der (vermeintlich) Erklärende kein Erklärungsbewusstsein hatte.<sup>1075</sup> Dies lässt sich auch in der Entscheidung des BGH im Sparkassen-Fall erkennen, da dieser darauf abstellt, ob der Erklärungsempfänger die Erklärung tatsächlich als Willenserklärung verstanden hat<sup>1076</sup>.

Die Selbstbestimmung des Erklärenden ist jedoch nicht völlig außer Acht zu lassen, da ansonsten allein aus dem Vertrauen des Erklärungsempfängers wie bei der Lehre vom faktischen Vertrag völlig unabhängig vom Willen und Erklärungsbewusstsein des Handelnden eine Vertragswirkung einträte<sup>1077</sup>. Die Selbstbestimmung des Erklärenden wird bei fehlendem Erklärungsbewusstsein dadurch sichergestellt, dass er die Erklärung nach § 119 Abs. 1 BGB analog anfechten kann und somit ein Wahlrecht bezüglich der Geltung seiner Erklärung erhält.<sup>1078</sup> Der Fall des fehlenden Geschäftswillens, in der sich der Erklärende über den Inhalt seiner Erklärung irrt, was zu einer direkten Anwendung der Anfechtungsregelungen führt, ist demjenigen vergleichbar, dass der Erklärende sich der Rechtserheblichkeit seines Handelns nicht bewusst ist, da dies für den Empfänger von außen nicht zu unterscheiden ist.<sup>1079</sup>

Da der BGH bei fehlendem Erklärungsbewusstsein für das Vorliegen einer Willenserklärung einen fahrlässig verursachten Erklärungstatbestand ausreichen ließ<sup>1080</sup>, war ein Abstellen auf die Lehre vom faktischen Vertrag nicht mehr nötig.<sup>1081</sup> Der Unterschied des Abstellens auf eine „fahrlässige Willenserklärung“ bei fehlendem Erklärungsbe-

1074 BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280); Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68).

1075 Vgl. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68); Lorenz, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 220; vgl. a. Schönfelder, NJW 2001, 492 (494 m. Fn. 21).

1076 Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (LS).

1077 So aber Haupt, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (28 f.).

1078 BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280); vgl. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68); w.N.b. von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 96; vgl. dazu a. Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 182 ff.

1079 Vgl. insofern de la Durantaye, Erklärung und Wille, 2020, S. 38.

1080 Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280).

1081 Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 134.



wusstsein zur Lehre vom faktischen Vertrag liegt darin, dass die Fahrlässigkeit einen subjektiven Anknüpfungspunkt darstellt.<sup>1082</sup> Auch wenn bei Massenverträgen, die auch der faktische Vertrag betraf, regelmäßige Fahrlässigkeit des Erklärenden und damit eine Willenserklärung anzunehmen sein wird<sup>1083</sup>, wird dennoch in einem zweiten Schritt durch eine Anfechtungsmöglichkeit die Selbstbestimmung des Erklärenden gewährleistet<sup>1084</sup>.

Gegen die Erklärungsfahrlässigkeit wird vorgebracht, dass es keine gesetzliche Grundlage für sie gebe.<sup>1085</sup> Verschulden sei lediglich für eine Schadensersatzhaftung aus c.i.c. erforderlich, nicht jedoch für die Frage, ob rechtsgeschäftlich gehandelt wird.<sup>1086</sup> Zudem werde nicht ausreichend begründet, dass im Fall eines fehlenden Geschäftswillens keine Fahrlässigkeit gefordert wird.<sup>1087</sup> Der Unterschied liegt jedoch darin, dass derjenige, dem ein bestimmter Geschäftswille fehlt, sich aber bewusst ist, rechtserheblich zu handeln, weniger schutzwürdig ist als derjenige, der gar nicht rechtsgeschäftlich handeln wollte und der sich somit weniger über die Bedeutung seines Handelns informieren muss.<sup>1088</sup> Die Schutzwürdigkeit des Erklärenden ist nicht erst als Inhalt eines Fahrlässigkeitsvorwurfs, sondern bereits bei der Frage des Vorliegens einer Willenserklärung zu berücksichtigen.<sup>1089</sup> Daher ist im Fall eines fehlenden Geschäftswillens eine Erklärungsfahrlässigkeit nicht erforderlich und wird von § 119 BGB auch nicht vorausgesetzt.

Der Unterschied zwischen den Auffassungen zu der Frage, ob Erklärungsbewusstsein eine zwingende Voraussetzung für eine Willens-

**1082** Anders beim faktischen Vertrag, vgl. *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (28 f.).

**1083** Vgl. *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 134.

**1084** Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280). „In der Regel“ keine Anfechtung beim faktischen Vertrag: *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (32).

**1085** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 42 (S. 373); *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 109 f.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 174.

**1086** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 42 (S. 374); vgl. a. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 174.

**1087** Vgl. *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 38 ff.

**1088** A.A. *Musielak*, 211 AcP (2011), 769 (787 f.).

**1089** Vgl. a. *Bydlinski*, F., Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 159 f., der aus der erforderlichen Chance zur Verwirklichung der Privatautonomie auf das Erfordernis einer Erklärungsfahrlässigkeit schließt.

erklärung ist, liegt darin, dass nach der Ansicht zur Erklärungsfahrlässigkeit eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB (analog) in der Frist des § 121 BGB erforderlich ist, während nach der Gegenansicht keine Anfechtung<sup>1090</sup> erforderlich ist.<sup>1091</sup> In beiden Fällen ist ein Schadenersatzanspruch nach § 122 BGB (analog) möglich.<sup>1092</sup>

## b Keine Erklärung bei fehlendem Erklärungsbewusstsein im Fall des § 151 S. 1 BGB

Grundsätzlich sind die Regelungen über Willenserklärungen auf eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB anwendbar, die nicht auf den Zugang abstellen.<sup>1093</sup> Aus den Gesamtumständen muss sich ein wirklicher Annahmewille ergeben.<sup>1094</sup> Im Fall von fehlendem Erklärungsbewusstsein liegt daher auch kein wirklicher Annahmewille vor.<sup>1095</sup> Ein wirklicher Annahmewille kann im Fall des § 151 S. 1 BGB deshalb gefordert werden, weil mangels Zugangs der Erklärung kein Vertrauen des anderen Teils vorliegt.<sup>1096</sup> Es liegt daher kein Widerspruch zur Erklärungsfahrlässigkeit bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen vor, weil der Besonderheit des § 151 S. 1 BGB Rechnung getragen wird.<sup>1097</sup> Bei

**1090** *Canaris*, NJW 1984, 2281 (2281); *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 25 (S. 370).

**1091** Vgl. dazu *Lorenz*, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 221; *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 24 (S. 370); *Bydlinski*, F, JZ 1975, 1 (1).

**1092** Vgl. dazu *Lorenz*, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 221; vgl. zur „subjektiven Theorie“: *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 25 (S. 370) („wenn der Erklärende das Risiko von Missverständnissen besser beherrscht oder erhöht hat“); vgl. a. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 196; a.A. (nur verschuldensabhängige Haftung aus c.i.c.): *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 40 Rn. 608 (S. 268).

**1093** *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 23 m.w.N.

**1094** BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1143 Rn. 38); vgl. BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657); vgl. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 10; *Erman/Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 8; *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 218 f. m.w.N.

**1095** Vgl. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1143 Rn. 38); vgl. OLG Dresden, Urt. v. 22.04.1998, 12 U 175/98, WuB IV.A. § 151 BGB 4.99, S. 987 (988), BeckRS 1998, 31355873; vgl. umgekehrt (bei fehlendem Annahmewillen fehle grundsätzlich auch das Erklärungsbewusstsein): *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 214 m. Fn. 1155; S. 224; vgl. a. *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1950).

**1096** Vgl. *Erman/Armbrüster*, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 8; vgl. a. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657).

**1097** *Von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 215, 217; a.A. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 134, 162. Vgl. zum Schweigen unten III.

nachweisbar fehlenden Erklärungsbewusstsein liegt im Fall des § 151 S. 1 BGB daher keine Annahme vor.<sup>1098</sup>

## 2 Französisches Recht

Besteht ein Unterschied zwischen der Äußerung und dem wirklichen inneren Willen, geht im französischen Recht letzterer vor, wenn er sicher festgestellt werden kann.<sup>1099</sup> Bei fehlendem Erklärungsbewusstsein würde nach französischem Recht kein Vertrag zustande kommen, weil der Wille fehlt, eine Rechtshandlung vorzunehmen.<sup>1100</sup> Es kann dann ein *erreur obstacle* vorliegen, der das Entstehen eines Vertrages verhindert.<sup>1101</sup> Wenn der inneren Wille und die geäußerte Intention einer Partei voneinander abweichen und dies wegen Fahrlässigkeit der sich äussernden Partei erfolgt, kann diese Person nach Art. 1240 Code civil deliktisch haften.<sup>1102</sup> Die Rechtsprechung kann bei einem fehlenden Bindungswillen auch einen Vertrag annehmen, der Erklärende soll dann aber wegen Irrtums den Vertrag anfechten können.<sup>1103</sup>

## 3 Common Law

Wenn der Trierer Weinversteigerungs-Fall nach englischem Recht zu entscheiden wäre, würde ein Vertrag vorliegen, wenn der Auktionator vernünftigerweise davon ausging, dass der Käufer ein Gebot abgegeben hat und das Gebot in diesem Glauben angenommen hat.<sup>1104</sup> Es wäre wohl auch keine Befreiung wegen eines Irrtums möglich, da das

**1098** Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 22.04.1998, 12 U 175/98, WuB IV.A. § 151 BGB 4.99, S. 987 (988), BeckRS 1998, 31355873; vgl. dazu Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 24 (S. 114); vgl. von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 214 f.; a.A. Brehmer, JuS 1994, 386 (389); Eckhardt, BB 1996, 1945 (1950); Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 16.

**1099** Vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Note II.12 (S. 277).

**1100** Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 509.

**1101** Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 586, 513.

**1102** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Note II.12 (S. 277); vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 107, 586; vgl. a. Terré/Simler/Lequette/Chénéde, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 147 (S. 168).

**1103** Vgl. Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 586, 513.

**1104** Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 107, 509.

als bindend gilt, was der anderen Partei vernünftigerweise als Angebot und Annahme erscheint.<sup>1105</sup> Dies entspricht der objektiven Auslegung, nach der eine Bindung eintritt, wenn der Vertragspartner vernünftigerweise von einer Zustimmung ausgehen durfte.<sup>1106</sup> Wenn der Vertragspartner aber erkannt hat, dass die erklärende Partei keinen Vertrag schließen wollte, kann er die erklärende Partei nicht an dem Erklärten festhalten.<sup>1107</sup>

In den USA sieht § 19(2) Restatement (Second) of Contracts vor, dass ein Verhalten nur dann als Zustimmung zu einem Vertrag gilt, wenn der Handelnde weiß oder Grund zu der Annahme hat, dass sein Verhalten von der anderen Partei als Zustimmung verstanden werden kann: „*The conduct of a party is not effective as a manifestation of his assent unless he intends to engage in the conduct and knows or has reason to know that the other party may infer from his conduct that he assents*“. Hierunter wurden in der Rechtsprechung Fälle gefasst, in denen sich der vermeintlich Erklärende nicht bewusst war, dass sein Verhalten Zustimmung zu einer bestimmten Vereinbarung bedeuten würde,<sup>1108</sup> z.B. weil er keine Kenntnis von den Vertragsbestimmungen hatte<sup>1109</sup>.

## 4 DCFR und PECL

Sowohl nach dem DCFR als auch den PECL ist für einen wirksamen Vertrag ein Rechtsbindungswille erforderlich.<sup>1110</sup> Auch für die Frage, ob ein Vertrag gewollt ist, ist auf das vernünftige Verständnis der anderen Partei abzustellen.<sup>1111</sup> Hierfür spricht, dass Art. II.-4:102 DCFR und Art. 2:102 PECL ein generelles Prinzip darstellen, dass die Äußerungen

**1105** Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 509 f.

**1106** Vgl. a. (i.R.v. Irrtümern): *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–051 (S. 373).

**1107** *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 586.

**1108** Vgl. *Specht v. Netscape Communications Corp.* (2<sup>nd</sup> Cir. 2002), 306 F.3d 17 (29 f.).

**1109** Vgl. *Camara v. Mastro's Restaurants LLC* (D.C. Cir. 2020), 952 F.3d 372 (375); vgl. für w. Bsp.: *The American Law Institute*, Restatement (Second) of Contracts, § 19 (1981), Oct. 2024 Update, Case Citations (Westlaw S. 4 ff.).

**1110** Vgl. dazu oben Kapitel 2 B.I.4.

**1111** Vgl. für die PECL: *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 587.

oder das Verhalten einer Partei nach danach zu bestimmen ist, wie sie vernünftigerweise der anderen Partei erscheinen.<sup>1112</sup> Es kann daher davon ausgegangen werden, dass nach dem DCFR und den PECL im Fall von fehlendem Erklärungsbewusstsein zunächst vom Vorliegen einer Willenserklärung auszugehen ist. Ein Berufen auf einen Irrtum ist aber nur eingeschränkter möglich als in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.<sup>1113</sup> Grundsätzlich müsste ein Irrtum danach von der anderen Partei verursacht worden sein, von ihr fahrlässig verkannt worden sein oder sie müsste ebenfalls demselben Irrtum unterlegen sein.<sup>1114</sup> Bezüglich des fehlenden Erklärungsbewusstseins wäre mit Blick auf die Vertragsfreiheit eine Lösungsmöglichkeit vom Vertrag allerdings zu bevorzugen.<sup>1115</sup>

## 5 Ergebnis

Konkret und vertiefter diskutiert wird die Problematik des fehlenden Erklärungsbewusstseins vor allem im deutschen Recht. Fehlendes Erklärungsbewusstsein kann grundsätzlich entweder objektiv aus Sicht des Erklärungsempfängers oder aus subjektiver Sicht des Erklärenden behandelt werden. Während der BGH im deutschen Recht eine Willenserklärung annimmt, wenn der Handelnde erkennen konnte, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst würde,<sup>1116</sup> könnte im französischen Recht eine Willenserklärung unter Verweis auf den grundsätzlichen Vorrang des inneren Willens das Vorliegen einer Erklärung verneinen.<sup>1117</sup> Allerdings ist auch im französischen Recht denkbar, dass die Rechtsprechung eine Erklärung annehmen würde, die angefochten werden müsste.<sup>1118</sup> Das englische Recht könnte eine Erklärung mit

1112 Vgl. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Comment B (S. 144); vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Comment B (S. 274).

1113 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 587. Vgl. Art. 4:103 PECL, Art. II.-7 :201 DCFR u. Art. 4:104 PECL, Art. II.-7:202 DCFR.

1114 Vgl. Art. 4 :103 PECL, Art. II.-7 :201 DCFR; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 588.

1115 Vgl. zum deutschen Recht: *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68 f.).

1116 BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (LS, vgl. a. 2280).

1117 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 509.

1118 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 586, 513.

der objektiven Betrachtungsweise eines Bindungswillens annehmen.<sup>1119</sup> Im DCFR und den PECL wird ein Bindungswille ebenfalls objektiv bestimmt, sodass auch hier bei fehlendem Erklärungsbewusstsein wohl von einer Willenserklärung auszugehen sein würde. § 19(2) Restatement (Second) of Contracts in den USA erinnert wiederum an die BGH-Rechtsprechung. Diese ist auch überzeugend, insbesondere wird durch die grundsätzliche Geltung als Willenserklärung dem Vertrauen des Vertragspartners entsprochen.<sup>1120</sup> Gleichzeitig wird die Selbstbestimmung des Handelnden, der sich überhaupt nicht rechtserheblich verhalten wollte, berücksichtigt, indem er eine Anfechtungsmöglichkeit erhält.<sup>1121</sup> Das Erfordernis einer Erklärungsfahrlässigkeit lässt sich mit der besonderen Schutzwürdigkeit des Handelnden erklären, der sich der rechtlichen Bedeutung seines Verhaltens nicht bewusst ist.

## II Abhandengekommene Willenserklärung

Problematisch ist auch, ob ein Vertrag zustande kommt, wenn eine Willenserklärung zwar vom Erklärenden formuliert, jedoch ohne seinen Willen in den Verkehr gebracht wurde (sog. abhandengekommene Willenserklärung).<sup>1122</sup> Dies kann etwa auftreten, wenn der Erklärende einen Brief mit der Erklärung auf dem Schreibtisch liegen lässt und ein Mitbewohner den Brief absendet, weil er von einer versehentlich vergessenen Absendung durch den Erklärenden ausgeht.<sup>1123</sup>

1119 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 107, 509.

1120 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68 f.).

1121 *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68 f.); vgl. a. *Schmidt, J.*, Der Vertragsschluss, 2013, S. 295.

1122 Vgl. dazu *BeckOGK/Gomille*, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 43 ff.; *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 12, 15 (S. 367 f.) stellt insofern auf einen fehlenden „Kommunikationswillen“ ab.

1123 Vgl. *BeckOGK/Gomille*, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 43; *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 22 Rn. 266 (S. 120 f.); *MüKO/Einsele*, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 14; *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 15 (S. 368).

## 1 Deutsches Recht

Der Erklärende muss für eine wirksame Abgabe einer Willenserklärung seinen Willen erkennbar so äußern, „*dass an der Endgültigkeit der Äußerung kein Zweifel möglich ist*“<sup>1124</sup>. Durch die Abgabe der Erklärung wird der Rechtsbindungswille objektiv ausgedrückt.<sup>1125</sup> Wenn die Willenserklärung ohne Willen des Erklärenden in Verkehr gelangt, liegt im deutschen Recht einer Ansicht nach keine Abgabe vor.<sup>1126</sup> Eine wirksame Willenserklärung liege demnach nicht vor und der Erklärende könne sich auch nicht für eine Geltung der Erklärung entscheiden.<sup>1127</sup> Dies soll auch bei versehentlichem Versenden elektronisch abgegebener Willenserklärungen, z.B. Emails, gelten.<sup>1128</sup> Zum Schutz des Erklärungsgegners sei eine Haftung nach § 122 BGB analog<sup>1129</sup> oder eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung aus c.i.c.<sup>1130</sup> anzuerkennen.

Die Situation der abhandengekommenen Willenserklärung ist mit fehlendem Erklärungsbewusstsein vergleichbar.<sup>1131</sup> Beim Erklärungs-

**1124** BGH, Urt. v. 10.07.2013, IV ZR 224/12, BGHZ 198, 32, NJW 2013, 3306 (3307 Rn. 17).

**1125** Staudinger/Singer/Benedict (2021), § 130 Rn. 28.

**1126** BGH, Urt. v. 30.05.1975, V ZR 206/73, BGHZ 65, 13, NJW 1975, 2101 (2102 f.); BGH, Urt. v. 11.05.1979, V ZR 177/77, NJW 1979, 2032 (2033); vgl. a. Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 130 Rn. 2. Vgl. zum Fehlen einer Willenserklärung a. Lorenz, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 220 (fehlender Handlungswille).

**1127** Vgl. MüKO/Säcker, 10. Aufl. 2025, Einl. BGB Rn. 234; BeckOGK/Gomille, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 45.

**1128** Vgl. MüKO/Säcker, 10. Aufl. 2025, Einl. BGB Rn. 234 u. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 12 (S. 55), die insofern als Beispiel das Drücken einer falschen Taste bzw. einen versehentlichen Mausklick nennen. Hier können sich im Einzelfall Abgrenzungsprobleme zum fehlenden Erklärungsbewusstsein im Zeitpunkt des Drückens einer bestimmten Taste ergeben, was jedoch nach überzeugender Ansicht aufgrund der – wie gleich im Text zu sehen sein wird – Gleichbehandlung mit der abhandengekommenen Willenserklärung keine Auswirkungen haben wird, vgl. dazu a. Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl. 2025, § 130 Rn. 4.

**1129** Vgl. MüKO/Säcker, 10. Aufl. 2025, Einl. BGB Rn. 234.

**1130** Vgl. BGH, Urt. v. 08.03.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847 (849); a.A. (e. Anspruch aus c.i.c. b. abhandengek. Urkunden mangels Beziehung zum anderen Teil ablehnend): Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 197; vgl. a. (Haftung d. Erklärenden b. unbefugtem Inverkehrbringen durch Dritte aufgrund e. Duldungs- oder Anscheinsvollmacht oder c.i.c.): Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl. 2025, § 130 Rn. 4.

**1131** Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 22 Rn. 267 (S. 121), § 40 Rn. 605, 607 (S. 267 f.); MüKO/Einsele, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 14; BeckOGK/Gomille, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 46; Wertbruch, JuS 2020, 481 (483); vgl. de la Durantay, Erklärung und Wille, 2020, S. 48; vgl. a. Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl. 2025, § 130 Rn. 4; vgl. insof. a. Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23 (S. 369); zu schwebender Unwirksamkeit: Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 230; a.A. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 12 (S. 55).

empfänger liegt jeweils Vertrauen aufgrund des Anscheins einer Willenserklärung vor.<sup>1132</sup> Es macht keinen Unterschied, ob versehentlich eine Erklärung für eine Glückwunschkarte gehalten wird oder eine Erklärung durch einen Dritten in den Verkehr gebracht wird.<sup>1133</sup> Vielmehr ist derjenige, der intern eine Erklärung bereits vorbereitet und lediglich noch nicht abgesendet hat und sich somit im Zeitpunkt der Erstellung der Erklärung bewusst potentiell rechtlich relevant verhält, sogar weniger schutzwürdig als derjenige, der im Umgang mit Dritten völlig ohne Erklärungsbewusstsein handelt, sodass bei einer abhandengekommenen Willenserklärung erst Recht eine Selbstverantwortung gefordert werden kann.<sup>1134</sup> Ab dem Moment der Erstellung der Erklärung besteht daher eine Sorgfaltspflicht des Erklärenden, ebenso wie bei fehlendem Erklärungsbewusstsein im Moment der Handlung im Einzelfall ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.<sup>1135</sup> Wenn der Erklärende das Abhandenkommen hätte erkennen und verhindern können, ist daher von einer Abgabe und einer wirksamen Willenserklärung auszugehen.<sup>1136</sup> Der Erklärende kann die abhandengekommene Willenserklärung anfechten<sup>1137</sup> und müsste schließlich Schadensersatz nach § 122 BGB analog leisten.<sup>1138</sup> Wenn umgekehrt der Erklärende nicht hätte erkennen und verhindern können, dass die Erklärung gegen seinen Willen von einem Dritten in den Verkehr gebracht wird, liegt

1132 JurisPK/Reichold, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 130 Rn. 8.

1133 Vgl. Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23 (S. 369 f.).

1134 Vgl. zur Vergleichbarkeit: Neuner, AT, 13. Aufl. 2023, § 32 Rn. 23 (S. 369 f.); vgl. a. zur Gleichbehandlung: Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 22 Rn. 267 (S. 121); a.A. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 12 (S. 55); a.A. insof. a. Lorenz, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 220 m. Fn. 35, der trotz gleicher Interessenlage aufgrund der fehlenden Handlung im Zeitpunkt der Abgabe eine unterschiedliche Behandlung befürwortet.

1135 Vgl. dazu oben I.1.

1136 BeckOGK/Gomille, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 46; BeckOK/Wendtland, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 130 Rn. 6; Wertenbruch, JuS 2020, 481 (483); vgl. Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, § 130 Rn. 4; a.A. Jauernig/Mansel, 19. Aufl. 2023, § 130 Rn. 1 (Abgabe auch bei fehlendem Vertretenmüssen).

1137 Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 22 Rn. 267 (S. 121); BeckOGK/Gomille, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 46; Wertenbruch, JuS 2020, 481 (483); Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, § 130 Rn. 4.

1138 BeckOGK/Gomille, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 46; Wertenbruch, JuS 2020, 481 (483); Erman/Arnold, 17. Aufl. 2023, § 130 Rn. 4.



keine Willenserklärung vor.<sup>1139</sup> Dass sich an dieser Stelle wiederum ein Unterschied zum fehlenden Geschäftswillen ergibt, bei dem eine Erklärungsfahrlässigkeit nicht erforderlich ist,<sup>1140</sup> sondern immer eine Anfechtung zur Beseitigung des Vertrages erfolgen müsste, liegt daran, dass es bei einer abhandengekommenen Willenserklärung um das „Ob“ einer Erklärung geht. Dem Erklärenden ist mithin bewusst, dass er eine Erklärung noch verhindern kann, während der Fall des fehlenden Geschäftswillens erst das „Wie“ einer Erklärung betrifft, sodass der Handelnde im Zeitraum vor endgültiger Entscheidung über das Entstehen und die Abgabe einer Erklärung noch schutzwürdiger ist als derjenige, der eine Erklärung (wenn auch mit anderem Inhalt) definitiv abgeben wollte. Für den Fall einer abhandengekommenen Willenserklärung ist ein Fahrlässigkeitserfordernis daher gerechtfertigt.

Jedenfalls wenn dem Erklärenden das Inverkehrbringen nicht zurechenbar ist, liegt keine Willenserklärung vor.<sup>1141</sup>

Bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr wird durch § 312i Abs. 1 Nr. 1 BGB eine Kontroll- und Korrekturmöglichkeit für Eingabefehler geschaffen und nach § 312j Abs. 3 BGB eine Zustimmung durch einen Bestellbutton vorgesehen, sodass die Gefahr von abhandengekommenen Willenserklärungen eingeschränkt wird.<sup>1142</sup>

## 2 Französisches Recht

Über die Frage von Abgabe und Zugang einer Erklärung besteht im französischen Recht keine so tiefgehende Diskussion wie im deutschen Recht.<sup>1143</sup> Denkbar wäre hier auf die subjektiv orientierte Auslegung<sup>1144</sup>

**1139** Vgl. MüKO/Einsele, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 14; vgl. a. BeckOK/Wendtland, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 130 Rn. 6.

**1140** Vgl. zur Abgrenzung zum fehlenden Erklärungsbewusstsein oben I.1.a.

**1141** MüKO/Einsele, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 14; vgl. a. BeckOK/Wendtland, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 130 Rn. 6; vgl. a. BGH, Urt. v. 30.05.1975, V ZR 206/73, BGHZ 65, 13, NJW 1975, 2101 (LS, 2102 f.); BGH, Urt. v. 08.03.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847 (849).

**1142** Vgl. a. Recknagel, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, 2005, S. 82 zur Korrekturmöglichkeit.

**1143** Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 490; vgl. schon Bonassies, in: Schlesinger, Formation of Contracts, 1968, Vol. II, B-7, S. 1314 (1314).

**1144** Vgl. dazu oben Kapitel 3 A.II.2.

oder das Bestehen einer Willenserklärung mit Anfechtungsmöglichkeit abzustellen.<sup>1145</sup>

### 3 Common Law

Die Annahme muss im englischen Recht grundsätzlich kommuniziert werden, sodass es nicht ausreicht, eine rein private Handlung (*a mere private act*) vorzunehmen und z.B. einen Brief in eine Schublade zu legen.<sup>1146</sup> Allerdings ist ein Verzicht auf die Kommunikation der Annahme im Angebot möglich.<sup>1147</sup>

Es liegt kein Vertrag vor, wenn die *communication* durch eine dritte Person erfolgt, ohne dass der Annehmende hierzu zugestimmt hat, wenn die Umstände ergeben, dass die Entscheidung zur Annahme noch nicht vom Annehmenden als unwiderruflich angesehen wurde.<sup>1148</sup>

In den USA wird für eine Zustimmung auch darauf abgestellt, ob eine Person erkennen konnte, dass ihr Verhalten als Zustimmung verstanden würde (§ 19(2) Restatement (Second) of Contracts). Eine vertragliche Bindung tritt beispielsweise ein, wenn eine Person ein Angebot formuliert, zur Absendung bereitlegt und sich schließlich zwar gegen das Absenden des Angebots entscheidet, es jedoch versehentlich doch versendet, es sei denn, der Vertragspartner konnte das Versehen des Erklärenden erkennen.<sup>1149</sup>

Im *Common Law* wird daher bei einer abhandengekommenen Annahmeerklärung davon ausgegangen, dass keine bindende Annahme vorliegt, außer der Erklärende hat die Absendung verschuldet.

1145 Vgl. zum fehlenden Erklärungsbewusstsein oben I.2. Vgl. insof. a. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 586, 513.

1146 *Brogden v. Metropolitan Railway Co.* (1877) 2 App. Cas. 666 (692); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 251; *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 64.

1147 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 251.

1148 *Chen-Wishart*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–056 (S. 348).

1149 Vgl. *The American Law Institute*, Restatement (Second) of Contracts, § 19 (1981), Oct. 2024 Update, Comment c Illustration 3 (Westlaw S. 3).

## 4 DCFR und PECL

Eine eigene Regelung zur abhandengekommenen Willenserklärung ist im DCFR und in den PECL nicht vorgesehen. Aufgrund der grundsätzlich objektiven Auslegung kann hier wohl von einer Willenserklärung ausgegangen werden.<sup>1150</sup> Wie beim fehlenden Erklärungsbewusstsein stellt sich auch hier das Problem der nur begrenzt vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeit.<sup>1151</sup>

## 5 Ergebnis

Beim Abhandenkommen einer Willenserklärung verneint im deutschen Recht eine Ansicht bereits die Abgabe einer Erklärung.<sup>1152</sup> Allerdings ist der Fall der abhandengekommenen Willenserklärung mit fehlendem Erklärungsbewusstsein vergleichbar.<sup>1153</sup> Daher kann von einer Willenserklärung ausgegangen werden, wenn der Erklärende die Abgabe der Erklärung fahrlässig verursacht hat.<sup>1154</sup> Hat der Empfänger den fehlenden Willen, eine Willenserklärung abzugeben, allerdings erkannt, ist dieser maßgeblich und es liegt keine Erklärung vor.<sup>1155</sup> Die Selbstbestimmung wird auch dadurch gewährleistet, dass der Erklärende bei fehlendem Erklärungsbewusstsein und bei einer abhandengekommenen Willenserklärung seine Erklärung anfechten kann.<sup>1156</sup> Wäh-

**1150** Vgl. zum CESL: *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 333 f.

**1151** Vgl. dazu *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 587; vgl. zum CESL: *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 333 f.

**1152** BGH, Urt. v. 30.05.1975, V ZR 206/73, BGHZ 65, 13, NJW 1975, 2101 (2102 f.); BGH, Urt. v. 11.05.1979, V ZR 177/77, NJW 1979, 2032 (2033); vgl. a. *Schulze/Dörner*, 12. Aufl. 2024, § 130 Rn. 2.

**1153** *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 22 Rn. 267 (S. 121), § 40 Rn. 605, 607 (S. 267 f.); *MüKO/Einsele*, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 14; *BeckOGK/Gomille*, Stand: 01.02.2025, § 130 Rn. 46; *Wertenbruch*, JuS 2020, 481 (483); vgl. *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 48; vgl. a. *Grüneberg/Ellenberger*, 84. Aufl. 2025, § 130 Rn. 4.

**1154** Im Fall von fehlendem Handlungswillen dagegen liegt zwar aus objektiver Empfängersicht ebenfalls eine Erklärung vor, dem vermeintlich Erklärenden ist jedoch im Zeitpunkt der Handlung kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen.

**1155** Vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1983, IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 (721).

**1156** Vgl. zum fehlenden Erklärungsbewusstsein: BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (2280).

rend im französischen Recht<sup>1157</sup> sowie im DCFR und den PECL<sup>1158</sup> keine vertiefte Diskussion der abhandengekommenen Erklärung erfolgt, geht das *Common Law* davon aus, dass eine wirksame Erklärung vorliegen kann, wenn der Erklärende die Absendung verschuldet hat.<sup>1159</sup> Dies ist wie beim fehlenden Erklärungsbewusstsein auch die vorzugswürdige Lösung, da sie sowohl den Interessen des Erklärungsempfängers als auch der Selbstbestimmung und Vertragsfreiheit des Erklärenden gerecht wird.<sup>1160</sup>

### III Schweigen bei Vertragsschluss

Mit Schweigen sind hier nur die Fälle gemeint, in denen weder eine ausdrückliche noch konkludente Annahmeerklärung vorliegt, sondern Fälle ohne irgendeine Handlung mit Erklärungswert.<sup>1161</sup>

#### 1 Deutsches Recht

Aufgrund der negativen Vertragsfreiheit ist niemand verpflichtet, eine Erklärung abzugeben und auf ein Angebot einzugehen.<sup>1162</sup> Schweigen hat grundsätzlich keinen Erklärungswert und führt grundsätzlich nicht zum Vertragsschluss.<sup>1163</sup> Dies gilt auch, wenn der Schweigende sich rechtlich binden wollte.<sup>1164</sup> Gesetzlich zeigt sich der fehlende Erklärungsgehalt des Schweigens z.B. am Fall von § 241a Abs. 1 BGB, nach dem ein Schweigen auf die Zusendung unbestellter Ware keine

1157 Vgl. dazu oben 2.

1158 Vgl. dazu oben 4.

1159 Vgl. oben 3.

1160 Vgl. insofern bereits zum fehlenden Erklärungsbewusstsein oben I.

1161 Vgl. zum Begriff a. *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 345 (S. 151); vgl. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 10 m.w.N.

1162 *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 11 (S. 361).

1163 *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 10 (S. 361); *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 345 (S. 151); vgl. aber BGH, Urt. v. 02.11.1995, X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921) („Regel, daß Schweigen eine Ablehnung bedeutet“); vgl. insg. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 143 f. m.w.N.

1164 *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 345 (S. 151); vgl. aber zum bewussten Schweigen als rechtlich relevantes Schweigen: BeckOGK/*Rehberg*, Stand: 01.05.2025, § 116 Rn. 89 ff.

Anspruchsbegründung nach sich zieht.<sup>1165</sup> Zudem lässt sich aus gesetzlichen Regelungen, die an Schweigen eine Erklärungswirkung knüpfen, im Umkehrschluss herleiten, dass grundsätzlich Schweigen keinen Erklärungsinhalt hat.<sup>1166</sup> In Fällen des sog. beredten Schweigens ist jedoch eine Erklärungswirkung von Schweigen anzunehmen.<sup>1167</sup>

Teilweise wird in der Rechtsprechung auch bei einer konkludenten Willenserklärung von Schweigen gesprochen obwohl auf ein aktives Tun als möglicher Annahmehandlung abgestellt wird.<sup>1168</sup> Dies ist jedoch voneinander zu trennen.<sup>1169</sup>

Schweigen kann einzelnen Fällen wie eine Willenserklärung behandelt werden.<sup>1170</sup> Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Schweigen keine Erklärungswirkung hat, kann vorliegen, wenn Vertrauen des anderen Teils begründet wurde oder wenn das Gesetz eine Erklärungsbedeutung vorsieht.<sup>1171</sup> Fälle des sog. normierten Schweigens, in denen das Gesetz eine Erklärungswirkung annimmt,<sup>1172</sup> sind §§ 108 Abs. 2 S. 2, 149 S. 2<sup>1173</sup>, 177 Abs. 2 S. 2, 415 Abs. 2 S. 2 HS. 2, 416 Abs. 1 S. 2 HS. 1, 455 S. 2, 516 Abs. 2 S. 2, 545 S. 1, 625, 1943 HS. 1, 2 BGB sowie §§ 75h Abs. 1, 91a Abs. 1, 362 Abs. 1 HS. 2 und 377 Abs. 2 HGB. § 362 Abs. 1 HS. 2 HGB sieht insbesondere vor, dass es durch ein Schweigen zu einem Vertragschluss kommt. Begründet werden können diese Regelungen mit der Vermutung, der Erklärende sei trotz Schweigens mit der Rechtsfolge einverstanden.<sup>1174</sup>

**1165** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 11 (S. 361). Zu § 241a BGB unten C.III.1.

**1166** *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 140 (S. 52).

**1167** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 12 (S. 361); *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, § 147 Rn. 7 m.w.N. *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 138 (S. 52).

**1168** BGH, Urt. v. 14.02.1995, XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281 (1281).

**1169** *Pfeifer*, H., BB 1995, 1507 (1507); vgl. a. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 53.

**1170** Vgl. *Schmidt*, J., Vertragsschluss, 2013, S. 510 f.; vgl. zu den Ansichten über das Vorliegen e. Willenserklärung insg. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 195 ff. m.w.N.; vgl. aber BGH, Beschl. v. 19.09.2002, V ZB 37/02, NJW 2002, 3629 (3631): „Da aber auch das Schweigen unter besonderen Umständen, wie sie hier gegeben sind, nichts anderes als eine Willenserklärung durch konkludentes Verhalten ist [...]“.

**1171** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 10 (S. 361).

**1172** Vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 6 (S. 52); *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 139 (S. 52); *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 20 (S. 363). Zur Möglichkeit einer Anfechtung: vgl. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 65 ff.

**1173** Vgl. dazu *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 154.

**1174** *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 6 (S. 52).

Die Parteien können auch vereinbaren, dass Schweigen eine Rechtswirkung haben soll, im Fall von AGB ist jedoch § 308 Nr. 5 BGB einzuhalten.<sup>1175</sup> Wenn es zwischen Geschäftspartnern üblich geworden ist, durch Schweigen eine Annahme zu erklären, kann dies als vereinbarte Erklärungswirkung von Schweigen angesehen werden.<sup>1176</sup> Eine einseitige Bestimmung, dass Schweigen als Annahme gelten soll, ist jedoch nicht möglich.<sup>1177</sup>

Im Gewohnheitsrecht ist die Fallgruppe des kaufmännischen Bestätigungsschreibens anerkannt, nach der im deutschem Recht eine Rechtswirkung von Schweigen angenommen werden kann.<sup>1178</sup> Dabei wird ein Schreiben, in dem ein vorher vermeintlich vereinbarter Vertragsinhalt abweichend von der besprochenen Regelung festgehalten wird, der anderen Partei zugesandt.<sup>1179</sup> Hier kann durch die Erklärungswirkung des Schweigens auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben die im Handelsrecht erforderliche Klarheit geschaffen werden und die Sorgfalt berücksichtigt werden, die von einem Kaufmann erwartet werden kann.<sup>1180</sup> Im kaufmännischen Verkehr kann nach der Rechtsprechung Schweigen auch dann zu einem Vertragsschluss führen, wenn die Pflicht bestand, dem Vertragsschluss zu widersprechen und der Vertragspartner daher auf einen Vertragsschluss vertrauen durfte.<sup>1181</sup> Die Fallgruppen, in denen von einer Pflicht zum Widerspruch aus-

1175 *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 4 Rn. 23 (S. 49); *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 5 (S. 52); *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 346 (S. 152), Rn. 393 (S. 171); *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 13 (S. 361); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 511.

1176 *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 14 (S. 362 m.w.N.).

1177 *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 346 (S. 152); *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 138 (S. 52); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 509 f.

1178 Vgl. BGH, Urt. v. 27.10.1953, I ZR 111/53, NJW 1954, 105 (105); *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 7 (S. 52), § 8 Rn. 31 (S. 116); *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 43 (S. 106); vgl. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 146 Rn. 43 ff.; vgl. dazu insg. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 181 ff.; vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 513 ff. m.w.N.

1179 Vgl. BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 146 Rn. 14 m.w.N.; vgl. a. BGH, Urt. v. 27.10.1953, I ZR 111/53, NJW 1954, 105 (105).

1180 *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 43 (S. 107).

1181 BGH, Urt. v. 24.09.1980, VIII ZR 299/79, NJW 1981, 43 (44); BGH, Urt. v. 04.04.1951, II ZR 51/50, NJW 1951, 711 (711); vgl. a. MükO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 147 Rn. 9; vgl. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 6 Rn. 7 (S. 52); vgl. aber kritisch *Canaris*, in: FS Wilburg, 1975, S. 77 (83 ff.).

zugehen ist, sind jedoch eng zu begrenzen.<sup>1182</sup> Wenn der angebotene Vertrag dem Schweigenden lediglich einen rechtlichen Vorteil gewährt, kann Schweigen aufgrund des Rechtsgedankens des § 516 Abs. 2 BGB als Annahme angesehen werden.<sup>1183</sup> Wenn das Angebot durch den Angebotsempfänger angefordert wurde, kann das Schweigen auf das Angebot durch den Angebotsempfänger als Annahme gewertet werden.<sup>1184</sup> Nach § 150 Abs. 1 BGB gilt eine ändernde oder verspätete Annahme als neues Angebot. Das Schweigen auf eine unwesentlich ändernde Annahme kann Zustimmung zu den geänderten Bedingungen bedeuten.<sup>1185</sup> Im Fall einer verspäteten Annahme kann Schweigen hierauf nur eine Annahme darstellen, wenn es sich nicht um außergewöhnliche und besonders bedeutsame Geschäfte handelt und wenn nicht Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Änderung der Entscheidung des Anbietenden nahelegen.<sup>1186</sup> Die Rechtsprechung hat im Fall einer verspäteten Annahme jedoch dann eine wirksame Erklärung abgelehnt, wenn das Erklärungsbewusstsein fehlte, da der auf die verspätete Annahme Schweigende davon ausging, ein Vertrag sei bereits zustande gekommen.<sup>1187</sup> Dies wird damit begründet, dass dann nicht

**1182** Vgl. a. *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 26 Rn. 392 (S. 171 m.w.N.).

**1183** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 14 (S. 361); *Canaris*, in: FS Wilburg, 1975, S. 77 (78); a.A. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, § 147 Rn. 8.

**1184** RG, 01.02.1926, IV 545/25, JW 1926, 2674 (2674 f.); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*r, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 254; vgl. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, § 147 Rn. 9 für den Fall, dass das Angebot inhaltlich der Aufforderung entspricht.

**1185** *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 14 (S. 362); vgl. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 76; vgl. dazu a. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 170 f.; *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 512 m.w.N.

**1186** Vgl. BGH, Urt. v. 01.06.1994, XII ZR 227/92, NJW-RR 1994, 1163 (1165); BGH, Urt. v. 06.03.1986, III ZR 234/84, NJW 1986, 1807 (1809); vgl. BGH, Urt. v. 11.06.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 (2874 f.); vgl. insg. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 512 m.w.N.; a.A. *Kanzleiter*, MittBayNot 2012, 464 (465 f.), der von der Möglichkeit eines Vertragsschlusses durch Schweigen auch in diesem Fall ausgeht.

**1187** BGH, vUrt. v. 07.06.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 (3436 Rn. 27); vgl. a. *Lindacher*, JR 1986, 462 (463); vgl. zur Annahme durch Verhalten nach einer verspäteten Annahme: OLG Hamburg, Urt. v. 04.11.2020, 4 U 40/20, BeckRS 2020, 31512, Rn. 23; vgl. a. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 36 ff.); BGH, Urt. v. 11.06.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 (2875 Rn. 17 f.). Das OLG Hamburg hält es für möglich, dass ein Vertrag dennoch über § 242 BGB zustande kommen kann, wenn das Erklärungsbewusstsein fehlt, weil der vermeintlich Erklärende davon ausgeht, ein Vertrag liege bereits vor: OLG Hamburg, Urt. v. 04.11.2020, 4 U 40/20, BeckRS 2020, 31512 Rn. 23.

nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte eine Erklärung des (zuerst) Anbietenden erwartet werden darf, wenn dieser davon ausgeht, ein Vertrag sei bereits zustande gekommen.<sup>1188</sup> Vielfach wird darauf hingewiesen, die Behandlung des Erklärungs bewusstseins im Fall von Schweigen richte sich nach denselben Grundsätzen wie in den Fällen gewöhnlicher Willenserklärungen.<sup>1189</sup> Letztlich werden die Fallgruppen, in denen Schweigen als Annahmeerklärung anerkannt sind, denjenigen Fällen entsprechen, in denen der Schweigende damit rechnen musste, dass sein Schweigen eine Erklärungsbedeutung haben würde.<sup>1190</sup> Überzeugender ist es jedoch, dass wie im Fall des § 151 S. 1 BGB auch im Fall von (gesetzlich nicht geregeltem) Schweigen ein Erklärungs bewusstsein für die Annahmewirkung erforderlich ist, da mangels Zugangs einer Erklärung kein Vertrauen des Empfängers geweckt werden kann.<sup>1191</sup> Da Schweigen ohnehin nur in engen Ausnahmefällen als Annahmeerklärung angesehen werden kann, verhindert das Erfordernis des Erklärungs bewusstseins zudem eine zu schnelle Annahme von Erklärungs fiktionen.

## 2 Französisches Recht

Art. 1120 Code civil stellt ausdrücklich klar, dass Schweigen grundsätzlich keine Annahme darstellt, es sei denn, aus dem Gesetz, den Gepflogenheiten, den Geschäftsbeziehungen oder besonderen Umständen ergibt sich etwas anderes: „*Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.*“<sup>1192</sup>

**1188** BGH, VUrt. v. 07.06.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 (3436 Rn. 27).

**1189** BGH, Beschl. v. 19.09.2002, V ZB 37/02, NJW 2002, 3629 (3631); vgl. a. *Canaris*, in: FS Wilburg, 1975, S. 77 (79); vgl. a. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 78 m.w.N.; vgl. dazu a. *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 200 ff.

**1190** Vgl. insofern a. BGH, VUrt. v. 07.06.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 (3436 Rn. 27).

**1191** Vgl. insofern a. *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 5.2, S. 65 ff., insb. 66 ff., § 23.1, S. 450; vgl. a. *Canaris*, in: FS Wilburg, 1975, S. 77 (79, 98), der Erklärungs bewusstsein stets als erforderlich ansieht, vgl. ebd., S. 79.

**1192** Vgl. dazu *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*r, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 252, 254; vgl. schon *Cass. civ.*, 25.05.1870, *Bull. civ.*, n° 113; vgl. a. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 519 ff. m.w.N.



Grundsätzlich bedeutet Schweigen daher weder Zustimmung noch Ablehnung.<sup>1193</sup> Dies wird damit begründet, dass Schweigen für einen bestimmten Willen keinen Beweis liefern kann, sondern entweder geschwiegen wird, weil der Vertrag angenommen werden soll oder geschwiegen wird, weil fahrlässig unterlassen wurde, zu widersprechen.<sup>1194</sup> Andernfalls würde es zu einem erzwungenen Vertrag kommen.<sup>1195</sup> Man kann eine Person jedoch nicht zwingen, auf ein Angebot zu reagieren.<sup>1196</sup> Die Parteien können allerdings vereinbaren, dass Schweigen über einen bestimmten Zeitraum hinaus als Zustimmung gelten soll.<sup>1197</sup> Ein einseitiges Angebot mit dem Hinweis, dass Schweigen hierauf als Zustimmung gelten soll, ist jedoch nicht ausreichend.<sup>1198</sup>

Zudem kann das Gesetz vorsehen, dass Schweigen als Annahme gilt, was besonders bei Vertragsverlängerungen geschieht.<sup>1199</sup> Ausnahmsweise wird die Bedeutung von Schweigen als Annahme in Art. 1738 Code civil und Art. L. 112–2(7) Code des assurances vorgesehen.<sup>1200</sup> Der Grundsatz, dass Schweigen nicht als Zustimmung gilt, gilt auch bei einer Vertragsänderung.<sup>1201</sup>

Als allgemeiner Handelsbrauch reicht zur Annahme eines Vertrages das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben (*lettre de confirmation*) aus.<sup>1202</sup> Zudem können frühere Geschäftsbeziehungen und Gepflogen-

**1193** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 442 (S. 362); vgl. a. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 298 (S. 277); vgl. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 82 (S. 90); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 187 (S. 205); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 516 f. m.w.N.

**1194** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 235 (S. 307).

**1195** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 410 (S. 344).

**1196** Vgl. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 78 (S. 80); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 187 (S. 206).

**1197** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 447 (S. 363); vgl. Cass. Civ. 1e, 12.01.1988, n°86–12.849, Bull. civ., 1988, I, n°8, S. 6; *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 522 m.w.N.

**1198** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 447 (S. 364); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 187 (S. 206).

**1199** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 444 (S. 362); *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 82 (S. 91).

**1200** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 236 (S. 307); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 206); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 517 f.

**1201** *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 298 (S. 277).

**1202** Vgl. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 208); Cass. civ. 1e, 20.10.2010, n° 09–68.721; vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 520 ff. m.w.N.

heiten zwischen Kaufleuten berücksichtigt werden und deshalb Schweigen als Annahme gelten.<sup>1203</sup> Die *Cour de cassation* spricht hier von einer stillschweigenden Annahme (*acceptation tacite*).<sup>1204</sup> Wer die Gewohnheit ändern will, muss es sagen.<sup>1205</sup> Die Existenz eines laufenden Vertrages reicht grundsätzlich nicht aus, um Schweigen als Annahme zu werten, wenn das Angebot eine Vertragsänderung oder einen Wechsel der Vertragspartner zum Gegenstand hat.<sup>1206</sup> In laufenden Geschäftsbeziehungen kann Schweigen jedoch als Annahme gelten, wenn sich das Angebot auf die Verlängerung eines früheren Vertrages oder auf die Änderung eines Vertrages bezieht, nicht jedoch bei einer Änderung, die einem Verbraucher vorgeschlagen wird.<sup>1207</sup>

Dadurch dass Art. 1120 Code civil eine Annahme durch Schweigen unter besonderen Umständen anerkennt, sog. *silence circonstancié*, wird die frühere Rechtsprechung kodifiziert.<sup>1208</sup> Besondere Umstände i.S.d. Art. 1120 Code civil können Fälle sein, in denen das Angebot im ausschließlichen Interesse (*intérêt exclusif*) des Schweigenden liegt.<sup>1209</sup> Dies wurde beispielsweise bei einem vom Gläubiger angebotenen teilweisen Schuldenerlass angenommen.<sup>1210</sup> Hier wird davon ausgegangen, dass

**1203** *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 78 (S. 81); *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 237 (S. 308); vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 445 (S. 363); *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 82 (S. 91); Cass. com., 15.03.2011, n° 10–16.422; *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 522 f. m.w.N.

**1204** Cass. com., 15.03.2011, n° 10–16.422; vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 445 (S. 363).

**1205** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 237 (S. 308).

**1206** *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 82 (S. 91); vgl. a. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 207); vgl. aber a. Cass. com., 03.04.2012, n° 10–24.641 zum Fall einer Zahlungsanweisung, vgl. dazu *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 526.

**1207** *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 78 (S. 81).

**1208** *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 208) m.w.N.; vgl. a. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 78 (S. 81).

**1209** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 237 (S. 308); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 208); vgl. Cass. civ. 1e, 01.12.1969, n° 68–12.140, Bull. civ., I, n° 375; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 254; vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 519 ff. m.w.N., 523 f. m.w.N.

**1210** Cass. Req., 29.03.1938, Dalloz Recueil Périodique et critique 1939, I, S. 5; vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 448 (S. 364 f.); vgl. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 208 f.) m.w.N.

eine Annahme wahrscheinlich ist.<sup>1211</sup> Eine Schenkung kann allerdings nicht durch Schweigen angenommen werden, weil Art. 932(1) Code civil für eine Schenkung eine ausdrückliche Annahme fordert.<sup>1212</sup> An der Ausnahme für Angebote im ausschließlichen Interesse des Schweigenden wird kritisiert, dass auch bei vorteilhaften Geschäften zweifelhaft sein kann, ob der Angebotsempfänger das Angebot annehmen wollte, z.B. wenn bei einer Hilfeleistung in einer Notsituation mit einer Annahme durch Schweigen auch eine Verpflichtung des Annehmenden begründet werden soll.<sup>1213</sup>

Daran, dass nach Art. 1120 Code civil auch besondere Umstände dazu führen können, dass Schweigen als Annahme zu werten ist, wird kritisiert, dass diese Formulierung einen großen Spielraum enthält, sodass die Rechtsprechung die Kriterien genau definieren müsse, die es ermöglichen, Schweigen als Annahme zu werten.<sup>1214</sup>

### 3 Common Law

Schweigen ist im englischen Recht grundsätzlich keine Annahme.<sup>1215</sup> Dies gilt auch, wenn der Anbietende im Angebot festlegt, dass Schweigen als Annahme gelten solle.<sup>1216</sup> Es soll einer Partei nicht möglich sein,

**1211** *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 237 (S. 308); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 208).

**1212** *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 209); *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 78 (S. 81).

**1213** Vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 237 (S. 308 m. Fn. 6); vgl. a. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 209); vgl. dazu a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 523 f. m.w.N. Vgl. zur Geschäftsführung ohne Auftrag: *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 160 und S. 1774 ff., insb. S. 1792 f.

**1214** Vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 446 (S. 363); *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 238 (S. 309).

**1215** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–088 (S. 360); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–044 (S. 33); *McKendrick*, Contract Law: Text, Cases and Materials, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S. 103; *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 526 m.w.N.; *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 50. Vgl. für die USA § 69 Restatement (Second) Contracts.

**1216** Vgl. *Felthouse v Bindley* (1862) 11 Cb (N.S.) 869, [1862] EWHC CP J35; vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–088 (S. 360); vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–044 (S. 33); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 528 m.w.N.; vgl. a. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 66;

der anderen eine Handlung zur Abwendung eines Vertrages aufzudrängen.<sup>1217</sup> Der Anbietende selbst kann dagegen an eine entsprechende Äußerung, er werde Schweigen als Annahme ansehen, gebunden werden, auch wenn der Angebotsempfänger nicht an eine solche Ankündigung gebunden wird.<sup>1218</sup> Die Vereinbarung beider Parteien, dass Schweigen Zustimmung bedeuten soll, ist möglich.<sup>1219</sup>

Im englischen Recht werden Ausnahmen davon, dass Schweigen keine Annahme bedeuten kann, nur sehr zurückhaltend angenommen.<sup>1220</sup> Fallgruppen, in denen Schweigen eine Vertragsannahme darstellen konnte, sind zum einen, dass der Schweigende das Angebot selbst eingeholt hatte und zum anderen, dass sich aus Handelsbräuchen, früheren Geschäftsbeziehungen oder Vorverhandlungen zwischen den Parteien ergibt, dass Schweigen ausnahmsweise eine Annahme darstellen sollte.<sup>1221</sup> Die Frage, ob Schweigen auf einen *letter of confirmation* im Handelsverkehr zu einem Vertragsschluss führt, hängt vom Einzelfall ab.<sup>1222</sup> Die Fallgruppe, dass ein für den Empfänger lediglich vorteilhaftes Angebot vorliegt, wird wegen des Erfordernisses der *consideration* im *Common Law* selten vorliegen, ist jedoch nicht völlig ausgeschlossen, da es auch Fälle gibt, in denen die *consideration* von einem Dritten stammt oder entbehrlich ist.<sup>1223</sup>

vgl. a. *Collins*, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 164. Vgl. für die USA: *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 211).

**1217** *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–088 (S. 361); *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–044 (S. 33); *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 66; *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 528 m.w.N.

**1218** *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–093 (S. 364); vgl. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–047 (S. 35 f.); *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogener*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 254; vgl. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 531 m.w.N.; vgl. für die USA a. *The American Law Institute*, *Restatement (Second) of Contracts*, § 69 (1981), Oct. 2024 Update, Comment c (Westlaw S. 2).

**1219** *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 530.

**1220** *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 528 m.w.N.; *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 43.

**1221** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–090 (S. 361 f.); *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–045 (S. 34 f.); *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 529 ff. m.w.N.

**1222** *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 532 m.w.N.

**1223** *Schlesinger*, *Formation of Contracts*, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (131 f.); vgl. *von Mehren*, in: *von Mehren*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, 1992, Chapt. 9, S. 26.

In den USA ist zudem zu beachten, dass zwischen Kaufleuten nach § 2-207(2) UCC auf unwesentliche Änderungen in einer Vertragsannahme ein Widerspruch erforderlich ist, da sie ansonsten durch Schweigen Vertragsbestandteil werden. In § 69(1) Restatement (Second) of Contracts ist vorgesehen, dass Schweigen zu einer Annahme führen kann, wenn der Angebotsempfänger die Vorteile angebotener Dienste in Anspruch nimmt, obwohl er hinreichend Gelegenheit hatte, sie abzulehnen, und er Grund zu der Annahme hatte, dass sie in der Erwartung einer Gegenleistung angeboten wurden (a)<sup>1224</sup> oder wenn der Anbietende festgelegt oder zu verstehen gegeben hat, dass die Zustimmung durch Schweigen erfolgen kann und der Angebotsempfänger schweigt, um das Angebot anzunehmen (b). Zudem kann Schweigen zum Vertragsschluss führen, wenn es aufgrund von Vorverhandlungen oder aus anderen Gründen angemessen ist, dass der Angebotsempfänger den Anbietenden darüber informiert, wenn er das Angebot nicht annehmen will (c).

#### 4 DCFR und PECL

Nach Art. II.-4:204(2) DCFR und Art. 2:204(2) PECL ist Schweigen grundsätzlich keine Annahme: „*Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance*“. Dies gilt auch, wenn der Vertragspartner erklärt, er werde Schweigen als Annahme verstehen.<sup>1225</sup> Ausnahmsweise kann Schweigen als Annahme gelten, wenn es in anderen Normen des DCFR bzw. der PECL vorgesehen ist oder sich dies aus früheren Äußerungen des Angebotsempfängers ergibt, z.B. durch eine *invitatio ad offerendum*, aus Gebräuchen oder Praktiken zwischen den Parteien oder aus einer Rahmenvereinbarung.<sup>1226</sup> Für den Fall eines kaufmännischen Bestäti-

<sup>1224</sup> Vgl. dazu a. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 15 (Westlaw S. 14). Vgl. zu unbestellter Ware unten C.III.3.

<sup>1225</sup> Vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 534.

<sup>1226</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:102 Comment C (S. 274), Art. II.-4:204 Comment B (S. 310); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:102 Comment C (S. 145), Art. 2:204 Comment B (S. 169).

gungsschreibens kann das Schweigen als Annahme gelten, vgl. Art. II.-4:210 DCFR, Art. 2:210 PECL.

## 5 Ergebnis

Grundsätzlich führt Schweigen im deutschen, französischen und englischen Recht nicht zu einer Annahme, da der Angebotsempfänger nicht gezwungen werden soll, Aufwendungen aufzunehmen und Kosten einzugehen, um das Angebot abzulehnen und eine Vertragsbindung zu verhindern.<sup>1227</sup> Schweigen und Inaktivität sind neutral und beinhalten keinen eindeutigen Erklärungswert, die die Begründung vertraglicher Verpflichtungen rechtfertigen könnte.<sup>1228</sup> Ausnahmsweise<sup>1229</sup> kann Schweigen dann zu einer Vertragsannahme führen, wenn die Parteien dies vereinbart haben oder sich die Erklärungsbedeutung des Schweigens aus Handelsbräuchen ergibt sowie in Situationen, in denen das Angebot vom Angebotsempfänger angefordert wurde.<sup>1230</sup> Der Anbietende kann nicht einseitig festlegen, dass Schweigen auf sein Angebot als Annahme gewertet wird.<sup>1231</sup> Dies ist ein anerkannter Grundsatz, da der Angebotsempfänger sonst gezwungen würde, zu reagieren oder den Vertrag zu akzeptieren.<sup>1232</sup> Im englischen Recht kann Schweigen nur in seltenen Ausnahmefällen zum Vertragsschluss führen.<sup>1233</sup> Im deutschen

**1227** Vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 252; vgl. a. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:204 Note II.6 (S. 311 f.); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:204 Note 2 (S. 170); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 541; vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 39.

**1228** *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (319 Rn. 10); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 541.

**1229** Vgl. *Schlesinger*, Formation of Contracts, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (131 ff.). Vgl. zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben: Art. II.-4:210 DCFR, Art. 2:210 PECL, vgl. dazu *Christandl*, Art. 2:210, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 343 (343 Rn. 1 ff.); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 543.

**1230** *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 254; vgl. a. *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (319 f. Rn. 11 m.w.N.); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 542 f.

**1231** *Schlesinger*, Formation of Contracts, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (138). Möglich ist allerdings der Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung i.S.d. § 151 S. 1 BGB, vgl. a. *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 35.II.3 (S. 657).

**1232** *Schlesinger*, Formation of Contracts, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (138).

**1233** *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (319 Rn. 11); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 542.

Recht kann ausnahmsweise in Fällen, in denen nach Treu und Glauben ein Widerspruch zu erwarten gewesen wäre, Schweigen als Annahme gelten.<sup>1234</sup> Im französischen Recht bestehen Ausnahmefälle zur fehlenden Annahme bei Schweigen, wenn das Gesetz, Gewohnheiten der Parteien oder die Umstände es ergeben (Art. 1120 Code civil).<sup>1235</sup> Die Fallgruppe des französischen Rechts, dass ein Angebot im ausschließlichen Interesse des Angebotsempfängers abgegeben wurde, findet sich in dem Gedanken wieder, dass im englischen und deutschen Recht ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Angebot zu einer Annahme durch Schweigen führen kann.<sup>1236</sup> Die Vermutung, vorteilhafte Geschäfte würden regelmäßig vom Angebotsempfänger angenommen, sodass in diesen Fällen Schweigen zu einer Erklärungswirkung führen kann, wird deshalb kritisiert, weil die Gefahr einer Fiktion bestehe.<sup>1237</sup> Allerdings bleibt dem Schweigenden jedenfalls die Möglichkeit einer Ablehnung.

Zu erinnern ist hier auch daran, dass Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO bei Zustandekommen eines Vertrages insbesondere für die Fallgruppe des Schweigens der Partei, deren Rechtsordnung ihres gewöhnlichen Aufenthaltes nicht von einem Vertragsschluss ausgeht, eine Einrede ermöglicht.<sup>1238</sup>

1234 *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (319 f. Rn. 11).

1235 *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (320 Rn. 11 m. Fn. 31).

1236 Vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 543 f.; vgl. *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (320 Rn. 13 m.w.N.); vgl. a. *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 160 m. Fn. 56.

1237 Vgl. (i.R.d. § 151 S. 1 BGB): *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 220.

1238 Vgl. oben A. Vgl. insb. *Giuliano/Lagarde/Giuliano*, BT-Drucks. 10/503, S. 33 (60) (zu Art. 8 EVÜ); *Erman/Stürner*, 17. Aufl. 2023, Art. 10 EGV 593/2008 Rn. 2; vgl. *Freitag*, in: *Rauscher*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Lieferung, 1/2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 40; *MüKo/Kleinschmidt*, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 215 f. Vgl. aber zum Streitstand zum beredten Schweigen: *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S. 286 f.

## IV Anforderungen an die Erklärung

Wie bereits oben gesehen, kann aus der Eigenschaft als Willenserklärung z.B. folgen, dass ein Angebot kommuniziert werden muss.<sup>1239</sup> Andererseits kann eine Rechtsordnung vorsehen, dass bestimmte Erklärungen etwa nur ausdrücklich erklärt werden können. Ziel ist es, eine Überrumpelung des Erklärenden<sup>1240</sup> und das Unterschieben von Klauseln<sup>1241</sup> zu verhindern.

### 1 Deutsches Recht

Teilweise stellt im deutschen Recht das Gesetz Anforderungen an Erklärungen. Eine ausdrückliche Erklärung wird beispielsweise in §§ 244 Abs. 1, 504a Abs. 3 S. 2, 630c Abs. 4, 630e Abs. 3, 700 Abs. 2, 1059a Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 48 Abs. 1 HGB und § 38 Abs. 3 ZPO gefordert. Nach § 312a Abs. 3 S. 1 BGB kann eine Vereinbarung, die bei Verbraucherverträgen auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, nur ausdrücklich getroffen werden. Nach § 312a Abs. 3 S. 2 BGB wird eine Vereinbarung im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nur Vertragsbestandteil, wenn der Unternehmer die Vereinbarung nicht durch eine Voreinstellung (*pre-ticked box*) herbeiführt.<sup>1242</sup> Erforderlich ist somit, dass der Verbraucher einer Zusatzzahlung aktiv zustimmt.<sup>1243</sup> Der BGH hat auch bei ungewöhnlichen Vereinbarungen eine ausdrückliche Erklärung gefordert, etwa bei der Vereinbarung eines gleichzeitigen schuldrechtlichen und dinglichen

<sup>1239</sup> Vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:201 Comment B (S. 292). Vgl. dazu oben Kapitel 3 A. I.3, A.II.3, A.III.3, A.IV.3.

<sup>1240</sup> Vgl. (zu § 312a BGB): BeckOGK/Busch, Stand: 01.07.2023, § 312a Rn. 13; Schulze/Schulte-Nölke, 12. Aufl. 2024, § 312a Rn. 4.

<sup>1241</sup> Vgl. (zu § 312a BGB): MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312a Rn. 45.

<sup>1242</sup> Da Art. 22 RL 2011/83/EU nicht auf den elektronischen Geschäftsverkehr beschränkt ist, ist § 312a Abs. 3 S. 2 BGB richtlinienkonform so auszulegen, dass er auch nicht-elektronische Vertragsabschlüsse umfasst, vgl. BeckOGK/Busch, Stand: 01.07.2023, § 312a Rn. 21; Jauernig/Stadler, 19. Aufl. 2023, § 312a Rn. 13.

<sup>1243</sup> Vgl. dazu BeckOGK/Busch, Stand: 01.07.2023, § 312a Rn. 20 ff.



Nutzungsrechts.<sup>1244</sup> Ausdrücklichkeit erfordert, dass der Rechtsbindungswille unmittelbar und eindeutig geäußert wird.<sup>1245</sup> Dieses Erfordernis einer ausdrücklichen Erklärung erfüllt oft eine Klarstellungs- und Warnfunktion.<sup>1246</sup>

### a Verträge im Internet

Nach § 312i Abs. 1 BGB hat bei einem Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr der Unternehmer dem Kunden die technischen Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung zu stellen (Nr. 1), die in Art. 246c EGBGB vorgesehenen Informationen vor Abgabe der Erklärung des Kunden klar und verständlich mitzuteilen (Nr. 2), den Zugang der Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen (Nr. 3) und die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern (Nr. 4).

Bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, sieht § 312j Abs. 3 BGB vor, dass der Unternehmer die Bestellsituation so zu gestalten hat, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet (S. 1) und für den Fall, dass eine Schaltfläche verwendet wird, muss diese gut lesbar mit der Bezeichnung „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein (S. 2) (sog. Button-Pflicht).<sup>1247</sup> § 312j Abs. 3 BGB stellt keine direkte vorvertragliche Informationspflicht dar, da sie sich auf die Gestaltung des Vertragsschlusses bezieht.<sup>1248</sup> Bezweckt wird nicht nur der Schutz vor Übereilung wie bei einer Formvor-

**1244** Vgl. BGH, Urt. v. 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123 (2123); vgl. *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 335 f. (S. 148).

**1245** Vgl. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 51; vgl. a. zu § 312a Abs. 3 S. 1 BGB: BT-Drucks. 17/12637, S. 53; vgl. a. MÜKO/*Wendehorst*, 9. Aufl. 2022, § 312a Rn. 63 f.; *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 3 ff. (S. 359 f.) schlägt eine Differenzierung zwischen formalen und materialen Anforderungen vor.

**1246** *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 335 (S. 148); *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 6 (S. 360).

**1247** Vgl. dazu *Fervers*, NJW 2016, 2289 (2289 ff.). Eine Ausnahme besteht, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird, § 312j Abs. 5 S. 1 BGB.

**1248** *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 266 f.

schrift<sup>1249</sup>, sondern auch der Hinweis auf den Vertragsschluss selbst<sup>1250</sup>. Insbesondere soll Schutz vor sog. Kosten- oder Abofallen gewährt werden, bei denen ein Hinweis auf eine Zahlungspflicht versteckt und nicht ohne Weiteres erkennbar ist.<sup>1251</sup> Der Begriff der Schaltfläche ist weit zu verstehen und umfasst graphische Bedienelemente wie anzuklickende Checkboxen oder Links.<sup>1252</sup> Die Bezeichnung der Schaltfläche muss dabei eindeutig sein.<sup>1253</sup> Werden mehrere Vertragsverhältnisse mit dem Verbraucher geschlossen, muss § 312j Abs. 3 BGB auch durch mehrere Schaltflächen erfüllt werden.<sup>1254</sup>

Die Button-Pflicht erfordert ein aktives Verhalten des Verbrauchers, der die Zahlungspflicht ausdrücklich bestätigen muss.<sup>1255</sup> Eine konkludente Erklärung des Verbrauchers ist daher für einen Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr nicht ausreichend.<sup>1256</sup> Durch die ausdrückliche Zustimmung zeigt der Verbraucher auch seinen Rechtsbindungswillen.<sup>1257</sup> Beim Verbraucher kann daher durch einen entsprechend gekennzeichneten Button Erklärungsbewusstsein hervorgerufen werden.<sup>1258</sup> Teilweise wird allerdings die Wirksamkeit der Verhinderung von Kostenfallen deshalb angezweifelt, weil es auch weiterhin Kosten-

1249 Vgl. BT-Drucks. 17/7745, S. 7; vgl. MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 32; vgl. dazu Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 265 f. m.w.N.

1250 BeckOK/Maume, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 24.

1251 BeckOGK/Busch, Stand: 01.07.2023, § 312j Rn. 35; vgl. MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 1; vgl. insg. Gofferjé, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 103 ff.

1252 BT-Drucks. 17/7745, S. 11 f.; Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 264 m.w.N.; vgl. MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 25.

1253 Vgl. Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 265 m.w.N.; vgl. a. BeckOK/Maume, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 26 ff. m.w.N.; vgl. a. MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 26 ff.; vgl. JurisPK/Junker/Seiter, 10. Aufl. (Stand: 01.02.2023), § 312j Rn. 60 ff. m.w.N.

1254 LG Berlin, Urt. v. 23.05.2023, 67 S 12/23, NJW-RR 2023, 1607 (1608 Rn. 13).

1255 Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 264; vgl. BT-Drucks. 17/7745, S. 11.

1256 BeckOK/Maume, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 20; Staudinger/Thüsing (2024), § 312j Rn. 20.

1257 MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 24; Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 264.

1258 BeckOK/Maume, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 24.

fallen im Internet gibt.<sup>1259</sup> Dennoch ist die Button-Pflicht ein wichtiger Schritt zur Rechtssicherheit, Transparenz und Vertrauensschaffung bei Verbrauchern.<sup>1260</sup>

Bei einem Verstoß gegen die Button-Pflicht kommt ein Schadensersatzanspruch sowie eine Anfechtung in Betracht.<sup>1261</sup> § 312j Abs. 4 BGB ordnet an, dass der Vertrag nur zustande kommt, wenn die Button-Pflicht nach § 312j Abs. 3 BGB eingehalten wurde.<sup>1262</sup> Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 der Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU) sieht lediglich vor, dass der Verbraucher im Fall eines Verstoßes gegen die Button-Pflicht nicht an seine Erklärung gebunden ist. Aufgrund dieser Abweichung wird in der Literatur eine richtlinienkonforme Auslegung vertreten, nach der eine schwebende oder relative Unwirksamkeit vorläge<sup>1263</sup>, der Verbraucher bei einem Verstoß gegen § 312j Abs. 3 BGB ein Wahlrecht bezüglich der Wirksamkeit des Vertrages haben müsse<sup>1264</sup> bzw. der Unternehmer sich nicht auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen könne<sup>1265</sup>.<sup>1266</sup> Letztlich kann hier der genaue Inhalt einer richtlinien-

**1259** *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 265; vgl. a. *Gofferjé*, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 214 f.

**1260** Vgl. BT-Drucks. 17/7745, S. 7; so auch *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 265; vgl. a. *Gofferjé*, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 215; vgl. a. *de Franceschi*, GRUR Int 2013, 865 (875).

**1261** Vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 269 ff.; vgl. BeckOGK/*Busch*, Stand: 01.07.2023, § 312j Rn. 53; MüKO/*Wendehorst*, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 38.

**1262** Vgl. dazu insg. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 267 ff.

**1263** MüKO/*Wendehorst*, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 33; vgl. a. BeckOK/*Maume*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 41a (schwebend wirksam).

**1264** Vgl. einschränkend Erman/*Koch*, 17. Aufl. 2023, § 312j Rn. 9 („nur ganz ausnahmsweise“); a.A. (kein Wahlrecht): Staudinger/*Thüsing* (2024), § 312j Rn. 30; vgl. dazu *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 268 f.

**1265** Vgl. MüKO/*Wendehorst*, 9. Aufl. 2022, § 312j Rn. 33; vgl. BeckOK/*Maume*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 41b; vgl. (für einen Gleichlauf mit § 476 Abs. 1 S. 1 BGB): BeckOGK/*Busch*, Stand: 01.07.2023, § 312j Rn. 51; vgl. JurisPK/*Junker/Seiter*, 10. Aufl. (Stand: 01.02.2023), § 312j Rn. 70 f.; vgl. a. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 268 f.; vgl. a. *Fervers*, NJW 2016, 2289 (2292) zur Auslegung, dass nur ein entgeltlicher Vertrag nicht zustande kommt.

**1266** Vgl. insg. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 267 ff.; a.A. (eindeutig angeordnete Rechtsfolge): Staudinger/*Thüsing* (2024), § 312j Rn. 30; vgl. a. *Gofferjé*, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 183 ff., 192 ff.

konformen Auslegung offenbleiben, da jedenfalls für den Verbraucher bei Verstoß gegen § 312j Abs. 3 BGB keine Bindung entstehen soll, wenn dieser einen Vertrag ablehnt.<sup>1267</sup>

Der sog. Amazon-Dash-Button sollte eine Nachbestellung von Produkten durch einfachen Knopfdruck auf einem Gerät ermöglichen.<sup>1268</sup> Er verstieß jedoch gegen die Informationspflichten für Fernabsatzverträge, die Pflicht zur Erteilung einer Widerrufsbelehrung sowie die Button-Pflicht und enthielt nicht alle wesentlichen Vertragsinhalte, z.B. die Klarstellung der Identität des Vertragspartners, des Kaufpreises sowie der Versandkosten.<sup>1269</sup>

## b Negative Beschaffenheitsvereinbarungen

§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB betrifft die Abweichung einer Kaufsache von den objektiven Anforderungen i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB oder § 475b Abs. 4 BGB in Verbrauchsgüterkaufverträgen. Danach kann von den objektiven Anforderungen vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer durch Vertrag abgewichen werden, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht (Nr. 1), und die Abweichung im Sinne der Nr. 1 im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2). Die Regelung soll es insbesondere für den Verkauf gebrauchter Sachen ermöglichen, die objektiven Anforderungen an die Kaufsache zu vereinbaren und gleichzeitig für Rechtssicherheit sorgen.<sup>1270</sup>

Bezüglich der Voraussetzung, dass der Verbraucher „eigens“ von der Abweichung in Kenntnis zu setzen ist, ergibt sich aus der Gesetzesbe-

1267 Vgl. *JurisPK/Junker/Seiter*, 10. Aufl. (Stand: 01.02.2023), § 312j Rn. 67.

1268 Vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 272 f.; *Staudinger/Thüsing* (2024), § 312j Rn. 23 m.w.N.

1269 Vgl. OLG München, Urt. v. 10.01.2019, 29 U 1091/18, BeckRS 2019, 11873 (Rn. 67 ff.); vgl. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 273 f.; vgl. a. *BeckOK/Maume*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 312j Rn. 32 f. m.w.N.; vgl. a. *JurisPK/Junker/Seiter*, 10. Aufl. (Stand: 01.02.2023), § 312j Rn. 56.

1270 BT-Drucks. 19/27424, S. 42. Gegenüber Unternehmern müssen die Anforderungen des § 476 Abs. 1 BGB nicht eingehalten werden, sodass hier keine besonderen Voraussetzungen für eine abweichende Beschaffenheitsvereinbarung bestehen, BT-Drucks. 19/27424, S. 23, 24 („formfrei“).

gründung lediglich, dass dies über die Anforderungen an die Bereitstellung anderer vorvertraglicher Informationen hinausgeht.<sup>1271</sup> Die Aufnahme der negativen Beschaffenheitsvereinbarung in die Produktbeschreibung ohne besondere Hervorhebung ist nicht ausreichend.<sup>1272</sup> Ein mündlicher Hinweis ist vom Wortlaut nicht ausgeschlossen, allerdings wird dies aufgrund der schwereren Beweisbarkeit in der Praxis keine große Rolle spielen.<sup>1273</sup> Dass der Verbraucher in Kenntnis zu „setzen“ ist, spricht dafür, dass der bloße Zugang eines Hinweises auf Abweichungen i.S.d. § 130 Abs. 1 BGB nicht ausreicht, sondern die tatsächliche Kenntnis des Verbrauchers erforderlich ist.<sup>1274</sup>

Durch die Anforderung einer „ausdrücklichen“ Vereinbarung, ist eine konkludente Abrede über eine negative Beschaffenheit nicht möglich.<sup>1275</sup> Die „gesonderte“ Vereinbarung der Abweichungen erfordert eine Hervorhebung, die es dem Verbraucher ermöglicht, die Abweichungen bewusst in seine Kaufentscheidung einzubeziehen, sodass es nicht ausreicht, die Vereinbarung in AGB aufzunehmen oder im Onlinehandel ein vorangekreuztes und vom Verbraucher deaktivierbares Kästchen vorzusehen.<sup>1276</sup> Ausreichend ist es jedoch, wenn der Verbraucher ein Kästchen oder eine Schaltfläche aktiv anklickt.<sup>1277</sup> Eine besondere Form wird von der Forderung einer „gesonderten“ Vereinbarung nicht vorausgesetzt.<sup>1278</sup> Auch das Erfordernis einer ausdrücklichen Vereinbarung stellt keine Formvorschrift dar.<sup>1279</sup>

1271 BT-Drucks. 19/27424, S. 42; vgl. dazu BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 38, 41.

1272 Vgl. BT-Drucks. 19/27424, S. 42; vgl. zur Hervorhebung: BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 47.

1273 BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 40; BeckOK/Faust, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 476 Rn. 22; vgl. Schulze/Saenger, 12. Aufl. 2024, § 476 Rn. 5 m.w.N.

1274 Vgl. BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 43; Schulze/Saenger, 12. Aufl. 2024, § 476 Rn. 5; vgl. a. BeckOK/Faust, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 476 Rn. 26.

1275 BT-Drucks. 19/27424, S. 42; vgl. BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 48; BeckOK/Faust, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 476 Rn. 29.

1276 BT-Drucks. 19/27424, S. 42; Schulze/Saenger, 12. Aufl. 2024, § 476 Rn. 5; vgl. a. § 312a Abs. 3 S. 2 BGB, vgl. BeckOK/Faust, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 476 Rn. 30.

1277 BT-Drucks. 19/27424, S. 42; vgl. a. für den stationären Handel („vorgedrucktes Formular“): ebd., S. 21; vgl. a. BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 52.

1278 BeckOGK/Augenhofer, Stand: 01.06.2025, § 476 Rn. 50 m.w.N.; BeckOK/Faust, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 476 Rn. 28 m.w.N.

1279 Lorenz, S., NJW 2021, 2065 (2073).

Für die Verkürzung der Verjährungsfrist sieht § 476 Abs. 2 S. 2 BGB ebenfalls vor, dass der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragsklärung von der Verkürzung eigens in Kenntnis gesetzt werden muss (Nr. 1) und die Verkürzung der Verjährungsfrist im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2). Hier gelten daher dieselben Anforderungen an die Vereinbarung wie bezüglich der negativen Beschaffenheitsvereinbarungen i.S.d. Abs. 1 S. 2.<sup>1280</sup>

Werden die Voraussetzungen des § 476 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB für eine Abweichung von § 434 Abs. 3 oder § 475b Abs. 4 BGB bzw. § 437 BGB nicht eingehalten, kann sich der Unternehmer auf diese Vereinbarung nicht berufen, § 476 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>1281</sup>

## 2 Französisches Recht

Auch im französischen Recht ist teilweise gesetzlich vorgesehen, dass eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist. Nach Art. L. 121–17(1) Code de la consommation ist bei der Vereinbarung bezüglich Zuzahlungen zum Preis der Hauptleistung eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers einzuholen. Wenn die Zustimmung des Verbrauchers zu einer zusätzlichen Zahlung darin lag, dass der Verbraucher eine Auswahl hätte ablehnen müssen, kann der Verbraucher Erstattung dieser Zahlung verlangen, vgl. Art. L. 121–17(2) Code de la consommation. Art. 932(1) Code civil sieht vor, dass eine Schenkung nur ausdrücklich angenommen werden kann. Art. 2294(1) Code civil sieht vor, dass eine Bürgschaft ausdrücklich erfolgen muss. Hierunter ist zu verstehen, dass der Wille des Handelnden nicht zweideutig sein darf.<sup>1282</sup> Es muss eine ausdrückliche Erklärung des Bürgen vorliegen.<sup>1283</sup>

### a Verträge im Internet

Das sog. *double-clic* System für über das Internet abgeschlossene Verträge besteht aus einem ersten Klick zur Prüfung des Inhalts einer Bestellung und einem zweiten Klick zur Bestätigung, also Annahme

1280 BT-Drucks. 19/27424, S. 43.

1281 Vgl. dazu Erman/*Grunewald*, 17. Aufl. 2023, § 476 Rn. 8.

1282 Vgl. *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 185 (S. 204).

1283 *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 414 (S. 98).

im rechtlichen Sinn.<sup>1284</sup> Art. 1127–2(1) Code civil fordert für elektronisch geschlossene Verträge zum einen die Möglichkeit, die Bestellung zu überprüfen, Fehler vor der Bestätigung zu korrigieren und zum anderen, dass der Angebotsempfänger das Angebots bestätigen muss, um seine endgültige Annahme auszudrücken: *„Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive“*.

Bezüglich Art. 1127–2 Code civil wird auch von einem neuen Formalismus (*nouveau formalisme*) gesprochen, weil der Vertrag nichtig ist, wenn das Verfahren des *double clic* nicht eingehalten wird.<sup>1285</sup> Das *double clic*-System soll Fehler und Manipulationen beim Vertragsschluss verhindern.<sup>1286</sup> An dem Erfordernis eines doppelten Klicks wird kritisiert, dass es den Bestellvorgang unübersichtlicher machen könnte.<sup>1287</sup>

Für Verbraucher ist in Art. L. 221–14(2) Code de la consommation für einen elektronisch geschlossenen Vertrag vorgesehen, dass er auf einer Schaltfläche ausdrücklich seine Zahlungspflicht bestätigen muss: *„Le professionnel veille à ce que le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement.“* Bei einem Verstoß gegen Art. L. 221–14(2) Code de la consommation sieht Art. L. 242–2 Code de la consommation vor, dass der Vertrag nichtig ist.

## b Negative Beschaffenheitsvereinbarungen

Art. L. 217–5(III) Code de la consommation regelt, dass ein Verbraucher die Vertragsmäßigkeit einer gekauften Ware nicht bestreiten kann,

<sup>1284</sup> Fages, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 88 (S. 95); vgl. Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 243 (S. 314); vgl. a. Gofferjé, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 154 f.; vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 622 m.w.N.

<sup>1285</sup> Vgl. Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 243 (S. 314).

<sup>1286</sup> Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 622 m.w.N.

<sup>1287</sup> Vgl. Gofferjé, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 173.

wenn sich ein Mangel auf ein oder mehrere besondere Merkmale der Ware bezieht, über deren Abweichung von den in diesem Artikel festgelegten Kriterien für die Vertragsmäßigkeit der Verbraucher eigens unterrichtet (*spécifiquement informé*) worden ist und denen er bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich und gesondert (*expressément et séparément*) zugestimmt hat: „*Le consommateur ne peut contester la conformité en invoquant un défaut concernant une ou plusieurs caractéristiques particulières du bien, dont il a été spécifiquement informé qu'elles s'écartaient des critères de conformité énoncés au présent article, écart auquel il a expressément et séparément consenti lors de la conclusion du contrat.*“

Die Formulierung zur Unterrichtung (*spécifiquement informé*) und Vereinbarung der Abweichung (*expressément et séparément*) entspricht Art. 7 Nr. 5 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 in der französischen Fassung: „*Il n'y a pas de défaut de conformité au sens du paragraphe 1 ou 3 si, au moment de la conclusion du contrat de vente, le consommateur a été spécifiquement informé qu'une caractéristique particulière des biens s'écartait des critères objectifs de conformité prévus au paragraphe 1 ou 3 et que le consommateur a expressément et séparément accepté cet écart lorsqu'il a conclu le contrat de vente.*“

### 3 Common Law

Auch im *Common Law* ist teilweise vorgesehen, dass eine Erklärung ausdrücklich erfolgen muss. Nach Reg. 40(1) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 ist bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher eine zusätzliche Zahlung nicht zu leisten, es sei denn der Unternehmer hat eine ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers erhalten, bevor der Verbraucher an den Vertrag gebunden wurde. Eine ausdrückliche Zustimmung liegt nicht vor, wenn die Zustimmung daraus abgeleitet wird, dass der Verbraucher eine voreingestellte Option (z.B. eine *pre-ticked box*) nicht ändert, Reg. 40(2) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.



### a Verträge im Internet

Reg. 14(3), (4) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 sehen vor, dass bei einem elektronisch geschlossenen Fernabsatzvertrag (*distance contract concluded by electronic means*) der Verbraucher auf bestimmte Informationen hingewiesen wird und ausdrücklich anerkennt, dass die Bestellung eine Zahlungspflicht nach sich zieht sowie für den Fall, dass eine Schaltfläche vorgesehen ist, diese mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ (*order with obligation to pay*) oder einer entsprechenden Formulierung gekennzeichnet ist.<sup>1288</sup> Ohne einen solchen Hinweis ist der Verbraucher nach Reg. 14(5) nicht durch den Vertrag oder die Bestellung gebunden. Im US-amerikanischen Recht besteht keine Button-Pflicht.<sup>1289</sup> Oft finden sich in der Praxis Bestellbuttons, die den Verbraucher auf eine entstehende Vertragspflicht hinweisen müssen.<sup>1290</sup>

### b Negative Beschaffenheitsvereinbarungen

Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 gilt aufgrund des Brexits nicht im UK. Art. 7 Nr. 5 RL (EU) 2019/771 sieht für den Kauf von Waren vor, dass der Verbraucher eigens darüber in Kenntnis gesetzt werden muss, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit abweicht und er dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zustimmen muss. Im Gegensatz dazu sieht im englischen Recht Sec. 9(4)(a)-(c) Consumer Rights Act 2015 vor, dass eine Sache nicht mangelhaft ist, wenn der Verbraucher vor Vertragsschluss ausdrücklich auf die Qualität der Ware hingewiesen wurde, der Verbraucher die Waren vor Vertragsschluss untersucht hat und bei der Untersuchung die Qualität hätte feststellen müssen oder wenn bei der Lieferung von Waren nach einem Muster, der Verbraucher

**1288** Ein gewisser Schwebezustand tritt dadurch ein, dass eine Bindung des Verbrauchers an seine Erklärung und damit eine *order with obligation to pay* eigentlich erst mit der Vertragsannahme durch den Unternehmer entsteht, vgl. Hoffmann, IPRax 2015, 193 (196); vgl. Wagner, Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet, 2010, S. 46. Vgl. zur Widerrufbarkeit des Angebots oben Kapitel 3 A.I.3, A.II.3, A.III.3, A.IV.3.

**1289** Hoffmann, IPRax 2015, 193 (197). Vgl. zur Gestaltung einer Website a. Kim, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law, 2013, S. 181 (198 f.).

**1290** Vgl. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 4 (Westlaw S. 3).

bei angemessener Prüfung des Musters die Qualität der Sache hätte erkennen können. Eine ausdrückliche und gesonderte Zustimmung durch den Verbraucher wird dagegen nicht gefordert.

## 4 DCFR und PECL

Wie bereits gesehen sieht der DCFR sowohl die Pflicht zur Einräumung einer Korrekturmöglichkeit von Eingabefehlern bei Verträgen auf elektronischem Weg (Art. II.-3:201(1) DCFR) als auch eine Bestellbestätigung vor (Art. II.-3:202(1) DCFR).<sup>1291</sup> Eine Button-Pflicht ist im DCFR dagegen nicht enthalten.<sup>1292</sup>

Auch im DCFR wird teilweise die Ausdrücklichkeit einer Erklärung bzw. Vereinbarung gefordert, z.B. in Art. I.-1:110(5), Art. II.-4:208(3) (a) DCFR (vgl. Art. 2:208(3)(a) PECL). Art. IV.A.-4:304 DCFR sieht vor, dass ein Verkäufer sich nicht auf eine Prüfungspflicht bezüglich der Ware bei unternehmerischen Käufern (Art. IV.A.-4:301 DCFR) und die Vorschrift zu einer entsprechenden Benachrichtigung des Verkäufers über einen Mangel (Art. IV.A.-4:302 DCFR) berufen kann, wenn der Verkäufer den Mangel hätte kennen können und dem Käufer nicht offengelegt hat.

## 5 Ergebnis

Alle untersuchten Rechtsordnungen sowie der DCFR sehen Fälle vor, in denen an eine Erklärung bestimmte Anforderungen gestellt werden, insbesondere dass die Erklärung ausdrücklich abgegeben werden muss. In Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie sehen sowohl das deutsche Recht als auch das französische Recht vor, dass eine negative Beschaffenheitsvereinbarung mit einem Verbraucher nur vereinbart werden kann, wenn der Verbraucher über die Abweichung von den objektiven Anforderungen eigens unterrichtet wurde und ausdrücklich und gesondert seine Zustimmung erteilt hat.<sup>1293</sup> Im englischen Recht muss

<sup>1291</sup> Vgl. bereits oben Kapitel 3 A.IV.4.

<sup>1292</sup> Vgl. dazu a. *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 276.

<sup>1293</sup> Vgl. Art. 7(5) RL (EU) 2019/771.

der Verbraucher auf eine von den objektiven Anforderungen abweichende Qualität ausdrücklich hingewiesen werden, Sec. 9(4)(a) Consumer Rights Act 2015. Eine zusätzliche ausdrückliche und gesonderte Zustimmung durch den Verbraucher kann sicherstellen, dass keine Überrumpelung bezüglich einer negativen Abweichung von der objektiv erwartbaren Beschaffenheit erfolgt.<sup>1294</sup> Für die genaue Ausgestaltung einer ausdrücklichen und gesonderten Erklärung muss in der Praxis ein praktikabler und rechtssicherer Weg gefunden werden.<sup>1295</sup>

Anforderungen an die Erklärung können insgesamt darauf hinwirken, dass der Erklärende sich der Abgabe einer Vertragserklärung bewusst wird und somit Erklärungsfiktionen entgegenwirken. Ziel der Button-Pflicht ist es beispielsweise, den Verbraucher auf die Verbindlichkeit seiner Erklärung und die daraus resultierende Zahlungspflicht hinzuweisen, sodass der Button auch entsprechend eindeutig formuliert sein muss.<sup>1296</sup> Die Button-Pflicht führt zu Transparenz beim Vertragsabschluss und ist somit positiv zu bewerten, da sie die Zahlungspflicht dem Verbraucher vor Augen führt und das Risiko von Kostenfallen im Internet reduziert.<sup>1297</sup> Dass im US-amerikanischen Recht und im DCFR keine Button-Pflicht für über das Internet geschlossene Verträge vorgesehen ist, ist somit zu kritisieren, da die Button-Pflicht zur Verhinderung von Erklärungsfiktionen, z.B. in Form von Abofallen<sup>1298</sup> beiträgt.

Eine Umgehung der Pflicht zur ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers zu Zusatzentgelten liegt etwa vor, wenn durch die Optik des Buttons gegenüber dem Verbraucher der Eindruck erweckt wird, eine Schaltfläche müsse angeklickt werden.<sup>1299</sup> Daher ist insbeson-

1294 Vgl. a. BT-Drucks. 19/27424, S. 42.

1295 Vgl. dazu schon oben zum deutschen Recht 1.b.

1296 Vgl. für das deutsche Recht: BeckOGK/Busch, Stand: 01.07.2023, § 312j Rn. 38 ff. Der Hinweis auf eine Zahlungspflicht ist auch dann bereits angebracht, wenn die Zahlungspflicht erst mit der Annahmeerklärung des Vertragspartners eintritt, insbesondere wenn (wie im deutschen Recht) der Verbraucher bereits mit Zugang seiner Erklärung beim Empfänger an diese gebunden ist, § 145 BGB, vgl. ähnl. Alexander, NJW 2012, 1985 (1988); vgl. a. BT-Drucks. 17/7745, S. 12. Vgl. zur *invitatio ad offerendum* beim Warenangebot auf Websites oben Kapitel 2 B.I.

1297 Weber, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S. 278.

1298 Vgl. dazu insg. Gofferjé, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S. 103 ff.

1299 Vgl. zu § 312a BGB: MüKO/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, § 312a Rn. 65.

dere auch die Gestaltung des Hinweises auf einen Vertragsschluss entscheidend.<sup>1300</sup>

## V Ergebnis

Anforderungen, die an eine Erklärung zur Zustimmung zu einem Vertrag gestellt werden, können Erklärungsfiktionen entgegenwirken, insbesondere wenn eine Erklärung ausdrücklich erfolgen muss.<sup>1301</sup> Hervorzuheben als Verhinderung von Erklärungsfiktionen ist auch die sog. Button-Pflicht, die einem Verbraucher die Tatsache eines Vertragsschlusses bewusst macht.<sup>1302</sup> Zudem sehen alle Rechtsordnungen einen Rechtsbindungswillen als Voraussetzung für eine Vertragserklärung an.<sup>1303</sup> Für die Fälle, in denen das Erklärungsbewusstsein fehlt oder eine Erklärung abhandengekommen ist, ist es vorzugswürdig, eine Zustimmung dann anzunehmen, wenn der Erklärende davon ausgehen musste, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst würde<sup>1304</sup> bzw. wenn er die Absendung verschuldet hat<sup>1305</sup>. Dadurch finden sowohl die Interessen des Erklärungsempfängers Berücksichtigung, der auf die Erklärungsbedeutung vertraut, als auch die Selbstbestimmung und Vertragsfreiheit des Erklärenden, dem in einem zweiten Schritt ein Anfechtungsrecht zugestanden werden kann.<sup>1306</sup> Schweigen kann dagegen nur in engen Ausnahmefällen als Erklärung gewertet werden.<sup>1307</sup> Denkbar ist beispielsweise eine Erklärungswirkung bei lediglich rechtlich vorteilhaften Angeboten, da hier die Gefahr einer Erklärungsfiktion geringer ist, weil grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass der Erklärende einem ihm günstigen Angebot zustimmen würde und er im Übrigen durch eine Ablehnung einen Vertrag verhindern kann.<sup>1308</sup> Die

1300 Vgl. dazu a. *Kim*, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law, 2013, S. 181 (191 f., 198 f.).

1301 Vgl. dazu oben IV.

1302 Vgl. oben IV.1.a, IV.2.a, IV.3.a.

1303 Vgl. oben Kapitel 2 B.I.

1304 Vgl. dazu oben I.

1305 Vgl. oben II.

1306 Vgl. oben I und II.

1307 Vgl. oben III.

1308 Vgl. oben III.1, III.3. Vgl. zum französischen Recht a. oben III.2.

Mechanismen, die bereits Anforderungen an die Zustimmungserklärung stellen, können somit grundsätzlich darauf hinwirken, dass eine vertragliche Bindung nur eintritt, wenn eine Person tatsächlich einen Vertrag schließen wollte. Insofern ist in den einzelnen Fallgestaltungen darauf zu achten, anhand welcher Anforderungen dieser Wille sichergestellt werden kann. Insbesondere die Button-Pflicht stellt hier ein positives Beispiel dar, untergeschobene Verträge zu verhindern.

## C Die Gefahr von Erklärungsfiktionen bei Vertragsschluss

Für den Moment des Vertragsschlusses stellt sich das Problem von Erklärungsfiktionen insbesondere für den Fall der Einbeziehung von (ungelesenen) AGB, bei der Annahme durch konkludente Willenserklärung und der Zusendung unbestellter Ware. Diese Fälle sollen im Folgenden betrachtet werden.

### I Ungelesene Vertragsklauseln und Einbeziehung von AGB

Für die Verwendung von AGB besteht eine praktische Notwendigkeit bei Verträgen, die mit verschiedenen Vertragspartnern wiederholt werden, da diese nicht mit jedem Vertragspartner ausgehandelt werden können.<sup>1309</sup> Hier stellt sich das Problem von Erklärungsfiktionen deshalb, weil der Vertragspartner des Klauselverwenders einem Vertrag zustimmen kann, ohne hinreichend auf die AGB hingewiesen worden zu sein und ohne von dessen Inhalt überhaupt Kenntnis zu nehmen. Oft werden AGB vom Vertragspartner nicht gelesen, z.B. weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Interesse besteht, Zeit in die Lektüre der AGB

<sup>1309</sup> Fages, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 84 (S. 92); vgl. insg. MüKO/*For-nasier*, 9. Aufl. 2022, Vor § 305 Rn. 1 ff.

zu investieren.<sup>1310</sup> Es ist allerdings auch nicht völlig ausgeschlossen, dass einzelne Verbraucher die Vertragsklauseln lesen möchten.<sup>1311</sup> Auch bei wirksamer Einbeziehung können Klauseln schließlich aufgrund ihres Inhalts unwirksam sein.<sup>1312</sup> Wegen der fehlende Möglichkeit einer Partei, durch Verhandlungen den Vertragsinhalt zu gestalten, bekommt die Inhaltskontrolle von AGB eine besondere Bedeutung.<sup>1313</sup> Im Folgenden soll jedoch nur die Einbeziehung von AGB in den Vertrag untersucht werden.<sup>1314</sup>

In der Klausel-RL 93/13/EWG<sup>1315</sup> finden sich keine direkten Vorgaben zur Einbeziehung von AGB.<sup>1316</sup> Allerdings sieht Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1 lit. i RL 93/13/EWG vor, dass eine Klausel missbräuchlich ist, wenn die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluss nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte. Für die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag zwischen Unternehmern hat der EuGH entschieden, dass ein sog. *Click Wrap-Agreement* ausreicht, bei dem die AGB durch den Kunden mit Anklicken eines Buttons bestätigt werden müssen<sup>1317</sup>, wenn die AGB über einen Link ausgedruckt und gespeichert werden können.<sup>1318</sup> Der EuGH hat auch entschieden, dass es zwischen Unternehmern für den

1310 Vgl. *Alces*, in: DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law, 2015, S. 30 (43 f.).

1311 *Gillette*, 2004(2) Wis. L. Rev. (2004), 679 (690 f.).

1312 *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment G (S. 591).

1313 Vgl. *Flour/Aubert/Savaux*, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 174 (S. 228).

1314 Vgl. a. weitere Vorschriften bezüglich der Zurverfügungstellung der AGB, z.B. § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB; Art. 1127–1 Code civil; Art. R. 111–2(7<sup>o</sup>) Code de la consommation; Reg. 9(1) Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.

1315 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

1316 Vgl. dazu *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 106a; vgl. *MüKO/Fornasier*, 9. Aufl. 2022, Vor § 305 Rn. 19.

1317 Vgl. dazu *Fisher/Calderson/Mougin/Radford*, 48 RCTLJ (2022), 147 (148 f.); vgl. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter's Notes (Westlaw S. 24). Sog. *Scrollwrap*-Verträge umfassen den Fall, dass zunächst durch die Bestimmungen gescrollt und dadurch die Vereinbarung durchgeblättert werden muss, die anschließend durch Klick auf eine Schaltfläche bestätigt werden müssen, während bei *Sign-in-Wrap*-Verträgen die Anmeldung auf der Website für die Nutzung der Dienste die Zustimmung zu den Bedingungen der Website darstellen soll, vgl. *Berkson v. Gogo LLC* (E.D.N.Y. 2015), 97 F.Supp.3d 359 (395).

1318 (zu Art. 23 Abs. 2 Brüssel-I-VO a.F.): EuGH, Ürt. v. 21.05.2015, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, EuZW 2015, 565 (567 Rn. 40).

Hinweis auf AGB ausreicht, wenn ein Link zu den AGB zur Verfügung gestellt wird und der Vertragspartner den Bedingungen durch Unterzeichnung des schriftlichen Vertrages zustimmt, auch wenn kein Feld auf der Website angeklickt werden muss, um die AGB zu akzeptieren.<sup>1319</sup>

Sog. *Browse Wrap*-Vereinbarungen, die typischerweise Nutzungsbedingungen für eine Website enthalten, beschreiben schließlich den Fall, dass eine Zustimmung dadurch zustande kommen soll, dass eine Website genutzt wird.<sup>1320</sup>

## 1 Deutsches Recht

Wird zu ungelesenen und damit bewusst unbekanntem Vertragsklauseln zugestimmt, ist nach deutschem Recht eine Anfechtung ausgeschlossen, sodass umkehrt eine Vertragsbindung eintritt.<sup>1321</sup> Derjenige, der sich keinerlei Vorstellung über die Rechtsfolgen seiner Erklärung macht, kann auch keinem Irrtum unterliegen.<sup>1322</sup> Ein Inhaltsirrtum kommt nur in Betracht, wenn der Erklärende eine abweichende Vorstellung vom Erklärungsinhalt hatte.<sup>1323</sup> Im Fall einer Blankounterschrift

**1319** Vgl. (zu Art. 23 Lugano-II-Übereinkommen): EuGH, Urt. v. 24.11.2022, C-358/21, ECLI:EU:C:2022:923, NJW 2023, 33 (35 f. Rn. 51 f.); vgl. dazu *Larribère*, Rev. crit. DIP 2023, 443 (443 ff.).

**1320** *Rustad/Onufrio*, 2(1) Hastings Sci. & Tech. L. J. (2010), 25 (69); vgl. *Fisher/Calderson/Mougin/Radford*, 48 RCTLJ (2022), 147 (150), zum Einsatz von Cookies vgl. ebd. (150 f.); vgl. a *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 7 Illustration 13 (Westlaw S. 7), Reporter's Notes (Westlaw S. 26).

**1321** Vgl. BGH, Urt. v. 27.10.1994, IX ZR 168/93, NJW 1995, 190 (190); BGH, Beschl. v. 30.10.2013, V ZB 9/13, NJW 2014, 1242 (1242 Rn. 8); kritisch aber MüKO/Kleinschmidt, 9. Aufl. 2025, Art. 10 Rom I-VO Rn. 76 f. (m.w.N.), Rn. 83; vgl. dazu a. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 23 (S. 79 f.).

**1322** MüKO/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, § 119 Rn. 54 m.w.N.; Lorenz, S., Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 269 f. m.w.N.; vgl. insofern a. Köhler, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 23 (S. 79).

**1323** BGH, Urt. v. 27.10.1994, IX ZR 168/93, NJW 1995, 190 (191); BGH, Beschl. v. 30.10.2013, V ZB 9/13, NJW 2014, 1242 (1242 Rn. 8). Wenn der Vertragspartner eine inhaltlich von der äußeren Erklärung abweichende Vorstellung des Erklärenden erkennt, gilt schon nach der Auslegung und dem Gedanken der *falsa demonstratio non nocet* das übereinstimmend Gewollte, vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1983, IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 (721); vgl. a. Köhler, AT, 48. Aufl. 2025, § 7 Rn. 23 (S. 79).

trifft den Unterzeichnenden das Risiko, dass das Schreiben abredewidrig ausgefüllt wird, sodass eine Anfechtung nicht in Betracht kommt.<sup>1324</sup>

Für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag ist nach § 305 Abs. 2 BGB erforderlich, dass der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist (Nr. 1) und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (Nr. 2), und wenn die andere Partei mit ihrer Geltung einverstanden ist. Nach § 305c Abs. 1 BGB werden überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil. Sind die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB nicht erfüllt, werden die AGB-Klauseln zwar nicht Vertragsbestandteil, nach § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen jedoch wirksam. Der Abdruck von AGB auf der Rückseite eines Formulars reicht nur, wenn auf der Vorderseite ein Verweis auf die AGB erfolgt.<sup>1325</sup> Ein Link zu den AGB mit anschließendem Klick zur Bestätigung ist für die Einbeziehung von AGB ausreichend, wenn er gut sichtbar ist.<sup>1326</sup> Der auf AGB verweisende Link muss zudem eindeutig und verständlich sein.<sup>1327</sup> Die Deutlichkeit eines Hinweises auf die AGB ist für den Fall zweifelhaft, dass durch die Nutzung einer Website bzw. einer Online-Suchmaschine ein Nutzungsvertrag unter Einbeziehung von AGB erfolgen soll (*Browse Wrap*-Vereinbarung), wenn diese lediglich am Ende der Seite verlinkt werden.<sup>1328</sup>

1324 Vgl. dazu MüKo/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, § 119 Rn. 59.

1325 BGH, Urt. v. 18.06.1986, VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114); a.A. für die Einbeziehung von AGB gegenüber einem Unterhemer: Erman/Looschelders, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 47; Staudinger/Mäsch (2022), § 305 Rn. 138 m.w.N.

1326 BGH, Urt. v. 14.06.2006, I ZR 75/03, NJW 2006, 2976 (2977 Rn. 16); vgl. BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20, BGHZ 230, 347, NJW 2021, 3179 (3183 Rn. 39); vgl. a. Recknagel, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, 2005, S. 177.

1327 Vgl. zur Widerrufsbelehrung: OLG Hamm, Urt. v. 14.04.2005, 4 U 2/05, NJW 2005, 2319 (2320).

1328 Vgl. Spindler/Schuster/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn. 41.



Als unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB kann eine Klausel angesehen werden, die die Zustimmung des Verbrauchers zu Bedingungen unwiderrlegbar feststellt, von denen er nicht tatsächlich vor Vertragsschluss Kenntnis nehmen konnte.<sup>1329</sup>

Der Hinweis auf AGB muss bei Vertragsschluss erfolgen. Werden die AGB-Klauseln erst nach Vertragsschluss z.B. auf Tickets oder Eintrittskarten abgedruckt, reicht dies nicht für einen rechtzeitigen Hinweis i.S.d. § 305 Abs. 2 BGB.<sup>1330</sup>

Bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern erfolgt die Einbeziehung nicht nach § 305 Abs. 2 BGB (§ 310 Abs. 1 BGB), sondern nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB.<sup>1331</sup> Auch hier muss jedoch die Möglichkeit der Kenntnisnahme eingeräumt werden.<sup>1332</sup> Wenn der Vertragspartner mit einem bestimmten Vertragsmuster, z.B. der VOB<sup>1333</sup>, häufig zu tun hat, kann der Verwender davon ausgehen, dass der Vertragspartner sich von den Klauseln Kenntnis verschaffen kann.<sup>1334</sup> Die Branchenüblichkeit bestimmter Klauseln an sich führt

1329 Vgl. a. § 309 Nr. 12 lit. b BGB aus dem deutschen Recht, vgl. dazu insg. *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 106a. Vgl. bereits § 305 Abs. 2 BGB, vgl. Erman/*Looschelders*, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 25.

1330 Grüneberg/*Grüneberg*, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 28; *JurisPK/Lapp/Salomon*, 10. Aufl. (Stand: 14.04.2025), § 305 Rn. 90; vgl. Erman/*Looschelders*, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 30 m.w.N.; vgl. BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 (401 Rn. 56). Ein Verweis auf jeweils gültige Fassungen der künftigen AGB ist für die Kenntnismöglichkeit des Kunden nicht ausreichend, vgl. BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 236, vgl. aber zum unternehmerischen Verkehr: LG Hamburg, Urt. v. 31.08.2023, 15 U 18/23 Kart, GRUR-RS 2023, 3341 (Rn. 101). Vgl. zu nachgeschobenen Klauseln unten E.I u. zu Vertragsänderungen unten D.I.1. Vgl. zu § 150 Abs. 2 BGB: *Recknagel*, Vertrag und Haftung bei Internet-Banking, 2005, S. 177; *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 130; vgl. MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 98; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 126 f.

1331 Vgl. BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 301; vgl. a. zur konkludenten Einbeziehung: MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 105 f. m.w.N.

1332 Vgl. dazu Spindler/Schuster/*Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn. 47 f.; vgl. a. MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 105 m.w.N.; a.A. (zu § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB): BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 301.

1333 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen.

1334 BGH, Urt. v. 16.12.1981, VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, NJW 1983, 816 (817); vgl. a. Grüneberg/*Grüneberg*, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 32; vgl. dazu a. MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 106 m.w.N.; anders bei fehlender Vertrautheit mit der VOB: vgl. BGH, Urt. v. 19.05.1994, VII ZR 26/93, NJW 1994, 2547 (2547); vgl. dazu a. Erman/*Looschelders*, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 33 m.w.N.

nicht bereits zu einer Einbeziehung, kann allerdings im Rahmen der Prüfung einer konkludenten Einigung zu berücksichtigen sein.<sup>1335</sup>

Die Möglichkeit eines Verzichts des Verbrauchers auf die Kenntnismöglichkeit ist abzulehnen.<sup>1336</sup> Dies lässt sich mit dem Umgehungsverbot der §§ 305 Abs. 2, 306a BGB begründen und damit, dass § 305 BGB nicht zur Disposition der Parteien steht.<sup>1337</sup> Die AGB müssen dem Vertragspartner bei Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden, z.B. durch den Abruf der AGB auf einer Internetseite während eines Telefonats oder durch das Hinauszögern des Vertragsschlusses bis zur Verfügbarkeit der AGB für den Vertragspartner.<sup>1338</sup> Gerade bei telefonischen Vertragsschlüssen, bei denen sich die Frage eines Verzichts auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme insbesondere stellt<sup>1339</sup>, ist bereits eine erhebliche Gefahr der Überrumpelung des Vertragspartners gegeben, sodass die Situation für ihn nicht noch zusätzlich durch eine fehlende Kenntnismöglichkeit von ihm nicht bekannten und nicht beeinflussbaren Klauseln verschlechtert werden darf. Für die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist es für § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch nicht als ausreichend anzusehen, dass dem Vertragspartner die AGB auf Nachfrage kostenlos zugesandt werden.<sup>1340</sup> Ein Verzicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme kann sich nur ergeben, wenn der

1335 BGH, Urt. v. 04.02.1992, X ZR 105/90, NJW-RR 1992, 626 (626 f.); vgl. a. *JurisPK/Lapp/Salamon*, 10. Aufl. (Stand: 14.04.2025), § 305 Rn. 149.

1336 Vgl. a. *BeckOGK/Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 200, 239; AG Krefeld, Urt. v. 01.04.1996, 7 C 1114/95, NJW-RR 1997, 245 (245); zumindest zurückhaltend a. *JurisPK/Lapp/Salamon*, 10. Aufl. (Stand: 14.04.2025), § 305 Rn. 110; a.A. für den telefonischen Vertragsschluss: *Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 149 m.w.N.; *Grüneberg/Grüneberg*, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 35; *MüKO/Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 70, 75 m.w.N.; (zur Herbeiführung eines sofortigen Vertragsschlusses): *Schulze/Schulte-Nölke*, 12. Aufl. 2024, § 305 Rn. 15; *Staudinger/Mäsch* (2022), § 305 Rn. 151; vgl. dazu insg. a. *Janal*, NJW 2016, 3201 (3203 f. m.w.N.).

1337 *BeckOGK/Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 239; vgl. AG Krefeld, Urt. v. 01.04.1996, 7 C 1114/95, NJW-RR 1997, 245 (245).

1338 Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten: *JurisPK/Lapp/Salamon*, 10. Aufl. (Stand: 14.04.2025), § 305 Rn. 107 ff.

1339 Vgl. *MüKO/Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 75.

1340 Zur VOB/B: BGH, Urt. v. 10.06.1999, VII ZR 170/98, NJW-RR 1999, 1246 (1247); vgl. *Schulze/Schulte-Nölke*, 12. Aufl. 2024, § 305 Rn. 15. Anders gegenüber Unternehmern: vgl. BGH, Urt. v. 12.02.1992, VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, NJW 1992, 1232 (1233); vgl. dazu a. *MüKO/Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 110.

Vertragspartner Unternehmer ist<sup>1341</sup> und, vergleichbar dem Fall einer Blanko-Unterschrift, der nachträglichen Kenntnisnahme von AGB durch seinen Vertragspartner zustimmt, weil zwar auch hier grundsätzlich die Möglichkeit der Kenntnisnahme einzuräumen ist, die zwingende Vorschrift des § 305 Abs. 2 BGB jedoch keine Anwendung findet (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB)<sup>1342</sup>.

## 2 Französisches Recht

Eine Blankounterschrift bindet den Unterzeichnenden im französischen Recht, es sei denn, er kann einen Missbrauch nachweisen.<sup>1343</sup> Eine Unterschrift muss die Absicht zum Ausdruck bringen, dem unterzeichneten Text zuzustimmen, sodass sie nicht wirksam ist, wenn sie von einem Analphabeten<sup>1344</sup> oder Sprachunkundigen<sup>1345</sup> abgegeben wird, dem die Bedeutung der Erklärung nicht bewusst war.<sup>1346</sup>

Art. 1110(1) Code civil stellt für einen *contrat de gré à gré* darauf ab, dass dessen Bestimmungen zwischen den Parteien verhandelbar sind. Nach Art. 1110(2) Code civil enthält dagegen ein *contrat d'adhésion* nicht verhandelte Vertragsklauseln (*clauses non négociables*), die von einer Partei im Voraus vorgegeben werden.<sup>1347</sup> Nach Art. 1119(1) Code civil werden AGB gegenüber dem Vertragspartner nur wirksam, wenn sie der anderen Partei zur Kenntnis gebracht wurden und diese einverstanden ist: „*Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.*“<sup>1348</sup> Art. 1119(1) Code civil kodifiziert die schon bisher

1341 Vgl. a. BGH, Urt. v. 30.06.1976, VIII ZR 267/75, NJW 1976, 1886 (1887).

1342 Vgl. a. JurisPK/Lapp/Salamon, 10. Aufl. (Stand: 14.04.2025), § 305 Rn. 145.

1343 *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 146 (S. 135); vgl. a. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 482 (S. 391); Cass. com., 28.02.2006, n° 04-17.204, Bull. civ., 2006, IV, n° 54, S. 54.

1344 Vgl. Cass. soc., 26.11.1987, n° 85-40.562, Bull. civ., 1985, V, n° 685, S. 434; vgl. a. CA Douai, 13.12.2012, n° 11/08413; vgl. a. Cass. civ. 1e, 02.10.2013, n° 12-21.246; vgl. a. Cass. civ. 1e, 09.07.2015, n° 14-21.763, Bull. civ., 2016, n° 834, 1e Civ., n° 66.

1345 Cass. soc., 14.01.1997, n° 95-40.364.

1346 Vgl. dazu *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 146 (S. 135).

1347 Vgl. zur Reform des Code civil: *Niggemann/Kömpf*, ZVertriebsR 2017, 354 (356).

1348 Vgl. dazu *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 433 (S. 357); *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024-2025, Rn. 84 (S. 92); *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 185 (S. 56), Rn. 207 (S. 60).

bestehende Regel, dass grundsätzlich der Klauselverwender nachweisen muss, dass die andere Partei die Klausel, auf die sich der Verwender berufen möchte, akzeptiert hat, d.h. bei Vertragsschluss davon Kenntnis hatte.<sup>1349</sup> Zur Kenntnisverschaffung kann ein Klick genügen.<sup>1350</sup> In bestehenden Geschäftsverbindungen kann auch ein Kennenmüssen der AGB ausreichen.<sup>1351</sup> Die Kenntnis von AGB aus früheren Geschäftsverbindungen mit der Partei ist allerdings nicht ausreichend, wenn kein Verweis auf die AGB erfolgt.<sup>1352</sup> AGB gelten nur dann als bekannt und akzeptiert, wenn in einer Vertragsklausel auf sie Bezug genommen wird,<sup>1353</sup> z.B. auf Klauseln, die auf der Rückseite des Vertragsdokuments abgedruckt sind.<sup>1354</sup> <sup>1355</sup> Art. R. 212–1(1°) Code de la consommation vermutet unwiderleglich, dass eine Bestimmung missbräuchlich und daher unzulässig ist, die darauf abzielt, die Zustimmung eines Verbrauchers zu Klauseln festzustellen, die nicht in dem Schriftstück enthalten sind, das er akzeptiert, oder die in einem anderen Dokument enthalten sind, von dem er vor Abschluss des Vertrages keine Kenntnis hatte. Nach Art. L. 111–2 i.V.m. Art. R. 111–2(7°) Code de la consommation hat der Unternehmer bei einem Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen dem Verbraucher, wenn kein schriftlicher Vertrag geschlossen wird, die AGB vor Erbringung der Dienstleistung zur Verfügung zu stellen, sodass z.B. beim Verkauf von Fahrtickets die AGB dem Kunden vor Erbringung der Dienstleistung zur Verfügung gestellt werden müs-

1349 *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 818.

1350 *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 433 (S. 357).

1351 Cass. civ. 1e, 03.06.1970, n° 67–12.789, Bull. civ., I, n° 190, S. 154; *Staudinger/Hausmann* (2021), Art. 10 Rom I-VO Rn. 83; vgl. a. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 818.

1352 Cass. civ. 3e, 30.06.1992, n° 90–21.491, Bull. civ., 1992, I, n° 203, S. 136; vgl. Cass. civ. 1e, 07.06.2006, n° 04–14.960, Bull. civ., 2006, I, n° 286, S. 250; vgl. a. Cass. civ. 1e, 11.03.2014, n° 12–28.304, Bull. civ., 2014, I, n° 35; vgl. Cass. civ. 1e, 13.02.2019, n° 18–11.609; *Fages*, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 84 (S. 93); *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 433 (S. 357 f.); *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 79 (S. 82).

1353 Vgl. Cass. civ. 1e, 16.02.1999, n° 96–19.469, Bull. civ., 1999, I, n° 51, S. 34.

1354 Vgl. Cass. com., 02.06.2015, n° 14–11.014.

1355 Vgl. *Fages*, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. 84 (S. 92 f.); vgl. a. *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 433 (S. 357). Anders wurde dies in der Rechtsprechung für eine Bestätigung durch den Kunden vertreten, die AGB gelesen und genehmigt zu haben: Cass. civ. 1e, 03.02.1993, n° 91–12.463, Bull. civ., 1993, I, n° 48, S. 32; vgl. *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 79 (S. 82).

sen.<sup>1356</sup> Ob ein bloßer Verweis auf Schildern oder Plakaten auf AGB ausreicht, die erst nach Vertragsschluss gelesen werden können, ist zweifelhaft, vielmehr muss nachgewiesen werden, dass der Kunde bei seiner Ankunft am Ort des Vertragsschlusses auf die Klauseln aufmerksam gemacht wurde.<sup>1357</sup> Eine Zustimmung, die nach Kenntnisnahme erfolgt, fehlt z.B., wenn die AGB erst mit einer Rechnung zugesandt werden.<sup>1358</sup> Die Wirksamkeit von *Browse Wrap*-Verträgen, die für einen Vertragsschluss an die Nutzung einer Website anknüpfen, ist im französischen Recht problematisch, weil die Klauseln dem Verbraucher rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden müssen und weil, wie gesehen, bei Online-Bestellungen das Doppel-Klick-System besteht.<sup>1359</sup>

Die Klausel der AGB muss sowohl gegenüber Unternehmern<sup>1360</sup> als auch Verbrauchern<sup>1361</sup> zudem lesbar und verständlich sein.<sup>1362</sup>

Einem Unternehmer sind die Vertragsklauseln nach Art. L. 441-1(II), Art. L. 441-3(V), Art. L. 441-3-1(V), Art. L. 441-4(VI) Code de commerce mitzuteilen. Bei Nichteinhaltung dieser Mitteilungspflichten ist die Verhängung eines Bußgeldes vorgesehen (Art. L. 441-6 Code de commerce).<sup>1363</sup>

1356 Vgl. TJ Paris, 28.06.2022, n° 18/00477.

1357 Vgl. *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 79 (S. 82); Cass. civ. 1e, 19.05.1992, n° 90-19.995, Bull. civ., 1992, I, n° 146, S. 99.

1358 Vgl. Cass. com., 07.12.2010, n° 09-71.355; vgl. aber für laufende Geschäftsbeziehungen: Cass. civ. 1e, 17.02.2010, n° 08-12.749, Bull. civ., 2010, I, n° 38; vgl. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024-2025, Rn. 84 (S. 92 f.). Vgl. zum Erfordernis der Möglichkeit der Kenntnisnahme vor Zustimmung des Verbrauchers zu Nutzungsbedingungen: CA Paris, 14.04.2023, n° 19/09244 (zu Klausel n° 0.2 der Twitter-Nutzungsbedingungen); vgl. a. TJ Paris, 27.10.2020, n° 16/07290 (zu Klausel n° 1 der Uber-Nutzungsbedingungen). Vgl. zu nachgeschobenen Klauseln unten E.II und zu Vertragsänderungen unten D.I.2.

1359 *Loos et al.*, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, 2011, S. 66, 69.

1360 Vgl. Cass. com., 05.02.2002, n° 98-17.529.

1361 Vgl. a. („l'attention [...] attirée sur la consultation de cet avis public“): Cass. civ. 1e, 19.05.1992, n° 90-19.995, Bull. civ., 1992, I, n° 146, S. 99; vgl. a. CA Paris, 05.01.1996, RD 1996, 67 (Zsfs.).

1362 Vgl. *Fages*, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd. 2024-2025, Rn. 84 (S. 93). Vgl. a. zum Erfordernis einer gut lesbaren Schrift bei bestimmten, für den Kunden ungünstigen Klauseln: *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 79 (S. 82), vgl. z.B. Art. L. 112-3(1), Art. L. 112-4 Code des assurances.

1363 Vgl. dazu insg. a. *Niggemann/Kömpf*, ZVertriebsR 2017, 354 (357).

### 3 Common Law

Wenn jemand ein schriftliches Dokument unterzeichnet, kann er sich nach englischem Recht grundsätzlich nicht darauf berufen, das Dokument nicht gelesen oder verstanden zu haben.<sup>1364</sup> Nach der Regel *non est factum* ist eine Person allerdings dann nicht an ein unterschriebenes Dokument gebunden, wenn ihr die Art eines Dokuments (*the nature of a document*) nicht bewusst war.<sup>1365</sup> Ursprünglich galt diese Regel für Personen, die nicht lesen konnten und zur Unterzeichnung eines Dokuments mit einem ihnen nicht erläuterten Inhalt gebracht wurden.<sup>1366</sup> Neben Personen, die unverschuldet den Inhalt eines Dokuments nicht verstehen können, soll die Regel inzwischen auch auf Personen Anwendung finden, die durch Täuschung dazu veranlasst wurden, ein Dokument zu unterschreiben, regelmäßig jedoch nicht auf voll geschäftsfähige Personen.<sup>1367</sup> Voraussetzung für ein Berufen auf ein *non est factum* ist jedoch, dass der Unterzeichnende eine erheblich von der wirklichen Natur und Wirkung des unterzeichneten Dokuments abweichende Vorstellung hatte.<sup>1368</sup> Umfasst sind daher Fälle, in denen der Unterzeichnende einem Dokument eine andere rechtliche Bedeutung zuschreibt, als es tatsächlich hat.<sup>1369</sup> Der Grundsatz *non est factum* findet keine Anwendung, wenn eine Person nicht irrt, sondern sich keine klare Vorstellung von der Natur des Dokuments macht.<sup>1370</sup> Fahrlässigkeit bei der

**1364** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–002 (S. 319); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–084 (S. 392); vgl. *Coys of Kensington Automobiles Ltd. v. Pugliese* [2011] EWHC 655 (QB), 2011 WL 806820 (Rn. 38, 40). Vgl. zu Ausnahmen: *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 16–006 (S. 1196 f.).

**1365** *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–085 (S. 393); vgl. *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 335.

**1366** Vgl. *Thoroughgood v. Cole* (1582) 2 Co. Rep. 9a, 76 E.R. 408; vgl. dazu *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–084 f. (S. 392) m.w.N.; vgl. *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 334.

**1367** *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–088 (S. 393 f.); *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 335.

**1368** *Beale*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 5–049 (S. 500), Rn. 5–052 (S. 502 f.).

**1369** Vgl. die Bsp. b.: *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 336 m.w.N.

**1370** Vgl. *Hunter v. Walters* (1871–72) L.R. 7 Ch. App. 75 (82); *Norwich and Peterborough*

Unterzeichnung schließt ein Berufen auf *non est factum* aus.<sup>1371</sup> Wenn dementsprechend ein Blanko-Dokument unterschrieben und später von der anderen Partei ausgefüllt wird, kann sich die unterzeichnende Partei gegenüber einem gutgläubigen Dritten nicht darauf berufen, dass das Dokument abredewidrig ausgefüllt wurde, da er die Verantwortung für das Blanko-Dokument übernommen hat.<sup>1372</sup>

Als Ausnahme vom Grundsatz der objektiven Auslegung erfolgt eine Einbeziehung von Bestimmungen in den Vertrag nicht, wenn die andere Partei wusste oder wissen musste, dass der Unterzeichnende den Klauseln nicht zustimmen wollte, z.B. wenn der Anbietende weiß, dass der Angebotsempfänger die Sprache des Angebots nicht versteht.<sup>1373</sup>

AGB werden auch ohne tatsächliche Kenntnisnahme in den Vertrag einbezogen, wenn sie mit dem Vertrag unterzeichnet werden.<sup>1374</sup> Ohne Unterschrift ist bei Verwendung von AGB erforderlich, dass diese vor oder bei Vertragsschluss dem Vertragspartner angemessen zur Kenntnis gebracht werden (*reasonable notice*).<sup>1375</sup> Der Vertragspartner muss die Klauseln kennen oder kennen müssen.<sup>1376</sup> Welche Handlung des Verwenders für eine *reasonable notice* erforderlich ist, ist nicht vollstän-

Building Society v Steed [1993] Ch. 116 (125 ff.); vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–090 (S. 395) m.w.N.; vgl. a. *Beale*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 5–049 (S. 500 f.); *Yedina v. Yedin* [2017] EWHC 3319 (Ch), 2017 WL 06459031 (Rn. 264): “The plea cannot be invoked by someone who does not take the trouble to find out at least the general effect of the document”.

<sup>1371</sup> *Beale*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 5–054 (S. 503); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–092 (S. 395 f.).

<sup>1372</sup> *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson’s Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 277 f.; vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–092 (S. 395 f.); *United Dominions Trust v. Western* [1976] Q.B. 513 (522 f.); *CF Asset Finance Ltd. v. Okonji* [2014] EWCA Civ 870, C.T.L.C. 218 (Rn. 24 ff., Rn. 31).

<sup>1373</sup> *Beale*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–002 (S. 319). Vgl. zur Auslegung oben Kapitel 3 A.III.2.

<sup>1374</sup> Vgl. *L’Estrange v. F Graucob Ltd.* [1934] 2 K.B. 394 (404); vgl. dazu *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 86 m.w.N.; *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 20 (S. 16). Vgl. a. für die USA: § 211 Restatement (Second) of Contracts.

<sup>1375</sup> *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 16–007 (S. 1197); *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 86; *Ostendorf*, Englisches Recht in der Vertragsgestaltung, 2021, § 3 Rn. 18 (S. 15).

<sup>1376</sup> Vgl. *L’Estrange v. F Graucob Ltd.* [1934] 2 K.B. 394 (403).

dig geklärt.<sup>1377</sup> Es kann etwa ein Verweis auf eine Website ausreichen, auf der die AGB abrufbar sind.<sup>1378</sup> Sind Klauseln auf der Rückseite eines Dokuments abgedruckt, muss sich auf der Vorderseite ein deutlicher Verweis auf die Klauseln befinden.<sup>1379</sup> Ausreichend kann es sein, dass AGB einem Unternehmer auf Nachfrage zugesandt werden.<sup>1380</sup> Wenn die Einbeziehung von AGB den Parteigewohnheiten oder Handelsbräuchen entspricht, werden die AGB ebenfalls einbezogen.<sup>1381</sup> Bei belastenden Klauseln ist ein deutlicherer Hinweis auf die AGB erforderlich als bei einfachen und angemessenen Klauseln.<sup>1382</sup> Je ungewöhnlicher eine Klausel ist, umso deutlicher muss der Hinweis auf diese Bestimmung erfolgen, auch wenn die genaue Ausgestaltung eines solchen Hinweises ungeklärt ist.<sup>1383</sup> Der Hinweis auf die AGB muss vor Vertragsschluss erfolgen.<sup>1384</sup> Klauseln, auf die beispielsweise erst im Hotelzimmer hingewiesen wird, werden nicht Bestandteil des Vertrages, der bereits an der Rezeption geschlossen wurde.<sup>1385</sup>

Gegenüber Verbrauchern kann nach Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 10 Consumer Rights Act 2015 eine Klausel als missbräuch-

<sup>1377</sup> *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn.19 (S.15).

<sup>1378</sup> *Impala Warehousing and Logistics (Shanghai) Co Ltd. v. Wanxiang Resources (Singapore) PTE Ltd.* [2015] EWHC 811 (Comm), 2015 WL 1310645 (Rn. 82 ff., 87); vgl. insg. *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn.16–011 (S.1199 f.); *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn.19 (S.15 f.).

<sup>1379</sup> *White v. Blackmore and Others* [1972] 2 Q.B. 651 (664); vgl. *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn.16–011 (S.1199) m.w.N.

<sup>1380</sup> Vgl. *Hamad M. Aldrees & Partners v. Rotex Europe Ltd.* [2019] EWHC 574 (TCC), 2019 WL 01207974, Rn.175.

<sup>1381</sup> *British Crane Hire Corp Ltd. v. Ipswich Plant Hire Ltd.* [1975] Q.B. 303 (311); *Burrows*, *A Restatement*, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 3, Ziff. 13(6)(d) (S.82, 86); vgl. a. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn.21 (S.16).

<sup>1382</sup> *Loos et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Final Report, 2011, S.67.

<sup>1383</sup> *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S.196; vgl. *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433 (438 f., 445); *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* [1971] 2 Q.B. 163 (170); vgl. a. *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn.16–012 (S.1200 ff.).

<sup>1384</sup> Vgl. *Olley v. Marlborough Court Ltd.* [1949] 1 K.B. 532 (547); vgl. *Burrows*, *A Restatement*, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, Part 3, Ziff. 13(6)(b) (S.82, 85); vgl. *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn.16–009 (S.1198). Vgl. zu nachgeschobenen Klauseln unten E.III und zu Vertragsänderungen unten D.I.3.

<sup>1385</sup> Vgl. *Olley v. Marlborough Court Ltd.* [1949] 1 K.B. 532 (547).



lich und für den Verbraucher nicht bindend (Sec. 62(1) Consumer Rights Act 2015) angesehen werden, nach der der Verbraucher unwiderruflich an Bedingungen gebunden ist, die er vor Vertragsschluss nicht wirklich zur Kenntnis nehmen konnte. Dagegen findet eine Missbrauchskontrolle (Sec. 62 Consumer Rights Act 2015) grundsätzlich dann nicht statt, wenn eine Klausel dem Verbraucher in einer Weise zur Kenntnis gebracht wird, dass ein Durchschnittsverbraucher sie kennen würde und der Hauptgegenstand des Vertrages sowie der Preis betroffen sind, Sec. 64(1), (2), (4) Consumer Rights Act 2015.

In den USA sieht § 2(a) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024) ausdrücklich vor, dass AGB den Verbraucher über AGB angemessen benachrichtigen muss und ihm Gelegenheit geben muss, die Klauseln zu überprüfen.<sup>1386</sup> Das Restatement setzt damit letztlich die sog. *blanket assent*-Theorie um, nach der ein Verbraucher zu allen Klauseln zustimmt, die nicht *unreasonable* sind<sup>1387</sup>, auch ohne sie gelesen zu haben<sup>1388</sup>.<sup>1389</sup> Es wird insofern auch von einer *duty to read* des Verbrauchers gesprochen.<sup>1390</sup> Die Präsentation der Klauseln muss für die Einhaltung der Vorgaben des Restatements so deutlich sein, dass dem Verbraucher klar ist, dass ein Vertrag geschlossen wird.<sup>1391</sup> Die Zustimmung des Kunden kann durch einen Klick erfolgen (*Click Wrap*-Vereinbarung), ihm muss dabei deutlich vor Augen geführt werden, dass Bedingungen existieren und diese Bedingungen müssen für ihn zugänglich sein.<sup>1392</sup> Nur wenn ein deutlicher Hinweis und Erkennbar-

**1386** Vgl. zur Folge bei fehlender Einbeziehung: § 2(c); vgl. insg. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 2 (Westlaw S. 2); vgl. a. *Kauders v. Uber Technologies, Inc.*, (Mass. 2021), 159 N.E.3d 1033 (1048 Rn. 22 ff.); vgl. dazu *Fisher/Calderson/Mougin/Radford*, 48 RCTLJ (2022), 147 (165 f.).

**1387** Vgl. a. §§ 5–8 Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024); vgl. a. § 211 Restatement (Second) of Contracts; vgl. dazu a. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 14 (Westlaw S. 14), Reporter's Note (Westlaw S. 16 f.).

**1388** *Llewellyn*, *The Common Law Tradition*, 1960, S. 370 f.; vgl. dazu *Joo*, in: *DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley*, *Commercial Contract Law*, 2013, S. 41 (58 ff. m.w.N.).

**1389** Vgl. a. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporters' Note (Westlaw S. 16 f.), Intro. (2024) (Westlaw S. 4).

**1390** *Kim*, in: *DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley*, *Commercial Contract Law*, 2013, S. 181 (183).

**1391** Vgl. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 2 (Westlaw S. 2).

**1392** Vgl. *Specht v. Netscape Communications Corp.* (2<sup>nd</sup> Cir. 2002), 306 F.3d 17 (30 f.);

keit für den Kunden vorliegen, wo auf der Website die AGB zu finden sind<sup>1393</sup>, setzen amerikanische Gerichte auch *Browse Wrap*-Ver einbarungen durch.<sup>1394</sup> Auch ein Link und ein Hinweis auf die AGB auf der sog. *checkout page* beim Internet-Shopping können ausreichen, sodass der Vertrag durch das Klicken auf den Kaufen-Button zustande kommt.<sup>1395</sup> Für die Annahme von AGB wird auch in der Literatur zum englischen Recht teilweise wie im *US-Case Law* auch ein Klick auf eine Schaltfläche oder die Nutzung einer Website nach einer *reasonable notice* als Annahme befürwortet.<sup>1396</sup>

## 4 DCFR und PECL

Nach Art. II.-9:103(1) DCFR (Art. 2:104(1) PECL) müssen Klauseln, die nicht individuell ausgehandelt wurden (*terms not individually negotiated*)<sup>1397</sup>, für ihre Durchsetzung der anderen Partei bekannt sein oder es muss vom Klauselverwender vor oder gleichzeitig mit dem Vertragsschluss auf die Kenntnisnahme der anderen Partei hingewirkt worden sein. Wenn die Klauseln nicht ausreichend zur Kenntnisnahme der anderen Partei gebracht wurden, kann der Vertragspartner sich

vgl. *Fisher/Calderson/Mougin/Radford*, 48 RCTLJ (2022), 147 (153, 166 f.); vgl. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter's Notes (Westlaw S. 24 ff.) m.w. Bsp. aus der Rspr.

**1393** *Resorb Networks, Inc. v. YouNow.com* (Sup. Ct. 2016), 51 Misc.3d 975, 30 N.Y.S.3d 506 (512).

**1394** Vgl. *Nguyen v. Barnes & Noble Inc.* (9<sup>th</sup> Cir. 2014), 763 F.3d 1171 (1177 ff. m.w.N.); *Rustad/Onufrio*, 2(1) Hastings Sci. & Tech. L. J. (2010), 25 (69 f. m.w.N.); vgl. *The American Law Institute*, Principles of the Law of Software Contracts, Oct. 2024 Update, § 2.02 (2010), Reporter's Notes, Comment b (Westlaw S. 11 f. m.w.N.).

**1395** Vgl. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 3 Illustration 1 (Westlaw S. 3), Comment 5 Illustration 4 (Westlaw S. 4). Zu zahlr. Bsp. aus der Rspr. vgl. ebd., Reporter's Notes (Westlaw S. 15 ff.).

**1396** *Loos et al.*, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, 2011, S. 71.

**1397** Vgl. Art. II.-1:110(1) DCFR: „A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of standard terms“. Der Begriff der *standard terms* i.S.d. Art. II.-1:109 DCFR („A „standard term“ is a term which has been formulated in advance for several transactions involving different parties and which has not been individually negotiated by the parties.“) entspricht im Wesentlichen dem AGB-Begriff, vgl. Pfeiffer, in: Dammann/Grunsky/Pfeiffer, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 111 (119).

darauf berufen, der Vertrag sei so zu behandeln, als sei er ohne die Klauseln geschlossen.<sup>1398</sup> Nach Art. II.-9:103(2) DCFR ist bei einem Vertragsschluss auf elektronischem Weg eine Bereitstellung der Klauseln in Textform erforderlich, andernfalls werden die Klauseln nach Wahl des Vertragspartners nicht Teil des Vertrages.<sup>1399</sup> Art. II.-9:103(3)(b) DCFR (Art. 2:104(2) PECL) definiert, dass es kein ausreichendes Zur-Kennntnis-Bringen darstellt (*not sufficiently brought to the other party's attention*), wenn eine bloße Bezugnahme auf die Klausel im Vertragsdokument erfolgt, auch wenn der Vertragspartner das Dokument unterschreibt. Die Klauseln müssen vielmehr dem Vertragspartner vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden.<sup>1400</sup> Dies wird damit begründet, dass ein bloßer Verweis zwar auf die Existenz der Klauseln hinweist, jedoch keine Aufmerksamkeit auf die Klauseln selbst lenkt.<sup>1401</sup> Eine Ausnahme kann gelten, wenn die Klauseln der anderen Partei bereits bekannt sind.<sup>1402</sup>

Ausreichend dafür, die Klauseln dem Vertragspartner zur Kenntnis zu bringen, ist es, wenn der Verwender die Klauseln der anderen Partei kommuniziert hat und Schritte unternommen hat, die unter normalen Umständen ausreichen, die andere Partei wissen zu lassen, dass nicht verhandelte Bestimmungen existieren und wo sie zu finden sind.<sup>1403</sup> Es genügt etwa regelmäßig, dass die Klauseln im Vertragsdokument enthalten sind, das die Parteien unterzeichnet haben.<sup>1404</sup> Möglich ist auch, im Angebot oder Vertragsdokument auf die Klauseln auf der Rück-

**1398** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment G (S. 591); vgl. a. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment E (S. 150).

**1399** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment H (S. 591). Vgl. Art. 10 Abs. 3 RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"). Vgl. zum deutschen Recht § 312i Abs. 1 Nr. 4 BGB.

**1400** Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 590).

**1401** *Von Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 590).

**1402** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 590); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment A (S. 149 f.).

**1403** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 589).

**1404** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 589); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment A (S. 149).

seite des Angebots oder ein beigefügtes Dokument zu verweisen.<sup>1405</sup> Aus Geschäftsbräuchen in einem bestimmten Berufszweig kann sich ergeben, dass bestimmte Klauseln, die z.B. von einer Vereinigung zur Einbeziehung in Verträge ihrer Mitglieder veröffentlicht wurden, für den Vertragspartner bindend sein können, ohne dass die Mitglieder der Vereinigung hierfür weitere Schritte unternehmen müssten.<sup>1406</sup>

Zunächst hat somit nach Art. II.-9:103(1) DCFR der Klauselverwender die Verantwortung, die Klauseln seinem Vertragspartner zur Kenntnis zu bringen, während dieser anschließend die Verantwortung hat, von den Klauseln Kenntnis zu nehmen.<sup>1407</sup> Der Vertragspartner kann vor oder nach Vertragsschluss auf das Recht, über die Klauseln informiert zu werden, verzichten, auch durch konkludentes Verhalten, wenn es im Einzelfall nicht angemessen wäre, eine Information zu verlangen.<sup>1408</sup> Nicht ausreichend ist es aber, wenn der Verwender einen Verzicht in die nicht ausgehandelten Klauseln aufnimmt.<sup>1409</sup> Als Beispiel für einen Verzicht wird in den Kommentaren zum DCFR und den PECL genannt, dass an einem Freitag ein Angebot an einen Zeitungsverlag abgegeben wird, das diesem am Samstag zugeht und beinhaltet, am Sonntag solle eine Werbeanzeige veröffentlicht werden.<sup>1410</sup> Hier könne von dem Zeitungsverlag nicht verlangt werden, den Anbietenden über ihre Vertragsbedingungen zu informieren, bevor die Anzeige veröffentlicht wird.<sup>1411</sup>

Da nach Art. II.-4:204(1) DCFR eine Vertragsannahme durch Verhalten erfolgen kann, können Klauseln auch durch Inanspruchnahme

**1405** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 589); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment A (S. 149).

**1406** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment F (S. 591); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment D (S. 150). Vgl. zu AGB von Verbänden für ihre Mitglieder untereinander im deutschen Recht a. Staudinger/*Mäusch* (2022), § 305 Rn. 202.

**1407** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment A (S. 588).

**1408** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment E (S. 590); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment C (S. 150).

**1409** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment E (S. 591).

**1410** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment E (S. 591); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment C (S. 150); vgl. dieses Bsp. a. b. *MüKO/Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 70.

**1411** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment E (S. 591); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment C (S. 150).

einer Leistung akzeptiert werden.<sup>1412</sup> Die Klauseln müssen dem Vertragspartner vor oder bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht werden.<sup>1413</sup> Der Kunde kann allerdings Klauseln, die ihm als ändernde Annahme zusammen mit der Lieferung bestellter Ware zugesandt werden, dadurch akzeptieren, dass er die Ware annimmt.<sup>1414</sup> Nicht ausreichend ist es jedoch, wenn die Klauseln mit einer Rechnung zugesandt werden, nachdem der Kunde die Leistung erhalten hat.<sup>1415</sup>

Nach Art. II.-9:407(2) DCFR ist bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit (*unfairness*) einer Klausel auch darauf zu achten, ob der Verbraucher eine echte Möglichkeit hatte, sich vor Vertragsschluss mit den Klauseln vertraut zu machen (*real opportunity to become acquainted with the term*). Als Folge des Fehlens einer solchen Möglichkeit werden die Klauseln Vertragsinhalt, die fehlende Möglichkeit spielt lediglich bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit der Klauseln eine Rolle.<sup>1416</sup> Eine tatsächliche Kenntnisnahme durch den Verbraucher ist für die Gelegenheit, sich mit den Klauseln vertraut zu machen, nicht erforderlich.<sup>1417</sup> Für den Fall, dass eine Klausel missbräuchlich ist, ist sie für den Vertragspartner des Verwenders nicht bindend, Art. II.-9:408(1) DCFR.<sup>1418</sup>

**1412** Loos et al., Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, 2011, S. 67.

**1413** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment C (S. 589); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment B (S. 150).

**1414** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment C (S. 589); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment B (S. 150). Vgl. zu nachgeschobenen Klauseln unten E.IV und zu Vertragsänderungen unten D.I.4. Vgl. aber a. zum Vorliegen von Angeboten an die Öffentlichkeit: Art. II.-4:201(3) DCFR, Art. 2:201(3) PECL.

**1415** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment C (S. 589); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment B (S. 150).

**1416** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:407 Comment C (S. 651).

**1417** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:407 Comment C (S. 651).

**1418** Vgl. a. Art. 4:110(1) PECL: „A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded“.

## 5 Ergebnis

Standardbedingungen werden vom Vertragspartner oft nicht gelesen.<sup>1419</sup> Da er den Klauseln allerdings trotzdem zustimmt, liegt im Fall der Einbeziehung von AGB insofern eine Erklärungsfiktion bezüglich des Vertragsinhalts vor.<sup>1420</sup> Gerade weil die AGB nicht gelesen werden, ist ein eindeutiger Hinweis auf sie erforderlich, da dem Vertragspartner vor Augen geführt werden muss, dass es zu einem Vertragsschluss zu bestimmten Bedingungen kommt.<sup>1421</sup> Dem Kunden muss die Möglichkeit eingeräumt werden, sich im Rahmen seiner Vertragsfreiheit dagegen zu entscheiden, die AGB-Klauseln zu lesen.<sup>1422</sup> Daher muss ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, die Klauseln zur Kenntnis zu nehmen.<sup>1423</sup>

In allen untersuchten Rechtsordnungen sowie im DCFR und den PECL muss der Vertragspartner auf vorformulierte Klauseln bzw. AGB hingewiesen werden und sie müssen dem Vertragspartner zugänglich gemacht werden.<sup>1424</sup> Im Gegensatz zum deutschen Recht wirken die Einbeziehungsvoraussetzungen, die auch gegenüber Unternehmern eine Kenntnisverschaffung fordern, etwas strenger.<sup>1425</sup> Ausreichend

1419 Vgl. *Alces*, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 30 (43 f.).

1420 Vgl. *Pridgen*, 32(3) *Loyola Consumer L. Rev.* (2020), 540 (576 f.).

1421 Vgl. *The American Law Institute*, *Restatement of the Law, Consumer Contracts*, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 2 (Westlaw S. 2).

1422 Der Vertragspartner übernimmt insofern die Verantwortung, von den Klauseln Kenntnis zu nehmen, vgl. *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment A (S. 588).

1423 Vgl. a. *Erman/Looschelders*, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 25.

1424 Vgl. § 305 Abs. 2 BGB; Art. 1119(1) *Code civil*; *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 16–007 (S. 1197) (für den Fall, dass keine Unterschrift erfolgt); Art. II.-9:103(1) *DCFR* (Art. 2:104(1) *PECL*); vgl. a. § 2(a) *Restatement of the Law, Consumer Contracts* (2024).

1425 Vgl. *Neumann/Berg*, *Französisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 185 (S. 56) zu Art. 1119(1) *Code civil*; vgl. a. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 18 (S. 15) zum englischen Recht (im unternehmerischen Verkehr); vgl. a. *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 590). Gegenüber Unternehmern können im deutschen Recht geringere Einbeziehungsvoraussetzungen angenommen werden als gegenüber Verbrauchern, vgl. *BeckOK/Becker*, 74. Ed., Stand: 01.05.2024, § 305 Rn. 81. Auch im englischen Recht kann allerdings das Zusenden der AGB an einen Unternehmer auf Nachfrage ausreichen, vgl. *Hamad M. Aldrees & Partners v. Rotex Europe Ltd.* [2019] *EWHC* 574 (TCC), 2019 WL 01207974, Rn. 175, vgl. insofern a. BGH, *Urt. v. 12.02.1992*, VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, *NJW* 1992, 1232 (1233); vgl. a. *MüKO/Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 110.

ist in allen Rechtsordnungen sowie dem DCFR und den PECL allerdings, wenn sich die AGB auf der Rückseite eines Dokuments befinden und sich auf der Vorderseite ein deutlicher Verweis auf die Klauseln befindet.<sup>1426</sup> Die Zurverfügungstellung eines Links, unter dem die AGB abgerufen und gespeichert werden können, sollte zumindest im unternehmerischen Geschäftsverkehr ebenfalls zur Ermöglichung der Kenntnisverschaffung als ausreichend angesehen werden.<sup>1427</sup> Die Übermittlung der AGB kann nur dann unterbleiben, wenn der Verwender sicher sein kann, dass der Vertragspartner die Klauseln bereits kennt.<sup>1428</sup> Dies wird bei Verbrauchern in der Regel nicht der Fall sein.<sup>1429</sup> Ein Hinweis auf die Einbeziehung der AGB ist in jeden Fall, auch bei Kenntnis des anderen Teils von den einzubeziehenden Klauseln, empfehlenswert und kann nur als entbehrlich angesehen werden<sup>1430</sup>, wenn sich aus der Auslegung des Verhaltens der Parteien zweifelsfrei ergibt, dass sie sich konkludent über die Geltung der AGB geeinigt haben<sup>1431, 1432</sup>.

**1426** Vgl. BGH, Urt. v. 18.06.1986, VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114); a.A. gegenüber Unternehmern: Erman/*Looschelders*, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 47; Staudinger/*Mäsch* (2022), § 305 Rn. 138 m.w.N.; vgl. Cass. com., 02.06.2015, n° 14–11.014; White v. Blackmore and Others [1972] 2 Q.B. 651 (664); vgl. *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 16–011 (S. 1199) m.w.N.; von *Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 589); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment A (S. 149).

**1427** Vgl. EuGH, Urt. v. 21.05.2015, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, EuZW 2015, 565 (567 Rn. 40).

**1428** Vgl. Erman/*Looschelders*, 17. Aufl. 2023, § 305 Rn. 33; vgl. a. *Jansen*, Art. 2:104, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 272 (280 Rn. 15); von *Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment D (S. 590); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment A (S. 149 f.); vgl. aber Art. 1119(1) Code civil, vgl. dazu *Neumann/Berg*, Französisches Recht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 185 (S. 56).

**1429** Vgl. *Jansen*, Art. 2:104, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 272 (280 Rn. 15).

**1430** Vgl. zur Einbeziehung ohne Hinweis: British Crane Hire Corp Ltd. v. Ipswich Plant Hire Ltd. [1975] Q.B. 303 (311) (*usual conditions*); von *Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment F (S. 591); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment D (S. 150) (*usage*); vgl. a. zur Entbehrlichkeit eines Hinweises: BGH, Urt. v. 22.09.2003, II ZR 172/01, NJW-RR 2004, 555 (555) (Handelsbrauch); vgl. a. *Jauernig/Stadler*, 19. Aufl. 2023, § 305 Rn. 19.

**1431** Vgl. zur konkludenten Einigung bei branchenüblichen AGB: BGH, Urt. v. 15.01.2014, VIII ZR 111/13, NJW 2014, 1296 (1296 f. Rn. 17); vgl. *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 173 m.w.N.; vgl. a. *Jansen*, Art. 2:104, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 272 (280 Rn. 15).

**1432** Strenger insofern das französische Recht: vgl. Cass. civ. 3e, 30.06.1992, n° 90–21.491, Bull. civ., 1992, I, n° 203, S. 136.

Für die Verwirklichung des Hinweises auf AGB wird auch diskutiert, den Verwender zu einer bestimmten optischen Gestaltung zu verpflichten, z.B. indem ein Klick für jede Erhebung von persönlichen Daten erforderlich ist<sup>1433</sup>, oder indem eine Auswahl von einzelnen einzubeziehenden Klauseln zu verschiedenen Preisen ermöglicht wird (*selective assent*), sofern dies in der Vertragsschlusssituation möglich ist, z.B. im Versicherungsbereich.<sup>1434</sup> Hierdurch könnte zumindest bezüglich einzelner, z.B. den Vertragspartner besonders belastender Punkte, der fehlenden Kenntnisnahme und damit einer Erklärungsfiktion teilweise entgegengewirkt werden.<sup>1435</sup>

Dass viele die Klauseln nicht lesen, ist ein Grund für eine stärkere inhaltliche Kontrolle missbräuchlicher Klauseln.<sup>1436</sup> Eine Klausel ist auch dann missbräuchlich, wenn die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluss nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte.<sup>1437</sup>

Wie bereits zum deutschen Recht ausgeführt, kann ein Verzicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme von AGB nur für Unternehmer angenommen werden.<sup>1438</sup> Unterschreibt jemand wissentlich ein Blanko-Dokument, kann er sich später nicht darauf berufen, das Dokument sei abredewidrig ausgefüllt worden.<sup>1439</sup>

1433 Vgl. *Kim*, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, *Commercial Contract Law*, 2013, S. 181 (196).

1434 Vgl. *Barnhizer*, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 170 (178 ff. m.w.N.).

1435 Vgl. auch zu einer besonderen Hinweispflicht bei belastenden Klauseln im englischen Recht: *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 16–012 (S. 1200 ff.).

1436 *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 79 (S. 82).

1437 Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1 lit. i RL 93/13/EWG; § 307 BGB (vgl. *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 106a); Art. R. 212–1(1<sup>o</sup>) Code de la consommation; Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 10 Consumer Rights Act 2015; vgl. a. Art. II.-9:407(2) DCFR.

1438 Vgl. oben 1. Vgl. ohne ausdrückliche Einschränkung: *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment E (S. 590); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment C (S. 150).

1439 Vgl. *MüKo/Armbrüster*, 10. Aufl. 2025, § 119 Rn. 59; *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 146 (S. 135); vgl. a. *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 482 (S. 391); Cass. com., 28.02.2006, n<sup>o</sup> 04–17.204, Bull. civ., 2006, IV, n<sup>o</sup> 54, S. 54; (gegenüber einem gutgläubigen Dritten): *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 277 f.; vgl. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–092



Das Zurverfügungstellen muss nach allen Rechtsordnungen, dem DCFR und den PECL vor oder bei Vertragsschluss erfolgen, sodass eine Bereitstellung nach Vertragsschluss nicht mehr zu einer rechtzeitigen Einbeziehung führt.<sup>1440</sup>

In allen untersuchten Rechtsordnungen reicht die für die Zustimmung zur Einbeziehung von AGB, dass der Vertragspartner die AGB durch einen Klick bestätigt.<sup>1441</sup> Bei *Browse Wrap*-Vereinbarungen kann dagegen der Nachweis schwierig sein, dass der Kunde durch Nutzung der Website Vertragsbedingungen zugestimmt hat, weil der Hinweis auf die AGB dort weniger sichtbar ist.<sup>1442</sup> Die Einbeziehung von AGB durch eine *Browse Wrap*-Vereinbarung ist daher überhaupt nur in eindeutigen Fällen denkbar, in denen ein klarer Hinweis auf die Einbeziehung der AGB erfolgt.<sup>1443</sup>

## II Konkludente Erklärungen bei Vertragsschluss

Die Gefahr von Erklärungsfiktionen stellt sich nicht nur, wenn eine Vertragspartei dem anderen eine Erklärung „unterschieben“ möchte, sondern auch, wenn bei der Auslegung eines Verhaltens der wirkliche Wille des Erklärenden in den Hintergrund tritt<sup>1444</sup>. Hier stellt sich daher

(S. 395 f.); *United Dominions Trust v. Western* [1976] Q.B. 513 (522 f.); *CF Asset Finance Ltd. v. Okonji* [2014] EWCA Civ 870, C.T.L.C. 218 (Rn. 24 ff., Rn. 31).

**1440** Vgl. zu nachgeschobenen Klauseln unten E und zu Vertragsänderungen unten D.I.

**1441** Vgl. (zu Art. 23 Abs. 2 Brüssel-I-VO a.F.): EuGH, Urt. v. 21.05.2015, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, EuZW 2015, 565 (567 Rn. 40); BGHZ 230, 347, NJW 2021, 3179 (3183 Rn. 39); *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 433 (S. 357); *Specht v. Netscape Communications Corp.* (2<sup>nd</sup> Cir. 2002), 306 F.3d 17 (31); *Loos et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Final Report, 2011, S. 71.

**1442** *The American Law Institute*, *Restatement of the Law, Consumer Contracts*, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 2 (Westlaw S. 2).

**1443** Vgl. zu den Schwierigkeiten: *Spindler/Schuster/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn. 41; *Loos et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Final Report, 2011, S. 66, 69; vgl. für die USA: *The American Law Institute*, *Principles of the Law of Software Contracts*, Oct. 2024 Update, § 2.02 (2010), Reporter's Notes, Comment b (Westlaw S. 11 f. m.w.N.).

**1444** *Herresthal*, in: *Schulze/Perales Viscasillas*, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (118).

ebenfalls die Frage, ob von einer (konkludenten) Erklärung ausgegangen werden kann und wann von einem Vertragsschluss auszugehen ist. Bezüglich des Massenverkehrs ist im Folgenden von Situationen auszugehen, in denen nicht bereits vorher ein (ausdrücklicher) Vertragsschluss vorliegt, was häufig der Fall sein wird.<sup>1445</sup>

## 1 Deutsches Recht

### a Konkludente Erklärungen

Eine konkludente Vertragsannahme kann im deutschen Recht dadurch erfolgen, dass sich aus dem Verhalten des Erklärenden ergibt, dass er einen bestimmten Geschäftswillen hat.<sup>1446</sup> Bei einer konkludenten Willenserklärung werden keine Worte verwendet, sondern ein anderes Erklärungszeichen, z.B. ein Kopfnicken.<sup>1447</sup> Eine konkludente Willenserklärung kommt vor allem bei der Inanspruchnahme von typischerweise entgeltlichen Leistungen in Betracht.<sup>1448</sup> Für konkludente Erklärungen wie z.B. Genehmigung, Verzicht und Bestätigung stellt der BGH höhere subjektive Anforderungen, z.B. dass bei einer Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB der Genehmigende die schwebende Unwirksamkeit des Geschäfts „kennt oder zumindest mit ihr rechnet“<sup>1449</sup> oder dass eine Bestätigung nach § 141 BGB „einen Bestätigungswillen und damit das Bewusstsein von der Unverbindlichkeit des früheren Geschäfts“<sup>1450</sup> erfordert.<sup>1451</sup>

<sup>1445</sup> Vgl. *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, Droit des transports, 2<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 422 Fn. 4 (S. 386 f.); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 230.

<sup>1446</sup> Vgl. *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § 4 Rn. 22 (S. 48); BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.02.2018, § 146 Rn. 32; vgl. *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 53; vgl. a. *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 4 Rn. 22 (S. 48).

<sup>1447</sup> *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 334 (S. 147); a.A. *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 4 (S. 359); *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 51, die b. Kopfnicken v. e. ausdrücklichen Erklärung ausgehen.

<sup>1448</sup> *Staudinger/Singer* (2021), Vor §§ 116 ff. Rn. 54.

<sup>1449</sup> BGH, Urt. v. 14.06.2004, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, NJW 2004, 2736 (2738).

<sup>1450</sup> BGH, Urt. v. 05.04.2006, VIII ZR 163/05, NJW 2006, 2116 (2117 Rn. 19).

<sup>1451</sup> Vgl. dazu *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 184 m.w.N.; vgl. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 135 m.w.N. Zum Erfordernis eines Erklärungsbewusstseins in der BGH-Rechtsprechung, vgl. ebd., S. 140 f., 151.

Die Annahme nach § 151 S. 1 BGB erfolgt oft konkludent.<sup>1452</sup> Wegen der identischen Rechtsfolgen ist die Abgrenzung der beiden Alternativen einer Entbehrlichkeit des Zugangs nach § 151 S. 1 BGB, Verkehrssitte und Verzicht, in der Praxis nicht bedeutend.<sup>1453</sup> Die Verkehrssitte wird dadurch definiert, dass „*bei Geschäften der entsprechenden Art unter vergleichbaren Umständen üblicherweise auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet wird*“<sup>1454</sup>. Bei der Annahme von Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge kann eine Verkehrssitte über die Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung entweder aufgrund der sofortigen Erfüllung<sup>1455</sup> oder eines Kontrahierungszwangs<sup>1456</sup> begründet werden.

Auf eine Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB darf schließlich nicht vorschnell geschlossen werden, um den Angebotsempfänger nicht an einen ungewollten Vertrag zu binden.<sup>1457</sup> Fallgruppen des § 151 BGB sind vor allem lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte<sup>1458</sup>, eine Erfüllungs-

1452 JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151 Rn. 9; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 151 Rn. 2. Vgl. zur Auslegung: Kapitel 3 A.I.2.

1453 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 484; vgl. a. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 11.

1454 BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 12; vgl. a. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 5; vgl. a. BeckOK/Eckert, 74. Ed., 01.05.2025, § 151 Rn. 7; vgl. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 6; vgl. JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151 Rn. 27; vgl. Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 3.

1455 Vgl. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 5 („Eilbedürftigkeit“); vgl. a. von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 252.

1456 BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 14.

1457 Vgl. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 15; vgl. a. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 10.

1458 BGH, Urt. v. 14.10.2003, XI ZR 101/02, NJW 2004, 287 (288); BGH, Urt. v. 12.10.1999, XI ZR 24/99, NJW 2000, 276 (277); BGH, Urt. v. 22.02.1999, II ZR 99/98, NJW 1999, 1328 (1328); vgl. a. BGH, Urt. v. 06.05.1997, IX ZR 136/96, NJW 1997, 2233 (2233); vgl. a. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 14; BeckOK/Eckert, 74. Ed., 01.05.2025, § 151 Rn. 8 m.w.N.; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 3; vgl. dazu a. von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 219 f.

handlung<sup>1459</sup> und Aneignungs- und Gebrauchshandlungen<sup>1460</sup>. Dabei verlangt § 151 S. 1 BGB einen Erklärungstatbestand in Form einer Handlung.<sup>1461</sup> Beispielsweise genügt das Beiseitelegen eines Angebots nicht, das Handeln muss eindeutig auf einen Annahmewillen schließen lassen, z.B. eine spezielle Verwahrung.<sup>1462</sup> Ob bloßes Schweigen eine Annahme darstellen kann, ist daher eine von § 151 S. 1 BGB unabhängig zu beurteilende Frage.<sup>1463</sup>

## b Vertragsschluss im Massenverkehr

Der Massenverkehr umfasst Situationen mit sich wiederholenden Verhaltensweisen und Vereinbarungen ohne besondere Individualisierung.<sup>1464</sup> In Fällen der Daseinsvorsorge wird nunmehr<sup>1465</sup> davon aus-

**1459** MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 9; vgl. a. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 17; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 5; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 151 Rn. 2; JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151 Rn. 9. Problematisch können hier bloß vorbereitende Handlungen sein, vgl. dazu BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 23; vgl. a. MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 9; vgl. dazu a. Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 194; insofern ist entscheidend, ob die Vorbereitungsbehandlung bereits auf einen Annahmewillen schließen lässt: vgl. Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 6; vgl. a. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 17.

**1460** JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151 Rn. 9; Schulze/Dörner, 12. Aufl. 2024, § 151 Rn. 2; Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 18; Vytlačil, Die Willensbetätigung, 2009, S. 30 f. m.w.N.; vgl. dazu a. von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 221. Vgl. zu unbestellter Ware unten III.1.

**1461** Reppen, 200 AcP (2000), 533 (534); vgl. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 3; Erman/Armbrüster, 17. Aufl. 2023, § 151 Rn. 5; Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 175 f.

**1462** Vgl. Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 176 (zum Kauf eines Lotterieloses); MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 9.

**1463** Pfeifer, BB 1995, 1507 (1507 f.); Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl. 2025, § 151 Rn. 1; vgl. a. Medicus/Petersen, AT, 12. Aufl. 2024, § 26 Rn. 387 (S. 169); vgl. a. Augner, Vertragsschluss ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S. 175. Siehe zum Schweigen oben B.III.1. Aufgrund der Verkehrssitte i.S.d. § 151 S. 1 BGB im Fall eines Angebots zu einem lediglich rechtlich vorteilhaften Vertrag fällt eine Abgrenzung zum Schweigen allerdings schwer, vgl. JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151 Rn. 10; vgl. BeckOK/Eckert, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 151 Rn. 8 („In diesen vorteilhaften Fällen wird allerdings häufig [...] schon das Schweigen als Annahme [...] gewertet werden können“); vgl. a. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 8. Weniger differenzierend: BGH, Urt. v. 12.10.1999, XI ZR 24/99, NJW 2000, 276 (277) („wenn der Erklärungsempfänger das für ihn lediglich vorteilhafte Angebot nicht durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung abgelehnt hat“); von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 220, 251.

**1464** Vgl. Simitis, 172 AcP (1972), 131 (133).

**1465** Vgl. Staudinger/Bork (2025), § 151 Rn. 19; vgl. JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151

gegangen, dass eine Realofferte durch das Angebot von Strom, Gas, Wasser, Fernwärme, von Beförderungsleistungen oder Leistungen im Telekommunikationsnetz vorliegt, die durch die Inanspruchnahme der Leistung konkludent angenommen wird.<sup>1466</sup> Auf den Zugang der Annahmeerklärung wird dabei regelmäßig nach § 151 S. 1 BGB verzichtet.<sup>1467</sup> Bei Versorgungsverträgen geht der BGH auch dann von einer Realofferte durch das Versorgungsunternehmen und einer konkludenten Annahme durch die Entnahme von Strom, Gas oder Wasser aus, wenn entgegenstehende ausdrückliche Äußerungen des Leistungsempfängers erfolgen.<sup>1468</sup> Das Angebot richtet sich dabei typischerweise an denjenigen, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss innehat.<sup>1469</sup> Bei lediglich kurzer und geringfügiger Leistungsanspruchnahme soll noch kein Vertrag zustande kommen.<sup>1470</sup> Besteht bereits ein Vertragsverhältnis des Versorgungsunternehmens oder des Abnehmers zu einem Dritten, verneint die Rechtsprechung einen konkludenten Vertragsschluss.<sup>1471</sup> Würde man dagegen den fak-

Rn. 20. Vgl. zum faktischen Vertrag oben Kapitel 3 B.I.1.a. Die Abkehr vom faktischen Vertrag gilt trotz der Tatsache, dass der BGH den Begriff des sozialtypischen Verhaltens aufgreift, da er dogmatisch nunmehr das Vorliegen von Willenserklärungen prüft: *Lorenz, S.*, in: *Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (294, 296) u.a. zu BGH, *Urt. v. 02.07.2014*, VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17, NJW 2014, 3148 (3148 Rn. 10).

**1466** Vgl. BGH, *Urt. v. 28.07.2005*, III ZR 3/05, NJW 2005, 3636 (3637); vgl. *Lorenz, S.*, in: *Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (292); vgl. *Staudinger/Bork* (2025), § 151 Rn. 19; *Fritzsche, JA* 2006, 674 (678 m.w.N.); *BeckOGK/Möslein*, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 23; *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 11. Vgl. z. Vertragsschl. auf e. Angebot durch d. Energieabnehmer BGH, *Urt. v. 01.12.2010*, VIII ZR 8/09, NJW-RR 2011, 409 (409 Rn. 11). **1467** *Lorenz, S.*, in: *Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (292); vgl. *Staudinger/Bork* (2025), § 151 Rn. 11, 19; *BeckOGK/Möslein*, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 23; vgl. a. *MüKO/Busche*, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 5, 11.

**1468** BGH, *Urt. v. 27.11.2019*, VIII ZR 165/18, NJW-RR 2020, 201 (202 Rn. 10); BGH, *Urt. v. 02.07.2014*, VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17, NJW 2014, 3148 (3148 f. Rn. 10); BGH, *Urt. v. 22.07.2014*, VIII ZR 313/13, BGHZ 202, 158, NJW 2014, 3150, BeckRS 2014, 15568 (Rn. 12); vgl. BGH, *Urt. v. 26.01.2005*, VIII ZR 1/04, BeckRS 2005, 1765; vgl. BGH, *Urt. v. 26.01.2005*, VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 639 (640).

**1469** BGH, *Urt. v. 27.11.2019*, VIII ZR 165/18, NJW-RR 2020, 201 (202 Rn. 10); BGH, *Urt. v. 02.07.2014*, VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17, NJW 2014, 3148 (3149 Rn. 12).

**1470** BGH, *Urt. v. 02.07.2014*, VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17, NJW 2014, 3148 (3150 Rn. 21); *Lorenz, S.*, in: *Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath*, 2015, S. 291 (296).

**1471** BGH, *Urt. v. 17.03.2004*, VIII ZR 95/03, NJW-RR 2004, 928 (929); vgl. a. BGH, *Urt. v. 06.07.2011*, VIII ZR 217/10, NJW 2011, 3509 (3509 Rn. 16 f.); BGH, *Urt. v. 10.12.2008*, VIII ZR 293/07, NJW 2009, 913 (913 Rn. 6). Insofern ist wiederum auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen, vgl. BGH, *Urt. v. 26.01.2005*, VIII ZR 1/04, BeckRS 2005, 1765; BGH, *Urt. v.*

tischen Vertrag anwenden, könnte dies letztlich dazu führen, dass die Inanspruchnahme von Strom in einer fremden Wohnung einen Stromlieferungsvertrag herbeiführt<sup>1472</sup>, je nachdem, woran für die Sozialtypik der Handlung angeknüpft würde.<sup>1473</sup>

### c Weitere Fälle eines konkludenten Vertragsschlusses

An den Abschluss eines Maklervertrages nach § 652 Abs. 1 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>1474</sup> Der Vertrag kommt nicht allein durch die Entgegennahme von angebotenen Maklerleistungen zustande.<sup>1475</sup> Denn wenn der Makler etwa für beide Parteien tätig werden möchte, kann aus dem Gefallenlassen der Maklerleistung durch eine Partei nicht ohne Weiteres auf eine konkludente Annahmeerklärung geschlossen werden.<sup>1476</sup> Wenn eine Partei annehmen konnte, der Makler habe bereits einen Maklervertrag mit der anderen Partei geschlossen, muss der Makler eindeutig zum Ausdruck bringen, (auch) für die eine Partei tätig werden zu wollen, insbesondere durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen.<sup>1477</sup> Nimmt der Kunde in Kenntnis eines Provisionsverlangens weiterhin die Maklerleistung in Anspruch, kommt

26.01.2005, VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 639 (640); BGH, Urt. v. 22.01.2014, VIII ZR 391/12, NJW 2014, 1951 (1952 Rn. 14). Vgl. zum Vertragsschluss a. für einen Mitmieter: BGH, Urt. v. 22.07.2014, VIII ZR 313/13, BGHZ 202, 158, NJW 2014, 3150 (3150 Rn. 20 ff.); vgl. insg. a. Lorenz, S., in: Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 (294 ff.).

1472 Börner, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 185 (207).

1473 Diese Fragestellung kann hier offenbleiben, da die Lehre vom faktischen Vertrag aus den oben gesehenen Gründen ohnehin abzulehnen ist, vgl. a. Börner, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 185 (207). Vgl. zum faktischen Vertrag oben Kapitel 3 B.I.1.a.

1474 Vgl. BGH, Urt. v. 07.07.2016, I ZR 30/15, NJW 2017, 1024 (1025 Rn. 17); BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 198/15, NJW 2017, 2337 (2338 Rn. 25).

1475 MüKO/Althammer, 9. Aufl. 2023, § 652 Rn. 56; BGH, Urt. v. 04.10.1995, IV ZR 163/94, NJW-RR 1996, 114 (114); BGH, Urt. v. 23.10.1980, IVa ZR 27/80, NJW 1981, 279 (279); BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 198/15, NJW 2017, 2337 (2338 Rn. 25).

1476 Vgl. BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); vgl. BGH, Urt. v. 25.09.1985, IVa ZR 22/84, BGHZ 95, 393, NJW 1986, 177 (177); vgl. BGH, Urt. v. 07.07.2016, I ZR 30/15, NJW 2017, 1024 (1025 Rn. 17); BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 198/15, NJW 2017, 2337 (2338 Rn. 25); vgl. zur Begründung anhand der Beweislast: BeckOGK/Meier, Stand: 01.04.2025, § 652 Rn. 109 f., 117.

1477 BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); BGH, Urt. v. 04.10.1995, IV ZR 163/94, NJW-RR 1996, 114 (114); vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1980, IVa ZR 27/80, NJW 1981, 279 (279); BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 198/15, NJW 2017, 2337 (2338 Rn. 25, 27). Vgl. zum Vorliegen einer *invitatio ad offerendum* bei einem Inserat des Maklers: BGH, Urt. v. 07.07.2016, I ZR 30/15, NJW 2017, 1024 (1025 Rn. 15, 19).

allerdings ein Maklervertrag konkludent zustande.<sup>1478</sup> Hat der Kunde dagegen die Zahlung einer Provision ausdrücklich abgelehnt, liegt keine konkludente Annahme eines Maklervertrages vor.<sup>1479</sup> Ein Vertrag kann durch den Interessenten so jedoch nicht (mehr) verhindert werden, wenn die Ablehnung erst nach einem konkludenten Vertragsabschluss erfolgt.<sup>1480</sup> Hat der Kunde den Makler beauftragt, reicht für das Zustandekommen eines Maklervertrages die Aufnahme der Tätigkeit durch den Makler.<sup>1481</sup>

Bei der Beurteilung eines Krankenhausbehandlungsvertrages hat der BGH einen konkludenten Vertragsschluss durch das Verbleiben im Krankenhaus angenommen, auch wenn der Patient einer Zahlungspflicht widersprochen hatte, obwohl er Kenntnis davon hatte, dass seine Krankenkasse die Kosten nicht mehr übernehmen würde.<sup>1482</sup>

#### d Ergebnis

Der Verdacht, der BGH lasse teilweise den faktischen Vertrag wieder aufleben,<sup>1483</sup> liegt vor allem an der angenommenen Unbeachtlichkeit einer *protestatio facto contraria*.<sup>1484</sup> Die Unbeachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* ist jedoch abzulehnen, da sie gegen die Vertragsfreiheit verstößt.<sup>1485</sup> Entgegen der Ansicht des BGH gilt die Beachtlichkeit des ausdrücklich geäußerten Widerspruchs gegen einen Vertrags-

**1478** BGH, Urt. v. 04.10.1995, IV ZR 163/94, NJW-RR 1996, 114 (114); BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); BGH, Urt. v. 07.07.2016, I ZR 30/15, NJW 2017, 1024 (1025 Rn. 22); BGH, Urt. v. 06.12.2001, III ZR 296/00, NJW 2002, 817 (817).

**1479** BGH, Urt. v. 06.12.2001, III ZR 296/00, NJW 2002, 817 (817); BGH, Urt. v. 11.04.2002, III ZR 37/01, NJW 2002, 1945 (1945); vgl. für den Fall, dass der Kunde gleichzeitig bereit ist, mit dem Makler weiter zu verhandeln: BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); vgl. a. BGH, Urt. v. 04.10.1995, IV ZR 163/94, NJW-RR 1996, 114 (114).

**1480** BeckOGK/Meier, Stand: 01.04.2025, § 652 Rn. 129; MüKO/Althammer, 9. Aufl. 2023, § 652 Rn. 56; vgl. BGH, Urt. v. 07.07.2016, I ZR 30/15, NJW 2017, 1024 (1025 Rn. 22).

**1481** MüKO/Althammer, 9. Aufl. 2023, § 652 Rn. 57 m.w.N.; BeckOGK/Meier, Stand: 01.04.2025, § 652 Rn. 133 ff., insb. Rn. 137. Vgl. zum sog. Bestellerprinzip bei der Vermittlung von Wohnraum: § 2 Abs. 1a WoVermRG, vgl. dazu BeckOK/Kneller, 74. Ed., 01.05.2025, § 652 Rn. 18 f.

**1482** BGH, Urt. v. 09.05.2000, VI ZR 173/99, NJW 2000, 3429 (3431).

**1483** Vgl. dazu Lorenz, S., in: Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 (294).

**1484** Vgl. Lorenz, S., in: Arnold/Lorenz, S., Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 (296 f.).

**1485** Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, S. 105 (128).

schluss in jedem Fall, mithin unabhängig davon, ob ein Verhalten eindeutig auf einen Annahmewillen schließen lässt<sup>1486 1487</sup>.

## 2 Französisches Recht

### a Konkludente Erklärungen

Im französischen Recht ist in Art. 1113 Code civil der Vertragsschluss durch Angebot und Annahme vorgesehen, der sich aus einer ausdrücklichen Äußerung oder durch eindeutiges Verhalten ergeben kann (Art. 1113(2) Code civil).<sup>1488</sup> Erforderlich ist, dass sich der Wille zum Vertragsschluss unmissverständlich ergibt<sup>1489</sup>, z.B. das Versenden der bestellten Ware<sup>1490</sup> oder die Ausführung einer angefragten Leistung (vgl. Art. 1985(2) Code civil).<sup>1491</sup>

### b Vertragsschluss im Massenverkehr

Ein Transportvertrag kommt im französischen Recht wie jeder Vertrag grundsätzlich durch Angebot und Annahme zustande, wobei das Angebot meist vom Transportunternehmen ausgeht, das ausdrücklich oder durch Ausführung des Vertrages angenommen werden kann.<sup>1492</sup>

**1486** So aber BGH, Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 246/84, NJW-RR 1986, 1496 (1497); OLG Hamburg, Urt. v. 23.03.1988, 4 U 27/88, BeckRS 1988, 30859183. W.N.b. *Teichmann*, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (297 f. m. Fn. 18); vgl. a. *Börner*, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 185 (195); vgl. a. BGH, Urt. v. 06.12.2001, III ZR 296/00, NJW 2002, 817 (817); BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656).

**1487** Vgl. oben Kapitel 3 B.I.1.b. Vgl. a. *Teichmann*, in: Pawlowski/Wieacker, FS Michaelis, 1972, S. 294 (300 f.); vgl. *Bydlinski, F.*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 97; vgl. a. *Köhler*, JZ 1981, 464 (466 f. m.w.N.).

**1488** Vgl. zur *acceptation expresse* und *acceptation tacite*: *Flour/Aubert/Savaux*, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 234 (S. 305 f.); *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 502 f. m.w.N. Vgl. zum Vertragsinhalt a. Art. 1194 Code civil, vgl. dazu *Ancel*, Droit des obligations, 4<sup>e</sup> éd. 2024, S. 203 ff., 221 ff.

**1489** Vgl. Cass. civ. 3e, 22.01.2014, n° 12–29.856, Bull. civ., 2014, III, n° 4.

**1490** Vgl. Cass. com., 20.02.1996, n° 94–10.866, Bull. civ., 1996, IV, n° 55, S. 43. Vgl. zu unbestellter Ware unten III.2.

**1491** Vgl. *Poumarède*, in: Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, 13<sup>e</sup> éd. 2023, Ziff. 3112.114 (S. 1232).

**1492** *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, Droit des transports, 2<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 417 (S. 383), Rn. 422 m. Fn. 4 (S. 386); vgl. zum Vorliegen eines Angebots durch das Bereitstellen eines Verkehrsmittels: *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 228 f. m.w.N. Vgl. zum „Beginn“ des Vertrages (*commencement*): Cass. civ. 1e, 07.03.1989, n° 87–11.493, Bull. civ., 1989, I, n° 118,



Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses hängt von den Umständen ab.<sup>1493</sup> Bei freiem Zutritt zum Verkehrsmittel kommt der Vertrag mit dem Einsteigen in ein Fahrzeug, z.B. einen Bus oder ein Taxi, zustande, andernfalls mit dem Erhalt des Tickets.<sup>1494</sup> Betritt ein Fahrgast ohne Wissen des Beförderers ein Verkehrsmittel, kommt mangels Einigung kein Vertrag zustande.<sup>1495</sup> Ohne Erwerb einer Fahrkarte kommt nach der Ansicht der *Cour de cassation* ebenfalls kein Beförderungsvertrag zustande.<sup>1496</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Rechtsprechung aufrecht erhalten werden kann, da der EuGH für den Vertragsschluss bei Beförderungsverträgen auf das Einsteigen als Annahmehandlung abgestellt hatte, ohne dass es auf den Besitz einer Fahrkarte ankam<sup>1497</sup>.<sup>1498</sup>

An einen Vertrag über Strom- und Gaslieferungen ist der Verbraucher nach Art. L. 224–6(1) Code de la consommation grundsätzlich nur durch seine Unterschrift gebunden.<sup>1499</sup> Ein solcher Lieferungsvertrag wird oft als Fernabsatzvertrag geschlossen.<sup>1500</sup> Nach Art. L. 443–9–

S. 77 u. vgl. Brun/Gout/Gout, *Recueil Dalloz* 2013, 40 (44), die sich allerdings auf eine vertragliche Haftung beziehen.

**1493** *Le Tourneau/Bloch*, *Contrat de transport*, in: *Répertoire de droit civil*, avril 2021, Sect. 1 Art. 1 Ziff. 38.

**1494** *Le Tourneau/Bloch*, *Contrat de transport*, in: *Répertoire de droit civil*, avril 2021, Sect. 1 Art. 1 Ziff. 38. Vgl. zum Vertragsschluss durch Erhalt des Tickets: Cass. civ. 1e, 06.10.1998, n° 96–12.540, Bull. civ., 1998, I, n° 269, S. 188; vgl. a. *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, *Droit des transports*, 2<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 491 (S. 426 f.).

**1495** *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, *Droit des transports*, 2<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 422 m. Fn. 4 (S. 386 f.). Der Grundsatz *protestatio non valet contra factum* findet sich in der französischen Literatur seltener, vgl. in anderem Zusammenhang: *Gautier*, RTDCiv. 2001, 904 (904 ff.); vgl. a. *Houtcieff*, *Renonciation*, in: *Répertoire de droit civil*, déc. 2017, Sect. 2 Art. 2 § 1 Ziff. 60 m.w.N. (zum Verzicht); vgl. a. *Nolte/Aust*, 58(1) *Int'l & Comp. L. Q.* (2009), 1 (24 f.).

**1496** Vgl. Cass. civ. 1e, 06.10.1998, n° 96–12.540, Bull. civ., 1998, I, n° 269, S. 188; vgl. a. Cass. civ. 1e, 01.12.2011, n° 10–19.090, Bull. civ., 2011, I, n° 209; vgl. dazu *Kenfack*, *Recueil Dalloz* 2012, 1439 (1441); vgl. dazu kritisch Brun/Gout/Gout, *Recueil Dalloz* 2013, 40 (44); vgl. a. *Jourdain*, RTDCiv. 2012, 119 (119 f.); insg. zur vertraglichen Haftung: *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, *Droit civil, Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. 614 (S. 716 f.), Rn. 837 (S. 932 f.); *Ancel*, *Droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. 2024, S. 203 ff.; *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, *Droit des transports*, 2<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. 491 (S. 425 ff.); vgl. Cass. civ., 21.11.1911, DP 1913. 1. 249.

**1497** Vgl. EuGH, *Urt. v.* 07.11.2019, C-349/18, C-350/18, C-351/18, ECLI:EU:C:2019:936, BeckRS 2019, 26980, Rn. 37, 47. Vgl. dazu schon oben Kapitel 3 B.V.1.

**1498** Vgl. *Delpech*, *AJ contrat* 2019, 501 (501); vgl. a. *Bon-Garcin*, in: *Delebecque, Droit des transports*, 2022, Ziff. 221.41 (S. 251).

**1499** Vgl. zur Textform im deutschen Recht § 2 Abs. 1 StromGVV und § 2 Abs. 1 GasGVV.

**1500** *Julien*, in: *Fenouillet, Droit de la consommation*, 2020, Ziff. 233.32 (S. 786). Vgl. Art. L. 224–6(2) Code de la consommation; vgl. a. *CA Poitiers*, 07.05.2020, n° 18/01252.

3(vI) Code de l'énergie wird abweichend von Art. L. 224–6 Code de la consommation die Zustimmung des Kunden grundsätzlich vermutet, wenn es sich um eine Notversorgung handelt.

### 3 Common Law

#### a Konkludente Erklärungen

Auch im englischen Recht kann der Vertragsschluss durch eine konkludente Annahme zustande kommen.<sup>1501</sup> Beispiele sind die Benutzung und Bezahlung einer angebotenen und zugesandten Ware<sup>1502</sup>, oder umgekehrt die Versendung bestellter Ware<sup>1503</sup> bzw. der Beginn der Vornahme einer angefragten Handlung<sup>1504</sup>. Allerdings ist für eine konkludente Annahme auch ein Annahmewille erforderlich (*intention of accepting the offer*), der nach dem *objective test* zu ermitteln ist.<sup>1505</sup> Geht aus dem Verhalten des Angebotsempfängers hervor, dass er das Angebot nicht annehmen will, liegt keine Annahme vor.<sup>1506</sup>

Der Anbietende kann bestimmen, ob die Annahme durch ein Gegenversprechen oder eine Handlung erfolgen soll.<sup>1507</sup> Auch in den USA kann, wenn der Anbietende keine Form für die Annahme vor-

**1501** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–035 (S. 336); *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 33; vgl. Brogden v. Metropolitan Railway Co. (1877) 2 App. Cas. 666 (666).

**1502** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–035 (S. 336) m.w.N.; vgl. a. *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 50; vgl. Brogden v. Metropolitan Railway Co. (1877) 2 App. Cas. 666 (666). Vgl. zu unbestellten Waren III.3.

**1503** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–035 (S. 336) m.w.N.; *Steven v. Bromley & Son* [1919] 2 K.B. 722 (728).

**1504** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–035 (S. 336 f.) m.w.N.; vgl. *Datec Electronics Holdings Ltd. v. United Parcels Ltd.* [2007] UKHL 23, [2007] 1 W.L.R. 1325 (Rn. 9 f.).

**1505** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337) m.w.N.

**1506** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

**1507** Vgl. *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 53; für die USA: *Burnham/Reed*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S. 683; *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 63 f.); vgl. a. §§ 30(2), 32 Restatement (Second) of Contracts; vgl. a. *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 35.

gesehen hat, diese auf irgendeine vernünftige Weise vorgenommen werden, die in einer gleich schnellen Versandart wie das Angebot erfolgt.<sup>1508</sup> Die Annahme ist ein eigenes Versprechen, das ausdrücklich oder konkludent durch Beginn der Erfüllungshandlung erfolgen kann.<sup>1509</sup> § 2-207(3) UCC sieht ausdrücklich vor, dass ein Verhalten beider Parteien, das einen bestehenden Vertrag anerkennt, zu einem Vertragsschluss führen kann.<sup>1510</sup>

## b Vertragsschluss im Massenverkehr

In Bezug auf Beförderungsverträge im Massenverkehr sind im englischen Recht jeweils Sonderregelungen zu berücksichtigen.<sup>1511</sup> Insofern wurde bei einer bestehenden gesetzlichen Pflicht, Wasser, Gas und Strom bereitzustellen, in der Rechtsprechung nicht von einer vertraglichen Verpflichtung ausgegangen.<sup>1512</sup> Auch im englischen Recht kann allerdings ein Vertrag über die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln durch konkludentes Handeln zustande kommen.<sup>1513</sup> Es gibt unterschiedliche Ansätze zu der Frage, wann bei der Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln ein Vertrag zustande gekommen ist: Bezüglich einer Zugbeförderung wurde einerseits vertreten, dass das Angebot in der Ankündigung der Fahrzeiten liegt<sup>1514</sup>, andererseits aber auch darauf abgestellt, dass ein Angebot durch den Betrieb von Bussen vorläge, das dadurch angenommen werden konnte, dass der Passagier deut-

**1508** *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 54 (S. 64); vgl. a. *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 295 (S. 134); vgl. a. § 65 Restatement (Second) of Contracts. Vgl. zum englischen Recht: *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 53.

**1509** Vgl. § 2-206(1) UCC und § 32 Restatement (Second) of Contracts; vgl. dazu *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 295 (S. 134).

**1510** Vgl. dazu *van Alstine*, Fehlender Konsens, 1995, S. 124 ff.

**1511** Vgl. *Whittaker*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2-012 (S. 108) m.w.N.; vgl. *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 49 Fn. 40; *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37 m. Fn. 35; vgl. auch *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 230 m.w.N.

**1512** Vgl. *Norweb Plc. v. Dixon* [1995] 1 W.L.R. 636 (645); vgl. *Whittaker*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 2-012 (S. 108) m.w.N.

**1513** *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 33 m.w.N.

**1514** *John Bailey Denton v. Great Northern Railway Co (QB)* (1856) 5 Ellis and Blackburn 860, 119 E.R. 701 (703).

lich machte, befördert werden zu wollen<sup>1515</sup>.<sup>1516</sup> Als Annahmeerklärung wurde auch das widerspruchslose Behalten eines Tickets<sup>1517</sup> oder die Inanspruchnahme der Leistung<sup>1518</sup> angesehen. Beim Erwerb eines Tickets vor Reiseantritt wurde das Vertragsangebot in der Buchung des Kunden gesehen<sup>1519</sup>, die durch das Bereitstellen des Tickets angenommen werden kann<sup>1520</sup>.<sup>1521</sup> Der Vertragsschluss hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalls und vom Wortlaut der Erklärungen ab.<sup>1522</sup>

## 4 DCFR und PECL

Art. II.-4:204(1) DCFR (Art. 2:204(1) PECL) lautet: „*Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.*“ Es kann daher jede Form von *statement* oder Verhalten als Annahme gelten, die Zustimmung zum Angebot darstellt. Hierunter kann auch konkludentes Verhalten fallen.<sup>1523</sup> Der Vertrag kommt dann zustande, wenn der Anbietende vom Annahmeverhalten Kenntnis erlangt, Art. II.-4:205(2) DCFR (s.a. Art. 2:205(2) PECL).<sup>1524</sup> Sieht das

**1515** Wilkie v. London Passenger Transport Board [1947] 1 All E.R. 258 (259).

**1516** Vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–023 ff. (S. 330 f.); vgl. a. *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37; *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–012 (S. 16).

**1517** Cockerton v. Naviera Aznar, SA [1960] 2 Lloyd's Rep. 450; vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–012 (S. 16) m. Fn. 66; vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–024 (S. 331) m. Fn. 107, die dies nicht als Schweigen, sondern Annahme durch Verhalten ansehen.

**1518** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–024 (S. 331) m.w.N.

**1519** Vgl. *Daly v. General Steam Navigation Co. Ltd. (The Dragon)* (QB) [1979] 1 Lloyd's Rep. 257; vgl. insg. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–025 (S. 331). Dies wird z.T. auch durch AGB vorgesehen, vgl. *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contracts, 2022, S. 113 f.

**1520** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–025 (S. 331).

**1521** Vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–023 ff. (S. 330 f.); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–012 (S. 16); *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 37, die a. auf bestehende gesetzliche Vorschriften verweisen. Vgl. schon oben Kapitel 2 B.I.3.

**1522** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–023 (S. 331).

**1523** Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:204 Comment A (S. 310); vgl. *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:204 Comments A (S. 169).

**1524** Vgl. dazu *Illmer*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches

Angebot vor, dass der Vertrag mit Beginn der Ausführungshandlung zustande kommen soll, oder ergibt sich dies aus der Verkehrssitte oder der Übung der Parteien, kommt mit Beginn der Handlung der Vertrag zustande, Art. II.-4:205(3) DCFR, Art. 2:205(3) PECL. Dies ist mit § 151 BGB vergleichbar.<sup>1525</sup>

## 5 Ergebnis

Auch ohne ausdrückliche Erklärung ist anerkannt, dass durch schlüssiges Verhalten ein Vertrag begründet werden kann, z.B. in Selbstbedienungsläden und bei Restaurantbesuchen.<sup>1526</sup> Insofern ähneln sich die Grundsätze in den untersuchten Rechtsordnungen, dem DCFR und den PECL.<sup>1527</sup> Eine Annahme kann auch durch ein Verhalten erfolgen, das eine Zustimmung manifestiert.<sup>1528</sup>

In der englischen Rechtsprechung wird das Zustandekommen eines Vertrages bei Beförderungsleistungen nicht einheitlich beurteilt.<sup>1529</sup> Das französische Recht unterscheidet für den Vertragsschluss danach, ob ein freier Zugang zum Verkehrsmittel möglich ist.<sup>1530</sup> Das Bereitstellen eines öffentlichen Verkehrsmittels kann je nach Fallgestaltung sowohl im deutschen als auch im französischen und englischen Recht ein Angebot darstellen.<sup>1531</sup> Der Fahrgast kann das Angebot etwa annehmen, indem er die angebotene Leistung in Anspruch nimmt.<sup>1532</sup> Auch

Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1699).

1525 Vgl. Illmer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Vertragsschluss“ (S. 1699).

1526 Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 508; kritisch zur Annahme von *offer and acceptance* bei Restaurantbesuchen: Bayern, in: DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law, 2015, S. 77 (80 f.).

1527 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 508, vgl. wiederum zur *acceptation expresse* und *acceptation tacite*: Flour/Aubert/Savaux, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 234 (S. 305 f.); Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 502 f. m.w.N.

1528 Vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-4:204 Note I.1 (S. 311); Lando/Beale, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:204 Note 1 (S. 170).

1529 Vgl. Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–023 ff. (S. 330 f.).

1530 Le Tourneau/Bloch, Contrat de transport, in: Répertoire de droit civil, avril 2021, Sect. 1 Art. 1 Ziff. 38.

1531 Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 230.

1532 Vgl. BeckOGK/Möslein, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 23; vgl. le Tourneau/Bloch, Cont-

der EuGH hat für das Zustandekommen eines Beförderungsvertrages auf das Einsteigen in ein frei zugängliches Verkehrsmittel abgestellt.<sup>1533</sup> Hierbei soll es nicht auf den Kauf einer Fahrkarte ankommen.<sup>1534</sup> Zuvor kann bereits durch den Erwerb eines Tickets ein Beförderungsvertrag zustande gekommen sein.<sup>1535</sup> Zu bedenken sind zudem jeweils öffentlich-rechtliche Spezialvorschriften.<sup>1536</sup> Im deutschen Recht kann auch ein sonstiger Strom-, Gas- oder Wasserlieferungsvertrag durch konkludente Annahme zustande kommen.<sup>1537</sup>

Gerade bei konkludenten Willenserklärungen ergibt sich aus den schwächeren objektiven Anknüpfungspunkten eine größere Notwendigkeit einer Auslegung.<sup>1538</sup> Eine häufige Annahme von konkludenten Willenserklärungen birgt die Gefahr einer nur fiktiven Einigung und eines Verstoßes gegen die Vertragsfreiheit.<sup>1539</sup> Dies zeigt sich im deutschen Recht zum Beispiel auch bei einem Maklervertrag, bei dem der Makler seine Absicht zum Vertragsschluss eindeutig ausdrücken muss, um auszuschließen, dass er für den Makler der anderen Partei gehalten wird und aus dem Gefallenlassen der Maklerleistung nicht ohne Weiteres auf eine konkludente Annahmeerklärung geschlossen werden kann<sup>1540</sup>. Es muss daher genau auf die jeweiligen Einzelfallumstände geachtet werden, um zu beurteilen, ob von einer konkludenten Erklärung ausgegangen werden darf.<sup>1541</sup> Insbesondere im Fall einer Annahme ohne Zugang nach § 151 S. 1 BGB ist darauf zu achten, dass das Verhal-

rat de transport, in: Répertoire de droit civil, avril 2021, Sect. 1 Art. 1 Ziff. 38; *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–024 (S. 331) m.w.N.

**1533** EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. /J. KG“, Rn. 37. Vgl. dazu schon oben Kapitel 3 B.V.1.

**1534** EuGH, Beschl. v. 16.02.2023, C-530/22, ECLI:EU:C:2023:129, BeckRS 2023, 3328, „Dunaj-Finanse sp. z o. o. /J. KG“, Rn. 37. Vgl. aber zum französischen Recht: z.B. Cass. civ. 1e, 06.10.1998, n° 96–12.540, Bull. civ., 1998, I, n° 269, S. 188.

**1535** Vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 230; vgl. a. *le Tourneau/Bloch*, Contrat de transport, in: Répertoire de droit civil, avril 2021, Sect. 1 Art. 1 Ziff. 38.

**1536** *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 230.

**1537** Vgl. zum französischen Recht aber Art. L. 224–6(1) Code de la consommation.

**1538** Vgl. *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 232.

**1539** *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (118).

**1540** Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 198/15, NJW 2017, 2337 (2338 Rn. 25).

**1541** Vgl. a. zu Beförderungsverträgen: *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–023 (S. 331).

ten des Erklärenden unzweideutig auf einen Annahmewillen schließen lassen muss.<sup>1542</sup> Treten hier entgegenstehende Umstände auf, z.B. ein mündlicher Protest, liegt keine Erklärung vor.<sup>1543</sup> Dies ergibt sich bereits aus einer objektiven Auslegung des Verhaltens des Handelnden.<sup>1544</sup>

### III Zusendung unbestellter Ware

Teilweise versuchten Unternehmen, Verbraucher dadurch zu einem Vertragsschluss zu bringen, dass sie ihnen unaufgefordert, ohne vorherige Bestellung Waren zusendeten mit der Anmerkung, dass ein entgeltlicher Vertrag zustande kommen solle, wenn der Verbraucher auf die Zusendung nicht reagiere und die Ware nicht innerhalb einer gesetzten Frist zurücksende.<sup>1545</sup> Es besteht in vielen Staaten Einigkeit, dass grundsätzlich durch ein solches Vorgehen bei unbestellt zugesandter Ware kein Vertrag zustande kommen sollte.<sup>1546</sup> So legt Art. 27 Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU) fest, dass der Verbraucher von der Pflicht zur Gegenleistung befreit ist, wenn unbestellte Waren, Wasser, Gas, Strom, Fernwärme oder digitaler Inhalt geliefert oder unbestellte Dienstleistungen erbracht werden (S. 1) und dass in diesen Fällen das Ausbleiben einer Antwort des Verbrauchers auf eine solche unbestellte Lieferung oder Erbringung nicht als Zustimmung gilt (S. 2).<sup>1547</sup> Diese Regelung bezieht sich daher direkt auf das (fehlende) Zustandekommen eines Vertrages.<sup>1548</sup> Sie soll den Verbraucher vor einem ungewollten Vertragsschluss und einer Zwangssituation schützen.<sup>1549</sup>

1542 Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657).

1543 Vgl. zur *protestatio facto contraria* bereits oben Kapitel 3 B.I.1.b.

1544 Vgl. a. *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

1545 Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 2; *Picod, Y./Picod, N.*, Code de la consommation, 29<sup>e</sup> éd. 2024, Art. L. 121–11, Section 4 (S. 123).

1546 *Schlesinger*, *Formation of Contracts*, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (139); BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 3, 5. Vgl. rvgl. dazu, welche Ansprüche ausgeschlossen sind: MüKO/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 2.

1547 Vgl. zum EU-rechtlichen Hintergrund insg.: BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 4 ff.; *Staudinger/Olzen* (2024), § 241a Rn. 9 ff.

1548 Vgl. *Pfeiffer*, in: *Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract*, 2016, S. 135 (142 f.).

1549 Vgl. MüKO/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 3; *Erman/Saenger*, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 1b.

## 1 Deutsches Recht

Der Anbietende kann nach deutschem Recht nicht einseitig festlegen, dass Schweigen als Annahme gelten soll.<sup>1550</sup> Zudem sieht § 241a Abs. 1 BGB vor, dass durch die Lieferung beweglicher Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden (Waren), oder durch die Erbringung sonstiger Leistungen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ein Anspruch gegen den Verbraucher nicht begründet wird, wenn der Verbraucher die Waren oder sonstigen Leistungen nicht bestellt hat.<sup>1551</sup> Es kommt daher grundsätzlich kein Vertrag zustande.<sup>1552</sup> Gesetzliche Ansprüche sind nach Abs. 2 jedoch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Leistung nicht für den Empfänger bestimmt war oder in der irrigen Vorstellung einer Bestellung erfolgte und der Empfänger dies erkannt hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können. Nach Abs. 3 darf von dieser Vorschrift nicht zulasten des Verbrauchers abgewichen werden oder die Regelung durch anderweitige Gestaltung umgangen werden. Die Regelung hat in der Literatur auch Kritik erfahren, u.a. weil sie als absolute Rechtsfolge alle in Betracht kommenden Ansprüche ausschließt, was dem deutschen Schuldrecht nicht entspreche.<sup>1553</sup>

Eine Lieferung i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Sache dergestalt in den Herrschaftsbereich des Verbrauchers gelangt, dass er sie in Besitz nehmen kann.<sup>1554</sup> Gefordert wird für eine Lieferung zudem eine „Bewegung“ in Richtung des Verbrauchers, sodass z.B. ein im Restaurant auf dem Tisch bereit stehender Brotkorb keine unbestellte Ware

**1550** *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § 25 Rn. 346 (S. 152); *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 138 (S. 52); vgl. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 509 f.

**1551** Vgl. zum Verhältnis zur GoA: *BeckOGK/Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 44; *Erman/Saenger*, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 25; *Staudinger/Olzen* (2024), § 241a Rn. 39 ff.

**1552** *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 162 (S. 61) m.w.N.

**1553** Vgl. dazu die Darstellungen b.: *BeckOGK/Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 16 ff. m.w.N.; *MüKO/Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 5 f. m.w.N.; vgl. a. die Darstellung b.: *Lorenz, S.*, in: *Rauscher/Mansel, FS W. Lorenz*, 2001, S. 193 (200 ff.); vgl. zur Richtlinienkonformität: *Erman/Saenger*, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 1a.

**1554** *BeckOGK/Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 38; *MüKO/Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 11; *Staudinger/Olzen* (2024), § 241a Rn. 23.



ist.<sup>1555</sup> Die Erbringung einer Leistung liegt dann vor, wenn der Verbraucher die Leistung unmittelbar nutzen kann.<sup>1556</sup> Eine Bestellung durch den Verbraucher fehlt, wenn er die Leistung nicht veranlasst hat.<sup>1557</sup>

§ 241a Abs. 1 BGB schließt nicht aus, dass der Verbraucher durch eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung nach § 151 S. 1 BGB das Vertragsangebot durch den Unternehmer annimmt.<sup>1558</sup> Der Wortlaut des § 241a Abs. 1 BGB stellt insofern nur darauf ab, dass ein Vertragsschluss „durch die Lieferung“ nicht zustande kommt, sodass eine konkludente Annahmehandlung möglich bleibt.<sup>1559</sup> Dies ist jedoch nur in Ausnahmefällen möglich, da das bloße Behalten und Nutzen der Leistung aufgrund des Anspruchsausschlusses des § 241a Abs. 1 BGB gerade nicht als Annahme ausgelegt werden kann.<sup>1560</sup> In Betracht kommt ein Verhalten, das über die bloße Nutzung hinausgeht, z.B. die Zahlung.<sup>1561</sup> Eine Ausnahme besteht auch, wenn der Unternehmer nicht unlauter gehandelt hat, wovon § 241a Abs. 1 BGB jedoch gerade schützen soll.<sup>1562</sup>

Bezüglich der Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen sehen bereits die § 2 Abs. 2 S. 1 GasGVV, § 2 Abs. 2 S. 1 StromGVV, § 2 Abs. 2 S. 1 AVBFernwärmeV und § 2 Abs. 2 S. 1 AVBWasserV vor, dass ein Vertrag konkludent zustande kommen kann.<sup>1563</sup>

**1555** Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 38; vgl. BeckOK/*Sutschet*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 241a Rn. 2; vgl. MüKO/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 11 m. Fn. 54.  
**1556** BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 43; BeckOK/*Sutschet*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 241a Rn. 2.

**1557** BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 46; BeckOK/*Sutschet*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 241a Rn. 5; Erman/*Saenger*, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 10; MüKO/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 12.

**1558** Lorenz, S., JuS 2000, 833 (841); vgl. a. Riehm, Jura 2000, 505 (511); vgl. dazu a. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 79, 82 f. m.w.N., 114 (allerd. grds. abl. bzgl. § 151 S. 1 BGB).

**1559** Vgl. Lorenz, S., JuS 2000, 833 (841); Riehm, Jura 2000, 505 (511); vgl. a. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 82, 114 ff.

**1560** Lorenz, S., JuS 2000, 833 (841); Lorenz, S., in: Rauscher/Mansel, FS W. Lorenz, 2001, S. 193 (197); BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 82, 116.

**1561** Vgl. MüKO/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 15 m.w.N.; BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 80; vgl. a. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 488 m.w.N.; vgl. a. Schulze/*Schulze*, 12. Aufl. 2024, § 241a Rn. 10; vgl. a. Erman/*Saenger*, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 15a.

**1562** Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 47, 69; vgl. a. MüKO/*Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 23 („ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“). Vgl. a. § 241a Abs. 2 BGB.

**1563** Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 47.

§ 241a Abs. 1 BGB kann vorliegen, wenn der Verbraucher bei einem Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr zwar entsprechend § 312j Abs. 3 BGB durch einen Button auf eine Zahlungspflicht hingewiesen wird, ihm jedoch zusätzlich eine zeitweise kostenlose Leistung angeboten wird, ohne dass er auf die für diese zweite Leistung später folgende Zahlungspflicht nochmals hingewiesen wird.<sup>1564</sup> Ohne eine weitere Schaltfläche für den zweiten Vertrag kommt kein Vertrag zustande (§ 312j Abs. 4 BGB).<sup>1565</sup> In diesem Fall führt mangels zu berücksichtigender Bestellung<sup>1566</sup> zudem § 241a Abs. 1 BGB dazu, dass auch gesetzliche Ansprüche ausgeschlossen sind.<sup>1567</sup> Ein Bereicherungsanspruch des Unternehmers aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB bezüglich der Nutzung der Leistung ist dann über § 241a Abs. 1 BGB mangels Bestellung dieser Leistung durch den Verbraucher ausgeschlossen.<sup>1568</sup> Etwas anderes kann gelten, wenn der Verbraucher sich gleichzeitig auf das Fehlen eines Vertrages nach § 312j Abs. 4 BGB beruft, aber dennoch die Leistung in Anspruch nimmt und sich somit widerprüchlich verhält, § 242 BGB.<sup>1569</sup>

## 2 Französisches Recht

Auch im französischen Recht besteht der Grundsatz, dass der Anbietende nicht einseitig bestimmen kann, dass Schweigen als Zustimmung gelten soll.<sup>1570</sup> Nach Art. L. 121–12(1) Code de la consommation ist es verboten, dass ein Gewerbetreibender für Waren oder Dienstleistungen Zahlungen oder bei Waren deren Rückgabe und Aufbewahrung verlangt, wenn der Verbraucher die Waren oder Dienstleistungen nicht

**1564** Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 53.

**1565** LG Berlin, Urt. v. 23.05.2023, 67 S 12/23, NJW-RR 2023, 1607 (1608 Rn. 13).

**1566** Vgl. dazu *de Franceschi*, GRUR Int 2013, 865 (869 f.).

**1567** Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 53.

**1568** Vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 53; AG Berlin-Pankow, Urt. v. 06.12.2022, 3 C 170/22, BeckRS 2022, 48334 (Rn. 19 f.); bestätigt durch LG Berlin, Urt. v. 23.05.2023, 67 S 12/23, NJW-RR 2023, 1607 (1608 Rn. 22).

**1569** AG Berlin-Pankow, Urt. v. 06.12.2022, 3 C 170/22, BeckRS 2022, 48334 (Rn. 21); bestätigt durch LG Berlin, Urt. v. 23.05.2023, 67 S 12/23, NJW-RR 2023, 1607 (1608 Rn. 21); vgl. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 53.

**1570** Vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 447 (S. 364); vgl. *Terré/Simler/Lequette/Chénédé*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 187 (S. 206).

vorher bestellt hat<sup>1571</sup>. Nach Art. L. 121–12(2) Code de la consommation gilt das Verbot auch für Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas oder Elektrizität,<sup>1572</sup> wenn sie nicht in einem bestimmten Volumen oder einer bestimmten Menge geliefert werden, sowie für die Lieferung von Fernwärme und digitalen Inhalten, die nicht auf einem physischen Datenträger bereitgestellt werden.<sup>1573</sup> Art. L. 121–12 Code de la consommation steht bei Bankgeschäften der Erhebung von Zinsen, Provisionen oder Gebühren für Überziehungskredite nicht entgegen, ebenso wenig Änderungen von Vertragsbedingungen aufgrund einer bei Vertragsschluss vereinbarten Änderungsklausel, Art. L. 121–13(1), (2) Code de la consommation.<sup>1574</sup>

Art. R. 635–2 Code pénal sanktioniert das Zusenden unbestellter Ware mit einer Geldbuße.<sup>1575</sup> Ein Vertrag, der entgegen Art. L. 121–12 Code de la consommation geschlossen wird, ist nichtig und entfaltet keine Wirkung (*nul et de nul effet*), Art. L. 132–16(1) Code de la consommation.<sup>1576</sup> Der Unternehmer muss dem Verbraucher Zahlungen zurückerstatten, die dieser ohne ausdrückliche und vorherige Verpflichtung (*sans engagement exprès et préalable*) geleistet hat, Art. L. 132–16(2) Code de la consommation.<sup>1577</sup> Auch eine konkludente Annahme scheint daher ausgeschlossen.<sup>1578</sup>

1571 Art. L. 121–12(1) Code de la consommation lautet: „*Est interdit le fait d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur*“.

1572 Vgl. insofern zum deutschen Recht: BeckOGK/Fritzsche, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 34.

1573 Vgl. z.B. zu einem Stromliefervertrag a.: CA Paris, 07.02.2014, n° 13/00708.

1574 Vgl. dazu Aubry, in: Fenouillet, Droit de la consommation, 2020, Ziff. 126.52 (S. 290 f.).

1575 Vgl. a. den Verweis auf Art. R. 635–2 Code pénal in Art. R. 132–3 Code de la consommation. Der Wortlaut des Art. R. 635–2 Code pénal ist nicht auf Beziehungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern beschränkt, vgl. a. zum Verhältnis von Art. R. 635–2 Code pénal zu Art. L. 121–12 Code de la consommation: Aubry, in: Fenouillet, Droit de la consommation, 2020, Ziff. 126.51 (S. 290). Vgl. zu strafrechtlichen Sanktionen a.: Art. L. 132–17 und Art. L. 132–18 Code de la consommation.

1576 Pellier, Ventes réglementées, in: Répertoire de droit commercial, avril 2025, Sec. 2 Art. 1 § 2 Ziff. 172 sieht die Nichtigerklärung in Art. L. 132–16(1) Code de la consommation insofern als überflüssig an, da Schweigen nicht als Annahme gelten könne.

1577 Vgl. zu geschuldeten Zinsen: Art. L. 132–16(3) Code de la consommation.

1578 Vgl. Lorenz, S., in: Rauscher/Mansel, FS W. Lorenz, 2001, S. 193 (196) (zu Art. L. 122–3 Code de la consommation a.F.).

Im elektronischen Geschäftsverkehr kann die Feststellung, ob eine Bestellung durch den Verbraucher oder eine unbestellte Leistung vorlag, schwierig sein.<sup>1579</sup> Eine vorangekreuzte Zusatzoption bei einer Internetbestellung wurde als Verstoß gegen Art. L. 122–3 Code de la consommation a.F. (heute Art. L. 121–12 Code de la consommation) angesehen.<sup>1580</sup>

### 3 Common Law

Nach Sec. 236(2) Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 muss der Verbraucher im Fall von unbestellter Ware (*inertia selling*) keine Zahlung oder sonstige *consideration* leisten. Eine fehlende Antwort durch den Verbraucher stellt nach Sec. 236(4) keine Zustimmung dar. Der Verbraucher kann die Ware nutzen oder damit verfahren, als sei sie ihm unbedingt geschenkt worden, Sec. 236(3). Schon nach dem Grundsatz, dass der andere Teil nicht einseitig eine Erklärungsbedeutung von Schweigen bestimmen kann, kommt bei einer fehlenden Reaktion des Verbrauchers kein Vertrag zustande.<sup>1581</sup> Im Unsolicited Goods and Services Act 1971 sind zudem strafrechtliche Sanktionen für unbestellt zugesandte Ware vorgesehen.<sup>1582</sup> Trotz der Regelung gegen *inertia selling* ist wohl davon auszugehen, dass eine Vertragspartei, die andere als die geschuldete Ware oder eine andere Menge sendet, durch das Zusenden der Ware ein Verkaufsangebot abgeben kann.<sup>1583</sup> Eine ausdrückliche oder eindeutige konkludente Annahme durch den Kunden unbestellt zugesandter Ware scheint von Sec. 236 Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>1584</sup>

1579 Aubry, in: Fenouillet, Droit de la consommation, 2020, Ziff. 126.52 (S. 291).

1580 TGI Bordeaux, 11.03.2008, n° 3703/2006.

1581 Stone/Devenney, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 66; Felthouse v Bindley (1862) 11 Cb (N.S.) 869, [1862] EWHC CP J35; vgl. für die USA: Murray, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 211).

1582 Vgl. z.B. Sec. 2 (*demands and threats regarding payment*) und Sec. 4 (*unsolicited publications*). Vgl. a. Sec. 237(7) i.V.m. Schedule 20 para. 31 Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024.

1583 Vgl. Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–009 (S. 322 f.).

1584 Vgl. allg. Rüfner, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Unbestellte Waren“ (S. 1529); vgl. a. zumindest zum *Common Law*: Furmston, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 67, der aller-

Auch in den USA kommt bei Zusendung von unbestellter Ware grundsätzlich kein Vertrag zustande.<sup>1585</sup> Auch hier kann der Empfänger die Ware als Geschenk behandeln.<sup>1586</sup>

## 4 DCFR und PECL

Im Angebot kann der Anbietende nicht bestimmen, dass Schweigen als Annahme zu werten ist.<sup>1587</sup> Nach Art. II.-3:401(1)(a) DCFR kommt für den Fall, dass ein Unternehmer unbestellte Ware an einen Verbraucher liefert oder unbestellte Dienstleistungen erbringt, ein Vertrag weder dadurch zustande, dass der Verbraucher nicht antwortet, noch durch eine andere Handlung oder ein anderes Unterlassen des Verbrauchers bezüglich der Waren oder Dienstleistungen.<sup>1588</sup> Eine Lieferung liegt vor, wenn der Verbraucher physisch über die Ware verfügen kann, Art. II.-3:401(4) DCFR. Wenn der Verbraucher zwar noch kein Angebot, aber bereits eine Anfrage versendet hat, ist dann nicht von „unbestellter“ Ware auszugehen, wenn der Verbraucher wusste oder wissen musste, dass der Unternehmer die Ware aufgrund der Anfrage versenden würde.<sup>1589</sup>

Nach Art. II.-3:401(1)(b) DCFR entstehen keine außervertraglichen Pflichten aus dem Bezug, dem Behalten, der Ablehnung oder der Verwendung der Waren oder der Entgegennahme der Dienstleistungen. Außervertragliche Pflichten sind nach Art. II.-3:401(2) DCFR jedoch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Bereitstellung von Ware oder Dienstleistungen im Wege einer Geschäftsführung ohne Auftrag erfolgte, aufgrund eines Irrtums oder aus anderen Gründen, die ein Rückforderungsrecht aufgrund einer ungerechtfertigten Bereicherung

dings auch auf die Behandlung als Geschenk verweist.

**1585** Vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[C] (S. 214); *Staudinger/Olzen* (2024), § 241a Rn. 73; *MüKO/Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, § 241a Rn. 2.

**1586** Vgl. *The American Law Institute*, *Restatement (Second) of Contracts*, § 69 (1981), Oct. 2024 Update, Reporter's Note, Comment e (Westlaw S. 5); vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[C] (S. 215); vgl. 39 U.S. Code § 3009(b).

**1587** Vgl. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 534.

**1588** Vgl. zum Eigentumsübergang: Art. VIII.-2:304 DCFR, vgl. a. *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment H (S. 260).

**1589** Vgl. *von Bar/Clive*, *DCFR Full Ed.*, Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment D (S. 258).

hervorrufen. In diesen Fällen liegt kein unerwünschtes Verhalten des Unternehmers vor.<sup>1590</sup> Art. II.-3:401(3) DCFR betrifft das Verhältnis zu den spezielleren Vorschriften über die Lieferung einer zu großen Menge im Rahmen eines Kaufvertrags.<sup>1591</sup>

Das grundsätzliche Fehlen eines Vertrages nach Art. II.-3:401(1) (a) DCFR schließt eine ausdrückliche Erklärung des Empfängers oder das Bezahlen der Ware als konkludente Annahmeerklärung wohl nicht aus.<sup>1592</sup> Das Nutzen des unbestellt zugesandten Produkts für wenige Male reicht nicht, um darin eine Vertragsannahme zu sehen.<sup>1593</sup>

In den PECL findet sich im Gegensatz zum DCFR keine Vorschrift zu unbestellter Ware.<sup>1594</sup> Insofern wird teilweise vertreten, dass eine Regelung nicht erforderlich ist, da die allgemeine Regel des Art. 2:204(2) PECL zur grundsätzlich fehlenden Erklärungswirkung von Schweigen ausreichend sei, um klarzustellen, dass eine fehlende Antwort auf den Erhalt von unbestellter Ware oder Diensten nicht zur Annahme und damit auch nicht zu einem Vertrag führt.<sup>1595</sup>

## 5 Ergebnis

Wie bereits im Rahmen des Schweigens bei Vertragsschluss gesehen, kann eine Partei nicht einseitig festlegen, dass Schweigen auf ein Angebot als Annahme gewertet würde.<sup>1596</sup> Im Fall von unbestellter Ware

**1590** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment E (S. 258 f.).

**1591** Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment E (S. 259). Vgl. Art. IV.A.-3:105 DCFR.

**1592** Vgl. *Rüfner*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Unbestellte Waren“ (S. 1529); vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment F (S. 259 f.).

**1593** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment F Illustration 4 (S. 260).

**1594** Vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 6, 2009, S. 5757; vgl. insg. *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (317 Rn. 1, 322 Rn. 17).

**1595** *Christandl*, Art. 2:204, in: Jansen/Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. 316 (322 Rn. 17); vgl. a. *Rüfner*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Unbestellte Waren“ (S. 1530).

**1596** Vgl. z.B. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 509 f., 534; *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 447 (S. 364); *Felthouse v Bindley* (1862) 11 Cb (N.S.) 869, [1862] EWHC CP J35; *Murray, Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 211); vgl.

bzw. unbestellten Leistungen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher besteht zunächst nach allen untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR kein wirksamer Vertrag.<sup>1597</sup> Nach dem *Common Law* kann der Verbraucher die Sache wie ein Geschenk behandeln.<sup>1598</sup> Im französischen und englischen Recht sind zudem strafrechtliche Sanktionen vorgesehen.<sup>1599</sup> Der Ausschluss eines Vertragsverhältnisses soll ein aggressives Verhalten des Unternehmers verhindern.<sup>1600</sup> Daher ist es gerechtfertigt, gesetzliche Ansprüche etwa bei einer irrtümlichen Zusendungen durch den Unternehmer nicht auszuschließen.<sup>1601</sup>

Eine ausdrückliche Annahme oder eine eindeutige konkludente Annahme durch den Verbraucher scheint durch die meisten Regelungen nicht ausgeschlossen.<sup>1602</sup> Die bloße Nutzung der zugesandten Ware reicht für eine eindeutige Annahmehandlung allerdings nicht aus.<sup>1603</sup> Das Unionsrecht sieht in Art. 5 Abs. 5 und Anhang I Nr. 29 Richtlinie 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) vor, dass die Zusendung unbestellter Ware als wettbewerbswidrig anzusehen ist.<sup>1604</sup> Zum Zustandekommen eines Versorgungsvertrages hat der EuGH entschieden, dass die unionsrechtlichen Vorgaben zu unbestellten Waren oder Dienstleistungen<sup>1605</sup> das Zustandekommen eines Ver-

rvgl. Lorenz, S., in: Rauscher/Mansel, FS W. Lorenz, 2001, S. 193 (195).

**1597** Vgl. § 241a Abs. 1 BGB („wird ein Anspruch gegen den Verbraucher nicht begründet“); Art. L. 132–16(1) Code de la consommation („nul et de nul effet“); Sec. 236(4) Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 („does not constitute consent“); Art. II.-3:401(1) (a) DCFR („no contract arises“); vgl. a. Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (139).

**1598** Vgl. Sec. 236(3) Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024; vgl. 39 U.S. Code § 3009(b).

**1599** Vgl. Art. R. 635–2 Code pénal, Art. L. 132–17, Art. L. 132–18 Code de la consommation; Unsolicited Goods and Services Act 1971.

**1600** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment A (S. 257).

**1601** Vgl. § 241a Abs. 2 BGB; Art. II.-3:401(2) DCFR.

**1602** Vgl. Riefner, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 2009, „Unbestellte Waren“ (S. 1529); anders wohl im französischen Recht: Art. L. 132–16(2) Code de la consommation; vgl. Lorenz, S., in: Rauscher/Mansel, FS W. Lorenz, 2001, S. 193 (196) (zu Art. L. 122–3 Code de la consommation a.F.).

**1603** Vgl. Schmidt, J., Vertragsschluss, 2013, S. 488 m.w.N.; von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-3:401 Comment F Illustration 4 (S. 260).

**1604** Vgl. zum deutschen Recht: § 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 29 UWG.

**1605** Vgl. Art. 9 Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG, Art. 27 Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU i.V.m. Art. 5 Abs. 5 und Anhang I Nr. 29 Richtlinie 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

trages nicht regeln, sodass über einen konkludenten Vertragsschluss das nationale Recht entscheidet.<sup>1606</sup> Nach deutschem Recht ist für Versorgungsleistungen ein konkludenter Vertragsschluss möglich.<sup>1607</sup> Vorinstallierte Software kann laut EuGH eine unbestellte Lieferung darstellen, wenn der Verbraucher nicht zuvor über die Existenz von vorinstallierter Software und deren Kosten informiert wurde.<sup>1608</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass für das Vorliegen einer unbestellten Lieferung nicht auf die Kenntnis des Verbrauchers über die Entgeltlichkeit einer Leistung abzustellen ist, sondern auf die (fehlende) Bestellung durch den Verbraucher.<sup>1609</sup>

Im Internet können sich Fallgruppen unbestellter Waren oder Dienstleistungen stellen, z.B. wenn dem Verbraucher zahlungspflichtige Leistungen in Form von zusätzlichen Leistungen<sup>1610</sup> oder durch vorangekreuzte Optionen<sup>1611</sup> nicht hinreichend deutlich gemacht werden.<sup>1612</sup> Insgesamt stellt es eine gelungene Regelung dar, einen Vertragsschluss für die Fälle von unbestellten Waren oder Dienstleistungen abzulehnen, da so insbesondere solche Erklärungsfiktionen verhindert werden können, bei denen ein Unternehmer einem Verbraucher durch dessen Nichtstun einen Vertrag „unterschieben“ möchte, indem Schweigen auf unbestellte Waren oder Dienstleistungen als Annahme fingiert werden soll.<sup>1613</sup>

**1606** EuGH, Urt. v. 03.02.2021, C-922/19, ECLI:EU:C:2021:91, GRUR-RS 2021, 954, „Stichting Waternet/MG“, Rn. 40 ff.; vgl. dazu BeckOK/Sutschet, 74. Ed., 01.05.2025, § 241a Rn. 5; vgl. a. BeckOGK/Fritzsche, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 35.

**1607** Vgl. dazu oben II.1.b; vgl. a. BeckOGK/Fritzsche, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 47; vgl. aber im französischen Recht: Art. L. 224–6(1) Code de la consommation.

**1608** EuGH, Urt. v. 13.09.2018, C-54/17, C-55/17, ECLI:EU:C:2018:710, BeckRS 2018, 21402, Rn. 44 ff. Unbestellte Waren oder Dienstleistung hat der EuGH dann abgelehnt, wenn u.a. dem Verbraucher bekannt ist, dass die Lieferung von Wasser entgeltlich ist, EuGH, Urt. v. 03.02.2021, C-922/19, ECLI:EU:C:2021:91, GRUR-RS 2021, 954, „Stichting Waternet/MG“, Rn. 62; vgl. dazu BeckOK/Sutschet, 74. Ed., 01.05.2025, § 241a Rn. 5.

**1609** Vgl. BeckOK/Sutschet, 74. Ed., 01.05.2025, § 241a Rn. 5.

**1610** Vgl. BeckOGK/Fritzsche, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 53.

**1611** TGI Bordeaux, 11.03.2008, n° 3703/2006.

**1612** Vgl. insg. BeckOGK/Fritzsche, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 53 m.w.N.

**1613** Vgl. zum Normzweck: Erman/Saenger, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 1b; vgl. kritisch zur praktischen Bedeutung des § 241a BGB: JurisPK/Toussaint, 10. Aufl. (03.01.2024), § 241a Rn. 18.



## IV Ergebnis

Für den Zeitraum bei Vertragsschluss stellt sich die Gefahr von Erklärungsfiktionen insbesondere, wenn eine Partei ohne tatsächliche Kenntnisnahme Klauseln zustimmt oder ein Verhalten als Annahmehandlung ausgelegt werden soll, z.B. auch bei unbestellt zugesandter Ware. In diesen Fällen bestehen unterschiedliche Ansatzpunkte, untergeschobenen oder unterstellten Verträgen entgegenzuwirken. Da Vertragspartner von AGB-Verwendern die Klauseln in der Regel nicht lesen, sind sie insbesondere auf die Existenz und Abrufbarkeit der AGB hinzuweisen, damit im Moment der Zustimmung sichergestellt ist, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hatte, die Klauseln zur Kenntnis zu nehmen.<sup>1614</sup> Dies stellt somit (rechtlich vorgesehene) Anforderungen an die tatsächliche Gestaltung des Vertragsschlussvorgangs.

Für die Frage der Annahme durch konkludentes Verhalten erfolgt ein Entgegenwirken gegen Erklärungsfiktionen auf rein rechtlicher Ebene. Insofern ist im Rahmen der Auslegung darauf zu achten, dass das Verhalten auf einen Annahmewillen schließen lässt.<sup>1615</sup> Das Beispiel der Beförderungsverträge zeigt, dass es verschiedene Anknüpfungspunkte für die Willenserklärungen der Parteien geben kann.<sup>1616</sup> Insofern muss stets darauf geachtet werden, nicht vorschnell konkludente Erklärungen aus einem Verhalten abzuleiten, um nicht gegen die Vertragsfreiheit zu verstoßen.<sup>1617</sup> Dies kann im Fall des § 151 S. 1 BGB beispielsweise dadurch sichergestellt werden, dass das Verhalten des Erklärenden unzweideutig auf einen Annahmewillen schließen lassen muss.<sup>1618</sup> Ein ausdrücklicher Widerspruch gegen einen Vertragsschluss muss im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden, sodass in diesem Fall kein Vertrag zustande kommt.<sup>1619</sup>

**1614** Vgl. oben I.

**1615** Vgl. oben II.

**1616** Vgl. oben II.1.b, II.2.b, II.3.b.

**1617** Vgl. *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (118).

**1618** Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657).

**1619** Vgl. zur *protestatio facto contraria* oben Kapitel 3 B.I.1.b.

Der Fall von unbestellt zugesandter Ware durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ist überdies eigens gesetzlich geregelt.<sup>1620</sup> Hierbei kommt nach allen untersuchten Rechtsordnungen kein Vertrag zustande.<sup>1621</sup> Diese Regelung dient dazu, die Praxis der Zusendung unbestellter Waren einzudämmen und stellt damit eine Fallgruppe der Verhinderung von Erklärungsfiktionen dar.<sup>1622</sup>

## D Die Gefahr von Erklärungsfiktionen nach Vertragsschluss

Die Problematik von Erklärungsfiktionen und untergeschobenen Erklärungen stellt sich nicht nur im Zeitpunkt einer möglichen Einigung. Auch nach Vertragsschluss stellt sich die Frage, wie eine bewusste und gewollte Entscheidung für den Abschluss eines (weiteren) Vertrages sichergestellt werden kann.

### I Die Vereinbarung einer Vertragsverlängerung oder Vertragsänderung

Eine erste Fallgruppe der Gefahr von Erklärungsfiktionen nach Vertragsschluss besteht bei der Vereinbarung einer Vertragsverlängerung oder -änderung. Hierbei ist insbesondere fraglich, ob aufgrund des bereits bestehenden Vertrages und bestehender Leistungspflichten höhere Anforderungen an eine weitere Einigung gestellt werden müssen. Zudem stellt sich das Problem, wie im Vorhinein eine praktikable Lösung über Vertragsänderungen vereinbart werden kann, ohne die Vertragsfreiheit des Vertragspartners zu verletzen.

**1620** Vgl. dazu oben III.

**1621** Vgl. § 241a Abs. 1 BGB („wird ein Anspruch gegen den Verbraucher nicht begründet“); Art. L. 132–16(1) Code de la consommation („nul et de nul effet“); Sec. 236(4) Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 („does not constitute consent“); Art. II.-3:401(1) (a) DCFR („no contract arises“); vgl. a. *Schlesinger*, Formation of Contracts, Vol. I, 1968, B-5, S. 131 (139).

**1622** Vgl. zum Normzweck: *Erman/Saenger*, 17. Aufl. 2023, § 241a Rn. 1b.

## 1 Deutsches Recht

### a Vertragsverlängerung

Eine Vertragsverlängerung kann im deutschen Recht konkludent dadurch erfolgen, dass die Parteien das Vertragsverhältnis nach deren Ablauf fortsetzen und sich feststellen lässt, dass dies dem Willen der Parteien entspricht.<sup>1623</sup> Auch gesetzlich kann eine Vertragsverlängerung vorgesehen sein. Nach § 545 BGB verlängert sich ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, wenn der Mieter nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache fortsetzt, sofern nicht eine Vertragspartei ihren entgegenstehenden Willen innerhalb von zwei Wochen dem anderen Teil erklärt.<sup>1624</sup> Eine stillschweigende Verlängerung ist auch in § 625 BGB für Dienstverträge vorgesehen.

### b Vertragsänderung

Auch für eine Vertragsänderung ist die Einigung der Parteien erforderlich, § 311 Abs. 1 BGB.<sup>1625</sup> Wenn Vertragsbedingungen erst nach Vertragsabschluss dem Vertragspartner vorgelegt werden, muss eine Vertragsänderung vereinbart werden.<sup>1626</sup> Für die Frage der Formbedürftigkeit des Änderungsvertrages ist grundsätzlich auf die Vorschriften für den Ausgangsvertrag abzustellen.<sup>1627</sup> Bei der Änderung von AGB muss die Änderung in den Vertrag einbezogen werden und der Vertragspartner muss die Änderung annehmen.<sup>1628</sup> Für eine ausdrückliche Annahme der

**1623** Vgl. OLG Dresden, Urte. v. 10.08.2022, 5 U 743/22, NJW-RR 2022, 1670 (1671 Rn. 35 f.).

**1624** Diese Vorschrift ist abdingbar: BGH, Urte. v. 15.05.1991, VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750 (1751); vgl. dazu BeckOGK/*Mehle*, Stand: 01.05.2025, § 545 Rn. 4.

**1625** Vgl. BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 115; BeckOK/*Gehrlein*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 311 Rn. 33; MüKO/*Emmerich*, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 11.

**1626** Vgl. BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 243; vgl. BGH, Urte. v. 22.02.2012, VIII ZR 34/11, NJW-RR 2012, 690 (691 Rn. 23); BGH, Urte. v. 11.11.2009, VIII ZR 12/08, NJW 2010, 864 (867 Rn. 39). Für das Erfordernis einer ausdrücklichen Annahme: BGH, Urte. v. 22.09.1983, I ZR 40/81, NJW 1984, 1112 (1112); MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 88; BeckOK/*Becker*, 74. Ed., Stand: 01.05.2024, § 305 Rn. 66.

**1627** Vgl. BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 143.

**1628** BGH, Urte. v. 29.07.2021, III ZR 179/20, NJW 2021, 3179 (3182 Rn. 34); BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 264; MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 90; *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 164; vgl. *Habersack*, ZIP 2021, 1837 (1838); *Grüneberg/Grüneberg*, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 47; *Staudinger/Mäsch* (2022), § 305 Rn. 193.

geänderten AGB durch den Kunden kann ein Klick auf einen Zustimmung-Button ausreichen.<sup>1629</sup>

### (1) Fortgesetzte Inanspruchnahme der ursprünglich geschuldeten Leistung

Der Vertragspartner muss auf die Vertragsänderung hingewiesen werden und die vorgeschlagene Änderung annehmen, eine fortgeführte Entgegennahme der Leistung reicht hierfür nicht aus.<sup>1630</sup> Teilweise wird dagegen vertreten, durch die Inanspruchnahme der Leistung liege die Annahme eines Änderungsangebots vor.<sup>1631</sup> Die fortgeführte Nutzung der geschuldeten Leistungen resultiert allerdings nicht ohne weiteres daraus, dass die Partei eine Änderung annehmen möchte, vielmehr macht sie ihre Rechte aus dem bereits bestehenden Vertrag geltend.<sup>1632</sup> Aus Sicht des objektiven Erklärungsempfängers kann aus der Inanspruchnahme der bereits geschuldeten Leistung nicht darauf geschlossen werden, dass der andere Teil eine Änderung annehmen möchte.<sup>1633</sup> Schon deshalb liegt hier auch im Fall von fehlendem Erklärungsbewusstsein des Empfängers eines Änderungsangebots, der seinem Handeln keinen Erklärungswert beimisst, keine Willenserklärung vor, da der Erklärungsempfänger nicht von einer Annahme ausgehen darf, wenn lediglich die ohnehin geschuldete Leistung in Anspruch genom-

**1629** Vgl. BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20, NJW 2021, 3179 (3182 f. Rn. 33, 39 ff.); vgl. a. Grüneberg/Grüneberg, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 47.

**1630** Vgl. zur nachträglichen Einbeziehung von AGB: BGH, Urt. v. 22.02.2012, VIII ZR 34/11, NJW-RR 2012, 690 (691 Rn. 23); vgl. a. zum Erfordernis eines Hinweises auf die AGB: BGH, Urt. v. 18.06.1986, VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114); vgl. *Pommerening/Schreiber*, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 391 f. (S. 299).

**1631** MüKO/Fornasier, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 91; *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 164 m.w.N.; *Staudinger/Mäsch* (2022), § 305 Rn. 194; vgl. BGH, Urt. v. 05.05.1969, II ZR 263/67, BGHZ 52, 61 (Juris-Rn. 10); OLG Stuttgart, Urt. v. 15.12.1993, 9 U 216/93 (Juris-Rn. 77); vgl. BGH, Urt. v. 06.12.1990, I ZR 138/89, NJW-RR 1991, 570 (571) (zur schlüssigen Annahme im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten); vgl. zur BGH-Rechtsprechung: BeckOGK/Lehmann-Richter, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 265.1; vgl. a. *Omlor*, NJW 2021, 2243 (2247); w.N.b. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1358); vgl. a. kritisch Grüneberg/Grüneberg, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 47.

**1632** Vgl. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1358 f.); *Freund*, Die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, 1998, S. 67; vgl. a. BGH, Urt. v. 28.06.1995, IV ZR 19/94, NJW 1995, 2710 (2712); vgl. a. LG Frankfurt, Urt. v. 26.03.1991, 2/13 O 295/90, NJW 1991, 2842 (2842).

**1633** BeckOGK/Lehmann-Richter, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 266 m.w.N.

men wird.<sup>1634</sup> Im Übrigen schließt der BGH Erklärungsbewusstsein aus, wenn die Parteien davon ausgehen, ein Vertrag sei bereits zustande gekommen, und hat in diesem Fall das Vorliegen einer Willenserklärung verneint.<sup>1635</sup> Auch wenn der Kunde hier nicht davon ausgeht, dass der Änderungsvertrag bereits zustande gekommen ist, lässt sich der Gedanke auf den Fall übertragen, dass der Kunde davon ausgeht, seine Handlung beziehe sich lediglich auf einen bereits bestehenden Vertrag.<sup>1636</sup> Zudem müsste der Kunde hier aufgrund des bestehenden Leistungsanspruchs schließlich ohnehin nicht damit rechnen und der Erklärungsempfänger dürfte – wie gesehen – auch nicht davon ausgehen, dass die Inanspruchnahme der Leistung als Annahme gelten solle, sodass jedenfalls keine Erklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vorliegt.<sup>1637</sup>

Eine Ausnahme davon, dass durch die Inanspruchnahme der ursprünglich bereits geschuldeten Leistung keine Annahme eines Änderungsangebots erfolgen soll, gilt jedoch für den Fall einer für den Kunden lediglich rechtlich vorteilhaften Änderung.<sup>1638</sup> Im Rahmen des § 151 S. 1 BGB kann von einer Annahmeerklärung ausgegangen werden, wenn der Vertrag für den Annehmenden lediglich rechtlich vorteilhaft ist.<sup>1639</sup> Dies lässt sich mit § 516 Abs. 2 S. 2 BGB begründen.<sup>1640</sup> Aus dem objektiven Empfängerhorizont bzw. im Fall des § 151 S. 1 BGB aus Sicht

**1634** Vgl. zum Fall einer Zustimmungsfiktionsklausel: *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2362); *Rodi*, WM 2021, 1357 (1358 f.).

**1635** Vgl. zum Fall des § 150 Abs. 1 BGB: BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 36 ff.); BGH, Urt. v. 11.06.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 (2875 Rn. 17 f.); vgl. a. BGH, VUrt. v. 07.06.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 (3436 Rn. 27).

**1636** I.E. a.A. für den Fall einer unwirksamen Zustimmungsfiktion: *Habersack*, ZIP 2021, 1837 (1839).

**1637** Vgl. zum fehlenden Erklärungsbewusstsein oben B.I.

**1638** Für eine dem Kunden günstige Regelung: BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 266 m.w.N.; *Vogel*, ZBB 2021, 312 (324 f.); *Habersack*, ZIP 2021, 1837 (1840); vgl. *Staudinger/Mäsch* (2022), § 305 Rn. 195 („ganz überwiegend günstig“); *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2362) („ausschließlich vorteilhaft“); zusätzlich beschränkt auf den Fall einer Aufklärung über die Folgen der AGB: *Freund*, Die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, 1998, S. 69, 62 f.

**1639** Siehe zu § 151 BGB oben C.II.1.a. Vgl. zur Anwendung im Fall von AGB-Änderungen: *Staudinger/Mäsch* (2022), § 305 Rn. 195.

**1640** Vgl. BeckOGK/*Möslein*, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 14.

eines objektiven Dritten liegt daher eine Erklärung des Kunden vor.<sup>1641</sup> Aus diesem Grund muss der Kunde auch damit rechnen, dass der Vertragspartner von einer Annahme der angebotenen AGB-Änderung ausgeht, wenn der Kunde eine für ihn vorteilhafte Änderung in Anspruch nimmt.<sup>1642</sup> In diesen Fällen ist daher von einem Erklärungsbewusstsein des Kunden auszugehen.<sup>1643</sup> Wird eine Klausel aufgrund einer Gerichtsentscheidung angepasst, da sie intransparent und damit unwirksam war, ist die Änderung ihrerseits im Vergleich zur vorherigen Unwirksamkeit der Klausel nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.<sup>1644</sup> Andererseits kann in diesem Fall davon ausgegangen werden, dass der Kunde, der einer Regelung ursprünglich bereits zugestimmt hat, mit einer inhaltlichen Anpassung dieser Regelung zu seinen Gunsten einverstanden ist.<sup>1645</sup> Insofern kann das Vorverhalten des Kunden, der ursprünglichen Regelung zugestimmt zu haben, bei der Auslegung berücksichtigt werden.<sup>1646</sup> Für den Fall, dass der Kunde dennoch keinen Änderungsvertrag schließen möchte, kann er nach der hier vertretenen Ansicht der Änderung ausdrücklich widersprechen.<sup>1647</sup>

Bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern ist Folgendes zu berücksichtigen: Von Unternehmern kann jedenfalls ein Widerspruch gegen einen Änderungsvorschlag erwartet werden, wenn sie

**1641** Vgl. BeckOGK/*Mösllein*, Stand: 01.02.2018, § 151 Rn. 14.

**1642** Vgl. zum Einverständnis des Kunden: *Habersack*, ZIP 2021, 1837 (1840 f.) (bezüglich einer für den Kunden aufgrund hergestellter Transparenz günstigen Änderung); vgl. a. *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363), der auch bei in AGB übernommenen Gesetzesänderungen von einer Annahme durch den Kunden ausgeht; vgl. a. *Vogel*, ZBB 2021, 312 (324 f.); vgl. a. *Staudinger/Mäsch* (2022), § 305 Rn. 195.

**1643** A.A. *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1586). Vgl. insofern zum Vorliegen einer fahrlässigen Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins oben B.I.1.

**1644** Vgl. *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1586).

**1645** *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363); vgl. insg. *Habersack*, ZIP 2021, 1837 (1840 f.); kritisch *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1586); vgl. zu einem einseitigen Änderungsrecht aus diesem Grund a.: *Freund*, Die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, 1998, S. 174.

**1646** Vgl. zur Berücksichtigung von Vorverhalten bei der Auslegung i.R.d. § 151 S. 1 BGB: BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); vgl. a. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1658). Davon, dass ein Verbraucher bewusst einer Klausel zugestimmt hat, deren Unwirksamkeit er erkannt hat, und deswegen später nicht mit einer Anpassung hin zu ihrer Wirksamkeit einverstanden ist, ist nicht auszugehen, da AGB regelmäßig nicht gelesen werden, vgl. dazu oben C.I.

**1647** Vgl. zur *protestatio facto contraria* oben Kapitel 3 B.I.1.b.

mit angebotenen Vertragsklauseln nicht einverstanden sind, insbesondere wenn es sich um Kaufleute handelt.<sup>1648</sup> Insofern sieht auch das Gesetz gewisse Widerspruchspflichten für Kaufleute vor: §§ 91a, 362 Abs. 1, 377 Abs. 2, 386 Abs. 1 HGB.<sup>1649</sup> Daher kann die fortgesetzte Inanspruchnahme der im ursprünglichen Vertrag geschuldeten Leistung durch einen Unternehmer sowohl bei für ihn vorteilhaften als auch bei nachteilhaften Klauseln als Annahme eines Änderungsangebots gewertet werden.<sup>1650</sup>

(2) Inanspruchnahme einer zusätzlich angebotenen Leistung  
Ein Vertragsschluss durch die konkludente Annahme eines Änderungsangebots durch den Kunden in Form der Inanspruchnahme einer Leistung ist bei denjenigen Leistungen möglich, die dem Kunden nur für den Fall einer Vertragsänderung angeboten werden.<sup>1651</sup> Es mangelt hier nicht bereits am Erklärungsbewusstsein, weil dem Kunden bewusst sein muss, dass es für das Zustandekommen eines Änderungsvertrages, der ein neues Leistungsangebot enthält, einer Annahmeerklärung bedarf.<sup>1652</sup> Es handelt sich auch um eine unzweideutige Handlung i.S.d. Rechtsprechung des BGH zu § 151 S. 1 BGB<sup>1653</sup>, da der Kunde durch die Inanspruchnahme der neu angebotenen Leistung, bezüglich der er zumindest erkennen konnte, dass er auf sie bisher keinen Anspruch hatte, deutlich macht, er wolle insofern den angebotenen, geänderten

**1648** Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.1990, I ZR 138/89, NJW-RR 1991, 570 (571); vgl. zu dieser Möglichkeit für den Fall des Schweigens: MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 147 Rn. 9. Vgl. zum Schweigen oben B.III.1.

**1649** Vgl. (i.R.d. Frage, ob die BGH-Rechtsprechung zu unwirksamen Zustimmungsfiktionsklauseln (dazu unten III) auf AGB gegenüber Unternehmern übertragbar ist): Casper, WM 2022, 2353 (2357 f.); Casper, ZIP 2021, 2361 (2365); vgl. Rodi, WM 2021, 1357 (1365); Vogel, ZBB 2021, 312 (321).

**1650** Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.1990, I ZR 138/89, NJW-RR 1991, 570 (571) zum Verkehr zwischen Kaufleuten.

**1651** A.A. für den Fall einer (unwirksamen) Zustimmungsfiktionsklausel: Rodi, WM 2021, 1357 (1359). Vgl. zur ausdrücklichen Zustimmung zu neuen AGB bei der Bestellung eines neuen Produkts im Fall einer unwirksamer Zustimmungsfiktion: Omlor, NJW 2021, 2243 (2247 Rn. 29 f.); Vogel, ZBB 2021, 312 (322); vgl. a. Casper, ZIP 2021, 2361 (2363).

**1652** Vgl. Casper, ZIP 2021, 2361 (2363); vgl. zu diesem Erfordernis: BGH, Urt. v. 11.06.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 (2875 Rn. 18).

**1653** Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105; NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38).

Bedingungen zustimmen. Es handelt sich gegenüber Verbrauchern auch nicht um eine unbestellte Leistung i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB, da dessen Wortlaut auf die *Erbringung* einer Leistung ohne Bestellung des Verbrauchers abstellt.<sup>1654</sup> Wenn durch den Unternehmer lediglich ein Leistungsangebot und noch keine Erbringung der Leistung erfolgt, kann dieses Angebot vom Verbraucher konkludent angenommen werden.<sup>1655</sup> Bei reiner Passivität des Kunden fehlt es allerdings an einer konkludenten Erklärungshandlung, die z.B. in der aktiven Inanspruchnahme der Leistung könnte.<sup>1656</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es auch gerechtfertigt, dass die Nutzung einer Leistung dann zu einem Vertragsschluss führt, wenn das bisherige Vertragsverhältnis gekündigt wurde, verbunden mit einem Angebot auf Neuabschluss (zu geänderten Bedingungen) und dem Hinweis, die Nutzung der angebotenen Leistung ab einem bestimmten Datum werde als Annahme gewertet.<sup>1657</sup> Es ist jedoch für den neuen Vertragsschluss § 312a Abs. 3 S. 1 BGB zu beachten, der für über die Hauptleistung hinausgehende Zahlungspflichten eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Verbraucher fordert.<sup>1658</sup> Nach § 312a Abs. 6 BGB bleibt der Vertrag, wenn § 312a Abs. 3 BGB nicht eingehalten wird, im Übrigen jedoch wirksam. Zusätzlich sind ggf. Formvorschriften einzuhalten und eine Widerrufsbelehrung sowie vorgeschriebene Informationen gegenüber dem Verbraucher zu erteilen.<sup>1659</sup> Sind keine Wirksamkeitsvoraussetzungen wie Formvorschriften vorgesehen, ist ein konkludenter Vertragsschluss mit Verbrauchern nicht ausgeschlossen, wenn der Verbraucher das Leistungsangebot durch Inanspruchnahme der Leistung annehmen,

**1654** Vgl. für den Fall der Kündigung des Vertragsverhältnisses: *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1587); vgl. dazu a. BeckOGK/*Fritzsche*, Stand: 01.06.2025, § 241a Rn. 65.

**1655** Vgl. *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1587).

**1656** Vgl. *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1587). Im Übrigen wäre es auch im Rahmen des § 241a Abs. 1 BGB möglich, dass der Kunde ein Leistungsangebot konkludent annimmt, vgl. *Lorenz*, S., JuS 2000, 833 (841).

**1657** Für den Fall einer unwirksamen Zustimmungsfiktionsklausel: *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1584 f.). Dies gilt jedoch nicht für den Fall, dass keine Kündigung erfolgt ist, vgl. ebd., S. 1591.

**1658** Vgl. dazu ausf. für den Fall von Bankverträgen: *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1587 ff.).

**1659** Vgl. a. *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1591). Vgl. oben zur Form Kapitel 2 B.II.1 und zu vorvertraglichen Informationspflichten Kapitel 2 B.III.1.



aber einen Vertragsschluss durch fehlende Inanspruchnahme auch verhindern kann.<sup>1660</sup>

## 2 Französisches Recht

### a Vertragsverlängerung

Eine Vertragsverlängerung kann im französischen Recht konkludent vereinbart werden.<sup>1661</sup> Die *Cour de cassation* hat dazu entschieden, dass, soweit nichts anders bestimmt oder gewollt ist, die stillschweigende Verlängerung eines befristeten Vertrages einen neuen, unbefristeten Vertrag begründet, dessen übrige Bestandteile nicht unbedingt identisch sein müssen.<sup>1662</sup> Auch nach Art. 1215 Code civil liegt eine stillschweigende Vertragsverlängerung vor, wenn die Parteien nach Ablauf der festgelegten Vertragslaufzeit ihre Pflichten weiterhin erfüllen. Dadurch wird grundsätzlich ein neuer, unbefristeter Vertrag geschlossen, dessen Inhalt dem alten Vertrag entspricht, vgl. Art. 1214(2) Code civil.<sup>1663</sup> Zudem sieht Art. 1738 Code civil vor, dass nach Ablauf eines schriftlichen Mietvertrages ein neuer Mietvertrag geschlossen wird, wenn der Mieter im Besitz der Mietsache bleibt und belassen wird.<sup>1664</sup>

### b Vertragsänderung

Nach Art. 1193 Code civil können Verträge nur im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien oder aus gesetzlich zulässigen Gründen geändert oder aufgehoben werden. Eine Änderungsvereinbarung unterliegt denselben Inhalts-, Form und Beweisanforderungen wie der ursprüngliche Vertrag.<sup>1665</sup> Es sind neue Einverständniserklärungen der Parteien erfor-

**1660** Vgl. a. *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1584 f.).

**1661** *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 410 (S. 344); vgl. Cass. civ. 1e, 04.06.2009, n° 08-14.481, Bull. civ., 2009, I, n° 113.

**1662** Cass. civ. 1e, 15.11.2005, n° 02-21.366, Bull. civ., 2005, I, n° 413, S. 345; vgl. a. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 447 m. Fn. 2 (S. 364).

**1663** Vgl. *Poumarède*, in: Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, 13<sup>e</sup> éd. 2023, Ziff. 3112.115 (S. 1232); vgl. Art. 1215 S. 2 Code civil („*Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat*«).

**1664** Dies gilt nach Art. 1739 Code civil jedoch nicht für den Fall einer Kündigung.

**1665** *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 278).

derlich.<sup>1666</sup> Eine Vertragsänderung kann auch stillschweigend erfolgen.<sup>1667</sup> Zum Beispiel kann eine von den Parteien angewandte Praxis zu einer Vertragsänderung führen.<sup>1668</sup> Es bleibt aber auch bei Vertragsänderungen bei dem Grundsatz, dass Schweigen nicht als Zustimmung gilt.<sup>1669</sup> Weil die Parteien allerdings bereits in vertraglichem Kontakt stehen, kann bei Änderungsverträgen Schweigen auf ein Änderungsangebot<sup>1670</sup> leichter eine Zustimmung darstellen als bei dem ursprünglichen Vertragsschluss.<sup>1671</sup> Dies gilt nicht bei Änderungsangeboten gegenüber Verbrauchern.<sup>1672</sup>

### 3 Common Law

#### a Vertragsverlängerung

Bei vertraglich vereinbarten Vertragsverlängerungen stellt sich kein Problem mit dem Erfordernis einer *consideration*, da die Bedingungen des bisherigen Vertrages fortgesetzt werden sollen.<sup>1673</sup>

Nach Ablauf der Vertragslaufzeit eines befristeten Mietverhältnisses über Wohnraum sieht Sec. 5(2), (3) Housing Act 1988 ein gesetzliches, periodisch weiterlaufendes Mietverhältnis (*periodic tenancy*) zu den bisherigen Bedingungen vor. Danach erhält der Mieter das Recht, in den Räumlichkeiten zu bleiben.

<sup>1666</sup> Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 278).

<sup>1667</sup> Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 410 (S. 344), Rn. 441 (S. 361), Rn. 445 (S. 363).

<sup>1668</sup> Vgl. Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 279); Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 441 (S. 361), Rn. 445 (S. 363); vgl. dazu Barbier, RTDCiv. 2016, 605 (625 ff.); vgl. Cass. com., 18.05.2016, n° 14–28.867; vgl. a. Cass. civ. 3e, 07.04.2016, n° 15–11.129 (allerdings zu einem Verzicht (*renonciation*)).

<sup>1669</sup> Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 298 (S. 277).

<sup>1670</sup> Vgl. z.B. Art. L. 112–2(7) Code des assurances.

<sup>1671</sup> Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 278).

<sup>1672</sup> Bénabent, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 78 (S. 81).

<sup>1673</sup> Vgl. a. für den Fall einer Vertragsbeendigung und anschließendem neuen Vertragsschluss: Davies, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–085 (S. 585).

## b Vertragsänderung

Die Parteien können grundsätzlich sich über die Änderung von Vertragsklauseln einigen.<sup>1674</sup> Das Verhalten, aus dem eine Annahmeerklärung abgeleitet werden soll, muss objektiv klar auf einen Annahmewillen (*intention of accepting the offer*) schließen lassen.<sup>1675</sup> Beispielsweise muss eine bloße Zahlung keine konkludente Annahmeerklärung sein, wenn sie auch anders als mit einem Vertragsschluss erklärt werden kann.<sup>1676</sup> Auch die Entgegennahme von Ware nach Zusendung von Klauseln, die von der ursprünglichen Vereinbarung erheblich abweichen, kann nicht ohne Weiteres als Annahme der neuen Klauseln angesehen werden, sondern kann vielmehr lediglich auf den bereits bestehenden Vertrag bezogen sein.<sup>1677</sup> Die Entfernung einer Schiedsklausel aus einer Vereinbarung kann sich auch konkludent aus dem Verhalten der Parteien ergeben.<sup>1678</sup> Ein Mieter kann nach Ablauf des alten Mietvertrages das Angebot eines neuen Vertrages mit einem höheren Mietzins dadurch annehmen, dass er in den Räumlichkeiten bleibt.<sup>1679</sup> Ein Änderungsvertrag muss grundsätzlich die Formvorschriften einhalten, die für den ursprünglichen Vertrag galten.<sup>1680</sup>

### aa Erfordernis einer consideration

Weil bereits bestehende Pflichten nicht als *consideration* gelten (*pre-existing duty rule*), ist eine neue *consideration* für eine Vertragsände-

**1674** *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–034 (S. 2032).

**1675** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

**1676** *Avonwick Holdings Ltd. v. Azitio Holdings Ltd.* [2020] EWHC 1844 (Comm), Rn. 703; vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337) (zu einem erstmaligen Vertragsschluss).

**1677** *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337); vgl. *Jayaar Impex Ltd. v. Toaken Group Ltd. (t/a Hicks Brothers)* [1996] 2 Lloyd's Rep. 437.

**1678** Vgl. *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 697 f.; vgl. a. *Paal Wilson & Co. A/s v. Partenreederei Hannah Blumenthal (The Hannah Blumenthal)* [1983] 1 A.C. 854 (914).

**1679** *Roberts v. Hayward* (1828) 3 Carrington and Payne 432, 172 E.R. 489 (489); vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–093 (S. 364); *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 2–048 (S. 36).

**1680** Vgl. dazu *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 699 f. Vgl. aber zur vollständigen Beendigung eines Vertrages: ebd., S. 700 f.

zung erforderlich.<sup>1681</sup> Die *consideration* kann im gegenseitigen Verzicht auf bestehende Rechte oder dem jeweiligen Versprechen neuer Vorteile an die andere Partei bestehen.<sup>1682</sup> Wenn durch die Änderung ein Vorteil für jede der Parteien bestehen kann, reicht dies als *consideration* auch dann, wenn eine der geänderten Klauseln nur einer Partei zugute kommt, nicht jedoch, wenn die gesamte Änderung nur eine Partei bevorzugt.<sup>1683</sup> Wenn eine Änderung nur einer Partei zugutekommt, indem z.B. eine geringere als die ursprünglich vereinbarte Zahlung akzeptiert wird, fehlt dafür eine *consideration*, es sei denn, es wird eine weitere Änderung zum Vorteil der anderen Partei vereinbart, z.B. die Zahlung vor der Fälligkeit der Schuld.<sup>1684</sup> Es kann allerdings auch ein *factual benefit* für eine *consideration* ausreichen, z.B. wenn die Zusage, einen höheren Preis zu zahlen, die Lieferung sichern und einen Rechtsstreit verhindern kann.<sup>1685</sup>

Um dem Erfordernis einer *consideration* zu begegnen, können die Parteien bei einem einseitig vorteilhaften Änderungsvertrag zumindest eine *nominal consideration* vereinbaren (etwa 1 Euro für eine Änderung)<sup>1686</sup>, die Form des *deed* wählen<sup>1687</sup> oder die Vereinbarung vollständig aufheben und einen neuen Vertrag schließen, für den wiederum eine *consideration* vorliegt<sup>1688</sup>.

**1681** Vgl. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 117; vgl. *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 94; vgl. dazu *Hau*, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, 2003, S. 89 ff.

**1682** *McKendrick*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–037 (S. 2034) m.w.N.

**1683** *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–086 (S. 586) m.w.N.; *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–063 (S. 105 f.) m.w.N.

**1684** *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–087 (S. 586 f.); *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–064 (S. 106).

**1685** *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–064 (S. 106); vgl. a. *McKendrick*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–037 (S. 2034); *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–087 (S. 587); vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 15 (S. 14); *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1991] 1 Q.B. 1 (19 f.).

**1686** *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 32 (S. 19).

**1687** Vgl. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 32 (S. 18); vgl. *Hau*, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, 2003, S. 98. Vgl. zur Änderung eines *deed* selbst: *Furmston*, *Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 699.

**1688** Vgl. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 91 (S. 84 f.) zum US-Recht; kritisch dazu: *The American Law Institute, Restatement (Second) of Contracts*, § 89

## bb Promissory estoppel

Die Regel der *promissory estoppel*<sup>1689</sup> kann den Abschluss von Änderungsverträgen erleichtern: Sie erlangt Bedeutung, wenn ein Vertrag geändert werden soll, ohne dass eine *consideration* vorliegt.<sup>1690</sup> Die *promissory estoppel*-Regel besagt, dass ein Versprechen für den Erklärenden verbindlich ist, wenn es als bindendes Versprechen gewollt ist und der andere Teil auf das Versprechen hin handeln sollte und im Vertrauen darauf auch gehandelt hat.<sup>1691</sup> Die Doktrin bietet im englischen Recht nur eine Abwehrmöglichkeit (*a shield, not a sword*).<sup>1692</sup> Dies hängt damit zusammen, dass sie sich auf die Änderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses bezieht und keines neu begründet.<sup>1693</sup> Dies ist anders in den USA, wo ein bindendes Versprechen entstehen kann.<sup>1694</sup> Dort muss auch kein Rechtsverhältnis bestehen, um die *promissory estoppel*-Doktrin anzuwenden.<sup>1695</sup>

## cc USA

Auch in den USA gilt die *pre-existing duty rule*, sodass grundsätzlich eine *consideration* für einen Änderungsvertrag erforderlich ist.<sup>1696</sup>

(1981), Oct. 2024 Update, Comment b (Westlaw S. 2); vgl. a. *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–036 (S. 2033).

**1689** Vgl. dazu schon oben Kapitel 2 B.VI.

**1690** Vgl. *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 125.

**1691** *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* [1947] 1 K.B. 130 (135 f.); *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 127 f.

**1692** *Combe v Combe* [1951] 2 K.B. 215 (224); *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–086 (S. 119); *Davies*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 7–058 (S. 653); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 370; vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 66 f.

**1693** *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 131.

**1694** Vgl. § 90 Restatement (Second) of Contracts; vgl. *Davies*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 34<sup>th</sup> ed. 2021, Rn. 7–062 (S. 655); vgl. *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 344; vgl. *Murray*, Murray on Contracts, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 67 (S. 307 f.); vgl. a. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–090 (S. 122); vgl. *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 83 ff. (S. 79 f.); vgl. a. *Boyd/Huffman*, 40(3) Cath. U. L. Rev. (1991), 605 (623). Vgl. zur *proprietary estoppel* im englischen Recht: *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 344, 371; vgl. dazu *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–116 ff. (S. 140 ff.); *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 130. Vgl. *consideration* insg. bereits oben Kapitel 2 B.VI.

**1695** *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 181 f.

**1696** *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 302 (S. 136 f.); vgl. a. *Klass*,

§ 89 Restatement (Second) of Contracts sieht jedoch vor, dass die Änderung einer Pflicht aus einem von beiden Seiten nicht vollständig erfüllten Vertrag (*executory contract*) bindend sein kann, wenn einer der genannten Gründe vorliegt: „*A promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding (a) if the modification is fair and equitable in view of circumstances not anticipated by the parties when the contract was made; or (b) to the extent provided by statute; or (c) to the extent that justice requires enforcement in view of material change of position in reliance on the promise*“<sup>1697</sup>. Auch nach § 2–209(1) UCC ist für Warenkäufe keine *consideration* für eine Änderungsvereinbarung erforderlich, sodass der Abschluss von Vertragsänderungen insofern erleichtert wird.<sup>1698</sup> Der UCC setzt hierbei nicht voraus, dass sich Umstände geändert haben, die Änderung muss lediglich in gutem Glauben vorgenommen worden sein.<sup>1699</sup>

§ 3(a) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024) sieht vor, dass Änderungen von AGB in einem laufenden Vertragsverhältnis gegenüber Verbrauchern wirksam werden, wenn der Unternehmer nachweist, dass der Verbraucher eine angemessene Mitteilung über die vorgeschlagene Vertragsänderung erhalten hat und eine angemessene Gelegenheit hatte, diese zu prüfen (1), der Verbraucher eine angemessene Gelegenheit einschließlich einer angemessenen Mitteilung über diese Möglichkeit erhalten hat, die Vertragsänderung abzulehnen und das Vertragsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen (2), der Verbraucher eine angemessene Mitteilung erhalten hat, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ohne Ablehnung zur Annahme der Änderung führt (3) sowie der Verbraucher entweder seine Zustimmung ausgedrückt hat (A) oder die Änderung nicht abgelehnt hat und nach Ablauf der im Angebot vorgesehenen oder, falls keine Frist vor-

Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 74 (S. 76), Ziff. 91 (S. 84); Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 30. Vgl. die *pre-existing duty rule* in § 73 Restatement (Second) of Contracts.

<sup>1697</sup> Vgl. dazu *The American Law Institute*, Restatement (Second) of Contracts, § 89 (1981), Oct. 2024 Update, Comment a-d (Westlaw S. 1 ff.); vgl. a. Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 30.

<sup>1698</sup> Vgl. Ostendorf, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 17 (S. 15); Beatson/Burrows/Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 113.

<sup>1699</sup> *Klass*, Contract Law in the United States, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 92 (S. 86).

gesehen ist, einer angemessenen Frist zur Prüfung und Ablehnung weiterhin die Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat (B).<sup>1700</sup>

## 4 DCFR und PECL

### a Vertragsverlängerung

Nach Art. III.-1:111 DCFR verlängert sich ein Vertrag auf unbestimmte Zeit, wenn er für eine bestimmte Zeit wiederkehrende Leistungen vorsieht und diese Leistungen von beiden Parteien nach Ablauf der Laufzeit fortgeführt werden, wenn nicht die Umstände einer solchen stillschweigenden Zustimmung der Parteien entgegenstehen.<sup>1701</sup>

### b Vertragsänderung

Dass die Vertragsparteien nach dem DCFR einen Vertrag ändern können, ergibt sich aus Art. II.-1:103(3) DCFR<sup>1702</sup> sowie ausdrücklich aus Art. III.-1:108(1) DCFR: „*A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by agreement at any time*“. Auch Vertragsänderungen erfolgen nach dem DCFR durch einen Vertrag, was aus der Formulierung „*to have some other legal effect*“ in der Definition des Vertrages in Art. II.-1:101(1) DCFR<sup>1703</sup> hervorgeht, der hiermit eine Vertragsänderung oder die Beendigung einer bestehenden Rechtsbeziehung meint.<sup>1704</sup> Eine Vertragsänderung kann auch konkludent erfolgen.<sup>1705</sup>

**1700** Vgl. hierzu: *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 3 (2024), Comment 1–11 (Westlaw S. 2 ff.), Reporters' Notes (Westlaw S. 10 ff.).

**1701** Art. III.-1:111 DCFR hat keine Entsprechung in den PECL, vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 6, 2009, S. 5762.

**1702** Art. II.-1:103(3) DCFR: „*This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law*“, vgl. von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:103 Comment D (S. 134).

**1703** Art. II.-1:101(1) DCFR: „*A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act*“.

**1704** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-1:101 Comment A (S. 125). Vgl. a. Art. 1:107 PECL: „*These Principles apply with appropriate modifications to agreements to modify or end a contract, to unilateral promises and to other statements and conduct indicating intention*“.

**1705** Von Bar/Clive, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. III.-1:108 Comment (S. 701).

## 5 Ergebnis

Die Vertragsfreiheit umfasst auch, dass die Parteien Klauseln ändern können oder ihr Vertragsverhältnis beenden können.<sup>1706</sup> Vertragsverlängerungen sind gesetzlich vor allem im Mietrecht geregelt.<sup>1707</sup> Für die Form einer Änderungsvereinbarung ist auf die Vorgaben für den zu ändernden Vertrag abzustellen.<sup>1708</sup> Eine Vertragsänderung kann durch die Parteien auch konkludent vereinbart werden.<sup>1709</sup> Hierbei ist jedoch genau zu prüfen, ob sich aus dem Verhalten des Annehmenden ein Annahmewille ermitteln lässt.<sup>1710</sup> Insbesondere die fortgeführte Inanspruchnahme der bereits aufgrund des ursprünglichen Vertrages geschuldeten Leistung stellt sich hier als problematisch dar, da der Leistungsempfänger lediglich die ihm ohnehin zustehende Leistung in Anspruch nimmt.<sup>1711</sup> Es kann daher nur in Ausnahmefällen davon ausgegangen werden, dass die Entgegennahme der ursprünglich geschuldeten Leistung eine Annahmeerklärung darstellt, z.B. bei für den Annehmenden lediglich rechtlich vorteilhaften Änderungen.<sup>1712</sup> Die Inanspruchnahme von neuen Leistungen, die dem Annehmenden erst durch eine Vertragsänderung zur Verfügung stehen soll, kann als Annahme der Änderung ausgelegt werden.<sup>1713</sup>

**1706** Vgl. von *Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Princ. 3 (S. 38).

**1707** Vgl. zum deutschen Recht: § 545 BGB; zum französischen Recht: Art. 1738 Code civil; zum englischen Recht: Sec. 5(2), (3) Housing Act 1988.

**1708** Vgl. zum deutschen Recht: BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 143; zum französischen Recht: *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 278); zum englischen Recht: *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 699 f.

**1709** Vgl. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 410 (S. 343), Rn. 441 (S. 361), Rn. 445 (S. 363); vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

**1710** Vgl. allg. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337); vgl. zum französischen Recht aber a.: *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 278).

**1711** Vgl. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1358 f.); *Freund*, Die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, 1998, S. 67; vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337); vgl. *Jayaar Impex Ltd. v. Toaken Group Ltd. (t/a Hicks Brothers)* [1996] 2 Lloyd's Rep. 437.

**1712** Vgl. zum deutschen Recht z.B.: BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 266 m.w.N.

**1713** Vgl. zum deutschen Recht: *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363).



Im *Common Law* ist zudem zu bedenken, dass für einen Änderungsvertrag auch eine *consideration* erforderlich ist.<sup>1714</sup> Diese ist bei Änderungen zugunsten nur einer Partei problematisch.<sup>1715</sup> Die *consideration* kann im englischen Recht allerdings auch in einem faktischen Vorteil liegen<sup>1716</sup>, nur eine geringe Gegenleistung betreffen<sup>1717</sup> oder ganz entbehrlich sein<sup>1718</sup>.

## II Die Erlassfalle

Die sog. Erlassfalle<sup>1719</sup> bestand darin, dass einem Gläubiger vom Schuldner ein Scheck nur über einen Teil der geschuldeten Forderung mit einem Schreiben zugestellt wurde, der Scheck dürfe nur eingelöst werden, wenn der restliche Betrag erlassen werde.<sup>1720</sup> Die Gefahr dieser Fallgestaltung besteht darin, dass der Schuldner seinem Gläubiger eine Willenserklärung „unterschieben“ könnte, wenn die Einlösung des Schecks als Annahme des Erlassangebots angesehen würde.<sup>1721</sup> Das Vorgehen des Schuldners zielte gerade darauf ab, eine Erklärungsfiktion bezüglich einer Annahme durch den Gläubiger herbeizuführen. Zu untersuchen ist daher, wie die einzelnen Rechtsordnungen das Verhalten der Scheckeinreichung beurteilen und ob in diesen Fällen von einem Vertragsschluss ausgegangen werden kann.

1714 Vgl. z.B. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 117; vgl. für die USA: *Hay/Kern*, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 302 (S. 136 f.); vgl. a. *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, Ziff. 74 (S. 76), Ziff. 91 (S. 84); *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 30.

1715 *Davies*, in: *Beale, Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–087 (S. 586 f.); *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–064 (S. 106).

1716 Vgl. dazu z.B. *Peel, Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–064 (S. 106).

1717 *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 32 (S. 19).

1718 Vgl. zur *promissory estoppel* oben Kapitel 2 B.VI; vgl. zum *deed*: *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 32 (S. 18); vgl. für Ausnahmen in den USA: § 89 Restatement (Second) of Contracts; § 2–209(1) UCC.

1719 Vgl. den Begriff bei: OLG Dresden, Urt. v. 14.10.1998, 8 U 2209/98, BeckRS 1998, 31355776; LG Bayreuth, Urt. v. 01.09.1997, 2 O 348/97; v. *Randow*, ZIP 1995, 445; *Schönfelder*, NJW 2001, 492; *Schneider, E.*, MRD 2000, 857; *Eckhardt*, BB 1996, 1945 verwendet den Begriff „Vergleichsfalle“.

1720 *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (346).

1721 *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 21.

## 1 Deutsches Recht

### a Erlassvertrag

Nach § 397 BGB erfolgt ein Erlass durch Vertrag.<sup>1722</sup> Im Rahmen der Erlassfalle wurde vom Schuldner bei Zusendung des Schecks auf den Zugang einer Annahme nach § 151 S. 1 BGB verzichtet.<sup>1723</sup> Entscheidend ist die Frage, ob die Scheckeinlösung als Annahme des Erlassangebots ausgelegt werden kann.<sup>1724</sup> Dasselbe Problem stellt sich für den Fall, dass der Schuldner eine Überweisung vornimmt, da insofern teilweise das Verbuchen der überwiesenen Summe als Annahme durch den Gläubiger ausgelegt wurde.<sup>1725</sup>

Ob ein Erlassvertrag über eine Teilsumme oder ein Vergleich nach § 779 Abs. 1 BGB in Betracht kommt, hängt vom Einzelfall ab, ist aber für die Frage nach dem Vertragsschluss nicht entscheidend, da die fragliche Forderung jedenfalls (teilweise) erloschen wäre.<sup>1726</sup> Wenn der Umfang einer Forderung vom Schuldner nicht bestritten wurde, fehlt es allerdings an einem für einen Vergleich erforderlichen Nachgeben durch den Schuldner.<sup>1727</sup>

### b BGH-Rechtsprechung

Der BGH hat zunächst mehrfach entschieden, dass ein Vertrag durch eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB zustande komme, wenn der Scheck widerspruchslös eingelöst wird, da aus Sicht eines objektiven Dritten von einem redlichen Verhalten des Annehmenden auszugehen sei, dem beigelegten Schreiben entsprechend nur bei Einverständnis mit dem Erlass den Scheck einzulösen.<sup>1728</sup> Damit ein entgegenstehender

1722 Vgl. dazu a. Hogg, *Promises and Contract Law*, 2011, S. 437 ff.

1723 *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (346).

1724 Vgl. *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (346 m.w.N.).

1725 Vgl. BGH, Urt. v. 14.02.1995, XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281 (1282).

1726 *Schönfelder*, NJW 2001, 492 (492); *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1945 m. Fn. 2); *Lange*, WM 1999, 1301 (1302); offengelassen auch von: BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986 415 (415).

1727 *V. Randow*, ZIP 1995, 445 (446 Fn. 9); *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1945 Fn. 2) geht von einem Nachgeben durch das Abweichen von einem bisher vertretenen Standpunkt aus.

1728 BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415); BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1657); BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); vgl. a. BGH, Urt. v. 14.11.1991, III ZR 145/90, NJW 1992, 904 (904); vgl. dazu *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (346); vgl. a. *Frings*, BB 1996, 809 (809).

Wille berücksichtigt würde, hätte der Annehmende widersprechen müssen.<sup>1729</sup> Dabei wiederum soll jedoch die Verschriftlichung eines Ablehnungsschreibens als äußere Manifestation eines entgegenstehenden Willens und nicht der Zugang der Ablehnung beim Schuldner entscheidend sein.<sup>1730</sup> Diese BGH-Rechtsprechung wurde teilweise bewusst von Schuldner zur Herbeiführung eines Erlassvertrages ausgenutzt.<sup>1731</sup> Später hat der BGH ein krasses Missverhältnis zwischen der ursprünglich geschuldeten Leistung und dem angebotenen Betrag als Indiz gegen einen Annahmewillen des Gläubigers gewertet und die Berücksichtigung der zu erwartenden Redlichkeit des Gläubigers eingeschränkt.<sup>1732</sup> Dennoch bestand weiterhin die Möglichkeit für Schuldner, die Grenzen eines krassen Missverhältnisses auszunutzen.<sup>1733</sup>

### c Auslegung der Scheckeinlösung

Im Rahmen der Auslegung, ob eine Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB vorliegt, sind alle äußeren Umstände zu betrachten.<sup>1734</sup> Wenn Umstände für eine Ablehnung des Erlassangebots sprechen, lässt sich ein Annahmewille nicht mehr unzweideutig annehmen.<sup>1735</sup> Dies ist für eine Auslegung einer Annahme nach § 151 S. 1 BGB jedoch erforderlich.<sup>1736</sup> Der Wille, auf ein Recht zu verzichten, kann nicht ohne Weite-

1729 BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); vgl. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1658); BVerfG, Beschl. v. 20.09.2000, 1 BvR 441/00, NJW 2001, 1200 (1200); vgl. *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (346 m.w.N.); *Lange*, WM 1999, 1301 (1304).

1730 BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, NJW 1990, 1655 (1656); vgl. dazu *Schönfelder*, NJW 2001, 492 (492 m. Fn. 4).

1731 OLG Dresden, Urt. v. 14.10.1998, 8 U 2209/98, WuB IV A. § 151 BGB 2.99, S. 742 (742 f.), vgl. dazu a. *Frings*, WuB IV A. § 151 BGB 2.99, S. 744 (744 f.); OLG Nürnberg, Beschl. v. 12.06.1997, 5 W 1430/97, NJW-RR 1998, 256 (257); vgl. *Lange*, WM 1999, 1301 (1301 m.w.N.); *Lange*, WuB IV A. § 151 BGB 3.01, S. 1067 (1067).

1732 BGH, Urt. v. 10.05.2001, XII ZR 60/99, NJW 2001, 2324 (2325); vgl. dazu *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (346 f.).

1733 *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347).

1734 BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); BGH, Urt. v. 07.03.2006, VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511 (1512 Rn. 10); vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 104 m. Fn. 480.

1735 *Ott*, WuB IV A. § 151 BGB 1.90, S. 1144 (1145); vgl. v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (448); vgl. OLG Nürnberg, Beschl. v. 12.06.1997, 5 W 1430/97, NJW-RR 1998, 256 (256).

1736 Siehe oben Kapitel 3 A.I.2. Vgl. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38); vgl. a. *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 245 f.

res angenommen werden.<sup>1737</sup> Wenn im Vorfeld der Scheckeinreichung etwa eine Beratung mit einem Anwalt und die Formulierung eines Ablehnungsschreibens erfolgte, kann nicht mehr von einer Annahme des Erlassangebots durch Scheckeinreichung ausgegangen werden.<sup>1738</sup> Der BGH hatte für den Fall, dass Vorverhandlungen stattgefunden hatten, die die wesentlichen Punkte eines möglichen Erlasses umfassen, das Verbuchen der Überweisung einer Teilsumme als Annahme des Erlassangebots angesehen.<sup>1739</sup> Eine Berücksichtigung von Vorverhalten muss insofern aber auch bei ablehnendem Verhalten vor Vertragsschluss erfolgen.<sup>1740</sup> Handlungen, die nach der Scheckeinreichung erfolgen, können nur für die Auslegung der Einreichung herangezogen werden, wenn sie über den Annahmewillen im Zeitpunkt der Scheckeinreichung Aufschluss geben.<sup>1741</sup>

Auch ein erhebliches Missverhältnis zwischen der angebotenen und der ursprünglich geschuldeten Leistung spricht gegen den Annahmewillen.<sup>1742</sup> Denn weil der Verzicht auf einen Großteil der ursprünglich geschuldeten Forderung für den Gläubiger nachteilig ist, ist dies ein Indiz gegen die Annahme eines entsprechenden Erlassangebots.<sup>1743</sup>

**1737** BGH, Urt. v. 07.03.2006, VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511 (1512 Rn. 10); vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2002, IX ZR 293/00, NJW 2002, 1788 (1790); vgl. *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 246 m.w.N.; *Frings*, BB 1996, 809 (811); v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (445 m.w.N.); *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347); *Lange*, WM 1999, 1301 (1303).

**1738** BGH, Urt. v. 28.03.1990, VIII ZR 258/89, BGHZ 111, 97, NJW 1990, 1655 (1656); vgl. a. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1658); *Höche*, WuB IV A. § 151 BGB 2.97, S. 902 (902 f.).

**1739** BGH, Urt. v. 14.02.1995, XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281 (1281); vgl. dazu *Frings*, BB 1996, 809 (809 ff.).

**1740** *Frings*, BB 1996, 809 (811); *Lange*, WM 1999, 1301 (1304).

**1741** Vgl. *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1949); vgl. BGH, Urt. v. 14.02.1995, XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281 (1282) („wie das spätere Verhalten der Kl. bestätigt“); vgl. a. OLG Koblenz, Urt. v. 21.11.2002, 5 U 1035/02, NJW 2003, 758 (759) („wobei es [...] nahe liegt, auch Umstände zu berücksichtigen, die zeitlich nach der Willensbetätigung [...] liegen“); vgl. a. *Lange*, WM 1999, 1301 (1304); vgl. a. *Scheffer*, NJW 1995, 3166 (3168) (im Fall ablehnend bezüglich des Behaltens des überwiesenen Geldbetrags); zweifelnd: *JurisPK/Otto*, 10. Aufl. (Stand: 15.05.2023), § 151 Rn. 10; kritisch zum Fall der Erlassfälle: v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (448 Fn. 26).

**1742** *Höche*, WuB IV A. § 151 BGB 2.97, S. 902 (903); BGH, Urt. v. 10.05.2001, XII ZR 60/99, NJW 2001, 2324 (2325); vgl. aber BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (416), der das tatsächliche äußere Verhalten als vorrangig gegenüber dem Missverhältnis zwischen der ursprünglich geschuldeten Forderung und dem Erlassangebot ansah.

**1743** Vgl. *Lange*, WM 1999, 1301 (1304 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung).

Im Fall eines Überrumpelns des Gläubigers hatte der BGH die Einlösung des Schecks als Annahme angesehen, da das Begleitschreiben nur für diesen Fall einen Vertrag vorsah und Redlichkeit des Gläubigers anzunehmen sei, während die anderen Auslegungsgesichtspunkte zurückzustehen hätten.<sup>1744</sup> Fraglich ist aber, ob der Redlichkeit des Gläubigers, sich an die Anweisung des Schuldners zu halten, den Scheck nur einzulösen, wenn er das Erlassangebot annehmen wolle, eine so gewichtige Rolle zukommt, wie der BGH dies zunächst angenommen hatte.<sup>1745</sup> Es ist vielmehr auch naheliegend, dass der Gläubiger die ihm bereits zustehende Zahlung erhalten möchte.<sup>1746</sup> Zwar kann der Schuldner grundsätzlich im Rahmen der Erfüllung eine Tilgungsbestimmung vornehmen.<sup>1747</sup> Allerdings kann bei der Auslegung des Gläubigerverhaltens aus der Einlösung des Schecks bei einer bestehenden Forderung nicht unzweideutig auf einen Annahmewillen des Gläubigers geschlossen werden.<sup>1748</sup> Umgekehrt ist jedoch eine Unredlichkeit des Schuldners zu berücksichtigen, wenn er dem Gläubiger durch die Ankündigung, die Einlösung des Schecks werde als Annahme angesehen, eine Willenserklärung „unterschieben“ will.<sup>1749</sup> Die Abgabe eines solchen Erlassangebots durch den Schuldner führt zwar nicht schon zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben<sup>1750</sup>, allerdings kann im Fall eines solchen Verhaltens nicht ohne weitere Anhaltspunkte auf einen Annahmewillen des Gläubigers geschlossen werden.<sup>1751</sup>

Gleichzeitig kann nicht auf eine Mentalreservation des Gläubigers i.S.d. § 116 S. 1 BGB (analog) abgestellt werden, wenn er den vom Schuld-

<sup>1744</sup> BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (416); vgl. dazu *Frings*, BB 1996, 809 (809 f.); vgl. zur Redlichkeit a. BGH, Urt. v. 06.02.1990, X ZR 39/89, NJW 1990, 1656 (1658).

<sup>1745</sup> Vgl. a. *Frings*, BB 1996, 809 (811). Zur Auslegung aufgrund der Redlichkeit des Gläubigers: BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (416).

<sup>1746</sup> *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347); v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (448).

<sup>1747</sup> Vgl. *Frings*, BB 1996, 809 (812) a. insg. zu den Folgen; vgl. a. v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (450).

<sup>1748</sup> Vgl. a. *Frings*, BB 1996, 809 (811).

<sup>1749</sup> Vgl. *Frings*, BB 1996, 809 (811); vgl. a. *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347); vgl. OLG Dresden, Urt. v. 14.10.1998, 8 U 2209/98, WuB IV A § 151 BGB 2.99, S. 742 (743).

<sup>1750</sup> V. *Randow*, ZIP 1995, 445 (446 f.); vgl. aber OLG Nürnberg, Beschl. v. 12.06.1997, 5 W 1430/97, NJW-RR 1998, 256 (256 f.).

<sup>1751</sup> Vgl. *Frings*, BB 1996, 809 (811); vgl. a. OLG Dresden, Urt. v. 14.10.1998, 8 U 2209/98, WuB IV A § 151 BGB 2.99, S. 742 (743).

ner zugesandten Scheck einlöst, ohne einen Erlassvertrag schließen zu wollen<sup>1752</sup>, da § 116 S. 1 BGB das Vertrauen des Erklärungsempfängers in die Geltung der abgegebenen Erklärung schützt<sup>1753</sup>, welches im Fall des § 151 S. 1 BGB mangels Zugangs der Erklärung jedoch nicht hervorgerufen wird.<sup>1754</sup> Im Übrigen wäre für eine Mentalreservation erforderlich, dass der geheim gehaltene innere Wille vom äußeren Erklärungsinhalt abweicht, was jedoch mangels unzweideutiger Handlung bei der Scheckeinreichung schon nicht vorliegt.<sup>1755</sup> Teilweise wurde in der Rechtsprechung auch ein ausdrücklicher Widerspruch gegen das Erlassangebot aufgrund des Grundsatzes der *protestatio facto contraria* als unbeachtlich angesehen, da das tatsächliche Verhalten der Scheckeinreichung vorrangig zu berücksichtigen sei.<sup>1756</sup> Es ist aber grundsätzlich von einer Beachtlichkeit eines Widerspruchs gegen das tatsächliche Verhalten auszugehen.<sup>1757</sup> Eine Vorrangigkeit des äußeren Verhaltens vor einem inneren Ablehnungswillen des Gläubigers bezüglich des Erlassangebots ist im Übrigen deshalb nicht anzunehmen, weil es – wie gesehen – an einem eindeutigen äußeren Handeln fehlt.<sup>1758</sup> Schon deshalb, weil der Schuldner die Scheckeinreichung nicht als Annahmehandlung verstehen durfte, liegt hier auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein des Gläubigers keine Willenserklärung vor.<sup>1759</sup>

1752 Vgl. dazu *Scheffer*, NJW 1995, 3166 (3168).

1753 Vgl. *MüKO/Armbrüster*, 10. Aufl. 2025, § 116 Rn. 1.

1754 *V. Randow*, ZIP 1995, 445 (449 f.).

1755 Vgl. dazu a. *Scheffer*, NJW 1995, 3166 (3168).

1756 Vgl. OLG Köln, Urt. v. 08.09.1999, 13 U 42/99, NJW-RR 2000, 1073 (1073); insofern zust.: *Schneider, E.*, MRD 2000, 857 (858); a.A. *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1949 m.w.N., 1951); a.A. insofern a. OLG Hamburg, Urt. v. 23.03.1988, 4 U 27/88, BeckRS 1988, 30859183, das die Unbeachtlichkeit einer *protestatio facto contraria* nur für Fälle von eindeutigem Verhalten annimmt.

1757 Siehe oben Kapitel 3 B.I.1.b.

1758 Vgl. a. OLG Hamburg, Urt. v. 23.03.1988, 4 U 27/88, BeckRS 1988, 30859183.

1759 Vgl. a. OLG Dresden, Urt. v. 22.04.1998, 12 U 175/98, WuB IV A. § 151 BGB 4.99, S. 987 (988), BeckRS 1998, 31355873; vgl. a. BGH, Urt. v. 07.03.2006, VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511 (1512 Rn. 12). Das OLG Dresden, Urt. v. 22.04.1998, 12 U 175/98, WuB IV A. § 151 BGB 4.99, S. 987 (988), BeckRS 1998, 31355873 ist für denjenigen Fall von fehlendem Erklärungsbewusstsein ausgegangen, dass der Scheck und das Schreiben von unterschiedlichen Angestellten bearbeitet wurden; dem insofern zust.: *Kusserow/Lomp*, WuB IV A. § 151 BGB 4.99, S. 988 (990).

Wie im Fall unbestellter Ware erhält der Empfänger im Fall der Erlassfalle die Möglichkeit, über die Ware bzw. den Scheck zu verfügen.<sup>1760</sup> Im Unterschied zur Nutzung einer unbestellten Ware<sup>1761</sup> hat der Gläubiger bei einer Erlassfalle jedoch bereits eine Forderung gegen den Schuldner, sodass sich die Einlösung auch auf die bestehende Forderung beziehen kann<sup>1762</sup>. Auch das Verbuchen von überwiesenem Geld kann ohne weitere Anhaltspunkte deshalb nicht als Annahmeerklärung angesehen werden.<sup>1763</sup>

#### d Ergebnis

Aus der Aussage des Schuldners, ein bestimmtes Verhalten werde als Annahme angesehen, lässt sich nicht ohne Weiteres auf eine Willenserklärung schließen, da ansonsten die vertragliche Selbstbestimmung des Gläubigers verletzt würde.<sup>1764</sup> Es wäre dem Schuldner andernfalls möglich, durch diese Äußerung eine Erklärungsfiktion an ein Verhalten des Gläubigers zu knüpfen, zu dem dieser nach dem bestehenden Vertragsverhältnis bereits berechtigt ist. Die Einlösung des Schecks im Fall der Erlassfalle stellt ohne weitere Anhaltspunkte kein Verhalten dar, aus dem unzweideutig auf einen Annahmewillen geschlossen werden könnte, was für eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB allerdings erforderlich wäre<sup>1765, 1766</sup>.

## 2 Französisches Recht

Im französischen Recht ist der Erlass (*remise de dette*) in den Art. 1350 bis 1350–2 Code civil geregelt. Nach Art. 1350 Code civil ist der Erlass ein Vertrag, durch den der Gläubiger den Schuldner von seiner Ver-

<sup>1760</sup> Scheffer, NJW 1995, 3166 (3167).

<sup>1761</sup> Siehe dazu oben C.III.1.

<sup>1762</sup> Vgl. Frings, BB 1996, 809 (811); v. Randow, ZIP 1995, 445 (448).

<sup>1763</sup> Vgl. Scheffer, NJW 1995, 3166 (3167).

<sup>1764</sup> Vgl. Kleinschmidt, NJW 2002, 346 (348).

<sup>1765</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38); vgl. a. von zur Gathen, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S. 245 f.

<sup>1766</sup> V. Randow, ZIP 1995, 445 (448).

pflichtung entbindet: „*La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation.*“ Im französischen Recht bedarf der Erlass daher wie im deutschen Recht einer Einigung der Parteien.<sup>1767</sup> Die Zustimmung des Gläubigers muss dabei sorgfältig geprüft werden.<sup>1768</sup> Dies kann auch konkludent erfolgen.<sup>1769</sup> Allerdings muss der Wille des Gläubigers zum Erlass eindeutig sein.<sup>1770</sup> Die Rückgabe eines reparierten Fahrzeugs gegen eine Teilzahlung wurde daher nicht als Erlass der Restsumme angesehen.<sup>1771</sup> Zudem führt die Zusendung eines Angebots mit dem einseitig erklärten Hinweis, dass Schweigen auf dieses Angebot als Zustimmung gelten soll, nicht zur Vereinbarung zwischen den Parteien, dass Schweigen tatsächlich als Zustimmung gilt.<sup>1772</sup>

Aus diesen Grundsätzen sowie vor dem Hintergrund, dass im französischen Recht grundsätzlich eine subjektive Auslegung erfolgt<sup>1773</sup>, kann für den Fall der Erlassfalle daher nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Scheckeinreichung als Annahme durch den Gläubiger anzusehen ist.

### 3 Common Law

Grundsätzlich erfordert im englischen Recht ein Änderungsvertrag wie ein Erlass (*release*)<sup>1774</sup> eine *consideration* oder die Form eines *deed*.<sup>1775</sup> Für den Fall, dass der Vertrag noch nicht vollständig erfüllt wurde

1767 Vgl. *Picod, N.*, Remise de dette, in: Répertoire de droit civil, nov. 2023, Généralités Ziff. 4, Sect. 1 Ziff. 7; vgl. a. vgl. *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 430.

1768 *Picod, N.*, Remise de dette, in: Répertoire de droit civil, nov. 2023, Sect. 1 Art. 1 § 1 Ziff. 9.

1769 Vgl. *Picod, N.*, Remise de dette, in: Répertoire de droit civil, nov. 2023, Sect. 1 Art. 1 § 1 Ziff. 22.

1770 *Mestre*, RTDCiv. 1994, 863 zu CA Versailles, 20.05.1994; vgl. a. *Sefton-Green et al.*, in: Gordley, The Enforceability of Promises in European Contract Law, 2001, S. 268.

1771 *Mestre*, RTDCiv. 1994, 863 zu CA Versailles, 20.05.1994; vgl. a. *Picod, N.*, Remise de dette, in: Répertoire de droit civil, nov. 2023, Sect. 1 Art. 1 § 1 Ziff. 22.

1772 *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 447 (S. 364).

1773 Vgl. dazu oben Kapitel 3 A.II.2.

1774 Vgl. zum Begriff: *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–003 (S. 2018).

1775 Vgl. *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–010 (S. 2021); vgl. *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S. 432 ff. Vgl. für die USA aber: § 2–209 UCC, vgl. vgl. Staudinger/*Rieble* (2022), § 397 Rn. 67.



(*executory on both sides*), liegt bei einer Vertragsaufhebung die *consideration* im jeweiligen Versprechen, die Pflicht der anderen Partei zu erlassen.<sup>1776</sup> Verspricht in diesem Fall nur ein Vertragspartner dem anderen einen Erlas, fehlt es grundsätzlich an einer *consideration*.<sup>1777</sup> Hat eine Partei bereits vollständig geleistet (*executed on one side*), ist für den Erlass der Pflicht der anderen Partei neben der Einigung ebenfalls eine *consideration* erforderlich (*accord and satisfaction*)<sup>1778, 1779</sup>. Anders als bei einer Vertragsänderung, etwa in Form der Vereinbarung einer höheren Zahlung<sup>1780</sup>, reicht ein *practical benefit* für eine *consideration* im Fall eines Erlasses nicht aus, da das Versprechen zur Zahlung nur eines Teils der bereits geschuldeten Leistung keine ausreichende *consideration* darstellen soll.<sup>1781</sup>

Grundsätzlich kann für einen Vertragsschluss davon ausgegangen werden, dass eine Annahme vorliegt, wenn eine Handlung vom Antragsenden als Annahme vorgesehen wird und der Angebotsempfänger diese Handlung vornimmt.<sup>1782</sup> Der Wille des Angebotsempfängers ist objektiv festzustellen<sup>1783</sup> und muss sich aus dem Verhalten objektiv klar ergeben.<sup>1784</sup> Zwar kann die Einlösung eines Schecks über eine gerin-

1776 *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–001 (S. 2017), Rn. 26–027 (S. 2027 f.); *Davies*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–082 (S. 584 f.); *Furmston*, *Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 698 f.; vgl. für die USA: *Reimann*, *Einführung in das US-amerikanische Privatrecht*, 2. Aufl. 2004, S. 30 m. Fn. 29.

1777 *Davies*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–082 (S. 585); vgl. *Collin v Duke of Westminster* [1985] Q.B. 581 (598).

1778 *British Russian Gazette & Trade Outlook Ltd. v. Associated Newspapers Ltd.* [1933] 2 K.B. 616 (643 f.).

1779 *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–001 (S. 2017); *Furmston*, *Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 706. Vgl. schon I.3.b oben zur Vertragsänderung.

1780 Vgl. oben I.3.b.aa.

1781 *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 17 (S. 15); vgl. *Davies*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–094 (S. 590); vgl. a. *Foakes v. Beer* (1884) 9 App. Cas. 605 (613); vgl. aber *MWB Business Exchange Centres Ltd. v. Rock Advertising Ltd.* [2017] Q.B. 604 (620 Ziff. 48) (offengelassen von der Nachinstanz: [2018] 2 W.L.R. 1603 (1612 Ziff. 18)); vgl. dazu *Davies*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–097 (S. 591 f.).

1782 Vgl. *Brogden v. Metropolitan Railway Co.* (1877) 2 App. Cas. 666 (691).

1783 *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020).

1784 Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

gere als die geschuldete Summe, den der Schuldner dem Gläubiger zur vollständigen Erlöschen seiner Schuld zusendet, ein Indiz für die Zustimmung des Gläubigers sein.<sup>1785</sup> Allerdings reicht die Scheckeinreichung nicht für eine Einigung und *consideration* (*accord and satisfaction*), wenn der Gläubiger bei der Einlösung oder kurz danach<sup>1786</sup> klarstellt, dass er einem Erlass nicht zustimmt.<sup>1787</sup> Ein wirksamer Vertrag im Fall der Erlassfalle kann daher an einer fehlenden Zustimmung des Gläubigers bzw. fehlenden Einigung (*accord*)<sup>1788</sup> als auch an einer fehlenden *consideration* (*satisfaction*)<sup>1789</sup> scheitern.<sup>1790</sup> Für den Fall, dass durch einen Dritten eine Teilzahlung mit dem Hinweis auf eine gewünschte vollständige Tilgung der Verpflichtung des Schuldners angeboten wurde, wurde in der Rechtsprechung allerdings davon ausgegangen, dass die Gläubiger nach Einlösung des zugesandten Schecks den Restbetrag nicht mehr vom Schuldner verlangen können.<sup>1791</sup> Dies wurde insbesondere damit begründet, dass die Gläubiger, von deren

**1785** *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020); *Stour Valley Builders v. Stuart*, 1993 WL 964283 (1992).

**1786** Vgl. aber zur Auslegung oben Kapitel 3 A.III.2.

**1787** *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020); *Ferguson v. Davies*, 1996 WL 1090765 (1996); *Inland Revenue Commissioners v. Fry*, 2001 WL 1476305 (2001) (Ziff. 7, 14); vgl. a. *Stour Valley Builders v. Stuart*, 1993 WL 964283 (1992); *Joinery Plus Ltd. (In Administration) v. Laing Ltd.*, 2003 WL 270913 (2003) (Ziff. 92); *Day v. McLea* (1889) 22 Q.B.D. 610 (612) (zur Einbehaltung des Schecks); vgl. a. *D. & C. Builders Ltd. v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617 (623); vgl. zur fehlenden Annahme durch bloßes Behalten von einem auf das Konto des Gläubigers überwiesenen Teilbetrag: *Beechwood House Publishing v. Guardian Products Ltd.* [2010] EWPCC 013, 2010 WL 4483785 (Ziff. 9) u. [2010] EWPCC 012, 2010 WL 4483782 (Ziff. 49).

**1788** *Joinery Plus Ltd. (In Administration) v. Laing Ltd.* 2003 WL 270913 (2003) (Ziff. 92); *Stour Valley Builders v. Stuart*, 1993 WL 964283 (1992); *Inland Revenue Commissioners v. Fry* 2001 WL 1476305 (2001) (Ziff. 7); *Ferguson v. Davies*, 1996 WL 1090765 (1996) (Lord Justice Evans); *D. & C. Builders Ltd. v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617 (625) (Lord Denning M.R.) (aufgrund von auf den Gläubiger ausgeübten Drucks).

**1789** *Ferguson v. Davies*, 1996 WL 1090765 (1996) (Lord Justice Henry); *D. & C. Builders Ltd. v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617 (626) (Danckwerts L.J.).

**1790** Vgl. aber *D. & C. Builders Ltd. v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617 (624 f.) für den Fall, dass es unbillig wäre, wenn sich der Gläubiger auf die Geltendmachung des Restbetrags beruft, nachdem er einem Erlass zugestimmt hat. Vgl. zur *promissory estoppel* oben Kapitel 2 B.VI.

**1791** *Hirachand Punamchand v. Temple* [1911] 2 K.B. 330 (336, 338 ff., 340); vgl. dazu *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 134 f. Vgl. zur Zustimmung des Schuldners und einer dreiseitigen Vereinbarung: *Hirachand Punamchand v. Temple* [1911] 2 K.B. 330 (342). Vgl. für den Fall mehrerer Gläubiger a. *Stone/Devenney*, *The Modern Law of Contract*, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 134 f. m.w.N.

Redlichkeit auszugehen sei, wussten, dass sie die Zahlung nur annehmen durften, wenn sie zugleich den Erlass akzeptierten.<sup>1792</sup> Bezüglich der Zahlung durch Dritte verweist die Entscheidung darauf, dass es bei der Leistung durch einen Dritten nicht auf das Verhältnis zur Höhe der Schuld ankomme und die Zahlung eines Dritten nur zu den Bedingungen angenommen werden könne, zu denen sie angeboten wurde.<sup>1793</sup> Die Fallgruppe scheint auch eine Ausnahme vom Erfordernis einer *consideration* des Schuldners darzustellen.<sup>1794</sup>

In den USA regelt § 3–311(a) UCC<sup>1795</sup>, dass ein Schuldner nachweisen kann, dass (i) er dem Gläubiger in gutem Glauben<sup>1796</sup> ein Handelspapier (*instrument*)<sup>1797</sup> zur vollständigen Befriedigung des Anspruchs vorgelegt hat, (ii) der Betrag des Anspruchs nicht beziffert werden kann<sup>1798</sup> oder Gegenstand eines *bona fide dispute* war, und (iii) der Gläubiger die Zahlung erhalten hat. Die Forderung erlischt, wenn der Schuldner nachweist, dass das Dokument oder eine begleitende schriftliche Mitteilung eine eindeutige Erklärung enthielt, wonach das Dokument zur vollständigen Befriedigung der Forderung vorgelegt wurde, § 3–311(b) UCC.<sup>1799</sup> Allerdings kann schon mit der Unredlichkeit des Schuldners im Fall der Erlassfalle gegen die Voraussetzung des § 3–311(a) UCC, das Instrument müsse in gutem Glauben vorgelegt werden, und damit gegen einen wirksamen Erlass argumentiert werden<sup>1800</sup>.

1792 Hirachand Punamchand v. Temple [1911] 2 K.B. 330 (336, 339, 342).

1793 Hirachand Punamchand v. Temple [1911] 2 K.B. 330 (340, 342); vgl. dazu a. Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–107 (S. 135). Im deutschen Recht müssten im Fall eines Erlassangebots durch einen Dritten die Voraussetzungen einer Stellvertretung geprüft werden, ohne dass ein Grund ersichtlich wäre, von der oben geschilderten Auslegung einer Scheckeinreichung abzuweichen.

1794 Stone/Devenney, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S. 135; vgl. a. Peel, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–107 (S. 135) (“*this rule does not depend on any contract between debtor and creditor*”).

1795 Vgl. dazu sowie zur Umsetzung in den einzelnen Bundesstaaten aus dem neueren Schrifttum: Baker/Willis/Stivason, 16(3) Rutgers Bus. L. J. (2021), 308 (314 ff.) (am Beispiel von Abrechnungen im Gesundheitswesen).

1796 Vgl. insofern zum Angebot einer sehr geringen Summe: Baker/Willis/Stivason, 16(3) Rutgers Bus. L. J. (2021), 308 (321).

1797 Z.B. einen Scheck, vgl. Baker/Willis/Stivason, 16(3) Rutgers Bus. L. J. (2021), 308 (320); vgl. § 3–104 UCC.

1798 Vgl. dazu Baker/Willis/Stivason, 16(3) Rutgers Bus. L. J. (2021), 308 (318 f.).

1799 Vgl. zu Ausnahmen § 3–311(c) UCC.

1800 Vgl. a. Baker/Willis/Stivason, 16(3) Rutgers Bus. L. J. (2021), 308 (321).

## 4 DCFR und PECL

Art. 2:107 PECL sieht vor, dass ein Versprechen bindend ist, das ohne Annahme rechtlich verbindlich sein soll. Daraus wird gefolgert, dass auch ein einseitiger Erlass nach den PECL möglich sei.<sup>1801</sup> Auch der DCFR sieht vor, dass ein einseitiges Versprechen bindend sein kann (Art. II.-1:103(2) DCFR) und dass der Empfänger einen ihn begünstigenden Rechtsakt unverzüglich zurückweisen kann (Art. II.-4:303 DCFR).<sup>1802</sup> Gleichzeitig kann nach Art. III.-1:108(1) DCFR eine Änderung oder Beendigung eines Vertrages jederzeit durch Vertrag erfolgen, sodass davon ausgegangen werden kann, dass ein Erlass einseitig, aber auch durch Vertrag zustande kommen kann.<sup>1803</sup> In den PECL wird ein Erlassvertrag zwar nicht eigens behandelt, muss jedoch mit Blick auf die Vertragsfreiheit trotzdem, je nach den Umständen des Einzelfalles, möglich sein<sup>1804</sup>. Mit Blick auf die objektiven Auslegungsgrundsätze<sup>1805</sup> lässt sich insofern – wie im deutschen Recht – gegen einen Vertragsschluss in der Situation einer Erlassfalle argumentieren.

## 5 Ergebnis

Die Parteien können grundsätzlich vereinbaren, dass dem einen Teil eine Verpflichtung erlassen wird.<sup>1806</sup> Auch in den Fällen, in denen der

**1801** Kleinschmidt, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 2009, „Erlass einer Forderung“ (S. 443).

**1802** Vgl. Kleinschmidt, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 2009, „Erlass einer Forderung“ (S. 444).

**1803** Vgl. a. Hogg, Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, 2011, S. 449. Vgl. a. Art. 5.1.9(2) PICC, nach dem ein unentgeltlicher Erlass als angenommen gilt, wenn der Schuldner das Angebot nicht unverzüglich ablehnt, während bei einem entgeltlichen Verzicht der Schuldner zustimmen muss, vgl. Kleinschmidt, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 2009, „Erlass einer Forderung“ (S. 443).

**1804** Vgl. a. Hogg, Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, 2011, S. 449.

**1805** Vgl. zur Auslegung oben Kapitel 3 A.IV.2.

**1806** Vgl. zur Abgrenzung zu einem einseitigen Verzicht im französischen Recht: *Houtcieff*, Renonciation, in: Répertoire de droit civil, déc. 2017, Généralités Ziff. 12; vgl. zum deutschen Recht: *JurisPK/Rüßmann*, 10. Aufl. (01.02.2023), § 397 Rn. 3, 7; vgl. zum *wai-ver* im englischen Recht: *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. 1, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–043 ff. (S. 2039 ff.); vgl. a. Hogg, Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, 2011, S. 430 ff.; Kleinschmidt, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 2009, „Erlass einer Forderung“ (S. 441 ff.).

Schuldner zur Begleichung der gesamten Schuld eine Teilzahlung anbietet, bleibt es dem Gläubiger unbenommen, einem Erlassvertrag bewusst zuzustimmen. Allerdings ist bei einer Erlassfalle regelmäßig keine Einigung anzunehmen. Die Fallgruppe spielt sowohl im deutschen Recht als auch im *Common Law* eine Rolle.<sup>1807</sup> Zwar spricht auf der einen Seite die Vornahme der vom Schuldner als Annahme definierten Handlung dafür, dass der Gläubiger das Erlassangebot annehmen möchte.<sup>1808</sup> Erforderlich ist allerdings nach allen untersuchten Rechtsordnungen ein unzweideutiges bzw. klares Verhalten des Gläubigers.<sup>1809</sup> Ein solches fehlt, wenn der Gläubiger lediglich einen ihm zustehenden Anspruch geltend macht.<sup>1810</sup> Das Verbuchen einer an den Gläubiger vorgenommenen Überweisung kann daher ebenfalls nicht als Annahme angesehen werden.<sup>1811</sup> Der Schuldner kann auch nicht an eine völlig alltägliche Handlung anknüpfen, z.B. die Einnahme eines Frühstücks an einem bestimmten Tag, da sich hierin kein Annahmewille erkennen lässt.<sup>1812</sup> Unredliches Verhalten des Schuldners spricht daher ebenfalls gegen eine Annahme durch den Gläubiger.<sup>1813</sup> Auch ein krasses Missverhältnis zwischen der geschuldeten und der angebotenen Summe spricht gegen einen Annahmewillen.<sup>1814</sup> Bei der Frage nach dem Annahmewillen des Gläubigers im Zeitpunkt der fraglichen

**1807** Vgl. oben 1 und 3.

**1808** Vgl. aus dem deutschen Recht z.B.: BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415); aus dem englischen Recht: *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020); *Stour Valley Builders v. Stuart*, 1993 WL 964283 (1992). Vgl. zum Fall einer Zahlung durch einen Dritten im englischen Recht: *Hirachand Punamchand v. Temple* [1911] 2 K.B. 330 (336, 338 ff., 340).

**1809** Vgl. zum deutschen Recht: BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38); zum französischen Recht: *Mestre*, RTDCiv. 1994, 863 zu CA Versailles, 20.05.1994; zum englischen Recht: *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337); vgl. zu den USA a. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 212 m. Fn. 840).

**1810** Vgl. a. *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347); v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (448).

**1811** Vgl. im deutschen Recht: *Scheffer*, NJW 1995, 3166 (3167). Vgl. für das Behalten einer Überweisung aus dem englischen Recht: *Beechwood House Publishing v. Guardian Products Ltd.* [2010] EWPCC 013, 2010 WL 4483785 (Ziff. 9) u. [2010] EWPCC 012, 2010 WL 4483782 (Ziff. 49).

**1812** Vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 212 m. Fn. 840).

**1813** Vgl. aus dem deutschen Recht: Vgl. *Frings*, BB 1996, 809 (811); vgl. a. *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347); vgl. aus den USA: § 3–311(a) UCC.

**1814** Vgl. BGH, Urt. v. 10.05.2001, XII ZR 60/99, NJW 2001, 2324 (2325).

Handlung sind auch Umstände, die unmittelbar nach der vorgenommenen Handlung eintreten, zu berücksichtigen, insbesondere der Widerspruch gegen einen Erlass durch den Gläubiger.<sup>1815</sup> Ein Widerspruch kurz nach dem Verhalten des Gläubigers wird auch im englischen Recht berücksichtigt,<sup>1816</sup> obwohl nach den Auslegungsgrundsätzen ein nachvertragliches Verhalten bei der Vertragsauslegung nicht zu berücksichtigen wäre.<sup>1817</sup> Während sich die Fallgruppe der Erlassfälle im deutschen Recht über die Auslegungsgrundsätze lösen lässt, muss im *Common Law* nicht allein auf die Auslegung abgestellt werden, sondern es kann ein Vertrag deshalb fehlen, weil es mangels Einigung und *consideration*<sup>1818</sup> an einem *accord and satisfaction* fehlte.<sup>1819</sup> Im Einzelnen muss hier für das Erfordernis einer *consideration* auf die bestehende Rechtsprechung, z.B. zur Frage, ob ein *practical benefit* für eine *consideration* ausreicht, abgestellt werden.<sup>1820</sup>

### III AGB-Regelungen zur Vertragsverlängerung und Vertragsänderung

Zur Vereinfachung und Erleichterung des Geschäftsverkehrs kann eine Partei Interesse daran haben, im Vorhinein mit ihrem Vertragspartner einen Änderungsmechanismus für ihr Vertragsverhältnis zu vereinbaren. Probleme stellen sich hier insbesondere, wenn ein Änderungsmechanismus in AGB vereinbart werden soll. Denkbar sind auch Klauseln,

**1815** Vgl. zum deutschen Recht z.B.: *Eckhardt*, BB 1996, 1945 (1949); vgl. w.N. oben 1.c.

**1816** Vgl. *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020); vgl. oben 3.

**1817** Vgl. z.B. *Schmidt, J.*, *Vertragsschluss*, 2013, S. 152 f.; vgl. oben Kapitel 3 A.III.2.

**1818** Geht man im deutschen Recht statt von einem Erlass von einem Vergleich aus, mangelt es bei einer unbestrittenen Forderung an einem erforderlichen Nachgeben durch den Schuldner (vgl. v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (446 Fn. 9)), ähnlich wie im Fall einer fehlenden *consideration* im *Common Law*.

**1819** *McKendrick*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020); *Ferguson v. Davies*, 1996 WL 1090765 (1996); *Inland Revenue Commissioners v. Fry* 2001 WL 1476305 (2001) (Ziff. 7, 14); vgl. a. *Stour Valley Builders v. Stuart*, 1993 WL 964283 (1992); *Joinery Plus Ltd. (In Administration) v. Laing Ltd.* 2003 WL 270913 (2003) (Ziff. 92); *Day v. McLea* (1889) 22 Q.B.D. 610 (612) (zur Einbehaltung des Schecks); vgl. a. *D. & C. Builders Ltd v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617 (623).

**1820** Vgl. a. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 17 (S. 15).

die für Vertragsänderungen eine bestimmte Form vorsehen.<sup>1821</sup> Im Folgenden soll es lediglich um die Klauseln gehen, die das Vorgehen einer Partei bei einer Vertragsänderung regeln. Die jeweiligen gesetzlichen Regelungen sind dabei insbesondere durch das EU-Recht geprägt.

## 1 Deutsches Recht

Zunächst soll auf die gesetzlichen Vorgaben der §§ 308, 309 BGB eingegangen werden.<sup>1822</sup> Anschließend wird die BGH-Rechtsprechung zu Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB untersucht.

### a Automatische Vertragsverlängerung

Bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat, ist eine AGB-Klausel, die eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses beinhaltet, unwirksam, es sei denn, das Vertragsverhältnis wird nur auf unbestimmte Zeit verlängert und dem anderen Teil wird das Recht eingeräumt, das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat zu kündigen, § 309 Nr. 9 lit. b BGB.

### b Regelung zur Vertragsänderung

Für AGB-Regelungen, die die Änderung der geschuldeten Leistung betreffen, sind insbesondere § 309 Nr. 1 BGB bzw. § 308 Nr. 4 BGB und ggf. § 315 BGB zu beachten. Für die hier zu prüfende Frage des Zustandekommens einer Einigung ist vor allem fraglich, wie eine Änderung des Vertrages bzw. der Vertragsbedingungen selbst vereinbart werden kann.

<sup>1821</sup> Vgl. zu Schriftformklauseln im deutschen Recht: BeckOGK/*Herresthal*, Stand: 01.03.2025, § 311 Rn. 143.1 ff.; vgl. zum englischen Recht: *Furmston*, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S. 696 f.

<sup>1822</sup> Gegenüber Unternehmern sind § 305 Abs. 2 und 3, § 308 Nr. 1, 2–9 und § 309 BGB nicht anzuwenden, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB.

### aa Einseitige Änderung der AGB

Bei einem einseitigen Änderungsrecht des Verwenders bezüglich der AGB stellt sich die Frage, wie die vom Verwender einseitig geänderten AGB wirksam in den Vertrag einbezogen werden können.<sup>1823</sup> Zwar kann § 305 Abs. 2 BGB nicht abbedungen werden.<sup>1824</sup> Auch scheitert eine antizipierte Zustimmung des Kunden zu den geänderten AGB an § 305 Abs. 2 BGB, da ein Hinweis auf die AGB und die Möglichkeit der Kenntnisnahme erst die Grundlage für das Einverständnis des Kunden bilden.<sup>1825</sup> Andererseits hält der Gesetzgeber teilweise ein einseitiges Anpassungsrecht für möglich (vgl. § 41 Abs. 5 S. 1 ENWG).<sup>1826</sup> Für den Fall, dass der Gesetzgeber die Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts anerkennt, ist für die Einbeziehung der geänderten AGB der Widerspruch zu § 305 Abs. 2 BGB dadurch aufzulösen, dass eine Ausnahme zu § 305 Abs. 2 BGB geregelt wird. Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass der Gesetzgeber die Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts ermöglicht, da § 305 Abs. 2 BGB nicht dispositiv ist<sup>1827</sup>. Die Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts muss sich schließlich im Rahmen einer Inhaltskontrolle als wirksam erweisen.<sup>1828</sup> Außerhalb einer gesetzlich ermöglichten Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts stellt sich für die Vereinbarung von AGB-Änderungen die Frage, ob eine Zustimmung des Vertragspartners fingiert werden kann<sup>1829</sup> oder ob er der AGB-Änderung konkludent zugestimmt hat<sup>1830</sup>.

**1823** BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 270 m.w.N.

**1824** BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 271, Rn. 200; vgl. BGH, Urt. v. 20.03.2014, VII ZR 248/13, NJW 2014, 1725 (1728 Rn. 28); Staudinger/*Mäsch* (2022), § 305 Rn. 97.

**1825** Vgl. BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 270.

**1826** Vgl. BGH, Urt. v. 08.09.2021, VIII ZR 97/19, BeckRS 2021, 30598 (Rn. 43 f.).

**1827** Vgl. BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 271, 200; vgl. BGH, Urt. v. 20.03.2014, VII ZR 248/13, NJW 2014, 1725 (1728 Rn. 28); Staudinger/*Mäsch* (2022), § 305 Rn. 97.

**1828** Vgl. zu Anforderungen an Änderungsklauseln: BeckOGK/*Zscheschack*, Stand: 01.06.2025, § 307 Änderungs- und Anpassungsklausel, Rn. 11 ff.; vgl. a. BGH, Urt. v. 08.09.2021, VIII ZR 97/19, BeckRS 2021, 30598 (Rn. 54 ff.); vgl. a. BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 (134 Rn. 11 f.); vgl. a. MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 92 f.; Staudinger/*Mäsch* (2022), § 305 Rn. 196 ff.

**1829** Dazu unten bb, cc.

**1830** Dazu oben I.1.b.



## bb Fingierte Erklärung

Grundsätzlich kann sich der Vertragspartner des Verwenders in AGB damit einverstanden erklären, dass eine bestimmte Handlung oder Schweigen als Annahmeerklärung zu geänderten AGB zu werten sein wird, sodass dann aufgrund des bestimmten Verhaltens bzw. Schweigens eine Einbeziehung der geänderten AGB erfolgt.<sup>1831</sup> Nach § 308 Nr. 5 BGB ist allerdings eine Bestimmung in AGB unwirksam, nach der eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist (a) und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen (b).<sup>1832</sup> Beispielsweise verstößt eine Klausel, die die Inanspruchnahme der Leistung durch den Kunden als Zustimmung zu nachträglich übermittelten AGB fingiert, gegen § 308 Nr. 5 BGB.<sup>1833</sup>

## cc BGH-Rechtsprechung zu Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB

Eine viel diskutierte Entscheidung des BGH betraf AGB-Klauseln mit Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB.<sup>1834</sup>

### (1) Unwirksamkeit von Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB

Der BGH hat AGB-Klauseln von Banken, die die Zustimmung des Kunden zu einer AGB- und Entgeltänderung fingierten, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam gehalten.<sup>1835</sup> Die Klauseln sahen u.a. vor, dass Änderungen der AGB und von Entgelten für Bankleistungen dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem

1831 BeckOGK/*Lehmann-Richter*, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 273.

1832 Eine Fiktion liegt dann nicht vor, wenn eine Willenserklärung des Vertragspartners bereits vorliegt, vgl. zu Bsp.: BeckOGK/*Weiler*, Stand: 01.06.2025, § 308 Nr. 5 Rn. 73 ff.

1833 BGH, Urt. v. 11.11.2009, VIII ZR 12/08, NJW 2010, 864 (867 f. Rn. 40); MüKO/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 88.

1834 BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273. Vgl. zu den Folgen der Entscheidung: BeckOK/*Schmalenbach*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 675g Rn. 11a ff.

1835 BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2275 f. Rn. 19 ff., 2276 f. Rn. 37 f.); bestätigt durch BGH, Urt. v. 19.11.2024, XI ZR 139/23, NJW 2025, 577 (578 Rn. 19).

vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens dem Kunden angeboten werden und die Zustimmung des Kunden als erteilt gilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung angezeigt hat. Auf die Genehmigungswirkung würde die Bank den Kunden im Angebot besonders hinweisen. Dem Kunden wurde ein Kündigungsrecht für den betroffenen Vertrag eingeräumt, worauf die Bank in ihrem Angebot besonders hinweisen würde. Inhaltlich entsprach die Klausel § 675g Abs. 1 BGB.<sup>1836</sup> Dies schließe nach dem BGH eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB jedoch nicht aus.<sup>1837</sup> Die Klausel weiche nach der BGH-Entscheidung von wesentlichen Grundgedanken der §§ 305 Abs. 2, 311 Abs. 1, 145 ff. BGB ab und benachteilige den Verbraucher daher unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, da die Zustimmungsfiktion dem Verwender ermögliche, bei fehlender fristgerechter Ablehnung durch den Kunden das Vertragsgefüge insgesamt umzugestalten, und auf eine einseitige, inhaltlich unbegrenzte Änderungsbefugnis hinausliefe.<sup>1838</sup> Für Änderungen, die das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich verschieben, sei ein Änderungsvertrag erforderlich.<sup>1839</sup> Der BGH hielt es jedoch für möglich, dass eine „einschränkend-konkretisierende Formulierung“ der AGB-Änderungsklausel zu deren Wirksamkeit führt.<sup>1840</sup> Die Banken haben ihre AGB inzwischen umformuliert.<sup>1841</sup> Zu Änderungen der Hauptleistung und der Einführung von Entgelten muss der Kunde daher aktiv zustimmen.<sup>1842</sup> Ein gleichzeitig mit der Zustimmungsfiktion eingeräumtes Kündigungsrecht für den Kunden führt nicht zwingend zu einer Kompensation des Nachteils durch die Zustimmungsfiktion, vielmehr kann es dem Verwender die Möglichkeit eröffnen, durch eine Gebührenerhöhung den Kunden zu einer

**1836** Vgl. BeckOGK/Weiler, Stand: 01.06.2025, § 308 Nr. 5 Rn. 144.

**1837** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2273 Rn. 12).

**1838** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2275 Rn. 22 ff., 2276 f. Rn. 38 f.).

**1839** Vgl. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 f. Rn. 38).

**1840** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 32); für die Klausel zu Entgeltänderungen hat der BGH dies nicht ausdrücklich wiederholt, vgl. dazu Casper, ZIP 2021, 2361 (2365); vgl. a. Rodi, WM 2021, 1357 (1364).

**1841** Vgl. dazu Rodi, WM 2022, 1665 (1665 ff.).

**1842** Vgl. Rodi, WM 2021, 1357 (1364); Vogel, ZBB 2021, 312 (324).

Kündigung zu bringen.<sup>1843</sup> Auch war ein Widerspruch des Kunden nicht erforderlich<sup>1844</sup> und führte somit auch nicht zu einer Erklärungswirkung des Schweigens, da ansonsten die Zustimmungsfiktion im Ergebnis doch Wirksamkeit entfalten würde.<sup>1845</sup>

Dafür, dass gegenüber Unternehmern Zustimmungsfiktionen wirksam sein könnten, spricht, dass hier Schweigen in Einzelfällen als Zustimmung gelten kann, vgl. §§ 91a, 362 Abs. 1, 377 Abs. 2, 386 Abs. 1 HGB.<sup>1846</sup> Andererseits finden die Grundsätze zum Vertragsschluss, mit denen der BGH die Unwirksamkeit der Klausel begründet hat, auch im unternehmerischen Verkehr Anwendung, sodass die Unwirksamkeit einer umfassenden Zustimmungsfiktionsklausel auch gegenüber Unternehmern nicht ausgeschlossen ist.<sup>1847</sup>

## (2) Konkludente Annahme einer Vertragsänderung durch den Kunden

Zu der Frage, ob der Kunde einer Änderung, die aufgrund der Unwirksamkeit der Zustimmungsfiktionsklausel nicht Vertragsbestandteil wurde, konkludent zustimmen kann,<sup>1848</sup> gelten die oben beschriebenen Grundsätze zu Änderungsverträgen.<sup>1849</sup> Eine konkludente Zustimmung des Kunden durch die Zahlung der erhöhten Gebühren<sup>1850</sup> bzw. die Fort-

**1843** Vgl. dazu *Rodi*, WM 2021, 1310 (1315 m.w.N.).

**1844** Siehe dazu oben Kapitel 4 B.III.1.

**1845** Vgl. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1359).

**1846** *Casper*, WM 2022, 2353 (2357 f.); *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2365); vgl. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1365); *Vogel*, ZBB 2021, 312 (321). Zum Schweigen bei Vertragsschluss siehe oben Kapitel 4 B.III.1.

**1847** Vgl. a. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1365); vgl. zur RSPR w.N.b. *Casper*, WM 2022, 2353 (2357 f.). Für eine Anwendung der RSPR im unternehmerischen Verkehr: *Graf von Westphalen*, NJW 2021, 3145 (3148 Rn. 20 f.). Dagegen: *Vogel*, ZBB 2021, 312 (321); *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2365).

**1848** Im Fall BGH, Urt. v. 19.11.2024, XI ZR 139/23, NJW 2025, 577 (578 Rn. 18) ist der BGH vom Fehlen eines Angebots in Form des Informationsschreibens an den Kunden ausgegangen. Allerdings kann jedenfalls in der Zurverfügungstellung der Dienste zusammen mit der Abrechnung zu neuen Bedingungen ab dem Zeitpunkt ein Angebot gesehen werden, in dem der BGH die Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB für unwirksam erklärt hat, vgl. *Casper*, ZIP 2025, 1427 (1431).

**1849** Siehe oben I.1.b.

**1850** An eine Zahlung durch den Kunden lässt sich nicht anknüpfen, wenn die Bank die Gebühren selbst abbucht, *Rodi*, WM 2021, 1357 (1358 Fn. 119).

setzung der Geschäftsbeziehung ab dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung scheidet ohne das Vorliegen weiterer Umstände daran, dass kein Erklärungsbewusstsein des Kunden bezüglich einer Änderung vorliegt, weil bereits ein Vertrag besteht.<sup>1851</sup> Zusätzlich kann in diesem Fall das Erklärungsbewusstsein dadurch abgelehnt werden, dass der Kunde aufgrund der (unwirksamen) Zustimmungsfiktionsklausel davon ausgeht und davon ausgehen darf, dass eine Erklärung seinerseits nicht mehr erforderlich ist und die Änderung bereits zustande gekommen ist.<sup>1852</sup> Die Änderung käme nur zustande, wenn sie für den Kunden lediglich rechtlich vorteilhaft wäre.<sup>1853</sup>

Eine konkludente Annahme des Änderungsangebots kann auch dann vorliegen, wenn eine im Rahmen der Änderung zusätzlich angebotene Leistung in Anspruch genommen wird.<sup>1854</sup> Zwar könnte auch hier zum einen bereits aus Sicht des Erklärungsempfängers aufgrund der (wenn auch unwirksam) vereinbarten Zustimmungsfiktion keine Willenserklärung mehr erforderlich sein und zum anderen könnte deshalb auch der Kunde zunächst nicht davon ausgehen müssen, dass die Nutzung der Leistung als Annahmeerklärung angesehen wird, sodass es ihm am Erklärungsbewusstsein fehlen könnte.<sup>1855</sup> Andererseits muss der Kunde davon ausgehen, dass die Nutzung von Leistungen, die ihm nur im Falle einer Vertragsänderung angeboten werden, als Zustimmung zu den geänderten Klauseln verstanden wird, sodass vom Vorliegen von Erklärungsbewusstsein beim Kunden ausgegangen werden kann.<sup>1856</sup>

**1851** Vgl. *Schultess*, NJW 2022, 431 (432 Rn. 6 ff.); vgl. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1358 f.); *Habersack*, ZIP 2021, 1837 (1839).

**1852** Vgl. *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2362); vgl. a. BGH, Urt. v. 19.11.2024, XI ZR 139/23, NJW 2025, 577 (578 Rn.18). Vgl. zum Fall des § 150 Abs. 1 BGB: BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 36 ff.); BGH, VUrt. v. 07.06.2013, V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 (3436 Rn. 27); BGH, Urt. v. 11.06.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 (2875 Rn. 17 f.).

**1853** Vgl. *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363). Siehe oben I.1.b.aa.

**1854** *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363). Vgl. zur Änderungskündigung: *Rodi*, ZIP 2022, 1583 (1583 ff.).

**1855** Vgl. dazu *Rodi*, WM 2021, 1357 (1359); am nachweisbaren Erklärungsbewusstsein zweifelnd a.: *Vogel*, ZBB 2021, 312 (322).

**1856** Vgl. *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363).

### (3) Mögliche Einschränkung der Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen

Nach der BGH-Entscheidung sind Streitigkeiten über eine mögliche zeitliche Einschränkung von Rückforderungsansprüchen des Kunden aufgrund der Unwirksamkeit der Zustimmungsfiktionsklausel gegen die Bank entstanden.<sup>1857</sup> Bei Energieversorgungsverträgen hat der BGH zur Folge einer unwirksamen Preisanpassung entschieden, dass der Kunde des Energieversorgers die Unwirksamkeit<sup>1858</sup> einer Preiserhöhung nicht geltend machen kann, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung beanstandet hat.<sup>1859</sup> Dies ergebe sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 157, 133 BGB, da die unwirksame Preisanpassungsklausel in einem Energielieferungsvertrag zu einer Lücke im Regelungsplan der Parteien führe.<sup>1860</sup> Das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung würde dem BGH zufolge nicht gewahrt, wenn der Kunde ohne zeitliche Begrenzung Rückforderungen geltend machen könnte.<sup>1861</sup>

Von vornherein ausgeschlossen ist die Vergleichbarkeit einer unwirksamen Zustimmungsfiktion mit unwirksamen Preisanpassungen im Energiesektor nicht.<sup>1862</sup> Der BGH hat die Anwendung der sog. Dreijahreslösung auf Fälle unwirksamer Zustimmungsfiktionen schließlich jedoch abgelehnt, weil es bei Zustimmungsfiktionen um keine automatische Anpassung des Vertragsinhalts, sondern um den Mechanismus der Einigung gehe und daher gem. § 306 Abs. 2 BGB die

**1857** Vgl. kritisch *Feldhusen*, NJW 2023, 2905 (2906 Rn. 3 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung zur Befürwortung einer Einschränkung); für eine Einschränkung: *Omlor*, NJW 2021, 2243 (2247 Rn. 32); *Grigoleit*, WM 2023, 697 (703 ff. Rn. 40 ff.); *Vogel*, ZBB 2021, 312 (322 ff.).

**1858** Vgl. zu § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV: *Wessling/Stopfer*, EnWZ 2022, 353.

**1859** BGH, Urt. v. 08.02.2023, VIII ZR 65/22, BeckRS 2023, 3439 (Rn. 34); BGH, Urt. v. 10.03.2021, VIII ZR 200/18, NJW-RR 2021, 626 (627 Rn. 29 m.w.N.); vgl. zum Stromlieferungsvertrag: BGH, Urt. v. 15.01.2014, VIII ZR 80/13, NJW 2014, 1877; zur fehlenden Einbeziehung: BGH, Urt. v. 03.12.2014, VIII ZR 370/13, NJW 2015, 1167.

**1860** BGH, Urt. v. 10.03.2021, VIII ZR 200/18, NJW-RR 2021, 626 (627 Rn. 28).

**1861** Vgl. BGH, Urt. v. 14.03.2012, VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372, NJW 2012, 1865 (1866 f. Rn. 26); vgl. dazu *Schultess*, NJW 2022, 431 (433 Rn. 14 f., 435 Rn. 27 f.); *Grigoleit*, WM 2023, 697 (704 Rn. 42 f.); *Omlor*, NJW 2021, 2243 (2247 Rn. 31).

**1862** A.A. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1359); vgl. zur Frage d. Vergleichbarkeit insg.: *Grigoleit*, WM 2023, 697 (706 f.); *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363 f.).

§§ 311 Abs. 1, 145 ff. BGB für die Frage einer Vertragsänderung herangezogen werden könnten, ohne dass es einer ergänzenden Vertragsauslegung bedürfe.<sup>1863</sup>

Die Dreijahreslösung führte zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass eine unwirksame Preisanpassung trotz ihrer Unwirksamkeit im Ergebnis doch Wirkung entfaltet, wenn der Kunde ihr nicht rechtzeitig widerspricht.<sup>1864</sup> Eine zeitliche Begrenzung der Geltendmachung wird grundsätzlich auch bereits durch die Verjährung herbeigeführt.<sup>1865</sup> Der BGH lässt nach seiner Dreijahreslösung allein objektiv eine Dreijahresfrist beginnen, ohne dass es auf Kenntnis oder Kennenmüssen des Kunden von der Unwirksamkeit der Preiserhöhung ankäme.<sup>1866</sup> Deshalb ist die Übereinstimmung der BGH-Rechtsprechung mit Unionsrecht strittig.<sup>1867</sup> Auch bezüglich einer Übertragung der Dreijahreslösung auf die Fälle unwirksamer Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB ist fraglich, ob dies mit Unionsrecht vereinbar wäre.<sup>1868</sup> Für die Frage des Vertragsschlusses kann dies hier letztlich offenbleiben. Festzuhalten bleibt jedoch, dass das Fehlen einer Zustimmung im Ergebnis bei Anwendung der Dreijahreslösung nur zeitlich begrenzt berücksichtigt würde.

**1863** BGH, Urt. v. 19.11.2024, XI ZR 139/23, NJW 2025, 577 (578 Rn. 21, 23).

**1864** Vgl. *Graf von Westphalen*, NJW 2021, 2328 (2328 Rn. 3).

**1865** Vgl. *Schultess*, NJW 2022, 431 (433 f. Rn. 17); *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 (2574); vgl. *Markert*, EnWZ 2016, 362 (363); vgl. zum Zeitpunkt des Verjährungsbeginns im Fall unwirksamer Zustimmungsfiktionen: *Feldhusen*, NJW 2023, 2905 (2907 f. Rn. 7 ff.); *Schultess*, NJW 2022, 431 (436 Rn. 38 ff.); *Rodi*, WM 2021, 1357 (1360); *Grigoleit*, WM 2023, 749 (749 ff. Rn. 76 ff.); *Omlor*, NJW 2021, 2243 (2248 Rn. 35); *Vogel*, ZBB 2021, 312 (323); vgl. zur Verwirkung: *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2364); *Schultess*, NJW 2022, 431 (435 Rn. 32 f.); *Grigoleit*, WM 2023, 697 (707 f. Rn. 66 ff.).

**1866** BeckOK/*Schmidt*, H., 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 306 Rn. 7 a.E.; vgl. a. *Graf von Westphalen*, IWRZ 2023, 9 (16).

**1867** Gegen eine Unionsrechtmäßigkeit: *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 m.w.N.; BeckOK/*Schmidt*, H., 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 306 Rn. 7; *Graf von Westphalen*, NJW 2021, 2328 (2329 f. Rn. 7 f.); vgl. *Schultess*, NJW 2022, 431 (434 Rn. 21); a.A. BGH, Urt. v. 06.04.2016, VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337, NJW 2017, 320 (321 ff. Rn. 23 ff.); vgl. *Herresthal*, NJW 2023, 1161 (1165 Rn. 15 f.); vgl. insg. *Herresthal*, NJW 2021, 589; vgl. a. *Grigoleit*, WM 2023, 749 (755 ff. Rn. 107 ff.).

**1868** Dagegen: *Feldhusen*, NJW 2023, 2905 (2907, Rn. 6); *Schultess*, NJW 2022, 431 (434 f. Rn. 26 ff.); vgl. a. *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2364); vgl. dafür: *Grigoleit*, WM 2023, 749 (755 ff. Rn. 107 ff.).

### c Ergebnis

Sowohl zu AGB-Regelungen zur Vertragsverlängerung als auch zur Änderung des Vertragsinhalts sowie der Vertragsklauseln finden sich im deutschen Recht gesetzliche Vorgaben. An dieser Stelle sind insbesondere Zustimmungsfiktionsklauseln interessant, vgl. a. § 675g Abs. 2 BGB. Banken-AGB, in denen die Zustimmung des Kunden zu einer AGB- und Entgeltänderung fingiert wurde, wurden wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam gehalten.<sup>1869</sup> Wird von einer Änderung das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung betroffen, muss dies zwischen den Parteien vereinbart werden.<sup>1870</sup> Insofern hielt der BGH es für möglich, dass eine Änderungsklausel wirksam sein kann, wenn eine „einschränkend-konkretisierende Formulierung“ vorgenommen wird.<sup>1871</sup> Für den Fall einer unwirksamen Zustimmungsfiktion kann nur dann von einer konkludenten Annahme eines Änderungsangebots durch Inanspruchnahme der angebotenen Leistung durch den Kunden ausgegangen werden, wenn es sich um lediglich rechtlich vorteilhafte Änderungen handelt<sup>1872</sup> oder es sich um eine zusätzlich und nur für den Fall angebotene Leistung handelt, dass der Kunde den Änderungen zustimmt.<sup>1873</sup> Eine Begrenzung der Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Zustimmungsfiktionsklausel würde dazu führen, dass im Ergebnis die unwirksame Zustimmungsfiktion bestehen bleibt und einen Verstoß gegen die Vertragsfreiheit des Kunden darstellen.

**1869** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2275 f. Rn. 19 ff., 2276 f. Rn. 37 f.).

**1870** Vgl. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 f. Rn. 38).

**1871** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 32); für die Klausel zu Entgeltänderungen hat der BGH dies nicht ausdrücklich wiederholt, vgl. dazu *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2365); vgl. a. *Rodi*, WM 2021, 1357 (1364).

**1872** Vgl. *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363). Siehe oben 1.b.cc.(2), I.1.b.

**1873** *Casper*, ZIP 2021, 2361 (2363).

## 2 Französisches Recht

### a Automatische Vertragsverlängerung

Nach Art. L. 215–1(1) Code de la consommation können stillschweigende Verlängerungsklauseln von befristeten Dienstleistungsverträgen mit Verbrauchern vereinbart werden, wenn der Verbraucher schriftlich oder per Email frühestens drei Monate und spätestens einen Monat vor Ablauf des Zeitraums, in dem eine Ablehnung durch den Verbraucher möglich sein soll, über die Möglichkeit der Ablehnung der Verlängerung informiert wird. Wenn dem Verbraucher diese Informationen nicht entsprechend erteilt werden, kann er den Vertrag jederzeit ab dem Verlängerungsdatum kündigen (2).

### b Regelung zur Vertragsänderung

Eine AGB-Klausel mit einem einseitigen Recht des Verwenders zur inhaltlichen Änderung der geschuldeten Leistung in Form der Laufzeit, der Eigenschaften und des Preises der zu liefernden Waren oder der zu erbringenden Dienstleistungen wird nach Art. R. 212–1(3°) Code de la consommation<sup>1874</sup> unwiderlegbar als missbräuchlich vermutet.<sup>1875</sup> Auch im französischen Recht stellt sich schließlich die Frage, wie die Änderung von Vertragsklauseln in AGB vereinbart werden kann.

#### aa Einseitige Vertragsänderung

Eine einseitige Änderung von Zahlungsbedingungen ohne rechtfertigenden Grund wurde in der Rechtsprechung als missbräuchlich angesehen, weil sie ein Ungleichgewicht zugunsten des klauselverwendenden Unternehmers schafft.<sup>1876</sup> Art. R. 212–2(6°) Code de la consommation vermutet, dass eine Klausel missbräuchlich ist, die dem Unternehmer das Recht einräumt, die Vertragsklauseln bezüglich der Rechte

<sup>1874</sup> Eine Beschränkung auf Standardbedingungen liegt insofern nicht vor, vgl. Art. 212–1 Code de la consommation, vgl. dazu *Bonneau*, in: Busch/Lehmann, Unfair Terms in Banking and Financial Contracts, 2023, S. 95 u. insg. zur Umsetzung der Klausel- RL (93/13/EWG): ebd., S. 95 f.

<sup>1875</sup> Vgl. aber Art. R. 212–4(1), (3), (4) Code de la consommation.

<sup>1876</sup> TGI Nanterre, 02.06.2004, n° 02/03156 (Ziffer 3).



und Pflichten der Parteien einseitig zu ändern.<sup>1877</sup> Nach Art. R. 212–4(1) Code de la consommation können jedoch beispielsweise Klauseln vereinbart werden, nach denen der Anbieter von Finanzdienstleistungen das Recht erhält, den vom Verbraucher geschuldeten oder an ihn zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe der Gebühren ohne Vorankündigung zu ändern, wenn ein berechtigter Grund vorliegt und sofern der Unternehmer verpflichtet ist, den Vertragspartner schnellstmöglich zu informieren und dieser den Vertrag sofort kündigen kann.

### bb Konkludente bzw. fingierte Erklärung

Eine AGB-Klausel, die vorsah, dass nur „wesentliche Änderungen“ von AGB dem Kunden mitgeteilt werden und nach der die weitere Nutzung angebotener Dienste als Einverständnis des Kunden zu den Änderungen gewertet werden sollte, wurde in der Rechtsprechung als einseitige Änderungsbefugnis ohne klare Information des Nutzers als missbräuchlich angesehen.<sup>1878</sup>

Zwar wird, wie gesehen, nach Art. R. 212–1(3°) Code de la consommation unwiderlegbar vermutet, dass eine Klausel missbräuchlich ist, die dem Verwender das Recht vorbehält, die Vertragsklauseln bezüglich der Dauer, der Eigenschaften oder des Preises der Waren oder Dienstleistungen einseitig zu ändern. Die Bestimmung, dass der Kunde einer Änderung der Nutzungsbedingungen eines Online-Dienstes zustimmt, wenn er 30 Tage nach Inkrafttreten der angekündigten Änderung die Leistung weiter nutzt, wurde allerdings zum einen nicht als missbräuchlich i.S.v. Art. R. 212–1(3°) Code de la consommation angesehen, da sich die Zustimmungsfiktion nur auf einen optionalen zusätzlichen Dienst bezog und es wurde zum anderen keine Missbräuchlichkeit nach Art. R. 212–1(6°) Code de la consommation angenommen, da bezüglich der vorgesehenen Preisänderung die gesetzlichen Einschränkungen des Art. R. 212–4 Code de la consommation eingehalten wurden, da der

<sup>1877</sup> Dies gilt für andere als die unter Art. R. 212–1(3°) Code de la consommation fallenden Klauseln, die das Recht des Gewerbetreibenden betreffen, die Laufzeit, Eigenschaften und Preis zu ändern, vgl. Art. R. 212–2(6°) Code de la consommation. Vgl. wiederum Art. R. 212–4(3), (4) Code de la consommation.

<sup>1878</sup> CA Paris, 14.04.2023, n° 19/09244 (zu Klausel 12C2 bzw. 6.1 der geprüften Twitter-Nutzungsbedingungen).

Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist über die Änderung informiert wurde, um gegebenenfalls den Vertrag zu kündigen.<sup>1879</sup>

**cc Rechtsprechung zu Zustimmungsfiktionen in Banken-AGB**  
Art. L. 312-1-1(IV) Code monétaire et financier sieht vor, dass dem Kunden eines Kreditinstituts spätestens zwei Monate vor dem geplanten Datum einer vorgeschlagenen Änderung des Kontovertrages die Änderung auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger vorgelegt werden und das Kreditinstitut den Kunden darauf hinweist, dass es die Zustimmung des Kunden zum Zeitpunkt des geplanten Inkrafttretens der Änderung fingiert, wenn der Kunde nicht vorher widerspricht. Für den Fall einer Ablehnung teilt das Kreditinstitut dem Kunden mit, dass dieser den Vertrag kündigen kann, Art. L. 312-1-1(IV) Code monétaire et financier.<sup>1880</sup>

Eine Klausel gegenüber Verbrauchern, die in Banken-AGB die Zustimmung des Kunden zu Änderungen von Zinssätzen nach Gewährung einer Überziehungsermächtigung fingierte, wurde nicht als missbräuchlich angesehen, da es keine einseitige Vertragsänderung sei und Art. L. 312-1-1 Code monétaire et financier eingehalten sei.<sup>1881</sup> Die fehlende Missbräuchlichkeit der Zustimmungsfiktion zur Änderung von Standardbedingungen der Vereinbarung (*convention*) wurde auch damit begründet, dass der Kunde die Möglichkeit habe, die Änderung abzulehnen und den Vertrag zu kündigen.<sup>1882</sup> Umgekehrt wurde eine Zustimmungsfiktion als missbräuchlich angesehen, wenn der Verbraucher nicht über eine geplante wesentliche Vertragsänderung informiert wurde und somit nicht die Möglichkeit der Prüfung und Entscheidung

**1879** CA Paris, 21.10.2022, n° 20/15768 (zu Ziffer 3.C der geprüften AGB), anders noch die Vorinstanz: TGI Paris, 17.09.2019, n° 16/01008 (*Sur la modification unilaterale*).

**1880** Vgl. zur Diskussion, für wen ein Kündigungsrecht vorgesehen wird: *Lasserre Capdeville*, AJ Contrat 2020, 312 (315 Ziff. 25 ff.).

**1881** Cass. civ. 1e, 23.01.2013, n° A 10-21.177, F 10-22.815 (*deuxième moyen du pourvoi de l'UFC*). Vgl. a. Art. 54 Abs. 2 RL (EU) 2015/2366 und zum deutschen Recht § 675g Abs. 3 S. 1 BGB; vgl. a. Art. R. 212-4(1) Code de la consommation (zur einseitigen Änderung).

**1882** Vgl. (jew. zu Art. L. 312-1-1 Code de monétaire et financier a.F., der die Änderung von Preiskonditionen betraf): Cass. civ. 1e, 08.01.2009, n° 06-17.630 (*huitième moyen*); CA Angers, 24.02.2009, n° 07/02296, (n° 18: article 7); CA Paris, 03.04.2008, n° 06/00402 (zu Ziffer VI.3.a.).

über eine Ablehnung hatte.<sup>1883</sup> Bezüglich der Änderung der Banken-AGB muss die in Art. L. 312–1–1 Code monétaire et financier vorgesehene Frist für den Verbraucher, um den vorgeschlagenen AGB-Änderungen zu widersprechen, in der Klausel gewährt werden: Wurde dem Verbraucher statt der vorgesehenen zwei Monate lediglich ein Monat für einen Widerspruch eingeräumt, wurde die Klausel als missbräuchlich angesehen.<sup>1884</sup> Umgekehrt wurde eine Klausel nicht beanstandet, die entsprechend der Frist des Art. L. 312–1–1 Code monétaire et financier formuliert war.<sup>1885</sup>

Art. L. 121–13(1), (2) Code de la consommation sehen vor, dass das Verbot, für unbestellte Waren oder Dienstleistungen eine Zahlung zu verlangen (Art. L. 121–12 Code de la consommation), der Erhebung von z.B. Zinsen im Rahmen einer Kontovereinbarung sowie der Umsetzung einer Änderungsklausel, die bei Vertragsschluss vereinbart wurde, nicht entgegensteht. Für den Fall, dass eine Klausel das Recht der Bank enthielt, bislang kostenlose Dienste in der Zukunft nur noch kostenpflichtig anzubieten, wenn die Änderung dem Kunden zuvor zur Kenntnis gebracht wurde, entschied die Rechtsprechung, dass das Fehlen eines Widerspruchs durch den Kunden zu einer Zustimmung zu den eingeführten Preisen gewertet werden könne.<sup>1886</sup>

### c Ergebnis

Auch im französischen Recht wird sowohl die Vertragsverlängerung als auch die inhaltliche Vertragsänderung und die Änderung von AGB geregelt und diskutiert. Bezüglich der Vereinbarung von Zustimmungsfiktionsklauseln in Banken-AGB kann insofern das Argument aufgegriffen werden, dass Art. L. 312–1–1(IV) Code monétaire et financier einen entsprechenden Mechanismus gesetzlich vorsieht und dem Kunden die Möglichkeit eingeräumt wird, die Änderung abzulehnen und das Ver-

**1883** Cass. civ. 1e, 28.05.2009, n° S 08–15.802, Bull. civ., 2009, I, n° 110 (*second moyen du pourvoi incident de l'association CLCV*).

**1884** Cass. civ. 1e, 23.01.2013, n° A 10–21.177, F 10–22.815 (*premier moyen du pourvoi de la Caisse*).

**1885** Cass. civ. 1e, 23.01.2013, n° Y 10–28.397, S 11–11.421 (*septième moyen du pourvoi de la banque*).

**1886** Cass. civ. 1e, 25.11.2003, n° 01–18.021. Vgl. aber etwa zum *double clic* System oben B.IV.2.a.

tragsverhältnis zu kündigen<sup>1887</sup>. Die für den Verbraucher vorgesehene Frist für einen Widerspruch muss ihm eingeräumt werden.<sup>1888</sup>

### 3 Common Law

#### a Automatische Vertragsverlängerung

Nach Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 9 Consumer Rights Act 2015 kann eine Klausel als missbräuchlich angesehen werden, wenn sie eine Frist enthält, die bezweckt oder bewirkt, dass sich ein befristeter Vertrag in dem Fall automatisch verlängert, dass der Verbraucher nicht widerspricht, wenn die Frist für einen Widerspruch unangemessen kurz ist. Eine missbräuchliche Klausel in Verbraucherverträgen ist nach Sec. 62(1) Consumer Right Act 2015 für den Verbraucher nicht bindend.

#### b Vertragsänderung

Nach Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 13 Consumer Rights Act 2015 kann eine Klausel als missbräuchlich angesehen werden, nach der der Unternehmer ohne triftigen Grund die Charakteristika der geschuldeten Ware, digitalen Inhalte oder Leistung ändern kann. Para. 14 und 15 betreffen missbräuchliche Klauseln zur Bestimmung des Preises und Preisanpassungen. Nach Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 11 Consumer Rights Act 2015 kann eine Klausel als missbräuchlich angesehen werden, nach der der Unternehmer die Vertragsbedingungen einseitig ohne einen im Vertrag genannten triftigen Grund ändern kann. Nach Schedule 2 Part 2 para. 22 Consumer Rights Act 2015 umfasst para. 11 keine Klausel in Verträgen über Finanzdienstleistungen, die vorsieht, dass der Anbieter das Recht erhält, den Zinssatz zu ändern, wenn der Verbraucher schnellstmöglich informiert wird und ein sofortiges Kündigungsrecht erhält. Zudem ist von der Missbräuchlichkeit nach para. 11 eine Klausel ausgenommen, die dem Unternehmer das Recht einräumt, die Bedingungen eines unbefristeten

<sup>1887</sup> Vgl. (jew. zu Art. L. 312–1–1 Code de monétaire et financier a.F.): CA Angers, 24.02.2009, n° 07/02296, (n° 18: article 7); CA Paris, 03.04.2008, n° 06/00402 (zu Ziffer VI.3.a.).

<sup>1888</sup> Cass. civ. 1e, 23.01.2013, n° Y 10–28.397, S 11–11.421 (*septième moyen du pourvoi de la banque*).

Vertrages einseitig zu ändern, wenn der Unternehmer verpflichtet ist, den Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist zu informieren und der Verbraucher den Vertrag kündigen kann, Schedule 2 Part 2 para. 23 Consumer Rights Act 2015.

Änderungen an einem Zahlungsdiensterahmenvertrag müssen nach Reg. 50(1) Payment Services Regulations 2017 spätestens zwei Monate vor dem Tag, an dem sie in Kraft treten sollen, dem Zahlungsdienstnutzer zur Verfügung gestellt werden. Im Zahlungsdiensterahmenvertrag kann vorgesehen werden, dass die Änderungen einseitig vom Zahlungsdienstleister vorgenommen werden, wenn der Zahlungsdienstnutzer dem Zahlungsdienstleister nicht vor dem vorgeschlagenen Tag des Inkrafttretens der Änderungen das Gegenteil mitteilt, Reg. 50(2) Payment Services Regulations 2017. Wenn (2) zur Anwendung kommt, muss der Zahlungsdienstnutzer nach Reg. 50(3) Payment Services Regulations 2017 darüber informiert werden, dass nach dieser Vorschrift sein Einverständnis fingiert werden kann (a) und dass er das Recht hat, den Rahmenvertrag jederzeit vor dem vorgeschlagenen Tag des Inkrafttretens kostenlos zu kündigen (b). Der Zinssatz kann nach Reg. 50(4) Payment Services Regulations 2017 ohne Benachrichtigung geändert werden, wenn dieses Recht im Zahlungsdiensterahmenvertrag vorgesehen ist und die Änderungen auf dem Referenzzinssatz beruhen oder die Änderungen für den Zahlungsdienstnutzer günstiger sind. Über die Änderung muss der Zahlungsdienstnutzer grundsätzlich so bald wie möglich informiert werden, Reg. 50(5) Payment Services Regulations 2017.

Auch in den USA kann in einem Verbrauchervertrag das Vorgehen bei einer Vertragsänderung geregelt werden, wonach der Unternehmer eine Änderung von Standardbedingungen vorschlagen kann, jedoch nicht zum Nachteil des Verbrauchers die Anwendung von Unterabschnitt (a)<sup>1889</sup> ausschließen darf, mit der Ausnahme, dass das festgelegte Verfahren die angemessene Möglichkeit, die Änderung abzulehnen,

**1889** Der hier in Bezug genommene § 3(a) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024) betrifft die Voraussetzungen für das Wirksamwerden von AGB-Änderungen in einem laufenden Vertragsverhältnis gegenüber Verbrauchern, insbesondere z.B. die Mitteilung über die Änderung sowie über die Möglichkeit der Ablehnung, vgl. dazu bereits oben D.I.3.b.cc.

durch eine angemessene Möglichkeit ersetzen kann, die Geschäftsbeziehung (*transaction*) ohne unangemessene Kosten, Wertverlust oder persönliche Belastung zu beenden, § 3(b) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).<sup>1890</sup>

### c Ergebnis

Wie im deutschen und französischen Recht besteht auch im *Common Law* neben Regelungen zur Vertragsverlängerung und inhaltlichen Änderung des Vertrages die Möglichkeit, eine Zustimmungsfiktion zu AGB-Änderungen in Banken-AGB zu vereinbaren, Reg. 50 Payment Services Regulations 2017, wenn der Kunde ausreichend informiert wird und ihm insbesondere die Möglichkeit eines Widerspruchs eingeräumt wird. In den USA ist ebenfalls anerkannt, dass in Verbraucherverträgen ein Änderungsmechanismus vereinbart werden kann, wenn der Kunde informiert wurde und die Änderungen ablehnen kann, § 3(b) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).

## 4 DCFR und PECL

### a Automatische Vertragsverlängerung

Art. II.-9:410(1)(h) DCFR regelt die Missbräuchlichkeit einer vom Unternehmer gestellten Klausel bezüglich der automatischen Vertragsverlängerung eines befristeten Vertrages: „*A term [...] is presumed to be unfair [...] if it [...] automatically extends a contract of fixed duration unless the consumer indicates otherwise, in cases where such terms provide for an unreasonably early deadline*“.

### b Vertragsänderung

Art. II.-9:410(1)(j) DCFR sieht eine vom Unternehmer gestellte Klausel als missbräuchlich an, nach der der Unternehmer die Charakteristika der geschuldeten Waren, anderer Vorteile und Dienste (*goods, other assets or services*) einseitig ohne triftigen Grund ändern kann.<sup>1891</sup> Art. II.-

<sup>1890</sup> Vgl. dazu *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 3 (2024), Comment (Westlaw S. 2 ff.), Reporter's Note (Westlaw S. 10 ff.).

<sup>1891</sup> Art. II.-9:410(1)(j) entspricht Nr. 1 lit. k Anh. Klausel-RL, vgl. a. z. d. Vereinheitlichungsprojekten: BeckOGK/Weiler, Stand: 01.06.2025, § 308 Nr. 4 Rn. 20 ff., insb. 22.

9:410(1)(k) DCFR betrifft Preisänderungen und ähnelt Nr. 1 lit. l Anh. Klausel-RL (93/13/EWG).<sup>1892</sup> Zudem enthält Art. II.-9:410(1)(q) DCFR ein in der Klausel-Richtlinie nicht enthaltenes Verbot<sup>1893</sup>, dass sich der Unternehmer vorbehält, bei fehlender Verfügbarkeit ein Äquivalent zu liefern, ohne den Verbraucher über diese Möglichkeit und darüber zu informieren, dass der Unternehmer die Kosten der Rückgabe im Fall eines Widerrufs tragen muss.

Nach Art. II.-9:410(1)(i) DCFR ist eine Klausel missbräuchlich, nach der der Unternehmer Vertragsklauseln einseitig ohne vernünftigen Grund, der im Vertrag bestimmt wird, ändern kann. Bei Verträgen über Finanzdienstleistungen können jedoch der Zinssatz und die Höhe anderer Gebühren bei Vorliegen eines triftigen Grundes ohne Ankündigung geändert werden, wenn der Verbraucher schnellstmöglich informiert wird und die Möglichkeit erhält, das Vertragsverhältnis zu beenden, Art. II.-9:410(1)(i) DCFR. Zudem sind von dem Verbot Klauseln nicht betroffen, die dem Unternehmer erlauben, bei unbefristeten Verträgen die Vertragsbedingungen zu ändern, wenn er verpflichtet ist, den Verbraucher mit angemessener Vorankündigung zu informieren und der Verbraucher das Recht erhält, das Vertragsverhältnis zu beenden, Art. II.-9:410(1)(i) DCFR. Art. II.-9:410(1)(i) entspricht Nr. 1 lit. j Anh. Klausel-RL (93/13/EWG).<sup>1894</sup>

### c Ergebnis

Neben der Vertragsverlängerung und inhaltlichen Anpassungen der geschuldeten Leistung beinhaltet der DCFR auch Regelungen zu missbräuchlichen Klauseln zu einer Vertragsänderung. Der insofern auf der Klausel-RL (93/13/EWG) beruhende DCFR verbietet etwa Klauseln, nach denen der Verwender einseitige Vertragsänderungen vornehmen kann (Art. II.-9:410(1)(i) DCFR).

<sup>1892</sup> Vgl. z. d. Vereinheitlichungsprojekten: BeckOGK/Weiler, Stand: 01.06.2025, § 309 Nr. 1 Rn. 24 f., insb. 25.

<sup>1893</sup> Vgl. dazu BeckOGK/Weiler, Stand: 01.06.2025, § 308 Nr. 4 Rn. 22.

<sup>1894</sup> Vgl. a. z. d. Vereinheitlichungsprojekten: BeckOGK/Weiler, Stand: 01.06.2025, § 308 Nr. 4 Rn. 20 ff., insb. 22.

## 5 Ergebnis

Im EU-Recht werden Klauseln als missbräuchlich angesehen, die eine automatische Verlängerung eines befristeten Vertrages vorsehen, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäußert hat und als Zeitpunkt für diese Äußerung, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrages ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde, Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Nr. 1 lit. h Anh. Klausel-RL (93/13/EWG).<sup>1895</sup> Zudem sieht Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Nr. 1 lit. j Anh. Klausel-RL (93/13/EWG) eine Klausel als missbräuchlich an, nach der der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann.<sup>1896</sup> Grundsätzlich möglich bleibt jedoch eine Klausel, durch die sich der Unternehmer das Recht vorbehält, einseitig die Bedingungen eines unbefristeten Vertrages zu ändern, sofern es ihm obliegt, den Verbraucher hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, und es diesem freisteht, den Vertrag zu kündigen, Nr. 2 lit. b(2) Anh. Klausel-RL (93/13/EWG).<sup>1897</sup> Die Zahlungsdienste-Richtlinie (RL (EU) 2015/2366)<sup>1898</sup> sieht in Art. 54(1) vor, dass der Zahlungsdienstleister Änderungen des Zahlungsdiensterahmenvertrages spätestens zwei Monate vor dem geplanten Tag ihrer Anwendung vorschlägt und dass der Zahlungsdienstnutzer, bei dem es sich nicht um einen Verbrau-

**1895** Vgl. zum deutschen Recht: § 309 Nr. 9 lit. b BGB; zum französischen Recht: Art. L. 215–1 Code de la consommation; zum englischen Recht: Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 9 Consumer Rights Act 2015; vgl. a. Art. II.-9:410(1)(h) DCFR.

**1896** Vgl. zum deutschen Recht: § 307 BGB u. (allerd. zu fingierten Erklärungen des Vertragspartners) § 308 Nr. 5 BGB; zum französischen Recht: Art. R. 212–2(6°) Code de la consommation; zum englischen Recht: Nach Sec. 63(1) i.V.m. Schedule 2 Part 1 para. 11 Consumer Rights Act 2015; vgl. a. Art. II.-9:410(1)(i) DCFR; vgl. zu Nr. 1 lit. j Anh. Klausel-RL (93/13/EWG): BeckOGK/Weiler, Stand: 01.06.2025, § 308 Nr. 5 Rn. 16; vgl. a. BeckOGK/Zschie-schack, Stand: 01.06.2025, § 307 Änderungs- und Anpassungsklausel, Rn. 2 ff.

**1897** Vgl. zum deutschen Recht: § 307 BGB, vgl. a. § 308 Nr. 5 BGB, vgl. a. BeckOGK/Zschie-schack, Stand: 01.06.2025, § 307 Änderungs- und Anpassungsklausel, Rn. 8 ff.; zum französischen Recht: Art. R. 212–4(3) Code de la consommation; zum englischen Recht: Schedule 2 Part 2 para. 23 Consumer Rights Act 2015; vgl. a. Art. II.-9:410(1)(i) DCFR.

**1898** Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EG und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG.



cher handeln muss<sup>1899</sup>, den Änderungen vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens entweder zustimmen oder sie ablehnen kann.<sup>1900</sup> Der Zahlungsdienstnutzer ist davon in Kenntnis zu setzen, dass seine Zustimmung als erteilt gilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Tag des Inkrafttretens der Änderung angezeigt hat sowie davon, dass der Zahlungsdienstnutzer im Fall der Ablehnung der Änderung das Recht hat, den Rahmenvertrag bis zum Tag der Anwendung der Änderung kostenlos zu kündigen, Art. 54(1) Zahlungsdienste-Richtlinie (RL (EU) 2015/2366). Zum deutschen Recht hat der BGH entschieden, dass eine Klausel in Banken-AGB, die die Zustimmung des Kunden zu einer AGB- und Entgeltänderung fingierte, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.<sup>1901</sup> Dies wurde insbesondere damit begründet, dass das Vertragsgefüge insgesamt umgestaltet werden könne.<sup>1902</sup> Anders kann der Fall liegen, wenn eine „einschränkend-konkretisierende Formulierung“ der AGB-Änderungsklausel erfolgt.<sup>1903</sup> Im französischen Recht wird gegen die die Missbräuchlichkeit einer Klausel zur Änderung der AGB einer Vereinbarung (*convention*) argumentiert, dass der Kunde die Möglichkeit habe, die Änderung abzulehnen und den Vertrag zu kündigen.<sup>1904</sup> Andererseits ist jede Zustimmungsfiktion eine Gefahr für die Vertragsfreiheit des Kunden. Daher ist es vorzugswürdig, Zustimmungsfiktionsklauseln, die darüber hinaus in den vom Kunden ohnehin nicht gelesenen AGB enthalten sind, nicht für Fälle einer umfassenden Umgestaltung des Vertragsgefüges und der Änderung wesentlicher Vertragsinhalte zuzulassen. Für die Vereinbarung einer Änderung, die einem neuen Vertrag gleichkommen kann, ist ein Änderungsvertrag (§§ 305

**1899** Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2020, C-287/19, ECLI:EU:C:2020:897, BeckRS 2020, 30025, „DenizBank“, Rn. 48 f.

**1900** Vgl. zum deutschen Recht: § 675g Abs. 1 BGB; zum französischen Recht: Art. L. 312–1–1(IV) Code monétaire et financier; zum englischen Recht: Reg. 50 Payment Services Regulations 2017. Vgl. schon in der ersten Zahlungsdienste-RL: Art. 44 RL 2007/64/EG (nicht mehr in Kraft).

**1901** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2275 f. Rn. 19 ff., 2276 f. Rn. 37 f.).

**1902** BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2275 Rn. 22 ff., 2276 f. Rn. 38 f.).

**1903** Vgl. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 32).

**1904** Vgl. (jew. zu Art. L. 312–1–1 Code de monétaire et financier a.F.): Cass. civ. 1e, 08.01.2009, n° 06–17.630 (*huitième moyen*); CA Angers, 24.02.2009, n° 07/02296, (n° 18: article 7); CA Paris, 03.04.2008, n° 06/00402 (zu Ziffer VI.3.a.).

Abs. 2, 311 Abs. 1, 145 ff. BGB) erforderlich.<sup>1905</sup> Jedenfalls bezüglich Änderungen, die nicht das Vertragsgefüge und die Hauptleistungspflichten der Parteien betreffen, kann eine Zustimmungsfiktion in Banken-AGB vereinbart werden.<sup>1906</sup>

Für den Fall einer unwirksamen Zustimmungsfiktionsklausel kann der Kunde nach deutschem Recht einer Änderung nur bei einer lediglich rechtlich vorteilhaften Änderung<sup>1907</sup> oder bei der Inanspruchnahme von zusätzlichen Leistungen, die ihm nur für den Fall der Zustimmung zur Änderung angeboten werden,<sup>1908</sup> konkludent zustimmen.

## IV Ergebnis

In Fällen, in denen eine Vereinbarung nach Vertragsschluss getroffen werden soll, insbesondere bei Vertragsänderungen, sind strenge Anforderungen an die Zustimmung zu stellen, sodass sich aus dem Verhalten, an das angeknüpft werden soll, ein Annahmewille ergeben muss.<sup>1909</sup> Dies ist im Fall einer Vertragsverlängerung denkbar, da die fortgesetzte Ausführung der Leistungen als Zustimmung zu einer Vertragsverlängerung ausgelegt werden kann.<sup>1910</sup> Schwieriger gestaltet sich die Auslegung eines Verhaltens als Annahmeerklärung im Fall der Vertragsänderung. Die fortgeführte Inanspruchnahme der aus dem ursprünglichen Vertrag geschuldeten Leistung kann nicht ohne Weiteres als Annahme eines Änderungsangebots verstanden werden.<sup>1911</sup> Für die Frage einer Vertragsänderung ist im deutschen Recht auf die Auslegungsgrundsätze abzustellen. Im Fall einer lediglich rechtlich vorteil-

**1905** Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2020, C-287/19, ECLI:EU:C:2020:897, BeckRS 2020, 30025, „DenizBank“, Rn. 47 (zu Art. 54 RL (EU) 2015/2366); vgl. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 27); vgl. dazu BeckOGK/Foerster, Stand: 01.03.2025, § 675g Rn. 5 ff.

**1906** Vgl. a. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 32).

**1907** Vgl. Casper, ZIP 2021, 2361 (2363). Siehe oben 1.b.cc.(2), I.1.b.

**1908** Casper, ZIP 2021, 2361 (2363).

**1909** Vgl. aber *Bénabent*, Droit des obligations, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 317 (S. 278).

**1910** Vgl. zu gesetzlichen Regelungen aus dem Mietrecht zum deutschen Recht: § 545 BGB; zum französischen Recht: Art. 1738 Code civil; zum englischen Recht: Sec. 5(2), (3) Housing Act 1988; vgl. a. Art. III.-1:111 DCFR.

**1911** Vgl. Rodi, WM 2021, 1357 (1358 f.); Freund, Die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, 1998, S. 67; vgl. Chen-Wishart, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

haften Leistung<sup>1912</sup> und der Inanspruchnahme von neuen Leistungen, die dem Annehmenden nur für den Fall einer Vertragsänderung angeboten werden,<sup>1913</sup> kann von einer Annahme des Änderungsangebots ausgegangen werden.<sup>1914</sup>

Wenn der Vertragsteil, der eine Vertragsänderung anbietet, ausdrücklich eine Handlung des anderen Teils benennt, an die er die Wirkung einer Annahme der Änderung knüpfen möchte, könnte dies zunächst für eine Auslegung des entsprechenden Verhaltens als Annahme sprechen.<sup>1915</sup> In allen untersuchten Rechtsordnungen ist allerdings ein unzweideutiges bzw. klares Verhalten des Gläubigers erforderlich.<sup>1916</sup> Hieran fehlt es, wenn der Gläubiger eine ihm aufgrund des bestehenden Vertrages zustehende Leistung in Anspruch nimmt.<sup>1917</sup> Ein Beispiel dafür ist insbesondere die Fallgestaltung der Erlassfalle, in der der Schuldner dem Gläubiger eine zur Tilgung der insgesamt geschuldeten Summe nicht ausreichende Zahlung anbietet.<sup>1918</sup> Ebenso wenig kann ein Vertragspartner eine Zustimmungswirkung an ein völlig alltägliches Verhalten anknüpfen, da sich hierin gerade nicht unzweideutig ein Annahmewille erkennen lässt.<sup>1919</sup>

Im *Common Law* ist für einen Vertragsschluss jeweils das Erfordernis der *consideration* zu beachten. Die Fälle, in denen im deutschen Recht aufgrund der Auslegung des fraglichen Verhaltens eine Zustimmung anzunehmen oder abzulehnen ist, können im *Common Law* daher auch daran scheitern, dass es an einer vereinbarten Gegen-

**1912** Vgl. zum deutschen Recht z.B.: BeckOGK/Lehmann-Richter, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 266 m.w.N.

**1913** Vgl. zum deutschen Recht: Casper, ZIP 2021, 2361 (2363).

**1914** Vgl. zum deutschen Recht: oben I.b.cc.(2), I.1.b.

**1915** Vgl. aus dem deutschen Recht z.B.: BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415); aus dem englischen Recht: *McKendrick*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 26–007 (S. 2020); *Stour Valley Builders v. Stuart*, 1993 WL 964283 (1992).

**1916** Vgl. zum deutschen Recht i.R.d. § 151 S. 1 BGB: BGH, Urt. v. 24.02.2016, XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105, NJW 2016, 1441 (1443 Rn. 38); zum französischen Recht: *Mestre*, RTDCiv. 1994, 863 zu CA Versailles, 20.05.1994; zum englischen Recht: *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337); vgl. zu den USA a. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 212 m. Fn. 840).

**1917** Vgl. a. *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 (347); v. *Randow*, ZIP 1995, 445 (448).

**1918** Vgl. dazu oben II.

**1919** Vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 212 m. Fn. 840).

leistung fehlt.<sup>1920</sup> Insofern sind die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgestaltungen zu berücksichtigen.<sup>1921</sup> Grundsätzlich kommen die englischen Gerichte hier zu ähnlichen Ergebnissen wie das deutsche Recht, da eine *consideration* bzw. *accord and satisfaction* und damit ein Vertragsschluss bei der Erlassfalle mehrfach abgelehnt wurde, wenn ein Widerspruch des Gläubigers erfolgte, mit Ausnahme der Zahlung durch einen Dritten<sup>1922</sup>.

Sowohl gegenüber Unternehmern als auch gegenüber Verbrauchern kann das Bedürfnis bestehen, im Vorhinein den Vorgang einer Vertragsänderung zu regeln. Problematisch sind hier Zustimmungsfiktionen, die den Vertragspartner in seiner Vertragsfreiheit beschränken. Im deutschen Recht hält der BGH im Rahmen einer AGB-Kontrolle Klauseln zu Recht für missbräuchlich, die eine Zustimmungsfiktion zu Änderungsangeboten vorsehen und einem Neuabschluss des Vertrages gleichkommen können.<sup>1923</sup> Für eine Änderung des Grundgefüges eines Vertrages ist daher ein Änderungsvertrag erforderlich.<sup>1924</sup>

Für die Zustimmung zu Vereinbarungen nach Vertragsschluss kann daher der Grundsatz festgehalten werden, dass sich aus dem Verhalten des Empfängers eines Änderungsangebots ergeben muss, dass es eine Annahme darstellen soll. Dies fehlt insbesondere, wenn lediglich eine bestehende Leistung in Anspruch genommen wird, auch wenn der Schuldner ankündigt, dies als Annahme zu verstehen. In AGB kann keine Zustimmungsfiktion geregelt werden, die es erlaubt, das gesamte Vertragsgefüge letztlich einseitig umzugestalten. Im Übrigen wird dem Praxisbedürfnis einer vereinfachten Vertragsänderung durch die Möglichkeit einer Zustimmungsfiktion insofern Rechnung getragen.<sup>1925</sup>

1920 Vgl. oben I.3.b., II.3

1921 Vgl. a. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 17 (S. 15).

1922 Vgl. oben II.3.

1923 BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2275 Rn. 22 ff., 2276 f. Rn. 38 f.).

1924 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2020, C-287/19, ECLI:EU:C:2020:897, BeckRS 2020, 30025, „DenizBank“, Rn. 47 (zu Art. 54 RL (EU) 2015/2366); vgl. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 27); vgl. dazu BeckOGK/*Foerster*, Stand: 01.03.2025, § 675g Rn. 5 ff.

1925 Vgl. BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20, NJW 2021, 2273 (2276 Rn. 32).

## E Nachgeschobene Klauseln

Neben den bereits diskutierten Fallgruppen, in denen es um das anwendbare Recht geht, Anforderungen an die Willenserklärung gestellt werden und ein Vertrag erstmals geschlossen oder geändert werden soll, stellt sich auch in denjenigen Fällen die Gefahr einer Erklärungsfiktion, in denen erst nach Vertragsschluss eine weitere Vereinbarung geschlossen werden soll. Dieser Problemfall der vertraglichen Einigung entsteht beim Erwerb von Produkten, insbesondere von Software durch einen Endkunden von einem Händler, wenn der Hersteller dem Endkunden z.B. Nutzungsbeschränkungen auferlegen will (nachgeschobene Herstellervereinbarungen<sup>1926</sup>).<sup>1927</sup> Für den Schutz des Softwareherstellers bestand in der Praxis das Bedürfnis, Software-Lizenzverträge einzusetzen, um dem Nutzer keine außerhalb der Lizenz liegenden Rechte einzuräumen.<sup>1928</sup> Im Rahmen sog. *Shrink Wrap*-Lizenzen (Schutzhüllenverträge) sollten vorformulierte Bedingungen, die sich innerhalb der Kunststofffolienverpackung eines Datenträgers befanden, in den Vertrag einbezogen werden, indem auf der Verpackung darauf hingewiesen wurde, dass eine bestimmte Handlung des Endkunden, etwa das Aufreißen der Verpackung oder die Benutzung der Software, als Zustimmung zu den in der Packung enthaltenen Bedingungen gewertet werde.<sup>1929</sup> Die Klauseln sind dabei wohl vor dem Öffnen der Verpackung und damit Vornahme der Handlung, an die angeknüpft werden soll, sichtbar.<sup>1930</sup> Allerdings erhält der Kunde bei dieser Art des

**1926** Vgl. den Begriff bei: Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 9.

**1927** Vgl. Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 223; vgl. Schneider, J., in: Schneider, J., Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 12 f.; vgl. Redeker, IT-Recht, 8. Aufl. 2023, B.IV.6. Rn. 603; vgl. zum Inhalt möglicher Klauseln: Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 30 ff.

**1928** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 222 f.

**1929** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 223; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 37 f.; vgl. Gennen, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, 1.8 Rn. 150.

**1930** Vgl. Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 404 (S. 303); vgl. a. Fischl, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 17 Rn. 106; vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 38; anders wohl: Rauw, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil,

Vertragsschlusses die fraglichen Vertragsklauseln erst nach der Lieferung, ggf. erst nach Zahlung an den Händler (*rolling contract* oder „*Pay now, terms later*“ (PNTL)),<sup>1931</sup> Bei fehlender Zustimmung muss bzw. darf die Software zurückgegeben werden.<sup>1932</sup> Im B2B-Bereich hatten *Shrink Wrap*-Vereinbarungen weniger Bedeutung, da dort Software oft direkt erworben und individuell angepasst wurde.<sup>1933</sup> Heutzutage wird Software vor allem direkt über das Internet bezogen und als Download bereitgestellt bzw. als Softwareabonnement oder *Software as a Service* (SaaS), sodass *Shrink Wrap*-Vereinbarungen an Bedeutung verloren haben und nur noch etwa bei günstiger Software oder Computerspielen zu finden sind.<sup>1934</sup> Durch den Internetvertrieb finden häufig *Enter*-Vereinbarungen bzw. *Click Wrap*-Vereinbarungen Anwendung, bei denen die Lizenzbedingungen auf dem Bildschirm angezeigt werden und die Enter-Taste oder ein vorgesehener Button als Zustimmung zu den Her-

Software- und IT-Verträge, Rn. S 269. Andernfalls, d.h. wenn die AGB erst nach Aufreißen der Schutzfolie lesbar wären, wäre im deutschen Recht ein wirksamer Vertragsschluss ausgeschlossen, vgl. *Söder*, Schutzüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 38 m. Fn. 172; vielmehr wäre dann eine Einbeziehung der AGB a. im Zwei-Personen-Verhältnis nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB abzulehnen: *Pommerening/Schreiber*, in: *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 404 (S. 303), Rn. 391 (S. 299); gegenüber Unternehmern ist wegen § 310 Abs. 1 S. 1 BGB insofern auf eine Einbeziehung der AGB nach §§ 145 ff. BGB abzustellen, die ebenfalls nicht vorläge, vgl. *Chrocziel/Stief*, in: *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 5. Aufl. 2025, § 56 Rn. 59 f., 50. Unproblematisch wäre der Fall dann, wenn der Vertrag in einem Ladengeschäft geschlossen wird und der Kunde die Hersteller-AGB auf der Packung zur Kenntnis nehmen kann (vgl. insofern zum Begriff *Shrink Wrap*: *Joo*, in: *Scarberry*, 16 *Touro L. Rev.* (2000), 1147 (1161)), da auch der Hersteller-Vertrag bereits an der Kasse zustande kommen kann und in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit der Kenntnisnahme von den Hersteller-AGB vorläge. Im Folgenden sollen daher nur die nachvertraglichen Klauseln betrachtet werden.

**1931** *Hillman*, 71 *Fordham L. Rev.* (2002), 743 (743 f.); *Marotta-Wurgler*, 38(2) *J. Legal Stud.* (2009), 309 (309); vgl. a. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter's Notes (Westlaw S. 28 f.); vgl. *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 314a f. (S. 142).

**1932** *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 223; vgl. *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (643 Fn. 16); *Chrocziel/Stief*, in: *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 5. Aufl. 2025, § 56 Rn. 56; *Hoeren*, in: Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Klauselwerke“, IT Verträge (46. EL 10.2020) Rn. 207.

**1933** *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 224.

**1934** *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 224 ff.; vgl. a. *Gennen*, in: *Schwartzmann*, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, 1.8 Rn. 150; vgl. a. *Söder*, Schutzüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 47, 124; vgl. a. *Raue*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 264.

steller-AGB betätigt wird.<sup>1935</sup> Solche *Click Wrap-Agreements* finden sich insbesondere in Form sog. *End-User License Agreements* (EULA).<sup>1936</sup> Im Folgenden soll der Begriff *Click Wrap-Vereinbarung* für alle Fälle der Zustimmung zu AGB durch einen entsprechenden Button gelten.<sup>1937</sup> Sog. Registrierkarten- bzw. Registrierungsverträge sollen dadurch zustande kommen, dass eine Registrierkarte, die einen Hinweis auf AGB bzw. die AGB selbst enthält, vom Kunden ausgefüllt und (physisch oder digital) an den Hersteller zurückgesandt wird.<sup>1938</sup>

## I Deutsches Recht

### 1 Herstellergarantie

Bei einer Garantiekarte ist die Garantie auf einer Produktverpackung aufgedruckt, liegt als Karte der Ware bei oder wird beim Kauf übergeben, sodass dem Käufer erkennbar ist, dass der Hersteller ein Angebot auf Abschluss eines Garantievertrages über das Entstehen für bestimmte Mängel macht.<sup>1939</sup> Hierbei geht es um einen Vertrag zwischen Hersteller und Endkunden.<sup>1940</sup> Ein Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB zwischen dem Hersteller und dem Händler ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, da bei einer Garantie regelmäßig ein direktes Vertrags-

**1935** Vgl. *Ernst*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 6; vgl. a. *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 225 f.

**1936** Vgl. *Hunzinger*, in: Schuster/Grützmaker, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 19; vgl. a. *Marotta-Wurgler*, 38(2) J. Legal Stud. (2009), 309 (321 f.); vgl. *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 264 f.

**1937** Vgl. schon oben C.I. Vgl. a. *Ernst*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 6; vgl. a. zur Vglbk. mit *Shrink Wrap-Agreements: Taxes of Puerto Rico, Inc. v. Taxworks, Inc.*, 5 F.Supp. 3d 185 (D.P.R. 2014), S. 188; vgl. a. *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz, 2004, S. 169; vgl. den Begriff für einen Vertragsschluss vor Überlassung des Informationsprodukts: *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 41.

**1938** Vgl. *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 225; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 44 f.; *Pommerening/Schreiber*, in: Marly, Praxis-handbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 407 (S. 305).

**1939** *Bader*, NJW 1976, 209 (209 f.).

**1940** *Westphalen, Graf von*, in: Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Vertragsrecht“, Garantieklauseln (45. EL 03.2020) Rn. 28; vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 9; BGH, Urt. v. 23.03.1988, VIII ZR 58/87, BGHZ 104, 82, NJW 1988, 1726 (1727).

verhältnis zwischen dem Hersteller und dem Endkunden gewollt ist.<sup>1941</sup> Möglich wäre auch die Konstruktion, dass der Händler als Stellvertreter des Herstellers auftritt,<sup>1942</sup> wobei jedoch die Vertretung offenkundig sein muss, § 164 Abs. 1 BGB<sup>1943</sup>.

Der Hersteller verzichtet regelmäßig auf den Zugang einer Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB.<sup>1944</sup> Ein solcher Verzicht liegt dagegen nicht vor, wenn als Voraussetzung für einen Vertragsschluss die Rücksendung der ausgefüllten Karte gefordert wird.<sup>1945</sup> Eine Garantiekarte kann nach § 151 S. 1 BGB durch das bewusste<sup>1946</sup> Behalten der Garantiekarte angenommen werden.<sup>1947</sup> Dies rechtfertigt sich dadurch, dass es sich um eine für den Endkunden lediglich rechtlich vorteilhafte Regelung (Garantieeinräumung) handelt.<sup>1948</sup>

## 2 Shrink Wrap-Lizenzen

Für die Frage des Vertragsschlusses bei dem Erwerb von Software kommt es nicht darauf an, welche Art von Vertrag (Sachkauf, Rechtskauf oder Lizenzvertrag) vorliegt<sup>1949</sup>, sodass dies hier offenbleiben kann. Das OLG Stuttgart hat in einer Entscheidung in einem *orbiter dictum* ein *Shrink Wrap-Agreement* ohne Begründung als wirksam angesehen:

**1941** Vgl. MüKO/Westermann, 9. Aufl. 2024, § 443 Rn. 13; vgl. BGH, Urt. v. 23.03.1988, VIII ZR 58/87, BGHZ 104, 82, NJW 1988, 1726 (1727).

**1942** BeckOK/Faust, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 443 Rn. 19.

**1943** Vgl. insofern für den Fall nachgeschobener Herstellervereinbarungen: Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 90 m.w.N.

**1944** Vgl. BGH, Beschl. v. 10.02.2022, I ZR 38/21, GRUR 2022, 500 (503 Rn. 33); vgl. BGH, Urt. v. 05.12.2012, I ZR 146/11, GRUR 2013, 851 (852 Rn. 13); vgl. BGH, Urt. v. 12.11.1980, VIII ZR 293/79, BGHZ 78, 369, NJW 1981, 275 (276); MüKO/Busche, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 11.

**1945** Bader, NJW 1976, 209 (211).

**1946** Vgl. Bader, NJW 1976, 209 (211 m. Fn. 23).

**1947** Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.1981, VIII ZR 96/80, NJW 1981, 2248 (2249); JurisPK/Otto, 10. Aufl. (15.05.2023), § 151 Rn. 15; Kritisch aber für eine weitere Anwendung der Konstruktion über § 151 S. 1 BGB nach Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG): BGH, Urt. v. 05.12.2012, I ZR 146/11, GRUR 2013, 851 (852 Rn. 13); BGH, Urt. v. 05.12.2012, I ZR 88/11, MMR 2013, 586 (587 Rn. 12).

**1948** Vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 9. Vgl. dazu a. oben C.II.1.a.

**1949** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 238; vgl. dazu Schuhmacher, CR 2000, 641 (644); vgl. a. Raue, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, S. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 223 ff.



„Im übrigen können auch beim Schutzhüllenvertrag (*shrink wrap agreement*), bei dem das Aufreißen der das Software-Programm umgebenden Schutzhülle als Vertragsannahme gilt, die AGB des Software-Herstellers wirksam vereinbart werden.“<sup>1950</sup> In der Literatur wird die Wirksamkeit eines *Shrink Wrap*-Vertrages jedoch überwiegend abgelehnt.<sup>1951</sup>

#### a Direktvertrieb durch den Hersteller

Gewerbliche Käufer werden oft Lizenz- oder Rahmenverträge mit dem Hersteller schließen.<sup>1952</sup> Bei Direktverträgen zwischen Hersteller und Endkunden kann eine Vereinbarung über eine Einschränkung der Nutzung des Produkts nach den allgemeinen Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB geschlossen werden.<sup>1953</sup> Bei einem Softwaredownload über die Website des Herstellers kann dem Kunden eine Kenntnisnahme der Bedingungen schon bei Vertragsschluss durch *Click Wrap*-Vereinbarungen ermöglicht werden.<sup>1954</sup> Eine nachträgliche Einbeziehung der AGB ist dann nicht erforderlich.<sup>1955</sup> Wenn keine Einbeziehung bei Ver-

**1950** OLG Stuttgart, Urt. v. 10.02.1989, 2 U 290/88, NJW 1989, 2633 (2634); vgl. dazu Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 239. Es handelte sich dabei wohl um eine Konstellation, bei der Software direkt vom Hersteller an Unternehmer verkauft wurden, vgl. a. Fischl, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, §17 Rn. 109 m. Fn. 111.

**1951** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 239, 251 m.w.N.; vgl. Raue, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 266; Ernst, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 5; Redeker, IT-Recht, 3. Aufl. 2023, B.IV.6. Rn. 605; Hunzinger, in: Schuster/Grützmacher, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 21; a.A. Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 1002 (S. 434), jedoch einschränkend Rn. 1007 (S. 436); a.A. auch Schneider, D., CR 1996, 657 (662); Sickinger, Vertrieb von Standardsoftware, 1993, S. 83 f.

**1952** Vgl. Grützmacher, CR 2011, 485 (486 Fn. 2); Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 389 (S. 298 f.); vgl. a. Hunzinger, in: Schuster/Grützmacher, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 21 m. Fn. 85.

**1953** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 241 f.; Ernst, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 4; Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 389 (S. 298 f.); vgl. Schuhmacher, CR 2000, 641 (641, 644). Vgl. die fehlende AGB-Einbeziehung über Client-Software durch den Verkäufer im Fall: BGH, Urt. v. 06.10.2016, I ZR 25/15, NJOZ 2017, 887 (892 Rn. 40 ff.) sowie die Vorinstanz OLG Dresden, Urt. v. 20.01.2015, 14 U 1127/14, ZUM 2015, 336 (337); vgl. Hunzinger, in: Schuster/Grützmacher, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 20 f.

**1954** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 243; vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 41, 47; vgl. a. Ernst, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 15.

**1955** Vgl. Grützmacher, CR 2011, 485 (486 Fn. 2); vgl. a. Hunzinger, in: Schuster/Grütz-

tragsschluss erfolgt ist, müssten die Parteien sich über eine Vertragsänderung und die Einfügung der Hersteller-ABG einigen.<sup>1956</sup>

### b Vertragsschluss im Drei-Personen-Verhältnis

Bei einem Vertragsschluss mit Tätigwerden eines Zwischenhändlers liegt zunächst ein Vertrag zwischen Hersteller und Händler vor sowie ein Vertrag zwischen Händler und Endkunden.<sup>1957</sup> Der Hersteller möchte schließlich mit dem Endkunden etwa durch einen *Shrink Wrap*-Vertrag ein eigenes Vertragsverhältnis begründen.<sup>1958</sup>

#### aa Einbeziehung der Hersteller-AGB in den Vertrag des Kunden mit dem Händler

Es ist davon auszugehen, dass bei der Einbeziehung von AGB eines Dritten (des Herstellers) durch den Händler in das Vertragsverhältnis zwischen Händler und Kunden überraschende Klauseln i.S.d. § 305c BGB vorliegen.<sup>1959</sup> Zwar ist denkbar, dass der Händler die Hersteller-AGB in den Vertrag zwischen ihm (dem Händler) und dem Kunden mit aufnimmt, was jedoch nicht als praktikable Lösung anzusehen ist.<sup>1960</sup> Ein Vertrag zugunsten des Herstellers als Dritten würde zwar bedeuten, dass der Händler Verwender der AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB wird,

macher, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 21; vgl. a. *Pommerening/Schreiber*, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 389 ff. (S. 298 f.).

**1956** *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 125; vgl. a. *Ernst*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 7, 14, der dies für diesen Fall ablehnt.

**1957** *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 243; *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, 1.8 Rn. 151; *Pommerening/Schreiber*, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 395 (S. 300) m.w.N.

**1958** *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 244; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 95; *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, 1.8 Rn. 151; *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 269.

**1959** *Ernst*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Softwareverträge, Rn. 2; *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 245; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 92; vgl. *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 269; vgl. a. *Schneider, J.*, in: Schneider, J., Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 23; vgl. zum Hinweis auf die AGB a. *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (642).

**1960** Vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 93 f.

wenn er die Hersteller-AGB in den Vertrag mit dem Kunden einbezieht und der Hersteller als Dritter vom Vertragsverhältnis des Händlers mit dem Endkunden begünstigt wird.<sup>1961</sup> Hier stellt sich aber wiederum die praktische Schwierigkeit für den Händler, die Hersteller-AGB mit dem Kunden zu vereinbaren.<sup>1962</sup> Zudem wollen weder Hersteller noch Händler, dass dieser hinsichtlich der Hersteller-AGB Vertragspartner des Kunden wird.<sup>1963</sup>

### bb Vertragsschluss durch Tätigwerden des Händlers

Bei der Fallgruppe der Garantiekarte kommt ein Vertragsverhältnis bezüglich der Garantie zwischen dem Hersteller und dem Kunden dadurch zustande, dass der Händler für den Hersteller als Stellvertreter oder Bote die Garantiekarte dem Kunden aushändigt und dieser das Garantieangebot gemäß § 151 S. 1 BGB annimmt.<sup>1964</sup> Für den Fall von nachgeschobenen Herstellerbedingungen kann ein Vertrag zwischen dem Hersteller und dem Endkunden jedoch nicht über eine Stellvertretung durch den Händler erfolgen, weil der Händler schon keine eigene Willenserklärung abgibt, da diese vom Hersteller vorgegeben wäre, und es zudem an der Offenkundigkeit fehlte, da der Händler Verträge im eigenen Namen schließt, sowie keine Vertretungsmacht vorläge.<sup>1965</sup> Sieht man den Händler mangels eigener Willenserklärung als

**1961** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 245 f.; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 94 f.

**1962** Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 95; Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 246; vgl. a. Schneider, J., in: Schneider, J., Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 22; Chroczel/Stief, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 5. Aufl. 2025, § 56 Rn. 52, die insofern a. auf kartellrechtliche Hindernisse verweisen.

**1963** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 246 f.; Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 397 (S. 300 f.); Schuhmacher, CR 2000, 641 (642); Redeker, IT-Recht, 3. Aufl. 2023, B.IV.6. Rn. 605.

**1964** Vgl. BGH, Urt. v. 23.03.1988, VIII ZR 58/87, BGHZ 104, 82, NJW 1988, 1726 (1727); vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 90. Vgl. oben 1.

**1965** Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 245; vgl. a. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 91; Raue, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 269. Zur Vertretung des Herstellers beim Abschluss des Überlassungsvertrages: vgl. Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 396 (S. 300); Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 244; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 89 f.

Boten des Herstellers bezüglich der nachträglichen Herstellervereinbarung, ergibt sich dasselbe Ergebnis wie für den Fall, dass der Hersteller selbst handelt.<sup>1966</sup> Handelt der Händler nicht als Vertreter oder Bote des Herstellers, weist den Endkunden allerdings dennoch bereits darauf hin, dass vom Hersteller noch AGB zugesendet werden, kann der Kunde im Rahmen der Einigung mit dem Händler nicht den noch unbekanntem Klauseln antizipiert zustimmen, da § 305 Abs. 2 BGB nach seinem Sinn und Zweck erfordert, dass der Kunde nach erfolgtem Hinweis und der Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB mit deren Geltung einverstanden ist.<sup>1967</sup>

### cc Eigener Vertragsschluss zwischen Hersteller und Endkunden

Es könnte auch ein nachträgliches eigenes Vertragsverhältnis durch den Hersteller mit dem Kunden begründet werden.<sup>1968</sup> Teilweise wird ein Vertragsschluss zwischen dem Hersteller und Endkunden bereits als nicht existente künstliche Interpretation abgelehnt.<sup>1969</sup> Andererseits kann das jeweilige Verhalten des Herstellers und des Kunden gerade für die Frage ausgelegt werden, ob eine wirksame Willenserklärung vorliegt.<sup>1970</sup>

#### (1) Kein Vertragsschluss bei Anknüpfung an eine uneindeutige Handlung

Wenn der Hersteller seine AGB in einem neuen Vertragsverhältnis mit dem Endkunden nach §§ 145 ff. BGB vereinbaren will, indem er eine

<sup>1966</sup> Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 245; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 91.

<sup>1967</sup> Vgl. zur Einbeziehung geänderter AGB aufgrund eines vereinbarten einseitigen Änderungsrechts in einem Zwei-Personen-Verhältnis: BeckOGK/Lehmann-Richter, Stand: 01.05.2025, § 305 Rn. 269 ff.

<sup>1968</sup> Vgl. dazu Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 247; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 95 ff.

<sup>1969</sup> Hunzinger, in: Schuster/Grützmaker, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 21; vgl. a. Redeker, IT-Recht, 3. Aufl. 2023, B.IV.6., Rn. 605; vgl. a. Schuhmacher, CR 2000, 641 (643).

<sup>1970</sup> Vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 96 ff.

Handlung des Endkunden (Aufreißen der Verpackung, Ingebrauchnahme der Software oder Mausklick) als Annahme gelten lassen will, stellt sich die Frage, ob durch die entsprechende Handlung eine Annahmehandlung durch den Endkunden gemäß § 151 S. 1 BGB gegeben ist.<sup>1971</sup> Wenn eine nachvertragliche Klausel vorliegt, die eine Handlung des Kunden als Annahme definiert, liegt darin zusammen mit den beigefügten AGB ein Angebot des Herstellers *ad incertas personas* vor.<sup>1972</sup> Der Hersteller verzichtet dabei auf den Zugang der Annahmeerklärung i.S.d. § 151 S. 1 BGB.<sup>1973</sup> Für eine Annahme gemäß § 151 S. 1 BGB muss sich der Annahmewille unzweideutig ergeben und von einem wirklichen Annahmewillen getragen sein.<sup>1974</sup> Auch wenn auf der Verpackung deutlich auf die Handlung hingewiesen wird, an die angeknüpft werden soll, lässt diese Handlung nicht unzweideutig auf einen Annahmewillen schließen.<sup>1975</sup> Denn der Kunde hat zudem bereits ein Nutzungsrecht erworben und kann die Software ohne die Vornahme der Handlung nicht nutzen, sodass sein Verhalten nicht so verstanden werden kann, dass ein neuer Vertrag geschlossen werden soll.<sup>1976</sup> Auch das Nutzungsrecht des Erwerbers nach § 69d UrhG zeigt, dass schon die Überlassung eine bestimmungsgemäße Benutzung ermöglichen muss, sodass zur gewöhnlichen Nutzung auch kein eigener Vertrag geschlossen werden muss.<sup>1977</sup> Vielmehr stellt das Öffnen der Verpackung und die Nutzung

1971 Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 98 ff.; Gennen, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, 1.8 Rn. 152; Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 248 ff.; vgl. a. Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 398 ff. (S. 301 ff.).

1972 Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 248; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 97; vgl. Schneider, D., CR 1996, 657 (658); Schuhmacher, CR 2000, 641 (642); Hoeren, in: Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Klauselwerke“, IT Verträge (46. EL 10.2020) Rn. 209; vgl. Hoeren/Pinelli, IT-Vertragsrecht, 4. Aufl. 2024, S. 333.

1973 Vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 108.

1974 Dazu oben Kapitel 3 A.I.2.

1975 Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 249; vgl. a. Pommerening/Schreiber, in: Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 392 (S. 299).

1976 Vgl. Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 249; vgl. insofern zur Nutzungsberechtigung: Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 113 f. m.w.N.

1977 Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 249 m.w.N.; vgl. a. Schuhmacher, CR 2000, 641 (643); vgl. Hoeren, in: Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Klauselwerke“, IT Verträge (46. EL 10.2020) Rn. 208; vgl. a.

der Software nach den äußeren Umständen lediglich die Benutzung des bereits erworbenen Produkts dar.<sup>1978</sup> Der Fall erinnert insofern an die Erlassfalle, bei der ebenfalls eine Annahme durch den Vertragspartner nach § 151 S. 1 BGB herbeigeführt werden sollte.<sup>1979</sup> Wie im Fall der Erlassfalle fehlt es jedoch an einer unzweideutigen Annahmehandlung und es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Kunde einer Einschränkung seiner Rechte zustimmen möchte.<sup>1980</sup>

Im Gegensatz zur Garantiekarte bestehen bei einer nachträglichen Herstellervereinbarung für den Kunden regelmäßig auch Nachteile.<sup>1981</sup> Zwar reichen Nachteile allein nicht aus, um eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB auszuschließen, allerdings kann neben der für den Kunden nachteiligen Regelungen darauf abgestellt werden, dass der Kunde ohne Vornahme der Handlung (Auspacken bzw. Nutzung der Software) das gekaufte Produkt nicht nutzen kann.<sup>1982</sup> Ein unzweideutiger Schluss auf den Annahmewillen durch das Auspacken und Nutzen eines bereits gekauften Produkts ist daher nicht möglich.<sup>1983</sup> Zwar könnte eine Ver-

*Hoeren/Pinelli*, IT-Vertragsrecht, 4. Aufl. 2024, S. 333; vgl. a. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 113 f. m. Fn. 519.

**1978** Vgl. *Schneider, D.*, CR 1996, 657 (661 f.); vgl. *Schneider, J.*, in: *Schneider, J.*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 21; vgl. a. *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (643); vgl. a. *Hoeren*, in: *Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Klauselwerke“, IT Verträge (46. EL 10.2020) Rn. 209. A.A. (Vorliegen einer Willenserklärung für den Fall, dass der Hersteller das Vertrauen des Kunden auf das Fehlen einer Willenserklärung bei gewöhnlicher Verwendung durch einen besonderen Hinweis zerstört): *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 999 ff. (S. 433), Rn. 1002 f. (S. 434 f.) m.w.N.; *Schneider, D.*, CR 1996, 657 (662).

**1979** *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 104 f., 123; vgl. zur Erlassfalle oben II.1.

**1980** *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 123. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 114 f. verweist zudem darauf, dass im Gegensatz zum vom BGH entschiedenen Fall eines Vertragsschlusses i.R.e. Erlassfalle (BGH, Urt. v. 18.12.1985, VIII ZR 297/84, NJW-RR 1986, 415 (415)) nicht wie vom BGH vorausgesetzt ein Zusammenhang mit der Erfüllung des zu schließenden Vertrages und keine den Anbietenden beeinträchtigende Handlung vorliegt. A.A. *Sickinger*, Vertrieb von Standardsoftware, 1993, S. 83.

**1981** *Schneider, J.*, in: *Schneider, J.*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 24; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 117.

**1982** *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 117.

**1983** *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 250; a.A. (Vorliegen einer Willenserklärung): *Schneider, D.*, CR 1996, 657 (662 f.); vgl. a. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 1002 f. (S. 434 f.).

kehrssitte von nachgeschobenen Herstellervereinbarungen ein Indiz für die Auslegung der entsprechenden Handlung als Annahmeerklärung sein.<sup>1984</sup> Eine etwaige Verkehrssitte kann hier jedoch schon deshalb nicht maßgeblich sein, da der Verwender diese einseitig der anderen Partei aufdrängen würde.<sup>1985</sup>

Letztlich würde die Zustimmung des Kunden zu nachgeschobenen Hersteller-AGB daher nur fingiert.<sup>1986</sup> Bei *Shrink Wrap*-Vereinbarungen wird somit kein Vertrag nach § 151 S. 1 BGB zwischen dem Hersteller und dem Kunden geschlossen.<sup>1987</sup>

## (2) Annahme für den Fall von Click-Wrap-Vereinbarungen

Anders stellt sich der Vertragsschluss bei einer ausdrücklichen Zustimmung durch den Kunden dar: Der Klick auf einen Button, der unmissverständlich und eigens die Zustimmung zu den AGB des Herstellers aufzeigt und eine Kenntnisnahme der AGB ermöglicht, ist ein eindeutiges Verhalten, das auf einen Annahmewillen bezüglich der Hersteller-AGB i.S.d. § 151 S. 1 BGB schließen lässt.<sup>1988</sup> Insofern macht es keinen Unterschied, ob die Enter-Taste betätigt wird oder ein Mausclick auf eine Schaltfläche erfolgt, die die Zustimmung zu den AGB ausdrücklich benennt.<sup>1989</sup> Selbst für den Fall, dass der Klick dazu führt, dass die Annahmeerklärung bezüglich der AGB dem Hersteller zugeht, liegt jedenfalls nach Auslegung aus Sicht eines objektiven Empfängers (§ 157 BGB) eine Annahme vor.<sup>1990</sup> Es ist jedoch darauf zu achten,

**1984** Vgl. dazu *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License*, 2006, S. 118 f.

**1985** *Klein*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 250; vgl. a. *Marly*, *Praxishandbuch Softwarerecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. 1001 (S. 433 f.) m.w.N.; vgl. a. *Schuhmacher*, *CR 2000*, 641 (643); a.A. *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License*, 2006, S. 119; vgl. näher zur Verkehrssitte: *Schneider*, *D.*, *CR 1996*, 657 (659 ff.).

**1986** Vgl. *Ernst*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, *AGB-Recht*, 13. Aufl. 2022, *Softwareverträge*, Rn. 5; vgl. *Schuhmacher*, *CR 2000*, 641 (643).

**1987** *Klein*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 250 m.w.N.; vgl. a. *Ernst*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, *AGB-Recht*, 13. Aufl. 2022, *Softwareverträge*, Rn. 5 m.w.N.

**1988** Vgl. *Raue*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, *Software- und IT-Verträge*, Rn. S 270; vgl. *Redeker*, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 3. Aufl. 2019, § 16 Rn. 22; vgl. a. *Schulte-Nölke*, 15(2) *ERCL 2019*, 103 (112); a.A. wohl *Hoeren/Pinelli*, *IT-Vertragsrecht*, 4. Aufl. 2024, S. 333 (bzgl. der Betätigung der Enter-Taste); vgl. a. *Redeker*, *IT-Recht*, 3. Aufl. 2023, B.IV.6. Rn. 606 (dingliche Nutzungseinschränkung).

**1989** *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License*, 2006, S. 39 f. m. Fn. 179.

**1990** Vgl. insof. für die Anwendung des § 151 S. 1 BGB: *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und*

dass das Klicken durch den Kunden eindeutig als Zustimmung zu den AGB anzusehen ist, indem der Mausklick oder das Betätigen der Enter-Taste deutlich als Zustimmung zu den Hersteller-AGB gekennzeichnet ist und deutlich wird, dass die AGB vom Hersteller stammen.<sup>1991</sup> An das bloße Herunterladen oder Nutzen der Software, ohne dass aktiv eine Zustimmung durch einen Klick geäußert wird, kann dagegen nicht angeknüpft werden, ebenso wenig an das Klicken auf einen zweideutigen Button.<sup>1992</sup> Sollte der Hersteller jegliches Betätigen der Enter-Taste als Zustimmung zu den AGB werten wollen, ohne dass eindeutig die Aufforderung erfolgte, die Enter-Taste zur Zustimmung zu den AGB zu betätigen, ist wie bei einem Anknüpfen an das Nutzen der Software keine unzweideutige Handlung gegeben und ein Vertrag kommt nicht zustande.<sup>1993</sup> Ein Problem mit dem Erklärungsbewusstsein des Kunden stellt sich bei Zustimmung über einen ausreichend gekennzeichneten Zustimmungs-Button nicht, da durch die deutliche Gestaltung des Buttons jedenfalls bei Einhaltung der verkehrsüblichen Sorgfalt für den Kunden erkennbar war, dass ein Klick auf den Button im Rechtsverkehr als Zustimmung gewertet würde.<sup>1994</sup> Aufgrund des berechtigten Interesses des Herstellers und des Käufers an einer Vereinbarung und der Häufigkeit von solchen Lizenzvereinbarungen ist die Existenz von Hersteller-AGB nicht überraschend i.S.d. § 305c BGB.<sup>1995</sup>

Shrink-Wrap License, 2006, S. 108 f.

**1991** Raue, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 270.

**1992** Vgl. zur Nutzung schon oben (1). Ein zweideutiger Button kann dann vorliegen, wenn nicht nur die Zustimmung zu den AGB geäußert werden soll, sondern zugleich mit demselben Button der Download oder die Software gestartet werden soll (z.B. „Indem Sie auf den „Download-Button“ klicken, stimmen Sie folgenden AGB zu“). Der Klick muss sich daher ausschließlich auf die Zustimmung zu den AGB beziehen, um unzweideutig i.S.e. Annahme nach § 151 S. 1 BGB zu sein (z.B. ein eigener Klick, der die AGB bestätigt, zusätzlich zu einem anschließend zu betätigenden „Download-Button“); vgl. a. *Chrocziel/Stief*, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 5. Aufl. 2025, § 56 Rn. 57 ff.; weitergehend: *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 270 (auch Anklicken der Schaltfläche „Weiter“).

**1993** Siehe oben (1). Wie hier: *Söder*, Schutzüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 39 Fn. 178.

**1994** *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 271; a.A. *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (643). Vgl. zum Erklärungsbewusstsein oben B.I.1.

**1995** *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-



Der Zwang durch den Hersteller, dass der Kunde seinen AGB zustimmen muss, um das gekaufte Produkt überhaupt nutzen zu können und sein erworbenes Nutzungsrecht ausüben zu können, ist rein faktisch und nicht rechtlich, da dem Kunden im Fall einer ausdrücklichen Zustimmung zu den Hersteller-AGB durch einen Mausklick, dass er den AGB zustimme, gerade keine Willenserklärung „untergeschoben“ bzw. eine solche „unterstellt“ oder „fingiert“ wird. Bei jeder Vereinbarung von AGB ist der Kunde faktisch gezwungen, diesen zuzustimmen, wenn er die Sache erhalten möchte („*take it or leave it*“).<sup>1996</sup> Dass der Kunde bei nachgeschobenen Herstellervereinbarungen insofern einen Nachteil erleidet, als er ein bereits erworbenes Produkt nur nutzen kann, wenn er einen weiteren Vertrag mit dem Hersteller schließt, ist letztlich eine Problematik, die sein Verhältnis zum Händler betrifft.<sup>1997</sup> Ein Hinweis bereits bei Vertragsschluss mit dem Händler darüber, dass der Kunde einen weiteren Vertrag mit dem Hersteller schließen muss und wie dieser geschlossen werden soll, ist für einen wirksamen Vertragsschluss mit dem Hersteller nicht erforderlich,<sup>1998</sup> da es für die Einbeziehung der Hersteller-AGB auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Hersteller ankommt, mithin das Anklicken des Zustimmungs-Buttons.<sup>1999</sup>

Verträge, Rn. S 266 ff., 271, zu überraschenden Klauseln bzgl. des Inhalts vgl. ebd., Rn. S 274; eine andere Frage ist es, ob eine Verkehrssitte vorliegt, vgl. dazu a. oben (1).

**1996** Vgl. *Smsalova*, 8 Common L. Rev. (2007), 13 (18).

**1997** Zum Vorliegen eines Mangels: vgl. *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 266; *Redeker*, IT-Recht, 8. Aufl. 2023, B.IV.3.e Rn. 591; vgl. zu einem Rückgaberecht: *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 117 f.; *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 250 m. Fn. 131 zu Schwierigkeiten der Abwicklung; ein gesetzliches Rücktrittsrecht ablehnend: *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (643 m. Fn. 16). Eine widerrechtliche Drohung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB durch den Hersteller (vgl. diesen Gedanken i.R.v. Registrierkarten b.: *Schneider, J.*, in: *Schneider, J.*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 24) kann mangels Widerrechtlichkeit aufgrund des berechtigten Interesses des Herstellers an einer Lizenzvereinbarung mit dem Endkunden abgelehnt werden.

**1998** So aber *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 1003 (S. 435); vgl. a. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 114. Zum wettbewerbsrechtlichen Erfordernis eines Hinweises des Händlers auf die Existenz von Nutzungsbedingungen des Herstellers: vgl. OLG München, Urt. v. 12.10.2000, 29 U 3680/00, MMR 2001, 395 (für den Fall einer erforderlichen Registrierung, dazu unten (3)).

**1999** Vgl. *Schneider, D.*, CR 1996, 657 (662).

### (3) Annahme im Fall von Registrierungsverträgen

Registrierungsverträge sind ebenfalls als wirksam anzusehen.<sup>2000</sup> Das Rücksenden einer unterschriebenen Registrierkarte oder der digitalen Übersendung von entsprechenden Daten stellt die Annahme von Bedingungen des Herstellers dar.<sup>2001</sup> Jedenfalls sollte aus wettbewerbsrechtlichen Gründen bei Abschluss des Kaufvertrages ein Hinweis darauf erfolgen, dass eine Registrierung erforderlich sein wird.<sup>2002</sup>

Anders als bei einer Garantiekarte entstehen dem Kunden durch die Bedingungen, z.B. einer Nutzungsbeschränkung, auch Nachteile.<sup>2003</sup> Dies führt allerdings lediglich dazu, dass die Fallgruppe für eine Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB bei lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften nicht einschlägig ist und ein Zugang der Annahme erfolgen muss, was durch die Rücksendung der Registrierungskarte auch erfolgt.<sup>2004</sup>

### (4) Analoge Produkte und Tickets

Für den Fall, dass der Hersteller keine technische bzw. tatsächliche Möglichkeit hat, das Nutzen des Produkts ohne ausdrückliche Bestätigung seiner AGB durch Anklicken oder Registrierung zu verhindern, möchte er ggf. einen anderen Weg finden, die AGB mit dem Kunden zu vereinbaren. Dies kann bei analogen Produkten problematisch sein, die nach dem Auspacken sofort benutzt werden können. Hier könnte der Händler den Überlassungsvertrag oder die Herstellervereinbarung

**2000** *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (643); *Raue*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, 5. Teil, Software- und IT-Verträge, Rn. S 273; vgl. *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 252 m.w.N.; vgl. a. BGH, Urt. v. 12.01.2017, I ZR 253/14, MMR 2017, 394 (396 Rn. 55 ff.), der insofern die Vorinstanz OLG Hamburg, Urt. v. 06.11.2014, 3 U 86/13, MMR 2015, 313 (317 Rn. 176) bestätigt.

**2001** *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 44 f.; vgl. zur Online-Registrierung: *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 1007 (S. 436); vgl. a. *Schneider, J.*, in: *Schneider, J.*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 24.

**2002** OLG München v. 12.10.2000, 29 U 3680/00 (zu einem unlauteren Handeln nach §§ 1, 3 UWG), das insoweit die Vorinstanz LG München I, Urt. v. 04.04.2000, 7 O 115/00 bestätigt; vgl. a. *Schneider, J.*, in: *Schneider, J.*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 24.

**2003** *Schneider, J.*, in: *Schneider, J.*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R. Rn. 24; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 117; *Pommerening/Schreiber*, in: *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 408 (S. 305).

**2004** Vgl. zum Erfordernis des Zugangs bei Registrierungsverträgen: *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 49.

als Vertreter (oder Bote) des Herstellers mit dem Kunden abschließen.<sup>2005</sup> Die entstehenden praktischen Hindernisse<sup>2006</sup> wären insofern hinzunehmen.

Bei der Zusendung von nicht personalisierten Tickets für eine Veranstaltung kommt statt eines Tätigwerdens als (Handels-)Vertreter auch ein Tätigwerden des Verkäufers als Kommissionär, mithin ein Tätigwerden in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Veranstalters in Betracht, § 383 Abs. 1 HGB.<sup>2007</sup> Ein Recht auf Teilnahme entsteht gegenüber dem Veranstalter nach §§ 807, 793 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Errichtung der Eintrittskarte als kleinem Inhaberpapier und dem Abschluss des Begebungsvertrags, mit dem die Forderung schuldrechtlich begründet wird.<sup>2008</sup> Zu diesem Zeitpunkt müssen die Veranstalter-AGB daher in den schuldrechtlichen Begebungsvertrag des Ersterwerbers mit dem Veranstalter einbezogen werden.<sup>2009</sup>

### 3 Ergebnis

Das bewusste Behalten einer Garantiekarte kann eine Annahme nach § 151 S. 1 BGB darstellen, da es sich bei der Gewährung einer Garantie für den Endkunden um eine rechtlich vorteilhafte Regelung handelt.<sup>2010</sup> Problematisch ist das Zustandekommen eines Vertrages im Fall von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen. Mangels eindeutiger Annahmehandlung des Kunden kommt ein Vertrag mit dem Hersteller im Fall von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen nicht zustande, wenn an eine Handlung

**2005** Vgl. dazu *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 89 ff.

**2006** Vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 90 f.

**2007** Vgl. LG Freiburg, Urt. v. 03.02.2022, 3 S 45/21, ZVertriebsR 2022, 219 (221).

**2008** BGH, Urt. v. 13.07.2022, VIII ZR 317/21, NJW 2022, 2830 (2832 Rn. 27, 32).

**2009** Vgl. Staudinger/*Mäsch* (2022), § 305 Rn. 125; *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 114. Zur Einbeziehung von auf Tickets abgedruckten Bedingungen: vgl. zu Gift Cards: *Knöfel*, WM 2017, 833 (837). Vgl. a. *MüKO/Habersack*, 9. Aufl. 2024, § 793 BGB Rn. 53. Zur Annahme durch Entgegennahme von Gutscheinen: VG Hannover, Urt. v. 17.06.2009, 11 A 4402/07, GewA 2009, 360 (361). Vgl. a. *Schulz*, Vertragliche Weiterveräußerungsbeschränkungen von Fußball-Bundesligatickets, 2018, S. 249 f.; LG Berlin, Urt. v. 10.06.1981, 28 O 236/80, NJW 1982, 343 (344); vgl. a. *Grüneberg/Grüneberg*, BGB, 84. Aufl. 2025, § 305 Rn. 28. Gegen die Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB bei Anleihebedingungen: BGH, Urt. v. 28.06.2005, XI ZR 363/04, NJW 2005, 2917 (2918).

**2010** Vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 9. Vgl. oben 1.

des Kunden angeknüpft werden soll, z.B. das Öffnen oder Nutzen der von einem Händler erworbenen Software.<sup>2011</sup> Anders ist es, wenn der Kunde bei der Installation ausdrücklich ein Kästchen anklicken muss und die AGB so bestätigt (*Click Wrap*-Vereinbarung).<sup>2012</sup> Werden analoge Produkte gekauft, kann der Hersteller seine AGB gegenüber dem Kunden nur durch eine Vertretung durch den Händler einbringen.<sup>2013</sup>

## II Französisches Recht

### 1 Herstellergarantie

Nach Art. L. 217–22(1) Code de la consommation muss eine Garantie dem Kunden in lesbarer und verständlicher Weise auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden.<sup>2014</sup> Für den Fall eines für den Vertragspartner vorteilhaften Geschäfts wie einer Herstellergarantie besteht auch im französischen Recht die Möglichkeit, deren Wirksamkeit an die Rücksendung der Garantiekarte zu knüpfen (*carte d'enregistrement de garantie*).<sup>2015</sup> Zudem gilt der Grundsatz, dass Schweigen auf ein ausschließlich im Interesse (*intérêt exclusif*) des Angebots-empfängers liegendes Geschäft als Annahmeerklärung gelten kann.<sup>2016</sup>

### 2 Shrink Wrap-Lizenzen

Ob *Shrink Wrap*-Vereinbarungen nach französischem Recht wirksam sind, wird in der Literatur offenbar weniger diskutiert als in Deutsch-

**2011** S. oben 2.b.cc.(1).

**2012** S. oben 2.b.cc.(2).

**2013** S. oben 2.b.cc.(4).

**2014** Bei Nichtbeachtung dieser Bestimmung bleibt die Garantie bindend, Art. L. 217–22(2) Code de la consommation.

**2015** Vgl. Cass. civ. 1e, 16.03.2022, n° 20–17.804; CA Paris, 21.09.2017, n° 16/07894.

**2016** *Flour/Aubert/Savaux*, Droit civil, Les obligations, Lacte juridique, 18<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 237 (S. 308); *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> ed. 2022, Rn. 188 (S. 208); vgl. Cass. civ. 1e, 01.12.1969, n° 68–12.140, Bull. civ., I, n° 375; *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaue*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 254; vgl. a. *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S. 519 ff. m.w.N., S. 523 f. m.w.N. Vgl. zum Schweigen oben B.III.2.

land.<sup>2017</sup> In einem französischen Fall, in dem ein Computer mit vorinstallierter Software erworben wurde und bei erstmaligem Einschalten des Computers die Nachricht auf dem Bildschirm erschien, dass mit der Nutzung der Software die auf dem Bildschirm angezeigten Nutzungsbedingungen (*Contrat de Licence Utilisateur Final (CLUF)*) akzeptiert werden, entschied eine Richterin als *juge de proximité*<sup>2018</sup>, dass es sich dabei um einen neuen Vertrag zwischen dem Kunden und dem Software-Hersteller handelt.<sup>2019</sup> Dass der Nutzer, der den Nutzungsbedingungen nicht zustimmt, den Computer für einige Tage ohne Entschädigung zurückgeben müsse, damit die Software entfernt wird, wurde jedoch als missbräuchlich angesehen.<sup>2020</sup> Eine Entscheidung über die Technik des Vertragsschlusses erfolgte jedoch nicht.

Zum Teil wurde in der Literatur von der Wirksamkeit von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen ausgegangen.<sup>2021</sup> Dass für Bestellungen im Internet ein Doppel-Klick-System vorgesehen ist, könnte dafür sprechen, dass die Zustimmung zu AGB ausdrücklich erfolgen muss, sodass das Anknüpfen an die Nutzung z.B. einer Website (oder einer Software) zweifelhaft erscheint.<sup>2022</sup>

**2017** Vgl. Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 37; vgl. a. *Binctin*, 66(2) *Revue internationale de droit comparé* (2014), 471 (485) (bis 2014 keine Überprüfung der Wirksamkeit von freien Lizenzen nach Verbraucherrecht).

**2018** Vgl. zu deren Rolle u. Ausbildung: *Zwickel*, Bürgernahe Ziviljustiz, 2010, S. 48 ff., 55 ff.; *Pelicanand*, *Droit et Société* 66/2007, 275 (289 ff.); zur Abschaffung der Position 2017: LOI organique n° 2016–1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu’au Conseil supérieur de la magistrature; vgl. zu den 2020 abgeschafften *tribunaux d’instance*: *Neumann/Berg*, *Fransösisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § 3 Rn. 35 ff. (S. 23 f.); LOI n° 2019–222 du 23 mars 2019 de programmation 2018–2022 et de réforme pour la justice.

**2019** *Juridiction de Proximité de Nancy*, 04.06.2009, n° 119/2009, S. 5; vgl. a. zum Überlassungsvertrag: *Marly*, *Praxishandbuch Softwarerecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. 996 (S. 431); *Berlioz/Groos*, *RiW* 1985, 852 (856 f.).

**2020** *Juridiction de Proximité de Nancy*, 04.06.2009, n° 119/2009, S. 5.

**2021** *Contreras/Slade*, *CRI* 2000, 104 (108); vgl. aber *Lemley*, 68(5) *S. Cal. L. Rev.* (1995), 1239 (1253 m. Fn. 53).

**2022** Vgl. (bzgl. *Browse Wrap*-Lizenzen): *Loos et al.*, *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Final Report, 2011, S. 69.

### III Common Law

Im *Common Law*, namentlich in den USA, werden nachgeschobene Klauseln in Form von *Shrink Wrap*-Verträgen intensiv diskutiert. Zunächst soll hier auf die Situation im englischen Recht und anschließend in den USA eingegangen werden.

#### 1 Englisch Recht

##### a Herstellergarantie

Problematisch bei der Gewährung einer Herstellergarantie durch eine dem Produkt beigefügte Garantiekarte ist das Vorliegen einer *consideration* im Austausch für die Garantie.<sup>2023</sup> Die Gewährung einer Garantie erst nach Vertragsschluss kann nicht durch eine *past consideration* wirksam werden.<sup>2024</sup> Allerdings kann eine Garantie nach Vertragsschluss mit dem Kunden vereinbart werden, wenn der Kunde bei Erwerb des Produkts davon ausging, ein Produkt mit einer Garantie zu erwerben.<sup>2025</sup> Die *consideration* des Kunden gegenüber dem Hersteller kann dann darin gesehen werden, dass der Kunde verspricht, das Produkt bei einem Händler zu erwerben.<sup>2026</sup>

##### b Shrink Wrap-Lizenzen

Im englischen Recht ist die Frage nach der Wirksamkeit von *Shrink Wrap*-Lizenzen nicht abschließend geklärt.<sup>2027</sup> Ein Hinweis auf AGB

<sup>2023</sup> Vgl. *Holdych*, 29 *Cambrian L. Rev.* (1998), 73 (75).

<sup>2024</sup> Vgl. für ein Zwei-Personen-Verhältnis: *Roscorla v Thomas* [1842] *EWHC* J74, (1842) 3 *QB* 234; vgl. dazu *Holdych*, 29 *Cambrian L. Rev.* (1998), 73 (75 f.). Vgl. zur *consideration* oben Kapitel 2 B.vi. Vgl. aber *Davies*, in: Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 6–031 (S. 559). Vgl. zur *consumer guarantee*: Sec. 30 *Consumer Rights Act 2015* u. *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–018 (S. 84 Fn. 85).

<sup>2025</sup> Vgl. dazu *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 3–018 (S. 84); vgl. *Classic Maritime Inc v. Lion Diversified Holdings Berhad* [2009] *EWHC* 1142 (Comm), [2010] 1 *C.L.C.* 445 (456 ff., insb. Rn. 46) (“*guarantee*”).

<sup>2026</sup> Vgl. *Shanklin Pier LD. v. Detel Products LD.* [1949 S. 499], [1951] 2 *K.B.* 854 (856), [1951] 2 *All E.R.* 471; vgl. dazu *Romero*, 43(2) *Sask. L. Rev.* (1978), 81 (141 f. m.w.N.); vgl. a. *Collins*, *The Law of Contract*, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 62.

<sup>2027</sup> *Smlsalova*, 8 *Common L. Rev.* (2007), 13 (15, 20); *Gringras*, 4 *Int'l J. L. & Info. Tech.* (1996), 77 (94); dagg.: *Contreras/Slade*, *CRi* 2000, 104 (108); *Smith*, 4 *Int'l J. L. & Info. Tech.* (1996), 131 (138 ff., 143); vgl. a. *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License*, 2006, S. 37.

muss jedenfalls vor Vertragsschluss erfolgen.<sup>2028</sup> Grundsätzlich haben nachträglich zugesandte Dokumente keinen Einfluss auf den Vertrag.<sup>2029</sup> Eine nachträgliche Einbeziehung von AGB in einem Zwei-Personen-Verhältnis ist im englischen Recht bei Vorliegen einer Einwilligung möglich, bedarf aber einer *consideration*.<sup>2030</sup> Fraglich wäre hier bei der Zusendung von Klauseln erst mit der Lieferung von Software, ob eine *consideration* für einen Vertrag zwischen dem Hersteller und dem Endkunden vorläge.<sup>2031</sup>

In einem schottischen<sup>2032</sup> Fall ging es um die Notiz auf einem Paket mit bestellter Computersoftware, die die Öffnung der Verpackung als Annahme der in Bezug genommenen Klauseln festlegte.<sup>2033</sup> Ein Vertrag zwischen dem Lieferanten und dem Kunden kam nach der Entscheidung deswegen nicht zustande, weil das Paket ungeöffnet zurückgesendet wurde und daher keine Annahme der Vertragsbedingungen erfolgt sei.<sup>2034</sup> Allerdings stellte das Gericht fest, dass Klauseln in *Shrink Wrap*-Verträge zwischen dem Lieferanten und dem Käufers einbezogen werden können.<sup>2035</sup> Dies wurde auf die schottische Doktrin der *ius quaesitum tertio* zurückgeführt, nach der unter bestimmten Voraussetzungen ein Vertrag einem Dritten ein durchsetzbares Recht begründen kann.<sup>2036</sup> Hiermit wurde in den Entscheidungsgründen eine mögliche Wirksam-

**2028** *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd.* [1971] 2 Q.B. 163 (169, 173); *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 816; *Smith*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 131 (138 f.).

**2029** Vgl. *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–049 (S. 343); vgl. aber für den Fall von Vorverhandlungen: *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, Contract Law, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S. 816.

**2030** Vgl. *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S. 87 m.w.N.  
**2031** Dagg.: *Gringras*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 77 (89); kritisch a.: *Smith*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 131 (142); für die Unerheblichkeit einer fehlenden *consideration*: vgl. *Smlsalova*, 8 Common L. Rev. (2007), 13 (17).

**2032** Zu Besonderheiten im Vergleich zum englischen Recht in diesem Fall: vgl. *Smith*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 131 (140 f.); *Gringras*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 77 (89 f., 91 f.).

**2033** *Beta Computers (Europe) Ltd. v Adobe Systems (Europe) Ltd.*, 1996 S.L.T. 604.

**2034** *Beta Computers (Europe) Ltd. v Adobe Systems (Europe) Ltd.*, 1996 S.L.T. 604 (612); vgl. dazu *Chen-Wishart*, in: Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, Rn. 4–036 (S. 337).

**2035** *Beta Computers (Europe) Ltd. v Adobe Systems (Europe) Ltd.*, 1996 S.L.T. 604 (611 f.).

**2036** *Gringras*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 77 (92, 89 f.).

keit von *Shrink Wrap*-Verträgen nach schottischem Recht angesprochen, da der Hersteller das Recht erhalten solle, die Lizenzbedingungen gegenüber dem Endkunden durchzusetzen.<sup>2037</sup>

## 2 USA

### a Herstellergarantie

Ein eigener Garantievertrag mit dem Hersteller kann auch nach US-amerikanischem Recht dadurch zustande kommen, dass der Käufer als *consideration* für eine Garantie das Produkt des Herstellers bei einem Händler erwirbt.<sup>2038</sup> Dieser Garantievertrag wird dann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Händler geschlossen.<sup>2039</sup> Bei Vereinbarung einer Garantie mit dem Hersteller erst nach Vertragsschluss mit dem Händler ist eine neue *consideration* erforderlich.<sup>2040</sup>

### b Shrink Wrap-Lizenzen

*Shrink Wrap*-Vereinbarungen werden in den USA bis heute weitgehend als wirksam angesehen.<sup>2041</sup> Zunächst bestanden in der Rechtsprechung Bestrebungen, *Shrink Wrap*-Vereinbarungen einzuschränken.<sup>2042</sup> Im Fall *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology and The Software Link* wurde telefonisch der Kauf von Kopien einer Software vereinbart und anschließend Klauseln der verpackten Software beigefügt mit der Möglichkeit einer Rücksendung gegen Rückzahlung des Preises, wenn den Klauseln nicht zugestimmt würde.<sup>2043</sup> Dem Gericht zufolge wurden

<sup>2037</sup> *Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.*, 1996 S.L.T. 604, (611).

<sup>2038</sup> Vgl. *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, (Supreme Court of New Jersey), 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (78) (“*warranty*”).

<sup>2039</sup> Vgl. *Clifford*, 75(1) Wash. U. L. Q. (1997), 413 (427).

<sup>2040</sup> Vgl. *W. & S. Job & Co. v. Heidritter Lumber Co.*, (2d Cir. 1918), 255 F. 311 (313).

<sup>2041</sup> *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter’s Notes (Westlaw S. 29 ff.); *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 226 f., 237. Vgl. zum UCITA: *The American Law Institute*, Principles of the Law of Software Contracts, Oct. 2024 Update, § 2.02 (2010), Comment b (Westlaw S. 4).

<sup>2042</sup> *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 227; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 165 ff.

<sup>2043</sup> *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991); *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 228 f.; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 167 ff.; *Gringras*, 4 Int’l J.L. & Info. Tech. (1996), 77 (96 ff.).



diese Klauseln nicht Vertragsbestandteil.<sup>2044</sup> Dies wurde damit begründet, dass ein Vertrag bereits am Telefon zustande gekommen war und eine Änderung nach § 2–207(2)(b) UCC unwirksam sei, da dieser eine hier vorliegende wesentliche Änderungen nicht ermöglicht.<sup>2045</sup> Ebenso wurde im Ergebnis in der Entscheidung *Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc.* entschieden, dass ein Vertrag mit der Bestellung der Software zustande gekommen sei und keine wirksame nachträgliche Änderung erfolgt sei, da nach § 2–209 UCC eine ausdrückliche Zustimmung zu den geänderten Klauseln erforderlich, aber nicht erfolgt sei.<sup>2046</sup>

#### aa ProCD, Inc. v. Zeidenberg

Seit der Entscheidung *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* wurde eine wirksame *Shrink Wrap*-Vereinbarung angenommen, wenn eine Rückgabe des Produkts durch den Endkunden nach Kenntnisnahme von den Hersteller-AGB möglich ist.<sup>2047</sup> Die Verpackung einer vom Kunden *Zeidenberg* bei einem Händler erworbenen CD-ROM mit einer Datenbank (bestehend aus Telefonbüchern) enthielt den Hinweis auf Nutzungsbeschränkungen, die im Innern der Verpackung enthalten waren, zudem befanden sich die Lizenzbedingungen auf der CD-ROM und erschienen bei jeder Ausführung des Programms sowie erforderte das Fortfahren eine Zustimmung durch den Kunden.<sup>2048</sup> Der Softwarehersteller *ProCD* ging gegen den Kunden *Zeidenberg* vor, der die Inhalte entgegen der Lizenzbedingungen weiterveräußerte. Eine gebotene strenge Unterscheidung der Vertragsverhältnisse zwischen Händler und Kunden sowie Hersteller und Kunden erfolgte in der Entscheidung nicht.<sup>2049</sup> Nach der Entscheidung sei ein Vertragsschluss mit den Lizenzbedin-

**2044** *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991) (106).

**2045** *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991) (98, 105 f.).

**2046** *Arizona Retail Sys v. Software Link, Inc.*, 831 F. Supp. 759 (Ariz. Dist. 1993) (763 ff.); vgl. dazu *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 229; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 170 f. Vgl. zu § 2–204, § 2–207 u. § 2–209 UCC: *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter’s Notes (Westlaw S. 16, 29).

**2047** *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996); vgl. dazu a. *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 226, 232.

**2048** *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (1450, 1452).

**2049** Vgl. a. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 175.

gungen durch Angebot und Annahme nach der allgemeinen Regel des § 2–204(1) UCC zustande gekommen. Der Anbietende könne nach § 2–204(1) UCC als *master of the offer* die Handlung bestimmen, die zu einer Annahme des Vertrages führen soll.<sup>2050</sup> Die Annahme liege darin, dass der Kunde die Software genutzt hat, nachdem er die Möglichkeit hatte, die Klauseln zur Kenntnis zu nehmen.<sup>2051</sup> Zudem wurde betont, dass *ProCD* dem Kunden eine Ablehnungsmöglichkeit der Klauseln und die Möglichkeit zur Rückgabe der Ware gewährte, wovon *Zeidenberg* keinen Gebrauch gemacht hatte.<sup>2052</sup> Eine genauere dogmatische Begründung der Entscheidung erfolgte nicht<sup>2053</sup>, obwohl die Wirksamkeit von *Shrink Wrap*-Verträgen nach dem *Common Law* und dem UCC sehr zweifelhaft war.<sup>2054</sup> Die Entscheidung argumentierte vielmehr damit, dass der Einsatz von *Shrink Wrap*-Verträgen ökonomisch und volkswirtschaftlich wünschenswert sei, da so die Preise niedrig gehalten werden könnten.<sup>2055</sup> Dem Bedürfnis von Softwareherstellern, sich wirksam vor Softwarekopien zu schützen, wurde insofern über *Shrink Wrap*-Verträge begegnet.<sup>2056</sup> Da in *ProCD* damit argumentiert wurde, dass *Shrink Wrap*-Verträge aus außerrechtlichen, ökonomischen Gründen notwendig seien, handelt es sich um eine rechtsrealistische Entscheidung, da eine Anpassung an eine gesellschaftliche Veränderung als erforderlich angesehen wurde.<sup>2057</sup> In der Literatur wurde die Entscheidung oft kritisiert.<sup>2058</sup>

2050 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (1452).

2051 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (1452).

2052 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (1452 f.).

2053 Vgl. *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 38 Fn. 71.

2054 *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 179 ff.; *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 253.

2055 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (1452 f.); vgl. dazu *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 226, 234 f.; *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 38 m. Fn. 71; *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 172, 175.

2056 *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 253.

2057 *Klein*, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, S. 254; *Posner*, 77 U. Chi. L. Rev. (2010), 1181 (1194).

2058 Vgl. statt vieler: *Lawrence*, 41 San Diego L. Rev. (2004), 1099 (1107 ff.); vgl. a. zahlr. w.N.b. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 178 f.

### bb Hill v. Gateway 2000

Im Fall *Hill v. Gateway 2000*<sup>2059</sup> wurde von Kunden telefonisch ein Computer bestellt, dessen Verpackung bei der Lieferung auch eine zusätzliche Schiedsgerichtsklausel enthielt.<sup>2060</sup> Der Kunde wurde auf der ersten Seite der beigelegten Bedingungen darauf hingewiesen, dass er diesen Bedingungen zustimme, wenn er den Computer nicht innerhalb von 30 Tagen zurückgebe.<sup>2061</sup> Das Gericht bestätigte die Entscheidung *ProCD v. Zeidenberg* und wendete sie für einen Kaufvertrag außerhalb von Softwarelizenzen an.<sup>2062</sup> Der Vertrag kam nach *Hill v. Gateway 2000* dadurch zustande, dass der Kunde, den Computer länger als 30 Tage behielt.<sup>2063</sup> Dass im Fall *Hill v. Gateway 2000* im Gegensatz zu *ProCD v. Zeidenberg* kein Hinweis auf der Packung selbst erfolgte, dass weitere Klauseln enthalten sein würden, sah das Gericht als unbeachtlich an, da es sich lediglich um einen Versandkarton handele und der Kunde von zusätzlichen Klauseln wusste sowie diese vor Vertragsschluss erfragen könne.<sup>2064</sup>

### cc Weitere Rechtsprechung

Die weitere Rechtsprechung zur Frage von nachgeschobenen Vereinbarungen ergibt kein eindeutiges Bild: Die Entscheidungen zur Wirksamkeit von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen wurden teilweise bestätigt<sup>2065</sup>,

**2059** Zu weiteren Entscheidungen, die die Klausel von Gateway 2000 betrafen: vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 181 m. Fn. 884 und S. 182 ff.

**2060** *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997). Insofern ging es um einen klassischen Kaufvertrag im Zwei-Personen-Verhältnis und nicht um den Fall eines Softwarelizenzenvertrags, vgl. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 182.

**2061** *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997) (1148).

**2062** *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997) (1148 f.); vgl. dazu a. *Marotta-Wurgler*, 38(2) J. Legal Stud. (2009), 309 (314).

**2063** *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997) (1150).

**2064** *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997) (1150); vgl. dazu *Posner*, 77 U. Chi. L. Rev. (2010), 1181 (1184 f., 1187).

**2065** *Brower v. Gateway 2000, Inc.*, 676 N.Y.S.2d 569 (N.Y. App. Div. 1998); vgl. w.N.b. *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter's Notes (Westlaw S. 29 f.).

teilweise wurde ihnen nicht gefolgt<sup>2066</sup>.<sup>2067</sup> Für den Fall, dass gewerbliche Kunden eine Software erwerben und Nutzungsbedingungen vor der Installation durch einen Klick bestätigt werden (*Click Wrap-Agreement*), wurde unter Verweis auf die Entscheidung *ProCD v. Zeidenberg* eine wirksame Vereinbarung der Bedingungen angenommen, u.a. weil die Kunden die Software gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben könnten, wenn sie nicht mit den Bedingungen einverstanden sind.<sup>2068</sup>

#### dd Restatement of the Law, Consumer Contracts

Eine Kodifikation der *Shrink Wrap*-Verträge im UCITA (Uniform Computer Information Transactions Act) kam nicht zustande.<sup>2069</sup> Allerdings hat das *American Law Institute* die Wirksamkeit von “*Pay now, terms later*“ („PNTL“-)Klauseln gegenüber Verbrauchern<sup>2070</sup> nunmehr im Restatement of the Law, Consumer Contracts in § 2(b) aufgenommen.<sup>2071</sup>

Nach § 2(b) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024) wird eine AGB-Klausel, die erst nach Zustimmung des Verbrauchers zur Kenntnisnahme zur Verfügung steht („*available for review only after the consumer manifests assent to the transaction*“), unter bestimmten Bedingungen Vertragsbestandteil. Der Unternehmer muss hierfür zum einen nachweisen, dass (1) der Verbraucher vor der Zustimmung eine angemessene Benachrichtigung über das Bestehen der später bereitzustellenden und einzubeziehenden AGB-Klausel erhalten hat, in der der Verbraucher über die Möglichkeit informiert wird, den Vertrag zu prüfen und zu kündigen, und in der erklärt wird, dass die Nichtkün-

**2066** *Klocek v. Gateway 2000, Inc.*, 104 F.Supp.2d 1332 (D. Kan. 2000) (für einen *non-merchant* als Kunden); vgl. a. *Velasquez-Reyes v Samsung Electronics America, Inc.*, 777 F. App'x 241 (9<sup>th</sup> Cir. 2019) (bzgl. eines zu vagen Verweises gegenüber einem Verbraucher).

**2067** Für w. N. vgl. *Söder*, *Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License*, 2006, S. 189 ff.; *Klein*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 237; *The American Law Institute*, *Restatement of the Law, Consumer Contracts*, May 2024 Update, § 2 (2024), *Reporter's Notes* (Westlaw S. 30); vgl. a. *Hay/Kern*, *US-Amerikanisches Recht*, 8. Aufl. 2024, Rn. 314b (S. 142) m. Fn. 68c m.w.N.

**2068** *Taxes of Puerto Rico, Inc. v. Taxworks, Inc.*, 5 F. Supp. 3d 185 (DPR 2014).

**2069** *Klein*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 236.

**2070** Auch die Entscheidung *ProCD v. Zeidenberg* ist nicht nur auf Verträge mit *merchants* anwendbar, vgl. *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997) (1150).

**2071** Vgl. dazu *The American Law Institute*, *Restatement of the Law, Consumer Contracts*, May 2024 Update, § 2 (2024), *Reporter's Notes* (Westlaw S. 28 f.). Zur Einbeziehung von AGB nach § 2(a) *Restatement of the Law, Consumer Contracts* (2024), s. oben C.I.3.

digung zur Übernahme der AGB-Klausel in den Vertrag führen würde. Zudem muss der Verbraucher nach seiner Zustimmung ausreichend Gelegenheit zur Prüfung der AGB-Klausel erhalten haben (2). Zuletzt ist erforderlich, dass der Verbraucher die Gelegenheit hatte, nach Zurverfügung-Stellung der AGB-Klausel den Vertrag ohne unangemessene Kosten, Wertverlust oder persönliche Belastung zu beenden („*terminate the transaction without unreasonable cost, loss of value, or personal burden*“), und hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht hat (3).<sup>2072</sup>

§ 2(b) soll auf die Fälle Anwendung finden, dass die AGB eines Herstellers erst nach Zustimmung des Verbrauchers zur Verfügung gestellt werden.<sup>2073</sup> Im Kommentar des *American Law Institute* zu § 2 Restatement of the Law, Consumer Contracts wird – im Gegensatz zur Entscheidung *ProCD v. Zeidenberg*<sup>2074</sup> – klargestellt, dass es sich dabei um zwei Verträge handeln kann, den ersten mit dem Händler und den zweiten mit dem Hersteller.<sup>2075</sup> Die Zustimmung des Verbrauchers zu beiden Verträgen liegt allerdings bereits im Zeitpunkt des ersten Vertragsschlusses mit dem Händler vor.<sup>2076</sup> Insbesondere auch bei Versicherungsverträgen soll eine nachträgliche Zusendung von AGB vorkommen.<sup>2077</sup>

### c Ergebnis

Bei Herstellergarantien stellt sich in den USA wie im englischen Recht die Frage der *consideration*, die in der Rechtsprechung jedoch auch im Drei-Personen-Verhältnis bejaht werden konnte.<sup>2078</sup> Zudem besteht

<sup>2072</sup> Vgl. dazu *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024) Comment (Westlaw S. 1 ff.). Vgl. a. zur Einbeziehung von AGB durch *Shrink Wrap*-Vereinbarungen in Software-Verträgen: § 2.02(c)(3) Principles of the Law of Software Contracts (2010), vgl. dazu *The American Law Institute*, Principles of the Law of Software Contracts, Oct. 2024 Update, § 2.02 (2010), Comment b (Westlaw S. 4); vgl. a. *Rustad/Onufrio*, 2 Hastings Sci. & Tech. L. J. (2010), 25 (66 f.).

<sup>2073</sup> *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 9 (Westlaw S. 10).

<sup>2074</sup> Vgl. a. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 175.

<sup>2075</sup> *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 9 (Westlaw S. 10).

<sup>2076</sup> *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 9 Illustration 23 (Westlaw S. 11).

<sup>2077</sup> *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, May 2024 Update, § 2 (2024), Reporter's Notes (Westlaw S. 16).

<sup>2078</sup> Vgl. *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, (Supreme Court of New Jersey), 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (78) (“*warranty*”).

auch bei Verträgen gegenüber Verbrauchern in den USA grundsätzlich die Möglichkeit, AGB in einem (neuen) Vertrag zu vereinbaren, ohne dass dem Vertragspartner im Zeitpunkt der Zustimmung die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben wurde.<sup>2079</sup> Nicht immer wurden die relevanten Punkte in den Entscheidungen genau klargestellt oder differenziert, z.B. das Vorliegen zweier Verträge<sup>2080</sup>, der genaue Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. das Vorliegen eines Änderungsangebots<sup>2081</sup> oder die genaue Annahmehandlung<sup>2082</sup>. Die Entscheidungen zugunsten der Wirksamkeit von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen wurden in der Literatur auch deshalb kritisiert, weil sie übermächtige Vertragspartner auf Kosten der Verbraucher, die AGB nicht lesen, bevorzugen.<sup>2083</sup>

### 3 Ergebnis

Die erforderliche *consideration* für einen Garantievertrag mit dem Hersteller kann im *Common Law* in dem Versprechen gesehen werden, das Produkt beim Händler zu erwerben.<sup>2084</sup> Auch die Wirksamkeit von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen wurde im *Common Law* diskutiert. Zumindest im schottischen Recht wurde sie für möglich gehalten.<sup>2085</sup> In den USA sind *Shrink Wrap*-Vereinbarungen grundsätzlich möglich.<sup>2086</sup>

**2079** Vgl. aber auch die Anforderungen d. § 2(b) u. (c) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).

**2080** Vgl. a. *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S. 175.

**2081** Vgl. dazu *Joo*, in: DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law, 2013, S. 41 (51 f., 60); vgl. *Hogg*, in: DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law, 2015, S. 65 (66); vgl. a. *Hillman*, 71 Fordham L. Rev. (2002), 743 (744, 754).

**2082** Vgl. insof. *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997) (1150) (Behalten nach einer abgelaufenen Frist) und *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (1452) (Nutzen der Software nach der Möglichkeit, von den zusätzlichen Klauseln Kenntnis zu nehmen).

**2083** Vgl. dazu *Alces*, in: DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law, 2015, S. 30 (45); a.A. *Hillman*, 71 Fordham L. Rev. (2002), 743 (757).

**2084** Vgl. *Shanklin Pier LD. v. Detel Products LD.* [1949 S. 499], [1951] 2 K.B. 854 (856), [1951] 2 All E.R. 471; vgl. dazu *Romero*, 43(2) Sask. L. Rev. (1978), 81 (141 f. m.w.N.); vgl. a. *Collins*, The Law of Contract, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S. 62; vgl. a. für die USA: *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, (Supreme Court of New Jersey), 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (78) (“*the consideration for this warranty is the purchase*”).

**2085** Vgl. *Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.*, 1996 S.L.T. 604, (611).

**2086** Vgl. § 2(b) u. (c) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).

Erforderlich ist allerdings ein Hinweis bei Vertragsschluss mit dem Händler, dass AGB nachträglich zugesandt werden, sowie eine Lösungsmöglichkeit des Verbrauchers vom Vertrag.<sup>2087</sup>

## IV DCFR und PECL

### 1 Herstellergarantie

Nach Art. IV.A.-6:102(1) DCFR ist eine Verbrauchsgütergarantie (*consumer goods guarantee*) gegenüber dem ersten Käufer bindend. Nach Art. IV.A.-6:102(2) DCFR kann die Verbrauchsgütergarantie ohne Annahme auch gegenüber jedem Besitzer innerhalb der Garantiezeit der Sache bindend sein, wenn in dem Garantiedokument nichts anderes vorgesehen ist. Eine Bedingung der Garantie durch den Garantiegeber, z.B. in Form einer erforderlichen Registrierung oder Kaufanzeige durch den Kunden, bindet den Verbraucher nicht, Art. IV.A.-6:102(3) DCFR.<sup>2088</sup> Die Garantie kann durch den Verkäufer im Rahmen des Kaufvertrages oder in einem eigenen Vertrag vereinbart werden.<sup>2089</sup> Sie kann allerdings auch einseitig durch ein *unilateral undertaking* gewährt werden, wenn sie ohne Annahme bindend sein soll (vgl. Art. II.-1:103(2) DCFR).<sup>2090</sup> Für den Eintritt der Bindung des Garantiegebers muss der Kunde keine Kenntnis von der Garantie haben.<sup>2091</sup> Art. IV.A.-6:103 DCFR enthält Vorgaben zum Inhalt des Garantiedokuments.

### 2 Nachgeschobene Klauseln

Grundsätzlich müssen nicht verhandelte Klauseln dem Vertragspartner vor oder bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht werden.<sup>2092</sup> Nach

<sup>2087</sup> Vgl. § 2(b) u. (c) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).

<sup>2088</sup> Der Garantiegeber kann zwar eine Registrierung vorsehen, deren Ausführung jedoch nicht zur Bedingung für die Garantie machen, vgl. *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 2, 2009, Art. IV.A.-6:102, Comment D (S. 1403).

<sup>2089</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 2, 2009, Art. IV.A.-6:102, Comment A (S. 1401).

<sup>2090</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 2, 2009, Art. IV.A.-6:102, Comment A (S. 1401 f.).

<sup>2091</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 2, 2009, Art. IV.A.-6:102, Comment D (S. 1403).

<sup>2092</sup> *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment C (S. 589); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment B (S. 150).

dem Kommentar zum DCFR und den PECL kann der Kunde Klauseln, die ihm als ändernde Annahme zusammen mit der Lieferung bestellter Ware zugesandt werden, dadurch akzeptieren, dass er die Ware annimmt.<sup>2093</sup>

## V Ergebnis und Bewertung

Herstellergarantien, die dem Kunden zugutekommen, können grundsätzlich nach allen untersuchten Rechtsordnungen gewährt werden.<sup>2094</sup> Nachgeschobene Klauseln wie Lizenzbedingungen in Form von *Shrink Wrap*- oder *Click Wrap*-Vereinbarungen stellen sich dagegen als problematisch dar. Im deutschen Recht kann davon ausgegangen werden, dass nur für den Fall ein Vertrag mit dem Hersteller zustande kommt, dass eine unzweideutige Handlung i.S.d. § 151 S. 1 BGB vorliegt, mithin z.B. bei einem eigens erforderlichen Klick.<sup>2095</sup> Im französischen Recht ist bei Bestellungen im Internet das Doppel-Klick-System vorgesehen, das ebenfalls für eine eindeutige Zustimmung sprechen könnte.<sup>2096</sup> Im *Common Law* kann dagegen eher von der Wirksamkeit auch von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen ausgegangen werden.<sup>2097</sup> In den USA wurde dies in der Rechtsprechung mehrfach positiv entschieden.<sup>2098</sup> Der DCFR und die PECL behandelt die Problematik nicht ausdrücklich, die Kommentare zum DCFR und den PECL stellen allerdings klar, dass der Kunde Klauseln, die ihm zusammen mit der Lieferung bestellter Ware in Form

**2093** Von Bar/*Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment C (S. 589); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment B (S. 150). Vgl. dazu schon oben C.I.4.

**2094** Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 24.06.1981, VIII ZR 96/80, NJW 1981, 2248 (2249); vgl. aber oben E.I.1; Art. L. 217–22(1) Code de la consommation; vgl. a. Shanklin Pier LD. v. Detel Products LD. [1949 S. 499], [1951] 2 K.B. 854 (856), [1951] 2 All E.R. 471; *Clifford*, 75(1) Wash. U. L. Q. (1997), 413 (427); vgl. a. Art. IV.A.-6:102 DCFR, ein Registrierungsanfordernis ist jedoch nach Art. IV.A.-6:102(3) DCFR für den Verbraucher nicht bindend.

**2095** Vgl. oben E.I.2.b.cc.(2).

**2096** Vgl. (bzgl. *Browse Wrap*-Lizenzen): *Loos et al.*, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, 2011, S. 69. Vgl. zu *Shrink Wrap*-Verträgen oben E.II.2.

**2097** Vgl. zumindest zum schottischen Recht: *Beta Computers (Europe) Ltd. v Adobe Systems (Europe) Ltd.*, 1996 S.L.T. 604 (611 f.). Vgl. oben E.III.1.b.

**2098** Vgl. insb. *ProCD, Inc. v Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996); *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7<sup>th</sup> Cir. 1997). Vgl. oben E.III.2.b.



einer ändernden Annahme zugesandt werden, durch die Annahme der Ware akzeptieren kann.<sup>2099</sup>

## 1 Shrink Wrap-Vereinbarungen

Die Annahme eines fließenden Vertragsschlusses (*rolling contract*) mit nachgeschobenen Klauseln dient dazu, den Warenverkehr zu erleichtern.<sup>2100</sup> Zudem dienen *Shrink Wrap*-Vereinbarungen dazu, den Lizenzgeber zu schützen und so wirksame Lizenzvereinbarungen zu ermöglichen.<sup>2101</sup> Wenn eine Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln angenommen wird, von denen er erst nach der Zustimmung Kenntnis nehmen kann, liegt eine Erklärungsfiktion vor.<sup>2102</sup> Trotz Verbraucherschutzvorschriften schützt das klassische amerikanische Vertragsrecht den Verbraucher vor nachgeschobenen Klauseln, wie der Fall *Hill v. Gateway 2000* zeigt, allenfalls bei Vorliegen von schwerwiegendsten Umständen („*the most egregious circumstances*“), während im EU-Recht eine Inhaltskontrolle für missbräuchliche Klauseln vorgesehen ist.<sup>2103</sup> Zudem müssen im europäischen Recht die Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB sowie die vorvertraglichen Informationspflichten gegenüber Verbrauchern gewahrt werden.<sup>2104</sup> Zwar wird der Verbraucher auch in dem Fall, dass ihm AGB-Klauseln im Zeitpunkt der Einbeziehung vorliegen, diesen Klauseln zustimmen, ohne sie zu lesen.<sup>2105</sup> Dennoch hat er in diesem Fall zumindest die Möglichkeit, die Klauseln im Zeitpunkt seiner Zustimmung zur Kenntnis zu nehmen.<sup>2106</sup> Zwar erwartet niemand von einem Verbraucher, die Klauseln zu lesen.<sup>2107</sup> Daraus wird zum Teil gefolgert, bei der Zustimmung des

**2099** *Von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. II.-9:103 Comment C (S. 589); *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. 2:104 Comment B (S. 150).

**2100** *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 314b (S. 142).

**2101** Vgl. a. *Rustad/Onufrio*, 2 *Hastings Sci. & Tech. L. J.* (2010), 25 (71).

**2102** *Pridgen*, 32(3) *Loyola Consumer L. Rev.* (2020), 540 (558 f.).

**2103** *Bussel*, *Contract Law and its Application*, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S. 678.

**2104** Vgl. dazu oben C.I., Kapitel 2 B.III.

**2105** Vgl. oben C.I.

**2106** Vgl. z.B. aus dem deutschen Recht § 305 Abs. 2 BGB. Vgl. insg. oben C.I.

**2107** *Pridgen*, 32(3) *Loyola Consumer L. Rev.* (2020), 540 (558), der insofern auch eine *duty to read* ablehnt.

Verbrauchers sei von einer Fiktion auszugehen, allerdings sei insofern eine Einschränkung vorzunehmen, dass er nur Klauseln zustimmt, die nicht *unreasonable* sind.<sup>2108</sup> Insofern könne auf berechnete Verbrauchererwartungen abgestellt werden.<sup>2109</sup> Allerdings können in AGB ganz unterschiedliche Regelungen getroffen werden, sodass der Verbraucher daher nicht nur die konkreten Klauseln im Zeitpunkt seiner Zustimmung noch nicht kennt, sondern nicht einmal vorhersehen kann, von welchen gesetzlichen Vorschriften der konkrete Vertragspartner ggf. abweichen will. Eine Zustimmung zu nachgeschobenen AGB kann daher nicht bereits im Zeitpunkt der Zustimmung zum ersten Vertrag (Überlassungsvertrag) bestehen.<sup>2110</sup> Selbst wenn der Verbraucher zu keinem Zeitpunkt die AGB liest, wird ihm bei nachträglich bereitgestellten AGB die Möglichkeit genommen, sich über den Vertrag zu informieren und er wird damit gezwungen, einem ihm unbekanntem Vertragsinhalt zuzustimmen und sich ggf. anschließend von dem Händler-Vertrag wieder loszusagen. Dies widerspricht der Vertragsfreiheit, die gerade beinhaltet, selbst zu entscheiden, sich einem bestimmten Vertrag zu unterwerfen oder nicht. Begrüßenswert ist es daher, wenn der Verbraucher die Möglichkeit haben muss, die Klauseln vor Vertragsschluss zur Kenntnis zu nehmen.<sup>2111</sup> Auch die Klausel-RL 93/13/EWG zeigt, dass Verbraucher vor Vertragsschluss die Möglichkeit haben müssen, die AGB zu lesen.<sup>2112</sup> Die US-Regelungen schützen daher einen Verbraucher bei Softwareverträgen deutlich weniger als die EU-Vorschriften.<sup>2113</sup>

Ein Widerspruch dazu, dass Blankounterschriften grundsätzlich in allen untersuchten Rechtsordnungen als bindend angesehen werden,<sup>2114</sup> liegt durch die Ablehnung der Wirksamkeit von *Shrink Wrap*

2108 *Pridgen*, 32(3) *Loyola Consumer L. Rev.* (2020), 540 (560, 567 f., 577).

2109 *Pridgen*, 32(3) *Loyola Consumer L. Rev.* (2020), 540 (560 f.).

2110 So aber *The American Law Institute*, *Restatement of the Law, Consumer Contracts*, May 2024 Update, § 2 (2024), Comment 9 Illustration 23 (Westlaw S. 11).

2111 Vgl. z.B. § 305 Abs. 2 BGB; vgl. a. Art. 1119(1) *Code civil*; vgl. insg. oben C.I.

2112 Vgl. Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1 lit. i RL 93/13/EWG; vgl. *Rustad/Onufrio*, 2 *Hastings Sci. & Tech. L. J.* (2010), 25 (65, 72).

2113 Vgl. *Rustad/Onufrio*, 2 *Hastings Sci. & Tech. L. J.* (2010), 25 (73).

2114 Vgl. *MüKO/Armbrüster*, 10. Aufl. 2025, § 119 Rn. 59; *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, Rn. 146 (S. 135); vgl. a. *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 482 (S. 391); *Cass. com.*, 28.02.2006, n° 04–17.204, *Bull. civ.*, 2006, IV, n° 54, S. 54; (gegenüber einem gutgläubigen Dritten): *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*,

Vereinbarungen nicht vor. Vielmehr bleibt es bei dem Grundsatz, dass dem Vertragspartner die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung von AGB eingeräumt werden muss.<sup>2115</sup> In Einzelfällen kann eine Ausnahme gerechtfertigt sein, z.B. ist im deutschen Recht ein Verzicht des Unternehmers auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme denkbar.<sup>2116</sup>

## 2 Click Wrap-Vereinbarungen

*Click Wrap*-Vereinbarungen sind im Gegensatz zu *Shrink Wrap*-Vereinbarungen weniger problematisch, da der Kunde einen bestimmten Button anklicken muss und so seine Zustimmung zu erkennen gibt.<sup>2117</sup> Problematisch könnte allenfalls der Fall sein, dass der Kunde durch die Ablehnung eines Vertrages mit dem Hersteller Nachteile erleidet. § 2(b) (3) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024) fordert für die Wirksamkeit von nachgeschobenen Vereinbarungen, dass dem Verbraucher für die Beendigung des Geschäfts keine unzumutbaren Hindernisse entstehen („without unreasonable cost, loss of value, or personal burden“). Im deutschen Recht kann die Frage der Kostentragung für den Verbraucher in dem Fall, dass er nachgeschobenen Klauseln nicht durch eine *Click Wrap*-Vereinbarung zustimmt, im Rahmen einer rechtlichen Überprüfung des Vertrages mit dem Händler eine Rolle spielen.

31<sup>st</sup> ed. 2020, S. 277 f.; vgl. *Peel*, Treitel – The Law of Contract, 16<sup>th</sup> ed. 2025, Rn. 8–092 (S. 395 f.); *United Dominions Trust v. Western* [1976] Q.B. 513 (522 f.); *CF Asset Finance Ltd. v. Okonji* [2014] EWCA Civ 870, C.T.L.C. 218 (Rn. 24 ff., Rn. 31). Vgl. dazu insg. oben C.I.

2115 Vgl. dazu insg. oben C.I.

2116 Vgl. a. BGH, Urt. v. 30.06.1976, VIII ZR 267/75, NJW 1976, 1886 (1887).

2117 Vgl. a. *Joo*, in: Scarberry, 16 *Touro L. Rev.* (2000), 1147 (1161); vgl. aber *Linzer*, in: Scarberry, 16 *Touro Law Review* (2000), 1147 (1186 f.).

## Kapitel 5: Ergebnis

Erklärungsfiktionen bei Vertragsschluss können in verschiedenen Situationen und zu unterschiedlichen Zeitpunkten auftreten. Um der Vertragsfreiheit und dem Konsensprinzip, das einem Vertragsschluss nach allen untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR und den PECL zugrunde liegt, gerecht zu werden, sind Erklärungsfiktionen zu vermeiden. Hierfür sind unterschiedliche Anknüpfungspunkte möglich.

### A Lösung über die Auslegung des relevanten Verhaltens

Für die Frage, ob eine Erklärung abgegeben wurde und somit eine Einigung der Parteien vorliegt, kann eine subjektive oder objektive Betrachtungsweise vorgenommen werden.<sup>2118</sup> Durch die Auslegungsmethode wird daher ein dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Beurteilung eines Vertragsschlusses gewählt. Jedenfalls ist auf die konkreten Umstände des Falles abzustellen, aus denen eine Annahmeerklärung abgeleitet wird. Die Begründung eines Vertragsschlusses anhand von wirtschaftlichen und rechtsrealistischen Überlegungen kann daher allein nicht zur Bejahung eines Vertrages führen.<sup>2119</sup> Auch das Abstellen auf rein tatsächliche Vorgänge wie beim faktischen Vertrag ist abzulehnen, da dabei ein eindeutiger Verstoß gegen die Vertragsfreiheit vorliegt.<sup>2120</sup>

Grundsätzlich ist im Rahmen der Auslegung auf diejenigen Umstände des Falles abzustellen, aus denen sich Rückschlüsse über das Vorliegen eines Annahmewillens ziehen lassen. Der Anbietende kann zwar ein Verhalten benennen, das er als Annahme verstehen würde. Dennoch muss sich im Rahmen der Auslegung ergeben, dass tatsächliche eine Annahme vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die Hand-

2118 Vgl. dazu oben Kapitel 3 A.I.2, A.II.2, A.III.2, A.IV.2.

2119 Vgl. insofern zum Rechtsrealismus in den USA zum einen zur *Death of Contract*-Lehre oben Kapitel 3 B.III.3.b und zu *Shrink Wrap*-Verträgen Kapitel 4 E.III.2.b.

2120 Vgl. dazu oben Kapitel 3 B.I.1.a.

lung eindeutig als Annahme ausgelegt werden kann, z.B. einen eigens für die konkrete Zustimmung vorzunehmenden Klick (*Click Wrap*-Vereinbarungen). Dies zeigt sich insbesondere auch am Beispiel der Button-Pflicht, die zur Verhinderung von Kosten- und Abofallen und damit Erklärungsfiktionen daher als positiv zu bewerten ist.<sup>2121</sup> Insofern führt auch ein gesetzlich vorgesehene Erfordernis einer ausdrücklichen Erklärung<sup>2122</sup> dazu, dass ein klarer Bezugspunkt für die Auslegung geschaffen wird. Das Anknüpfen des Anbietenden an völlig alltägliche und einseitig bestimmte, nicht auf einen Vertragsschlusswillen deutende Handlungen ist jedenfalls nicht ausreichend, um im Rahmen der Auslegung zum Vorliegen einer Vertragserklärung zu kommen.<sup>2123</sup> Ein unzweideutiger Schluss auf einen Annahmewillen fehlt insbesondere auch dann, wenn der andere Teil die fragliche Handlung aufgrund eines zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses vornehmen darf. Dies zeigt sich beispielsweise, wenn der Vertragspartner wie im Fall der Erlassfälle<sup>2124</sup> einen ihm zur Verfügung gestellten Scheck einlöst oder im Fall von *Shrink Wrap*-Vereinbarungen<sup>2125</sup> die von ihm erworbene Software nutzt. Anders wird dies für *Shrink Wrap*-Vereinbarungen insbesondere in den USA gesehen.<sup>2126</sup> Eine Regelung, die eine vorgelagerte Zustimmung zu Klauseln ermöglicht, die erst nach Abgabe der Vertragserklärung einer Partei zur Verfügung gestellt werden,<sup>2127</sup> stellt allerdings eine erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit dar. Dies gilt auch, wenn dem Verbraucher bzw. Vertragspartner die Möglichkeit eingeräumt wird, sich vom Vertrag bei Ablehnung der zugesandten Klauseln ohne unzumutbare Kosten<sup>2128</sup> zu lösen. Denn grundsätzlich darf der Angebotsempfänger nicht einseitig vom Anbietenden zu

2121 Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.IV.1.a, B.IV.2.a, B.IV.3.a. Die Button-Pflicht sollte (im Gegensatz zur derzeitigen Fassung des DCFR) daher auch in ein vereinheitlichtes europäisches Vertragsrecht übernommen werden.

2122 Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.IV.1.b, B.IV.2.b, B.IV.3.b.

2123 Vgl. *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § 52[A] (S. 212 m. Fn. 840).

2124 Vgl. dazu oben Kapitel 4 D.II.

2125 Vgl. dazu oben Kapitel 4 E.

2126 Vgl. oben Kapitel 4 E.III.2.b. Vgl. a. zum schottischen Recht E.III.1.b.

2127 Vgl. § 2(b) u. (c) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).

2128 Vgl. „reasonable opportunity to terminate the transaction without unreasonable cost, loss of value, or personal burden“ in § 2(b)(3) Restatement of the Law, Consumer Contracts (2024).

einem Tätigwerden gezwungen werden, um einen ungewollten Vertrag zu verhindern. Dies zeigt sich besonders deutlich am Fall unbestellt zugesandter Ware, bei der nach allen untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR dem Empfänger kein Vertrag untergeschoben werden kann, auch wenn in den Einzelheiten der Regelungen Unterschiede bestehen.<sup>2129</sup> Auch ist in allen untersuchten Rechtsordnungen anerkannt, dass Schweigen grundsätzlich keine Erklärungswirkung hat,<sup>2130</sup> sodass der Schweigende einem Vertragsangebot grundsätzlich auch nicht widersprechen muss. Dem widerspricht es nicht, wenn ein Verbraucher bei nachgeschobenen *Click Wrap*-Vereinbarungen eines Herstellers für eine Rückabwicklung des mit dem Händler geschlossenen Vertrages tätig werden muss, wenn er den Hersteller-AGB nicht zustimmt, weil zum einen der Hersteller ein Interesse daran hat, eine Lizenzvereinbarung mit dem Verbraucher einzugehen und zum anderen der Händler wohl den Verbraucher auf den folgenden Vertrag mit dem Hersteller hinweisen wird. Insofern dient das Tätigwerden nicht der Verhinderung eines Vertrages (mit dem Hersteller), sondern dient nur der Rückabwicklung des Erwerbsvertrages mit dem Händler.

Umgekehrt kann ein Widerspruch gegen einen Vertragsschluss allerdings relevant werden, wenn ein an sich auf einen Vertragsschlusswillen deutendes Verhalten vorliegt, der Handelnde jedoch seinen ablehnenden Willen klarstellen will (*protestatio facto contraria*)<sup>2131</sup>. Dies dient gerade der Verwirklichung seiner Vertragsfreiheit und zeigt im Rahmen der Auslegung deutlich, dass ein Vertragsschluss nicht gewollt ist.<sup>2132</sup>

Eine Pflicht zum Tätigwerden bzw. eine Zustimmungsfiktion für den Fall des Schweigens auf ein Änderungsangebot kann in AGB nur eingeschränkt vereinbart werden.<sup>2133</sup> Dennoch entspricht es der Vertragsfreiheit, dass die Parteien sich grundsätzlich auf einen solchen vereinfachten Mechanismus für Vertragsänderungen einigen können müssen.<sup>2134</sup> Jedenfalls ist für die Änderung, die das Vertragsgefüge selbst

2129 Vgl. oben Kapitel 4 B.III.

2130 Vgl. dazu sowie zu den Ausnahmen oben Kapitel 4 B.III.

2131 Vgl. dazu oben Kapitel 3 B.I.1.b, B.V.1.

2132 Vgl. oben Kapitel 3 B.I.1.b.

2133 Vgl. oben Kapitel 4 D.III.

2134 Vgl. oben Kapitel 4 D.III.5.

betreffen und einem neuen Vertragsschluss gleichkommen, ein Änderungsvertrag mit dem Kunden erforderlich, ohne dass dies über eine Zustimmungsfiktion erfolgen kann<sup>2135</sup>.

## B Erfordernis einer consideration

Ein anderer Ansatzpunkt, Erklärungsfiktionen zu verhindern, kann in der *doctrine of consideration* aus dem *Common Law* gesehen werden. Dies zeigt sich insbesondere am Beispiel der Änderungsverträge. Diese können im Einzelfall bereits daran scheitern, dass keine Gegenleistung für eine vereinbarte Änderung geleistet wird.<sup>2136</sup> Dieser Ansatz wird allerdings dadurch verkompliziert, dass eine *consideration* nicht immer konsequent angenommen oder abgelehnt wurde.<sup>2137</sup>

## C Berücksichtigung von Verschulden

Sowohl hinsichtlich der Auslegung einer Willenserklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont<sup>2138</sup> als auch bei der Geltung einer Erklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins<sup>2139</sup> sowie bei einer abhandelekommenen Willenserklärung<sup>2140</sup> und dem Zugang von Erklärun-

<sup>2135</sup> Vgl. oben Kapitel 4 D.III.1.b.cc(1). Vgl. aber aus dem französischen Recht Kapitel 4 D.III.2.b.cc.

<sup>2136</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 4 D.I.3.b., D.II.3.

<sup>2137</sup> Vgl. a. *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § 3 Rn. 17 (S. 15).

<sup>2138</sup> Vgl. hierzu aus dem deutschen Recht den sog. Speisekarten-Fall, bei dem von einem Dritten eine veraltete Speisekarte mit niedrigeren Preisen (im Vergleich zu den aktuellen Preisen) in einem Restaurant ausgelegt wird; hierzu wird eine Ausnahme zur Anwendung des objektiven Empfängerhorizonts diskutiert, weil der Gast nicht für die Auffassung seiner Erklärung zu den höheren, aktuellen Preisen verantwortlich ist, vgl. *Thomale*, *Leistung als Freiheit*, 2012, S. 87. Vgl. zum Speisekartenfall a. *Lorenz*, S., *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 239 f. m.w.N.

<sup>2139</sup> Vgl. dazu BGH, Urt. v. 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, NJW 1984, 2279 (LS, 2280). Vgl. zum fehlenden Erklärungsbewusstsein oben Kapitel 4 B.I.

<sup>2140</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.II.

gen<sup>2141</sup> kann das Verschulden des Erklärenden eine Rolle spielen.<sup>2142</sup> Dies könnte zwar als rechtsrealistische Tendenz angesehen werden.<sup>2143</sup> Ein Verschulden ist jedoch nicht als alleiniger Anknüpfungspunkt für einen Vertragsschluss ausreichend. Vielmehr ist stets von der Auslegung eines Verhaltens auszugehen und auf die Gesamtumstände abzustellen.<sup>2144</sup>

Erklärungsfiktionen sind somit dann hinzunehmen, wenn für den Erklärenden die Möglichkeit bestand, sich über das Zustandekommen eines Vertragsschlusses als solchen bewusst zu werden. Hierzu zählt es auch, wenn sich der Erklärende entscheidet, vom Inhalt eines Vertrages keine Kenntnis zu nehmen. Dies ist bei der Zustimmung zu ungelassenen (AGB)Klauseln<sup>2145</sup> und bei erteilten Informationen<sup>2146</sup> der Fall. In allen untersuchten Rechtsordnungen ist insofern anerkannt, dass ein unterschriebenes Blankodokument für den Unterzeichner bindend sein kann.<sup>2147</sup> Die Möglichkeit, vom Vertragsinhalt keine Kenntnis zu nehmen, ist insofern Teil der Vertragsfreiheit. Der Hinweis auf die AGB dient daher auch insbesondere dem Hinweis auf einen Vertragsschluss (zu den in den AGB genannten Bedingungen).<sup>2148</sup>

Umgekehrt sind in den Fällen, in denen es gerade nicht in der Macht des Erklärenden liegt, sich über einen Vertragsschluss bewusst

2141 Vgl. *Noack/Beurskens*, in: Dammann/Grunsky/Pfeiffer, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 687 (698). So muss nach allen untersuchten Rechtsordnungen eine Erklärung vom Empfänger nicht tatsächlich zur Kenntnis genommen werden, vgl. oben Kapitel 3 A.I.3, A.II.3, A.III.3, A.IV.3. Vgl. aber zur *postal rule* im *Common Law* oben Kapitel 3 A.III.3.

2142 Vgl. *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 87; *Thomale/Schüßler*, ZfPW 2015, 454 (475).

2143 *Thomale/Schüßler*, ZfPW 2015, 454 (475) („rechtsrealistische Tatsache“).

2144 Vgl. insofern z.B. zum fehlenden Erklärungsbewusstsein das Verständnis des Erklärungsempfängers als ersten Prüfungspunkt i.R.d. Auslegung: *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 5 (S. 68); *Lorenz*, S., Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 220; vgl. a. *Schönfelder*, NJW 2001, 492 (494 m. Fn. 21).

2145 Vgl. oben Kapitel 4 C.I.

2146 Vgl. für das deutsche Recht § 312d Abs. 1 S. 2 BGB; für das französische Recht Art. L. 224–27(III) Code de la consommation; für das englische Recht Reg. 9(3), 10(5), 13(6) Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013. Vgl. *Kramme*, NJW 2015, 279 (279); *Herresthal*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. 105 (129 f.). Vgl. aber für Teilzeit-Wohnrechterträge § 484 Abs. 2 BGB, Art. L. 224–77 Code de la consommation, Reg. 15(5) Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010.

2147 Vgl. oben Kapitel 4 C.I.5.

2148 Vgl. oben Kapitel 4 C.I.5.



zu werden, rechtliche Mittel geboten, einer Erklärungsfiktion entgegenzuwirken. Dies betrifft insbesondere Situationen, in denen der Vertragspartner versucht, dem Erklärenden eine Zustimmung „unterzuschieben“. Insofern kann bei Verträgen im Internet eine Button-Pflicht Vertrags- und Abofallen entgegenwirken<sup>2149</sup>, aber auch die Unwirksamkeit von Zustimmungsfiktionen in AGB<sup>2150</sup>. Auch das fehlende Zustandekommen von Verträgen über unbestellte Ware vermeidet insofern Erklärungsfiktionen.<sup>2151</sup>

## D Weitere Schutzmechanismen

Neben dem Vertragsschluss selbst ist auch der Vertragsinhalt von Erklärungsfiktionen betroffen, wie der Fall ungelesener AGB zeigt.<sup>2152</sup> Um dem Verbraucher insofern eine möglichst selbstbestimmte und informierte Entscheidung zu ermöglichen, sind ihm die wesentlichen Vertragsinformationen zu übermitteln.<sup>2153</sup> Zudem ist es begrüßenswert, überblicksartig aufgeführte Informationen und auswählbare Optionen (*selective assent*) zur Verfügung zu stellen.<sup>2154</sup>

Unterschiede in der Feststellung eines Vertragsschlusses müssen auch im Zusammenhang mit anderen Schutzmechanismen, etwa einer Vertrauenshaftung gesehen werden.<sup>2155</sup> So ist z.B. zu berücksichtigen, dass im US-amerikanischen Recht ein Vertragsschluss schneller angenommen wird, gleichzeitig aber seltener als im deutschen Recht eine Vertrauenshaftung vorliegt.<sup>2156</sup>

Ein geringerer Eingriff in die Vertragsfreiheit als inhaltliche Vorgaben oder eine Inhaltskontrolle stellen formale Anknüpfungspunkte

2149 Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.IV.1.a, B.IV.2.a, B.IV.3.a.

2150 Vgl. dazu oben Kapitel 4 D.III.

2151 Vgl. dazu oben Kapitel 4 C.III.

2152 Siehe oben Kapitel 4 C.I.

2153 Vgl. a. oben Kapitel 2 B.III.

2154 Vgl. *Barnhizer*, in: DiMatteo/Hogg, *Comparative Contract Law*, 2015, S. 170 (178 ff. m.w.N.).

2155 Vgl. *Bischoff*, *Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*, 2001, S. 250; vgl. a. *Klein*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S. 10 f.

2156 *Bischoff*, *Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*, 2001, S. 250.

wie Aufklärungs- und Informationspflichten sowie ein Widerrufsrecht und Formvorschriften dar.<sup>2157</sup> Die Anforderungen an die Information über den Inhalt des Vertrages, aber auch Formvorschriften<sup>2158</sup> tragen zugleich dazu bei, dem Verbraucher auch die Existenz eines Vertrages vor Augen zu führen und zielen zusätzlich darauf ab, ihm die Tragweite seiner Entscheidung bewusst zu machen.

2157 *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 35 m.w.N.

2158 Vgl. dazu oben Kapitel 2 B.II.



## Kapitel 6: Zusammenfassung in Thesen

1. Nach allen untersuchten Rechtsordnungen sowie dem DCFR und den PECL ist die Übereinstimmung der Parteiwillen und damit der Konsens Grundlage für einen Vertragsschluss.<sup>2159</sup> Dies entspricht dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Ausgestaltung der Kodifizierung der Vertragsfreiheit kann sich in den Rechtsordnungen im Einzelnen unterscheiden.<sup>2160</sup>

2. Neben dem Konsens ist in allen untersuchten Rechtsordnungen und Regelwerken ein Rechtsbindungswille erforderlich, der tendenziell nach den betroffenen Interessen zu beurteilen ist.<sup>2161</sup> Allerdings zeigen sich hier Unterschiede in der Behandlung der auftretenden Einzelfälle. Beispielsweise stellen Schaufensterauslagen und Warenanzeigen auf Websites im französische Recht ein Angebot dar, während nach deutschem und englischen Recht von einer *invitatio ad offerendum* auszugehen ist. Jedenfalls kann bei bloßen Gefälligkeiten vom Fehlen eines Rechtsbindungswillens ausgegangen werden.

3. Für bestimmte Geschäfte sind zusätzlich zum Konsenserfordernis Formvorschriften<sup>2162</sup> und vorvertragliche Informationspflichten<sup>2163</sup> vorgesehen. Auch hier können sich in der einzelnen Ausgestaltung Unterschiede in den dargestellten Rechtsordnungen ergeben. Als Grundgedanke lässt sich jedoch festhalten, dass für den Abschluss mancher Verträge besondere Warnungen des Vertragspartners erforderlich sein können.

4. Realverträge mit einer Sachübergabe als weitere Voraussetzungen für den Vertragsschluss neben dem Konsens findet sich im deutschen Schuldrecht nicht mehr, im französischen Code civil dagegen ist der Realvertrag noch geregelt<sup>2164, 2165</sup>. Die früher im französischen Recht für

2159 Vgl. oben Kapitel 2 A.

2160 Vgl. z.B. Art. 1102(1) Code civil im Gegensatz zur fehlenden ausdrücklichen Regelung im BGB.

2161 Vgl. dazu Kapitel 2 B.I.

2162 Vgl. Kapitel 2 B.II.

2163 Vgl. oben Kapitel 2 B.III.

2164 Art. 1109(3) Code civil.

2165 Vgl. dazu Kapitel 2 B.IV.

einen Vertrag erforderliche *cause* wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform aufgegeben.<sup>2166</sup> Im Gegensatz zu den anderen Rechtsordnungen sieht das *Common Law* nach wie vor eine Gegenleistung (*consideration*) als erforderlich für den Vertragsschluss an. Diese wirkt sich bei der Klärung verschiedener Vertragsschlussfragen aus, stellt sich allerdings durch zahlreiche Einzelfälle sowie Ausnahmen und Rückausnahmen durchaus als kompliziert dar.<sup>2167</sup> Der DCFR und die PECL stellen klar, dass keine weiteren Voraussetzungen für einen Vertragsschluss außer einer von einem Rechtsbindungswillen getragenen Einigung erforderlich sind.<sup>2168</sup>

5. Als Grundsatz eines Vertragsschlusses ist das Modell aus Angebot und Annahme anerkannt.<sup>2169</sup> Die Frage, ob eine Vertragserklärung vorliegt, ist anhand der Auslegungsmethoden zu untersuchen. Auch wenn die Grundausrichtung der Auslegung sich zwischen dem französischen Recht auf der einen sowie dem deutschen Recht und dem *Common Law* auf der anderen Seite unterscheidet, können im Ergebnis ähnliche Ergebnisse erzielt werden.<sup>2170</sup> Die Frage der Widerrufbarkeit einer Erklärung sowie des Zeitpunktes des Vertragsschlusses kann sich in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich darstellen.<sup>2171</sup> Auch bei Verträgen im Internet sind Angebot und Annahme erforderlich.<sup>2172</sup>

6. Nicht mit der Vertragsfreiheit vereinbar ist es, wenn unabhängig vom Willen einer Partei aufgrund tatsächlicher Begebenheiten ein Vertragsschluss bejaht wird. Die Konstruktion eines faktischen Vertrages ist daher abzulehnen.<sup>2173</sup> Vielmehr ist im Wege der Auslegung das Vorliegen von (konkludenten) Willenserklärungen zu ermitteln.<sup>2174</sup> Das Abstellen auf zwei Willenserklärungen anstelle eines *agreement* lässt sich mit dem Bezug zum jeweiligen Parteiwillen und der Feststellbarkeit eines konkreten Vertragsschlusszeitpunkts begründen. Diese

2166 Vgl. oben Kapitel 2 B.V.

2167 Vgl. dazu oben Kapitel 2 B.VI.

2168 Art. II.-4:101 DCFR, Art. 2:101(1) PECL.

2169 Vgl. Kapitel 3 A.

2170 Vgl. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. 460 (S. 424).

2171 Vgl. oben Kapitel 3 A.V.3.

2172 Vgl. oben Kapitel 3 A.V.4.

2173 Vgl. dazu oben Kapitel 3 B.I.1.a.

2174 Vgl. zu einem *contract implied-in-fact* im *Common Law* a. oben Kapitel 3 B.III.2.

müssen nicht zwingend als Angebot und Annahme benannt werden können. Ein Widerspruch (*protestatio facto contraria*) gegen einen Vertragsschluss ist beachtlich.<sup>2175</sup>

7. Für die Frage des anwendbaren Rechts ist zu berücksichtigen, dass Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO ein Berufen auf eine fehlende Zustimmung nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erklärenden ermöglicht.<sup>2176</sup> Auch hierdurch können ungerechtfertigte Erklärungsfiktionen verhindert werden.

8. Die Eigenschaft als Willenserklärung kann sowohl bei fehlendem Erklärungsbewusstsein<sup>2177</sup> als auch bei abhandengekommenen Erklärungen<sup>2178</sup> und Schweigen<sup>2179</sup> zu Problemen mit Erklärungsfiktionen führen. Dem kann in den ersten beiden Fällen, die vor allem im deutschen Recht diskutiert werden, durch ein Abstellen auf Fahrlässigkeit des Handelnden abgeholfen werden. Schweigen stellt nach allen untersuchten Rechtsordnungen und Regelwerken grundsätzlich keine Erklärung dar. In manchen Fallgruppen sind Ausnahmen denkbar, die zwischen den Rechtsordnungen durchaus vergleichbar sind.<sup>2180</sup> Der Anbietende kann nicht einseitig festlegen, dass Schweigen auf sein Angebot als Annahme gewertet wird. An die Willenserklärung können Anforderungen wie Ausdrücklichkeit oder die Betätigung eines Buttons im Internet gestellt werden, die eine Erklärungsfiktion vermeiden können.<sup>2181</sup> Eine Button-Pflicht sollte daher auch in ein europäisches Vertragswerk aufgenommen werden.

9. Bei Vertragsschluss selbst stellt sich die Problematik von Erklärungsfiktionen bei ungelesenen Klauseln<sup>2182</sup> sowie der Auslegung konkludenten Verhaltens<sup>2183</sup> und der Zusendung unbestellter Ware<sup>2184</sup>. AGB müssen dem Vertragspartner nach allen geprüften Rechtsordnungen

2175 Vgl. dazu Kapitel 3 B.I.1.b, B.V.1.

2176 Vgl. dazu Kapitel 4 A.

2177 Vgl. dazu Kapitel 4 B.I.

2178 Vgl. dazu Kapitel 4 B.II.

2179 Vgl. dazu Kapitel 4 B.III.

2180 Vgl. oben Kapitel 4 B.III.5.

2181 Vgl. oben Kapitel 4 B.IV.

2182 Vgl. oben Kapitel 4 C.I.

2183 Vgl. oben Kapitel 4 C.II.

2184 Vgl. oben Kapitel 4 C.III.

und Regelwerken hinreichend deutlich zur Kenntnis gebracht und zur Verfügung gestellt werden, was zugleich auf den Vertragsschluss selbst zu diesen Bedingungen hinweist. Hiervon kann es nur sehr seltene Ausnahmefälle geben. Bei der Auslegung konkludenten Verhaltens darf nicht vorschnell von einer Annahmeerklärung ausgegangen werden, um der Vertragsfreiheit des Handelnden gerecht zu werden.<sup>2185</sup> Hier ist anhand der jeweiligen Auslegungsmethoden das Vorliegen einer Willenserklärung zu prüfen. Für Beförderungsverträge wurden teilweise unterschiedliche Anknüpfungspunkte gewählt.<sup>2186</sup> Im Fall unbestellter zugesandter Ware soll grundsätzlich nach allen Rechtsordnungen und Regelwerken kein Vertrag zustande kommen, auch wenn die Einzelheiten teilweise unterschiedlich geregelt wurden.<sup>2187</sup>

10. Wird einem Vertragspartner eine Vertragsänderung angeboten, kann eine Annahme nicht allein daraus abgeleitet werden, dass die ursprünglich geschuldete Leistung in Anspruch genommen wird.<sup>2188</sup> Eine Ausnahme kann im Fall lediglich rechtlich vorteilhafter Änderungen vorliegen und beim Angebot neuer Leistungen, die nur für den Fall einer Änderung angeboten werden. Im *Common Law* sind wiederum die Grundsätze zur *consideration* zu beachten. Auch im Fall der Erlassfälle kann die Einlösung eines zugesandten Schecks über einen Teilbetrag nicht ohne Weiteres als Annahme eines Erlassangebots ausgelegt werden.<sup>2189</sup> In AGB sind einseitige Änderungsrechte und Zustimmungsfiktionen problematisch.<sup>2190</sup> Jedenfalls für Änderungen, die das Vertragsgefüge betreffen, ist ein Änderungsvertrag ohne Zustimmungsfiktion erforderlich.

11. Nachgeschobene Klauseln, die insbesondere von Herstellern an den Endkunden mit einem bei einem Händler bestellten Produkt gesandt werden, können entgegen der im US-amerikanischen Recht vorgesehenen Regelung nicht durch sog. *Shrink Wrap*-Vereinbarun-

<sup>2185</sup> Herresthal, in: Schulze/Perales Viscasillas, *The Formation of Contract*, 2016, S. 105 (118).

<sup>2186</sup> Vgl. oben Kapitel 4 C.II.5.

<sup>2187</sup> Vgl. dazu Kapitel 4 C.III.

<sup>2188</sup> Vgl. oben Kapitel 4 D.I.

<sup>2189</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 4 D.II. Vgl. zum *Common Law* und zur *consideration*: D.II.3.

<sup>2190</sup> Vgl. dazu oben Kapitel 4 D.III.

gen in Form des Behaltens der Ware oder der Nutzung der Ware angenommen werden.<sup>2191</sup> Dies liegt an der bereits erlangten Berechtigung des Kunden zur Nutzung. Anders kann dies bei einem eigens für die Zustimmung zu den Hersteller-AGB vorgesehenen Klick sein. Nachgeschobene Herstellergarantien stellen sich aufgrund der für den Kunden positiven Wirkung dagegen weniger problematisch dar.<sup>2192</sup>

**2191** Vgl. oben Kapitel 4 E.

**2192** Vgl. oben Kapitel 4 E.I.1., E.II.1, E.III.1.a, E.III.2.a, E.IV.1. Vgl. zur *consideration* E.III.1.a, E.III.2.a.





# Literaturverzeichnis

- Alexander, Christian*, Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, in: Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 1985–1990, (zit.: *Alexander*, NJW 2012, 1985 ()).
- Alstine, Michael P. van*, Fehlender Konsens beim Vertragsschluß nach dem einheitlichen UN-Kaufrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung auf der Grundlage des deutschen sowie des US-amerikanischen Rechts, Baden-Baden, 1995, (zit.: *van Alstine*, Fehlender Konsens, S.).
- Ancel, Pascal*, Droit des obligations en 12 thèmes, 4<sup>e</sup> éd., Paris 2024, (zit.: *Ancel*, Droit des obligations, 4<sup>e</sup> éd. 2024, S.).
- Atiyah, Patrick S.*, Essays on Contract, Oxford 1986, (zit.: *Atiyah*, Essays on Contract, 1986, S.).
- Atiyah, Patrick S.*, The rise and fall of freedom of contract, Oxford 1979, (zit.: *Atiyah*, The rise and fall of freedom of contract, 1979, S.).
- Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl., München 2019, (zit.: *Autor*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § Rn.).
- Augner, Jörn*, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung - § 151 BGB in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt am Main 1985, (zit.: *Augner*, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung, 1985, S.).
- Babusiaux, Ulrike/Witz, Claude*, Das neue französische Vertragsrecht – Zur Reform des Code civil, in: JuristenZeitung, 72. Jahrgang, Heft 10 (09.07.2018), S. 496–507, (zit.: *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496 ()).
- Bader, Peter*, Probleme der Garantiekarte, in: Neue Juristische Wochenschrift 1976, S. 209–214, (zit.: *Bader*, NJW 1976, 209 ()).
- Baker, Casey W./Willis, William/Stivason, Charles*, Don't Cash That Check! Identifying Risks to Medical Billing and Collection Practices under the Doctrine of Accord & Satisfaction, in: Rutgers Business Law Review 2021, Vol. 16, no. 3, S. 308–339, (zuvor: Rutgers Business Law Journal) (zit. nach HeinOnline) (zit.: *Baker/Willis/Stivason*, 16(3) Rutgers Bus. L. J. (2021), 308 ()).
- Bar, Christian von/Clive, Eric* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference

- (DCFR), Full Edition, Vol. 1, Vol. 2, Vol. 3, Vol. 6, München 2009, (zit.: *von Bar/Clive*, DCFR Full Ed., Vol. 1, 2009, Art. (S.)).
- Barbier, Hugo*, La modification tacite du contrat par des pratiques contractuelles contraires mais non par le seul silence ou la tolérance du contractant, in: *Revue trimestrielle de droit civil* 2016, S. 605,633, (zit.: *Barbier*, RTDCiV. 2016, 605 ()).
- Barnett, Randy E.*, The Death of Reliance, in: *Journal of Legal Education* 1996, Vol. 46, S. 518–536, (zit.: *Barnett*, 46 J. Legal Educ. (1996), 518 ()).
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, Kauf – Zwingendes Recht, Tübingen 2009, (zit.: *Autor*, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann*, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht, Bd. II, 2009, *Stichwort* (S.)).
- Basedow, Jürgen*, Freedom of Contract in the European Union, in: *European Review of Private Law*, 6–2008, S. 901–923, (zit.: *Basedow*, 6 ERPL (2008), 901 ()).
- Bassenge, Friedrich*, Das Versprechen – Ein Beitrag zur Philosophie der Sittlichkeit und des Rechts, Berlin 1930, (zit.: *Bassenge*, *Das Versprechen*, 1930, S.).
- Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst* (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, (zit.: *Autor*, in: *Baur/Esser/Kübler/Steindorff*, FS Raiser, 1974, S. ()).
- Beale, Hugh* (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, Volume I: General Principles, 35<sup>th</sup> ed., London 2023, (zit.: *Autor*, in: *Beale*, *Chitty on Contracts*, Vol. I, 35<sup>th</sup> ed. 2023, *Rn.* (S.)).
- Beale, Hugh/Fauvarque-Cosson, Bénédicte/Rutgers, Jacobien/Vogenauer, Stefan*, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford (u.a.) 2019, (zit.: *Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenauer*, *Contract Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 2019, S.).
- Beatson, Jack Sir/Burrows, Andrew/Cartwright, John*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed., Oxford 2020, (zit.: *Beatson/Burrows/Cartwright*, *Anson's Law of Contract*, 31<sup>st</sup> ed. 2020, S.).
- Bénabent, Alain*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd., Paris 2023, (zit.: *Bénabent*, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd. 2023, *Rn.* (S.)).

- Benedict, Jörg*, Consideration: Formalismus und Realismus im Common Law of Contract, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2005, Band 69, Heft 1, S. 1–46, (zit.: *Benedict*, 69(1) *RabelsZ* (2005), 1 ()).
- Berlioz, Georges / Groos, Thomas*, Vertragsgestaltung bei Import und Vertrieb von Standard-Software in Frankreich, in: *Recht der internationalen Wirtschaft (RiW)* 1985, S. 852–857, (zit.: *Berlioz/Groos*, *RiW* 1985, 852 ()).
- Bernstorff, Christoph Graf von*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl., München 2018, (zit.: *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl. 2018, S.).
- Betti, Emilio*, Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, in: *Nipperdey, Hans Carl* (Hrsg.), *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts*, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin (u.a.) 1956, S. 253–270, (zit.: *Betti*, in: *Nipperdey*, FS H. Lehmann, Bd. 1, 1956, S. 253 ()).
- Binctin, Nicolas*, Les contrats de licence, les logiciels libres et les creative commons, in: *Revue internationale de droit comparé* 2014, Vol. 66, no. 2, S. 471–493, (zit.: *Binctin*, 66(2) *Revue internationale de droit comparé* (2014), 471 ()).
- Bischoff, Kai*, Der Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag: eine rechtsvergleichende Untersuchung auf der Grundlage des deutschen und des US-amerikanischen Rechts, Baden-Baden 2001, (zit.: *Bischoff*, *Vertragsschluß beim verhandelten Vertrag*, 2001, S.).
- Bodungen, Thilo von*, The Defective Corporation in American and German Law, in: *American Journal of Comparative Law* 1966, Vol. 15, Issues 1&2, S. 313–329, (zit.: *von Bodungen*, 15(1&2) *Am. J. Comp. L.* (1966), 313 ()).
- Bon-Garcin, Isabelle / Bernadet, Maurice / Delebecque, Philippe*, *Droit des transports*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 2018, (zit.: *Bon-Garcin/Bernadet/Delebecque*, *Droit des transports*, 2<sup>e</sup> éd. 2018, *Rn.* (S.)).
- Boyd, Willard / Huffman, Robert K.*, Treatment of Implied-in-Law and Implied-in-Fact Contracts and Promissory Estoppel in the United States Claims Court, in: *The Catholic University Law Review* 1991, Vol. 40, no. 3, S. 605–630, (zit.: *Boyd/Huffman*, 40(3) *Cath. U. L. Rev.* (1991), 605 ()).

- Boyd, Willard*, Implied-in-Fact Contract: Contractual Recovery against the Government without an Express Agreement, in: Public Contract Law Journal 1991, Vol. 21, no. 1, S. 84–128, (zit.: *Boyd*, 21(1) Pub. Cont. L. J. (1991), 84 ()).
- Brehmer, Nikolaus*, Wille und Erklärung – Zu Geltungsgrund, Tatbestand und Zurechnung der Willenserklärung, Baden-Baden 1992, (zit.: *Brehmer*, Wille und Erklärung, 1992, S.).
- Brehmer, Nikolaus*, Willenserklärung und Erklärungsbewusstsein – BGHZ 91, 324, in: Juristische Schulung 1986, S. 440–445, (zit.: *Brehmer*, JuS 1994, 386 ()).
- Brödermann, Eckart*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, An Article-by-Article Commentary, 2<sup>nd</sup> ed., Baden-Baden 2023, (zit.: *Brödermann*, Unidroit Principles, 2<sup>nd</sup> ed. 2023, *Art. Rn.* (S.)).
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl., München 2024, (zit.: *Brox/Walker*, AT, 48. Aufl. 2024, § *Rn.* (S.)).
- Brun, Philippe / Gout, Olivier*, Responsabilité civile, in: Recueil Dalloz 2013, S. 40–52, (zit.: *Brun/Gout/Bearbeiter*, Recueil Dalloz 2013, 40 ()).
- Burnham, William / Reed, Stephen F.*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed., St. Paul 2021, (zit.: *Burnham/Reed*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7<sup>th</sup> ed. 2021, S.).
- Burrows, Andrew*, A Restatement of the English Law of Contract, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford 2020, (zit.: *Burrows*, A Restatement, 2<sup>nd</sup> ed. 2020, *Part, Ziff.* (S.)).
- Busch, Danny / Lehmann, Matthias* (Hrsg.), Unfair Terms in Banking and Financial Contracts, Oxford 2023, (zit.: *Autor*, in: *Busch/Lehmann*, Unfair Terms in Banking and Financial Contracts, 2023, S.).
- Bussel, Daniel J.*, Contract Law and Its Application, 10<sup>th</sup> ed., Eagan (MN) 2023, (zit.: *Bussel*, Contract Law and its Application, 10<sup>th</sup> ed. 2023, S.).
- Bydlinski, Franz*, Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, in: JuristenZeitung, 30. Jahrgang, Heft 1 (10.01.1975), S. 1–6, (zit.: *Bydlinski, F.*, JZ 1975, 1 ()).
- Bydlinski, Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967, (zit.: *Bydlinski, F.*, Privatautonomie, 1967, S.).

- Bydlinski, Peter*, Probleme des Vertragsabschlusses ohne Annahmeerklärung, in: Juristische Schulung 1988, S. 36–38, (zit.: *Bydlinski, P.*, JuS 1988, 36 ()).
- Bydlinski, Peter*, Zum Vertragsschluß durch “stille Annahme“ (§ 864 ABGB), in: Juristische Blätter 1983, S. 169–189, (zit.: *Bydlinski, P.*, JBl 1983, 169 ()).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07–06–1984–IX ZR 66/83, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 2281–2282, (zit.: *Canaris*, NJW 1984, 2281 ()).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, (zit.: *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S.).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in: Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, 1975, S. 77–99, (zit.: *Canaris*, in: FS Wilburg, 1975, S. 77 ()).
- Casper, Matthias*, Ein Update zur Postbank-Entscheidung: Die Rückforderung rechtsgrundlos erlangter Kontoführungsgebühren sowie fortbestehender rechtspolitischer Handlungsbedarf, zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. 19.11.2024 – XI ZR 139/23, ZIP 2025, 137, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2025, 1427–1439, (zit.: *Caspers*, ZIP 2025, 1427 ()).
- Casper, Matthias*, Gestaltungs- und Regelungsspielräume für Vertragsanpassungen von Bankverträgen nach der Postbank-Entscheidung – ein Fall für den Gesetzgeber?, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2021, S. 2361–2373, (zit.: *Casper*, ZIP 2021, 2361 ()).
- Casper, Matthias*, Rechtsunsicherheit bei AGB-Änderungsmechanismen – Handlungsbedarf und Handlungsoptionen des Gesetzgebers, Teil I, in: Wertpapiermitteilungen 2022, S. 2353–2358, (zit.: *Casper*, WM 2022, 2353 ()).
- Cauvin, Morgane*, Das Leistungsstörungenrecht des französischen Code civil nach der Vertragsrechtsreform 2016 – Eine rechtsvergleichende Analyse unter Einbeziehung des BGB, der UPICC, der PECL, des DCFR und des Gandolfi-Code, Köln 2020, (zit.: *Cauvin*, Leistungsstörungenrecht des französischen Code civil, 2020, S.).
- Clifford, Donald F.*, Express Warranty Liability of Remote Sellers: One Purchase, Two Relationships, in: Washington University Law Quarterly 1997, Vol. 75, no. 1, S. 413–468, (zit.: *Clifford*, 75(1) Wash. U. L. Q. (1997), 413 ()).

- Coing, Helmut*, Europäisches Privatrecht, Band II, 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989, (zit.: *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, S.).
- Collins, Hugh*, The law of contract, 4<sup>th</sup> ed., London (u.a.) 2003, (zit.: *Collins*, The Law of Contract, 4<sup>th</sup> ed. 2003, S.).
- Contreras, Jorge L. Jr./Slade, Kenneth H.*, Click-Wrap Agreements: Background and Guidelines for Enforceability, in: Computer Law Review International (CRI) 2000, S. 104–109, (zit.: *Contreras/Slade*, CRI 2000, 104 ()).
- Corbin, Arthur Linton*, Quasi-Contractual Obligations, in: Yale Law Journal 1911–1912, Vol. 21, no. 7, S. 533–554, (zit.: *Corbin*, 21(7) Yale L.J. (1911–1912), 533 ()).
- Costigan, George P. Jr.*, Implied-in-fact contracts and mutual assent, in: Harvard Law Review 1919–1920, Vol. 33, no. 3, S. 376–400, (zit.: *Costigan*, 33(3) Harv. L. Rev. (1919–1920), 376 ()).
- Dammann, Jens/Grunsky, Wolfgang/Pfeiffer, Thomas* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München 2011, (zit.: *Autor*, in: Dammann/Grunsky/Pfeiffer, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. ()).
- De Franceschi, Alberto*, Informationspflichten und „formale Anforderungen“ im Europäischen E-Commerce Das Spannungsverhältnis zwischen der Richtlinie über Verbraucherrechte, dem geplanten Europäischen Kaufrecht und der E-Commerce-Richtlinie, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 2013, S. 865–875, (zit.: *de Franceschi*, GRUR Int 2013, 865 ()).
- Delebecque, Philippe* (Hrsg.), Droit des transports, Paris 2022, (zit.: *Bearbeiter*, in: Delebecque, Droit des transports, 2022, *Ziff.* (S.)).
- Delpach, Xavier*, Éditorial: Une conception large du contrat, in: Actualité Juridique Contrat 2019, no 12, S. 501, (zit.: *Delpach*, AJ contrat 2019, 501 ()).
- Dietz, Rolf/Hübner, Heinz* (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, München und Berlin 1965, (zit.: *Autor*, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, S. ()).
- Dietz, Rolf/Hueck, Alfred/Reinhardt, Rudolf* (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955, (zit.: *Autor*, in: Dietz/Hueck/Reinhardt, FS Nipperdey, 1955, S. ()).

- DiMatteo, Larry/Hogg Martin* (Hrsg.), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford 2015, (zit.: *Autor*, in: *DiMatteo/Hogg, Comparative Contract Law*, 2015, S.).
- DiMatteo, Larry/Shou, Qi/Saintier, Séverine/Rowley, Keith* (Hrsg.), *Commercial Contract Law – Transatlantic Perspectives*, Cambridge (u.a.) 2013, (zit.: *Autor*, in: *DiMatteo/Zhou/Saintier/Rowley, Commercial Contract Law*, 2013, S. ()).
- Duffy, Aurélie*, *La constitutionnalisation de la liberté contractuelle*, in: *Revue du droit public*, 2006, no. 6, S. 1569–1601, (zit.: *Duffy*, 6 RDP (2006), S. 1569 ()).
- Durantaye, Katharina de la*, *Erklärung und Wille*, Tübingen 2020, (zit.: *de la Durantaye, Erklärung und Wille*, 2020, S.).
- Eckhardt, Diederich*, *Die “Vergleichsfalle“ als Problem der Auslegung adressatenloser Annahmeerklärungen nach § 151 S. 1 BGB*, in: *Betriebsberater* 1996, S. 1945–1953, (zit.: *Eckhardt*, BB 1996, 1945 ()).
- Eidenmüller, Horst*, *Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR*, in: *European Review of Contract Law* 2009, Vol. 5, no. 2, S. 109–131, (zit.: *Eidenmüller*, 5(2) ERCL (2009), 109 ()).
- Fabre-Magnan, Muriel*, *Droit des obligations, Tome I – Contrat et engagement unilatéral*, 7<sup>e</sup> éd., Paris 2024, (zit.: *Fabre-Magnan, Droit des obligations, Tome 1*, 7<sup>e</sup> éd. 2024, Rn. (S.)).
- Fabricius, Fritz*, *Stillschweigen als Willenserklärung, Teil 1: Rechtliche Problematik und Grundlagen für die Bewertung eines Stillschweigens als Willenserklärung*, in: *Juristische Schulung* 1966, S. 1–11, (zit.: *Fabricius*, JuS 1966, 1 ()).
- Fages, Bertrand*, *Droit des obligations*, 2024–2025, 14<sup>e</sup> éd., Paris 2024, (zit.: *Fages, Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd. 2024–2025, Rn. (S.)).
- Farnsworth, Allan*, *Notes*, in: *Law Quarterly Review*, Vol. 58, no. 3, S. 289–313, (zit.: *Farnsworth*, 58(3) L. Q. Rev. (1942), 289 ()).
- Feinman, Jay M.*, *The Significance of Contract Theory*, in: *University of Cincinnati Law Review* 1990, Vol. 58, no. 4, S. 1283–1318, (zit.: *Feinman*, 58(4) U. Cin. L. Rev. (1990), 1283 ()).
- Feldhusen, Claire*, *Rechtsfolgewirkungen unwirksamer Zustimmungsfiktionsklauseln*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2023, S. 2905–2911, (zit.: *Feldhusen*, NJW 2023, 2905 ()).



- Fenouillet, Dominique* (Hrsg.), *Droit de la consommation, Droit interne et européen*, Paris 2020, (zit.: *Bearbeiter*, in: Fenouillet, *Droit de la consommation*, 2020, *Ziff.* (S.)).
- Fervers, Matthias / Gsell, Beate*, *Ergänzende Vertragsauslegung bei der AGB-Kontrolle im unionsrechtlichen Kontext*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, S. 2569–2574, (zit.: *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 ()).
- Fervers, Matthias*, *Die Button-Lösung im Lichte der Rechtsgeschäftslehre*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, 2289–2294, (zit.: *Fervers*, NJW 2016, 2289 ()).
- Fisher, Clifford / Calderson, Samuel J. / Mougin, Jayden / Radford, Matthew J.*, *Evolution of Clickwrap & Browsewrap Contracts*, in: *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 2022, Vol. 48, S. 147–173, (zit.: *Fisher/Calderson/Mougin/Radford*, 48 RCTLJ (2022), 147 ()).
- Fligge, Christine*, *Verbraucherschutz beim Internetkaufvertrag – ein Vergleich der Rechtslage in den USA und in Deutschland*, Frankfurt am Main (u.a.) 2009, (zit.: *Fligge*, *Verbraucherschutz beim Internetkaufvertrag*, 2009, S.).
- Flour, Jacques / Aubert, Jean-Luc / Savaux, Éric*, *Droit civil – Les obligations – L'acte juridique*, 18<sup>e</sup> éd., Paris 2024, (zit.: *Flour/Aubert/Savaux*, *Les obligations, L'acte juridique*, 18<sup>e</sup> éd. 2024, *Rn.* (S.)).
- Flume, Werner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992, (zit.: *Flume*, AT, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § (S.)).
- Frank, Jerome*, *What Courts do in Fact, Part One*, in: *Illinois Law Review* 1931–1932, Vol. 26, no. 6, S. 645–666, (zit.: *Frank*, 26 Ill. L. Rev. (1932), 645 ()).
- Freund, Torsten*, *Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen*, Frankfurt am Main 1998, (zit.: *Freund*, *Die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen*, 1998, S.).
- Fried, Charles*, *Contract as Promise Thirty Years On*, in: *Suffolk University Law Review* 2012, Vol. 45, no. 3, S. 961–978, (zit.: *Fried*, 45(3) Suffolk U. L. Rev. (2012), 961 ()).
- Frings, Hartmut*, *Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.06.1998, 9 U 127/97; OLG Dresden, Beschl. v. 31.08.2998, 17 W 1185/98; OLG*

- Dresden, Urt. v. 14.10.1998, 8 U 2209/98, in: WuB IV A. § 151 BGB 2.99, S. 744–745, (zit.: *Frigs*, WuB IV A. § 151 BGB 2.99, S. 744 ()).
- Frigs, Michael*, Annahme des Erlaßangebots durch Scheckeinlösung?, in: *Betriebsberater* 1996, S. 809–812, (zit.: *Frigs*, BB 1996, 809 ()).
- Fritzsche, Jörg*, Der Abschluss von Verträgen, §§ 145 ff. BGB, in: *Juristische Arbeitsblätter* 2006, S. 674–681, (zit.: *Fritzsche*, JA 2006, 674 ()).
- Furmston, Michael* (Hrsg.), *The Future of the Law of Contract*, Abingdon (u.a.) 2020, (zit.: *Autor*, in: *Furmston, The Future of the Law of Contract*, 2020, S.).
- Furmston, Michael*, Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract, 17<sup>th</sup> ed., Oxford 2017, (zit.: *Furmston, Cheshire, Firefoot, and Furmston's Law of Contract*, 17<sup>th</sup> ed. 2017, S.).
- Gathen, Lajana von zur*, Die konkludente Willenserklärung – Normativ ausgelegtes nonverbales Verhalten, Baden-Baden 2021, (zit.: *von zur Gathen*, Die konkludente Willenserklärung, 2021, S.).
- Gautier, Pierre-Yves*, Le non-vouloir dans les documents contractuels : où la Cour de cassation perd une occasion d'appliquer l'adage protestatio non valet contra actum, in: *Revue trimestrielle de droit civil* 2001, S. 904 ff., (zit.: *Gautier*, RTDCiv. 2001, 904 ()).
- Ghestin, Jacques / Barbier, Hugo*, *Traité de Droit Civil, Introduction générale*, Tome I, Droit objectif et droit subjectifs, sources du droit, 5<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux 2018, (zit.: *Ghestin/Barbier*, *Introduction générale*, Tome I, 5<sup>e</sup> éd. 2018, Rn. (S.)).
- Gillette, Clayton P.*, Rolling contracts as an agency problem, in: *Wisconsin Law Review* 2004, Vol. 2004, no. 2, S. 679–722, (zit.: *Gillette*, 2004(2) *Wis. L. Rev.* (2004), 679 ()).
- Gilmore, Grant*, *The Death of Contract*, 1974, 2<sup>nd</sup> ed. Nachdruck, Ann Arbor (Michigan) 2015, (zit.: *Gilmore*, *The Death of Contract*, 1974 (Nachdruck 1995), S.).
- Giuliano, Mario / Lagarde, Paul*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, in: *BT-Drucks. 10/503*, S. 33ff., (zit.: *Giuliano/Lagarde/Bearbeiter*, *BT-Drucks. 10/503*, S. 33 ()).
- Gofferjé, Eva Franziska Sophia*, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen – Zugleich eine Untersuchung der Schutzmechanismen bei Internetgeschäften anhand von § 312j Abs. 2 bis 4 BGB,

- Berlin 2016, (zit.: *Gofferjé*, Vertragsschluss und Vertragsbindung bei Verbraucherverträgen, 2016, S.).
- Gold, Andrew S./Gordon, Robert W.* (Hrsg.), *The American Law Institute – A Centennial History*, New York 2023, (zit.: *Autor*, in: *Gold/Gordon, The American Law Institute*, 2023, S. ()).
- Grigoleit, Hans Christoph*, Rückforderung von Kontoentgelten nach höchstrichterlicher Beanstandung eines Entgeltanpassungsmechanismus – Teil I –, in: *Wertpapiermitteilungen* 2023, S. 697–708, (zit.: *Grigoleit*, *WM* 2023, 697 ()).
- Grigoleit, Hans Christoph*, Rückforderung von Kontoentgelten nach höchstrichterlicher Beanstandung eines Entgeltanpassungsmechanismus – Teil II –, in: *Wertpapiermitteilungen* 2023, S. 749–761, (zit.: *Grigoleit*, *WM* 2023, 749 ()).
- Gringras, Clive*, *The Validity of Shrink-Wrap Licences*, in: *International Journal of Law and Information Technology* 1996, Vol. 4, no. 2, S. 77–111, (zit.: *Gringras*, 4 *Int'l J. L. & Info. Tech.* (1996), 77 ()).
- Grotius, Hugo*, *De Iure Belli ac Pacis*, Jena 1680, (zit.: *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, 1680, S.).
- Grüneberg, Christian*, *Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 84. Aufl., München 2025, (zit.: *Grüneberg/Bearbeiter*, 84. Aufl. 2025, § *Rn.*).
- Grützmacher, Malte*, *Lizenzgestaltung für neue Nutzungsformen im Lichte von § 69d UrhG – Die dogmatischen Grundlagen*, *Computer und Recht (CR)* 2011, S. 485–491, (zit.: *Grützmacher*, *CR* 2011, 485 ()).
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Gesamthrsg.), *Arzt, Markus et al.* (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB; Rom I-VO*, München 2025, (zit.: *BeckOGK/Bearbeiter, Stand, §/Art. Rn.*).
- Habersack, Mathias*, *Zum Kündigungsrecht der Sparkasse gem. Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen nach BGH XI ZR 26/20*, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2021, S. 1837–1843, (zit.: *Habersack*, *ZIP* 2021, 1837 ()).
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, München 2025, (zit.: *BeckOK/Bearbeiter, Ed., Stand, § Rn.*).

- Hau, Wolfgang Jakob*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003, (zit.: *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, S.).
- Haupt, Günter*, Bemerkung zu OLG Danzig, Zur Frage der fehlerhaften (sog. „faktischen“) Gesellschaft. Ohne Einigung keine faktische Innengesellschaft (OLG Danzig, Urt. v. 04.12.1942, 4 III U 4/42), in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1943, S. 237–242, (zit.: *Haupt*, ZAKDR 1943, 237 ()).
- Haupt, Günter*, Über faktische Vertragsverhältnisse, in: *Leipziger Juristenfakultät* (Hrsg.), Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 124, Festschrift für Dr. Heinrich Siber, Leipzig 1943, S. 5–37, (zit.: *Haupt*, in: Leipziger Juristenfakultät, FS Siber, 1943, S. 5 (
- Hay, Peter/Kern, Christoph*, US-Amerikanisches Recht – Ein Studienbuch, 8. Aufl., München 2024, (zit.: *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. (S.)).
- Heiderhoff, Bettina*, Europäisches Privatrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2023, (zit.: *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 6. Aufl. 2023, § Rn. (S.)).
- Heinrich, Christian*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit – Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000, (zit.: *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S.).
- Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/Langenbacher, Katja/Gri-goleit, Hans Christoph/Hager, Johannes/Hey, Felix Christopher/Neuner, Jörg/Petersen, Jens/Singer, Reinhard* (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, (zit.: *Autor*, in: Heldrich/Prölss/Koller/et al., FS Canaris zum 70. Geburts-tag, Bd. I, 2007, S. ()).
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Ste-phan/Würdinger, Markus* (Gesamthrsg.), *Vieweg, Klaus* (Hrsg. Band 1), *Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/Rüßmann, Helmut* (Hrsg. Band 2), *Würdinger, Markus* (Hrsg. Band 6), juris PraxisKommentar BGB, Band 1 – Allgemeiner Teil, Band 2 – Schuldrecht, Band 6 – Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, 10. Aufl., Saarbrücken 2023, 9. Aufl., Saarbrücken 2020, (zit.: *JurisPK/Bearbeiter, Aufl. (Stand), §/Art. Rn.*)

- Herresthal, Carsten* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 312 – 312m (Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen), Berlin 2024, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2024), § Rn.).
- Herresthal, Carsten*, Die unionsrechtlichen Vorgaben bei unwirksamen AGB-Klauseln, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2023, S. 1161–1167, (zit.: *Herresthal*, NJW 2023, 1161 ()).
- Herresthal, Carsten*, Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2021, S. 589–592 (zit.: *Herresthal*, NJW 2021, 589).
- Herrler, Sebastian* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90–124; 130–133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), Berlin 2021, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2021), § Rn.).
- Herrler, Sebastian* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 125–129; BeurkG (Formvorschriften AT; Beurkundung), Berlin 2023, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2023), § Rn.).
- Herrler, Sebastian* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139–163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), Berlin 2025, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2025), § Rn.).
- Hillgruber, Christian*, Der Vertrag als Rechtsquelle, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1999, Vol. 85, Nr. 3 (1999), S. 348–361, (zit.: *Hillgruber*, 85(3) ARSP (1999), S. 348 ()).
- Hillman, Robert A.*, Rolling Contracts, in: *Fordham Law Review* 2002, Vol. 71, S. 743–759, (zit.: *Hillman*, 71 *Fordham L. Rev.* (2002), 743 ()).
- Höche, Thorsten*, Anmerkung zu AG Ebersberg, Urt. v. 15.05.1997, 4 C 66/97, in: *WuB IV A. § 151 BGB 2.97*, S. 902–903, (zit.: *Höche*, *WuB IV A. § 151 BGB 2.97*, S. 902 ()).
- Hoeren, Thomas/Pinelli, Stefan*, IT-Vertragsrecht, 4. Aufl., Berlin/Boston 2024, (zit.: *Hoeren/Pinelli*, *IT-Vertragsrecht*, 4. Aufl. 2024, S.).

- Hoffmann, Jochen*, Die Buttonlösung bei grenzüberschreitenden Vertragsschlüssen, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2015, S. 193–197, (zit.: *Hoffmann*, IPRax 2015, 193 ()).
- Höfling, Wolfram*, Vertragsfreiheit – eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991, (zit.: *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S.).
- Hogg, Martin*, Promises and Contract Law – Comparative Perspectives, Cambridge (u.a.) 2011, (zit.: *Hogg*, Promises and Contract Law, 2011, S.).
- Holdych, Thomas*, Warranties and Conditions in the Sale of Goods: A Market Based Assessment of English and European Community Warranty Law, in: Cambrian Law Review 1998, Vol. 29, S. 73–92, (zit.: *Holdych*, 29 Cambrian L. Rev. (1998), 73 ()).
- Hönn, Günther*, Zur Problematik fehlerhafter Vertragsverhältnisse – Kritik einer arbeitsrechtlichen Sonderentwicklung und Kritik der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht 1987, 18. Jahrgang, S. 61–93, (zit.: *Hönn*, ZFA 1987, 61 ()).
- Honsell, Heinrich / Holz-Dahrenstaedt, Andrea*, Grundprobleme des Vertragsschlusses, in: Juristische Schulung 1986, S. 969–972, (zit.: *Honsell / Holz-Dahrenstaedt*, JuS 1986, 969 ()).
- Houtcieff, Dimitri*, Renonciation, in: Répertoire de droit civil, déc. 2017, (zit.: *Houtcieff*, Renonciation, in: Répertoire de droit civil, déc. 2017, Sect. Art. § Ziff.).
- Huber, Hans*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966, (zit.: *Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S.).
- Isensee, Josef* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, (zit.: *Autor*, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. ()).
- Janal, Ruth*, Die AGB-Einbeziehung im „M-Commerce“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, 3201–3205, (zit.: *Janal*, NJW 2016, 3201 ()).
- Jansen, Nils / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, (zit.: *Bearbeiter*, Art., in: Jansen / Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018, S. ()).
- Jansen, Nils / Zimmermann, Reinhard*, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht – Textstufen transnationaler Modellregelungen, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 210, Heft 2 (2010), S. 196–250, (zit.: *Jansen / Zimmermann*, 210 AcP (2010), 196 ()).

- Jhering, Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Band 2, Leipzig 1858, (zit.: *von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2, 1858, § (S.)).
- Jourdain, Patrice*, Droit commun de la responsabilité – Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, in: *Revue trimestrielle de droit civil* 2012, S. 119–126, (zit.: *Jourdain*, RTDCiv. 2012, 119 ()).
- Kantorowicz, Hermann*, Some Rationalism about Realism, in: *Yale Law Journal* 1934, Vol. 43, no. 8, S. 1240–1253, (zit.: *Kantorowicz*, 43(8) *Yale L. J.* (1934), 1240 ()).
- Kaser, Max / Knütel, Rolf / Lohsse, Sebastian*, Römisches Privatrecht – Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2021, (zit.: *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § *Rn.* (S.)).
- Kellmann, Christof*, Grundprobleme der Willenserklärung, in: *Juristische Schulung* 1971, S. 609–617, (zit.: *Kellmann*, *JuS* 1971, 609 ()).
- Kellmann, Christof*, Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1971, S. 265–275, (zit.: *Kellmann*, *NJW* 1971, 265 ()).
- Kenfack, Hugues*, Droit des transports, in: *Recueil Dalloz* 2012, S. 1439–1445, (zit.: *Kenfack*, *Recueil Dalloz* 2012, 1439 ()).
- Kessler, Friedrich / Fine, Edith*, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, in: *Harvard Law Review* 1964, Vol. 77, no. 3, S. 401–449, (zit.: *Kessler/Fine*, 77(3) *Harv. L. Rev.* (1964), 401 ()).
- Kessler, Friedrich*, Some Thoughts on the Evolution of the German Law of Contracts – A Comparative Study: Part I, in: *UCLA Law Review* 1975, Vol. 22, no. 5, S. 1066–1082, (zit.: *Kessler*, 22 *UCLA L. Rev.* (1975), 1066 ()).
- Klass, Gregory*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn 2012, (zit.: *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2<sup>nd</sup> ed. 2012, *Ziff.* (S.)).
- Klein, Urs Albrecht*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft – Einfluss amerikanischer Rechtstheorie auf Rechtsverständnis und Praxis*, Tübingen 2020, (zit.: *Klein*, *Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft*, 2020, S.).

- Kleinschmidt, Jens*, Annahme eines Erlassangebots durch Einlösung eines mit dem Angebot übersandten Verrechnungsschecks?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 346–348, (zit.: *Kleinschmidt*, NJW 2002, 346 ()).
- Knöfel, Oliver L.*, Gift Cards (Geschenkkarten) im Einzelhandel – Rechtsnatur, Funktionsweise, Probleme, in: Wertpapiermitteilungen 2017, S. 833–840, (zit.: *Knöfel*, WM 2017, 833 ()).
- Köhler, Helmut*, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl., München 2024, (zit.: *Köhler*, AT, 48. Aufl. 2024, § Rn. (S.)).
- Köhler, Helmut*, Kritik der Regel „protestatio facto contraria non valet“, in: JuristenZeitung, 36. Jahrgang, Heft 14 (17.07.1981), S. 464–469, (zit.: *Köhler*, JZ 1981, 464 ()).
- Köndgen, Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag – Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981, (zit.: *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S.).
- Kötz, Hein / Fauvarque-Cosson, Bénédicte / Signat, Carine / Galbois-Lehalle, Diane*, Droit européen des contrats, Paris 2020, (zit.: *Kötz/Fauvarque-Cosson/Signat/Galbois-Lehalle*, Droit européen des contrats, 2020, Rn. (S.)).
- Kötz, Hein*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2015, (zit.: *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S.).
- Kötz, Hein*, Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2012, (zit.: *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. (S.)).
- Kramme, Malte*, Die Einbeziehung von Pflichtinformationen in Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen, in: Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 279–284, (zit.: *Kramme*, NJW 2015, 279 ()).
- Küchenhoff, Günther*, Faktische Vertragsverhältnisse und faktische Arbeitsverhältnisse?, in: Recht der Arbeit 1958, S. 121–130, (zit.: *Küchenhoff*, RdA 1958, 121 ()).
- Kusserow, Berthold / Lomp, Petra*, Anmerkungen zu OLG Dresden, Urt. v. 22.04.1998, 12 U 175/98, in: WuB IV A. § 151 BGB 4.99, S. 988–990, (zit.: *Kusserow/Lomp*, WuB IV A. § 151 BGB 4.99, S. 988 ()).
- Lambrecht, Peter*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis – Entstehung Rezeption und Niedergang, Tübingen 1994, (zit.: *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S.).



- Lando, Ole / Beale, Hugh* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised, Den Haag 2000, (zit.: *Lando/Beale*, PECL Parts I and II, 2000, Art. (S.))
- Lange, Knut Werner*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.05.2001, XII ZR 60/99, in: WuB IV A. § 151 BGB 3.01, S. 1067–1068, (zit.: *Lange*, WuB IV A. § 151 BGB 3.01, S. 1067 ()).
- Lange, Knut Werner*, Die Erlaß- bzw. Vergleichsfalle, in: Wertpapier Mitteilungen 1999, 53. Jahrgang, S. 1301–1344, (zit.: *Lange*, WM 1999, 1301 ()).
- Larenz, Karl*, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 1897–1900, (zit.: *Larenz*, NJW 1956, 1897 ()).
- Larribère, Lilian*, Le minimalisme des exigences formelles en matière de convention attributive de juridiction, in: Revue critique de droit international privé 2023, S. 443–458, (zit.: *Larribère*, Rev. crit. DIP 2023, 443 ()).
- Lasserre Capdeville, Jérôme*, La modification de la convention de compte de dépôt le banquier, in: Actualité Juridique Contrat 2020, S. 312–315, (zit.: *Lasserre Capdeville*, AJ Contrat 2020, 312 ()).
- Lawrence, William H.*, Rolling Contracts Rolling over Contract Law, in: San Diego Law Review 2004, Vol. 41, no. 3, S. 1099–1122, (zit.: *Lawrence*, 41 San Diego L. Rev. (2004), 1099 ()).
- Le Tourneau, Philippe / Bloch, Cyril*, Contrat de transport, in: Répertoire de droit civil, avril 2021, (zit.: *le Tourneau/Bloch*, Contrat de transport, in: Répertoire de droit civil, avril 2021, Sect. Art. Ziff.).
- Lehmann, Heinrich*, Faktische Vertragsverhältnisse, in: Neue Juristische Wochenschrift 1958, S. 1–5, (zit.: *Lehmann*, NJW 1958, 1 ()).
- Lemley, Mark A.*, Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses, in: Southern California Law Review 1995, Vol. 68, no. 5, S. 1239–1294, (zit.: *Lemley*, 68(5) S. Cal. L. Rev. (1995), 1239 ()).
- Lindacher, Walter*, Anmerkung zu BGH, Urt. V. 06.03.1986, III ZR 234/84, in: Juristische Rundschau 1986, Heft 11, S. 462–463, (zit.: *Lindacher*, JR 1986, 462 ()).
- Llewellyn, Karl N.*, Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound, in: Harvard Law Review 1931, Vol. 44, no. 8, S. 1222–1264, (zit.: *Llewellyn*, 44(8) Harv. L. Rev. (1931), 1222 ()).

- Llewellyn, Karl N.*, The Common Law Tradition: Deciding Appeals, Boston 1960, (zit.: *Llewellyn*, The Common Law Tradition, 1960, S.).
- Lobinger, Thomas*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung – Zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im Bürgerlichen Recht, Tübingen 1999, (zit.: *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S.).
- Loos, Marco B. M. / Helberger, Natali / Guibault, Lucie / Mak, Chantal / Pessers, Lodewijk / Cseres, Katalin J. / Sloot, Bart van der / Tigner, Ronan*, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, Comparative analysis Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts, 2011, (zit.: *Loos et al.*, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, 2011, S.).
- Looschelders, Dirk*, in: *Henrich, Dieter* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – EGBGB/Internationales Privatrecht, Internationales Privatrecht (Einleitung zum IPR), Berlin 2024, (zit.: *Staudinger/Looschelders* (2024), Einleitung IPR, Rn.).
- Lorenz, Stephan*, § 241a BGB und das Bereicherungsrecht – zum Begriff der „Bestellung“ im Schuldrecht –, in: *Rauscher, Thomas / Mansel, Heinz-Peter* (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München 2001, S. 193–214, (zit.: *Lorenz, S.*, in: *Rauscher/Mansel*, FS W. Lorenz, 2001, S. 193 ()).
- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, München 1997, (zit.: *Lorenz, S.*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S.).
- Lorenz, Stephan*, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 2065–2073, (zit.: *Lorenz, S.*, NJW 2021, 2065 ()).
- Lorenz, Stephan*, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: Juristische Schulung 2000, S. 833–843, (zit.: *Lorenz, S.*, JuS 2000, 833 ()).

- Lorenz, Stephan*, Sozialtypisches Verhalten für Dritte? – Zur Rechtsprechung des BGH zum Zustandekommen von Energielieferverträgen, in: *Arnold, Stefan/Lorenz, Stephan* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 291–300, (zit.: *Lorenz, S.*, in: *Arnold/Lorenz, S.*, Gedächtnisschrift Unberath, 2015, S. 291 ()).
- Löwisch, Manfred* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a-c (Vertragsschluss), Berlin 2023, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2023), § *Rn.*).
- Löwisch, Manfred* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Berlin 2022, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2022), § *Rn.*).
- Luig, Eva*, Der internationale Vertragsschluss – Ein Vergleich von UN-Kaufrecht, UNIDROIT-Principles und Principles of European Contract Law, Frankfurt am Main 2003, (zit.: *Luig*, Der internationale Vertragsschluss, 2003, S.).
- Magnus, Ulrich* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – EGBGB/Internationales Privatrecht, Art. 1–10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1 – Internationales Devisenrecht), Berlin 2021, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2021), *Art. Rn.*).
- Mainguy, Daniel*, Contrats spéciaux, 13<sup>e</sup> éd., Paris 2022, (zit.: *Mainguy*, Contrats speciaux, 13<sup>e</sup> éd. 2022, *Rn.* (S.)).
- Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent/Stoffel-Munck, Philippe*, Droit civil – Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd., Paris 2024, (zit.: *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2024, *Rn.* (S.)).
- Manigk, Alfred*, Willenserklärung und Willensgeschäft – ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen, Berlin 1907, (zit.: *Manigk*, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S.).
- Mankowski, Peter* (Hrsg.), Commercial law, Article-by-Article Commentary, Baden-Baden 2019, (zit.: *Bearbeiter*, in: *Mankowski*, Commercial Law, 2019, *Art. Rn.* (S.)).

- Mansel, Heinz-Peter* (Red.), *Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 (Treu und Glauben)*, Berlin 2024, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2024), § Rn.).
- Markert, Kurt*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.04.2016, VIII ZR 79/15, in: *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ)* 2016, S. 362–364, (zit.: *Markert*, *EnWZ* 2016, 362 ()).
- Marly, Jochen* (Begr.) / *Bomhard, David / Schreiber, Kristina* (Hrsg.), *Praxishandbuch Softwarerecht – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 8. Aufl., München 2024, (zit.: *Autor*, in: *Marly, Praxishandbuch Softwarerecht*, 8. Aufl. 2024, Rn. (S.)).
- Marly, Jochen*, *Praxishandbuch Softwarerecht – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, 7. Aufl., München 2018, (zit.: *Marly, Praxishandbuch Softwarerecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. (S.)).
- Marotta-Wurgler, Florencia*, *Are Pay Now, Terms Later Contracts Worse for Buyers: Evidence from Software License Agreements*, in: *Journal of Legal Studies* 2009, Vol. 38, no. 2, S. 309–343, (zit.: *Marotta-Wurgler*, 38(2) *J. Legal Stud.* (2009), 309 ()).
- Martinek, Michael / Semler, Franz-Jörg / Flohr, Eckhard* (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 5. Aufl., München 2025, (zit.: *Autor*, in: *Martinek / Semler / Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts*, 5. Aufl. 2025, § Rn.).
- McKendrick, Ewan*, *Contract Law – Text, Cases and Materials*, 11<sup>th</sup> ed., Oxford 2024, (zit.: *McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials*, 11<sup>th</sup> ed. 2024, S.).
- Medicus, Dieter / Petersen, Jens*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 12. Aufl., Heidelberg 2024 (zit.: *Medicus/Petersen*, AT, 12. Aufl. 2024, § Rn. (S.)).
- Mehren, Arthur von*in: *von Mehren, Arthur* (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, *Contracts in General*, Chapt. 9, Tübingen 1992, (zit: *von Mehren*, in: *von Mehren, International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, 1992, Chapt. 9, S.).
- Merle, Philippe / Fauchon, Anne*, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 28<sup>e</sup> éd., Paris 2024/2025, (zit.: *Merle/Fauchon, Droit commercial, Sociétés commerciales*, 28<sup>e</sup> éd. 2024/2025, S.).

- Mestre, Jacques*, La remise de dette suppose la volonté non équivoque du créancier de libérer son débiteur, in: Revue trimestrielle de droit civil 1994, S. 863, (zit.: *Mestre*, RTDCiv. 1994, 863).
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899, (zit.: *Mugdan, Prot.*, S.).
- Murray, John Edward Jr.*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed., New Providence, NJ 2011, (zit.: *Murray*, *Murray on Contracts*, 5<sup>th</sup> ed. 2011, § (S.)).
- Musielak, Hans-Joachim / Hau, Wolfgang*, Grundkurs BGB – Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren, 18. Aufl., München 2023, (zit.: *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, § Rn. (S.)).
- Musielak, Hans-Joachim*, Zum Verhältnis von Wille und Erklärung: Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 211, Heft 6 (2011), S. 769–802, (zit.: *Musielak*, 211 AcP (2011), 769 ()).
- Neumann, Sybille / Berg, Oliver*, *Französisches Recht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2023, (zit.: *Neumann/Berg*, *Französisches Recht*, 2. Aufl. 2023, § Rn. (S.)).
- Neuner, Jörg*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13. Aufl., München 2023, (zit.: *Neuner*, AT, 13. Aufl. 2023, § Rn. (S.)).
- Niggemann, Friedrich / Kömpf, Nicola*, Der Einfluss der Vertrags- und Schuldrechtsreform des Code civil auf Vertriebsverträge nach französischem Recht, in: Zeitschrift für Vertriebsrecht (ZVertriebsR) 2017, S. 354–359, (zit.: *Niggemann/Köpf*, ZVertriebsR 2017, 354 ()).
- Nolte, Georg / Aust, Helmut Philipp*, Equivocal Heplers – Complicit States, Mixed Messages and International Law, in: International and Comparative Law Quarterly 2009, Vol. 58, no. 1, S. 1–30, (zit.: *Nolte/Aust*, 58(1) Int'l & Comp. L. Q. (2009), 1 ()).
- Omlor, Sebastian*, AGB-Änderungsmechanismus im Zahlungsdienstrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 2243–2248, (zit.: *Omlor*, NJW 2021, 2243 ()).
- Ostendorf, Patrick*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, München 2021, (zit.: *Ostendorf*, *Englisches Recht in der Vertragsgestaltung*, 2021, § Rn. (S.)).

- Ott, Claus*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 09.03.1990, X ZR 39/89, in: WuB IV A. § 151 BGB 1.90, S. 1144–1145, (zit.: *Ott*, WuB IV A. § 151 BGB 1.90, S. 1144 ()).
- Owsia, Parviz*, Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law, in: *Tulane Law Review* 1991–1992, Vol. 66, no. 4, S. 871–918, (zit.: *Owsia*, 66(4) *Tul. L. Rev.* (1991–1992), 871 ()).
- Park, Mi Young*, Das System der Informationspflichten im Verbraucherrecht und die Sanktionsmöglichkeiten bei Nichteinhaltung, Hamburg 2020, (zit.: *Park*, *Informationspflichten*, 2020, S.).
- Pärn, Franziskus*, Vertragswirkungen ohne Vertragsschluss – Eine Studie zu § 151 BGB, Kiel 1955, (zit.: *Pärn*, *Vertragswirkungen ohne Vertragsschluss*, 1955, S.).
- Peel, Edwin*, T reitel, *The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed., London 2025, (zit.: *Peel*, *Treitel – The Law of Contract*, 16<sup>th</sup> ed. 2025, *Rn.* (S.)).
- Pelicand, Antoine*, Les juges de proximité en France, une réforme politique ? Mobilisation et usages de la notion de proximité dans l'espace judiciaire, in: *Droit et Société* 2007, Vol. 66, S. 275–294, (zit.: *Pelicand*, *Droit et Société* 66/2007, 275 ()).
- Pellier, Jean-Denis*, Ventes réglementées, in: *Répertoire de droit commercial*, avril 2025, (zit.: *Pellier*, *Ventes réglementées*, in: *Répertoire de droit commercial*, avril 2025, *Sec. Art. § Ziff.*).
- Petersen, Jens*, Faktische und fehlerhafte Vertragsverhältnisse, in: *Juristische Ausbildung* 2011, Band 33, Heft 12/2011, S. 907–908, (zit.: *Petersen*, *Jura* 2011, 907 ()).
- Pfeifer, Hartmut*, Stillschweigende Annahme eines (Kredit-)Erlaßvertrages, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.02.1995, XI ZR 65/94, in: *Betriebsberater* 1995, S. 1507–1508, (zit.: *Pfeifer, H.*, *BB* 1995, 1507 ()).
- Pfeiffer, Thomas* (Hrsg.), *Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts – In Deutschland, Belgien, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, Irland, Schweden und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Band 1, Band 2: Länderberichte, Baden-Baden 2013, (zit.: *Autor*, in: *Pfeiffer*, *Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherinformationsrechts*, 2013, *Bd.*, S.).
- Pfeiffer, Thomas*, Unbeachtlichkeit der *Protestatio facto contraria* des Schwarzfahrers nach der FahrgastrechteVO – Anmerkung zu EuGH

- Beschluss vom 16.2.2023 – C-530/22, in: LMK 2023, 818432, (zit.: *Pfeiffer*, LMK 2023, 818432).
- Picod, Nathalie*, Remise de dette, in: Répertoire de droit civil, nov. 2023, (zit.: *Picod, N.*, Remise de dette, in: Répertoire de droit civil, nov. 2023, *Sect. Ziff.*).
- Picod, Yves/Picod, Nathalie*, Code de la consommation – Annoté & commenté, 29<sup>e</sup> éd., Paris 2024, (zit.: *Picod, Y./Picod, N.*, Code de la consommation, 29<sup>e</sup> éd. 2024, *Art. Section (S.)*).
- Piédelièvre, Stéphane*, Crédit à la consommation, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, (zit.: *Piédelièvre*, Crédit à la consommation, in: Répertoire de droit commercial, avril 2023, *Sect. Ziff.*).
- Planiol, Marcel*, Classification des sources des obligations, in: Revue Revue Critique de législation et de jurisprudence 1904, S. 224–237, (zit.: *Planiol*, in: Revue Critique de législation et de jurisprudence 1904, S. 224 ()).
- Porchy-Simon, Stéphanie*, Droit des obligations 2026, 18<sup>e</sup> éd., Paris 2025, (zit.: *Porchy-Simon*, Droit des obligations, 18<sup>e</sup> éd. 2025, *Rn. (S.)*).
- Posner, Eric A.*, ProCD v Zeidenberg and Cognitive Overload in Contractual Bargaining, in: The University of Chicago Law Review 2010, Vol. 77, S. 1181–1194, (zit.: *Posner*, 77 U. Chi. L. Rev. (2010), 1181 ()).
- Poumarède, Mathieu*, in: *le Tourneau* (Hrsg.), Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, 13<sup>e</sup> éd., Paris 2023, (zit.: *Poumarède*, in: *le Tourneau*, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, 13<sup>e</sup> éd. 2023, *Ziff. (S.)*).
- Pridgen, Dee*, ALI's Restatement of the Law of Consumer Contracts: Perpetuating a Legal Fiction?, in: Loyola Consumer Law Review 2020, Vol. 32, no. 3, S. 540–580, (zit.: *Pridgen*, 32(3) Loyola Consumer L. Rev. (2020), 540 ()).
- Puig, Pascal*, Contrats spéciaux, 8<sup>e</sup> éd., Paris 2019, (zit.: *Puig*, Contrats spéciaux, 8<sup>e</sup> éd. 2019, *Rn. (S.)*).
- Randow, Philipp v.* Die Erlaßfalle, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995, S. 445–451, (zit.: *v. Randow*, ZIP 1995, 445 ()).
- Ranieri, Filippo*, Europäisches Obligationenrecht – Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Aufl., Wien/New York 2009, (zit.: *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, *S.)*).

- Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 3, Rom I-VO, Rom II-VO, 5. Aufl., Berlin 2023, (zit.: *Bearbeiter*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, *Lieferung*, Art. Rn.).
- Rea-Fauchinger, Maria Anna*, Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Berlin 2006, (zit.: *Rea-Fauchinger*, Der amerikanische Rechtsrealismus, 2006, S.).
- Recknagel, A. Einar*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, München 2005, (zit.: *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, 2005, S.).
- Redeker, Helmut*, IT-Recht, 8. Aufl., München 2023, (zit.: *Redeker*, IT-Recht, 8. Aufl. 2023, Rn.).
- Reimann, Mathias*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl., München 2004, (zit.: *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S.).
- Reis, Anna*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht – Ein deutsch-italienischer Rechtsvergleich unter Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts, Tübingen 2022, (zit.: *Reis*, Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht, 2022, S.).
- Repgen, Tilman*, Abschied von der Willensbetätigung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 200 (2000), S. 533–564, (zit.: *Repgen*, 200 AcP (2000), 533 ()).
- Repgen, Tilman*, Die Kritik Zitelmanns an der Rechtsgeschäftslehre des ersten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 114, 1997, S. 73–127, (zit.: *Repgen*, 114 SZGerm (1997), 73 ()).
- Rieble, Volker* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611–613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), Berlin 2025, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2025), § Rn.).
- Riehm, Thomas*, Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, in: Juristische Ausbildung 2000, 22. Jahrgang, Heft 10/2000, S. 505–513, (zit.: *Riehm*, Jura 2000, 505 ()).
- Riehm, Thomas*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015, (zit.: *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S.).



- Rodi, Daniel*, (Fehlende) Reichweite und (Un-)Wirksamkeit der neuen Zustimmungsfiktionsklausel in Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken/Nr. 2 AGB-Sparkassen, in: Wertpapiermitteilungen 2022, S. 1665–1673, (zit.: *Rodi*, WM 2022, 1665 ()).
- Rodi, Daniel*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 7.11.2019 – C-349/18 bis C-351/18, Kanyeba, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2020, S. 88–91, (zit.: *Rodi*, GPR 2020, 88 ()).
- Rodi, Daniel*, Das „Postbank-Modell“ Zur Frage der konkludenten Vertragsannahme bei fortgesetzter Kontonutzung in der „Post-Postbankentscheidungs- Ära“ unter besonderer Berücksichtigung von § 312a Abs. 3 BGB, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2022, S. 1583–1592, (zit.: *Rodi*, ZIP 2022, 1583 ()).
- Rodi, Daniel*, Zur Unwirksamkeit formularmäßiger Zustimmungsfiktionen im Bankrecht – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 27. April 2021 – XI ZR 26/20, WM 2021, 1128 – Teil I (Die Entscheidung und ihre Vorgeschichte) –, in: Wertpapiermitteilungen 2021, S. 1310–1315, (zit.: *Rodi*, WM 2021, 1310 ()).
- Rodi, Daniel*, Zur Unwirksamkeit formularmäßiger Zustimmungsfiktionen im Bankrecht – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 27.4.2021 = WM 2021, 1128 – Teil II (Die Folgen) –, in: Wertpapiermitteilungen 2021, S. 1357–1366, (zit.: *Rodi*, WM 2021, 1357 ()).
- Romero, Louis, J.*, The Consumer Products Warranties Act (Part I), in: Saskatchewan Law Review 1978, Vol. 43, no. 2, S. 81–192. (zit.: *Romero*, 43(2) Sask. L. Rev. (1978), 81 ()).
- Rustad, Michael L. / Onufrio, Maria Vittoria*, The Exportability of the Principles of Software: Lost in Translation, in: Hastings Science and Technology Law Journal 2010, Vol. 2, no. 1, S. 25–80, (zit.: *Rustad/ Onufrio*, 2(1) Hastings Sci. & Tech. L. J. (2010), 25 ()).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina / Schubert, Claudia* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (10. Aufl. 2025), Band 2 (9. Aufl. 2022), Band 3 (9. Aufl. 2022), Band 4, 1. Halbband (9. Aufl. 2024), Band 6 (9. Aufl. 2023), Band 7 (9. Aufl. 2024), Band 13 (9. Aufl. 2025), München, (zit.: *MüKO/Bearbeiter, Aufl., §/Art. Rn.*).

- Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen römischen Rechts, Dritter Band, Berlin 1840, (zit.: *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Dritter Band, 1840, § (S.)).
- Scarberry, Mark S.*, The Gateway Thread – AALS Contracts Listerv, in: Touro Law Review 2000, Vol. 16, no. 4, S. 1147–1204, (zit.: *Autor*, in: Scarberry, 16 Touro L. Rev. (2000), 1147 ()).
- Schaffer, Solan*, A Case for the Extension of the De Facto Officer Doctrine, in: Indiana Law Review 2022, Vol. 55, no. 2, S. 407–430, (zit.: *Schaffer*, 55(2) Ind. L. Rev. (2022), 407 ()).
- Scheffer, Urban*, Schweigen auf ein Angebot als stillschweigende Annahme?, in: Neue Juristische Wochenschrift 1995, S. 3166–3168, (zit.: *Scheffer*, NJW 1995, 3166 ()).
- Schlesinger, Rudolf B.* (Hrsg.), Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems, Vol. I, Vol. II, Dobbs Ferry 1968, (zit.: *Autor*, in: Schlesinger, Formation of Contracts, Vol., 1968, S. ()).
- Schmidlin, Bruno*, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht – Le contrat en droit civil européen, Zürich 2011, (zit.: *Schmidlin*, Der Vertrag im europäischen Zivilrecht, 2011, S.).
- Schmidt, Jessica*, Der Vertragsschluss – ein Vergleich zwischen dem deutschen, französischen, englischen Recht und dem CESL, Tübingen 2013, (zit.: *Schmidt, J.*, Vertragsschluss, 2013, S.).
- Schmidt, Karsten*, „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts, in: Archiv für die civilistische Praxis, 1986, Band 186, Heft 5 (1986), S. 421–452, (zit.: *Schmidt, K.*, 186 AcP (1986), 421 ()).
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 147, Heft 2 (1941), S. 130–197, (zit.: *Schmidt-Rimpler*, 147 AcP (1941), 130 ()).
- Schneider, Doris Annette*, Vertragsschluss bei Schutzhüllenverträgen, in: Computer und Recht (CR) 1996, S. 657–663, (zit.: *Schneider, D.*, CR 1996, 657 ()).
- Schneider, Egon*, Neue Rechtsprechung zur „Erlassfalle“, in: Monatschrift für Deutsches Recht (MDR) 2000, S. 857–858, (zit.: *Schneider, E.*, MDR 2000, 857 ()).
- Schneider, Jochen* (Hrsg.), Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl., Köln 2017, (zit.: *Autor*, in: Schneider, J., Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Rn.).

- Schönfelder, Matthias*, Die Erlassfälle – ein unmoralisches Angebot?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 492–494, (zit.: *Schönfelder*, NJW 2001, 492 ()).
- Schuhmacher, Dirk*, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, in: Computer und Recht (CR) 2000, S. 641–651, (zit.: *Schuhmacher*, CR 2000, 641 ()).
- Schulte-Nölke, Hans*, Incorporation of Standard Contract Terms on Websites – Observations on the American Law Institute’s Restatement of Consumer Contract Law, in: European Review of Contract Law 2019, Vol. 15, no. 2, S. 103–129, (zit.: *Schulte-Nölke*, 15(2) ERCL 2019, 103 ()).
- Schultess, Paul*, Gängige Einwände der Kreditinstitute gegen Rückzahlungsansprüche ihrer Kunden nach Zustimmungsfiktion, in: Neue Juristische Wochenschrift 2022, S. 431–437, (zit.: *Schultess*, NJW 2022, 431 ()).
- Schulz, Björn*, Vertragliche Weiterveräußerungsbeschränkungen von Fußball-Bundesligatickets – Eine Analyse der Rechtswirksamkeit aus AGB-rechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2018, (zit.: *Schulz*, Vertragliche Weiterveräußerungsbeschränkungen von Fußball-Bundesligatickets, 2018, S.).
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), New Features in Contract Law, München 2007, (zit.: *Autor*, in: Schulze, New Features in Contract Law, S. ()).
- Schulze, Reiner* (Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos Handkommentar, 12. Aufl., Baden-Baden 2024, (zit.: *Schulze/Bearbeiter*, 12. Aufl. 2024, § Rn.).
- Schulze, Reiner / Perales Viscasillas, Pilar* (Hrsg.), The Formation of Contract – New Features and Developments in Contracting, Baden-Baden 2016, (zit.: *Autor*, in: Schulze/Perales Viscasillas, The Formation of Contract, 2016, S. ()).
- Schulze, Reiner / Zoll, Fryderyk*, Europäisches Vertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2021, (zit.: *Schulze/Zoll*, Europäisches Vertragsrecht, 3. Aufl. 2021, § Rn. (S.)).
- Schuster, Fabian / Grützmaker, Malte* (Hrsg.), IT-Recht Kommentar: EU-Recht – Nationales Recht – Besondere Vertragsbedingungen, Köln 2020, (zit.: *Autor*, in: Schuster/Grützmaker, IT-Recht, 1. Aufl. 2020, § Rn.).

- Schwartmann, Rolf* (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl., Köln 2017, (zit.: *Autor*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2017, *Rn.*).
- Schwarze, Roland*, Die Annahmehandlung in § 151 BGB als Problem der prozessualen Feststellbarkeit des Annahmewillens, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 202 (2002), S. 607–630, (zit.: *Schwarze*, 202 AcP (2002), 607 ()).
- Sefton-Green, Ruth / André, Christophe / Chagny, Muriel / Cuniberti, Gilles / Jouary, Philippe / Normand, Clothilde / Rochfeld, Judith*, France, in: Gordley, James (Hrsg.), The Enforceability of Promises in European Contract Law, Oxford 2001, (zit.: *Sefton-Green et al.*, in: Gordley, The Enforceability of Promises in European Contract Law, 2001, S.).
- Sickinger, Mirko*, Vertrieb von Standardsoftware – Rechtsnatur der Überlassungsverträge und vertragliche Haftung für Softwarefehler, Köln 1993, (zit.: *Sickinger*, Vertrieb von Standardsoftware, 1993, S.).
- Simitis, Spiros*, Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 172, Heft 2/3 (1972), S. 131–154, (zit.: *Simitis*, 172 AcP (1972), 131 ()).
- Simitis, Spiros*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute, Frankfurt am Main 1957, (zit.: *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S.).
- Singer, Reinhard*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995, (zit.: *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S.).
- Smith, Graham P.*, Shrink-Wrap Licensing in the Scottish Courts, in: International Journal of Law and Information Technology 1996, Vol. 4, no. 2, S. 131–150, (zit.: *Smith*, 4 Int'l J. L. & Info. Tech. (1996), 131 ()).
- Smlsalova, Jana*, Shrink-Wrap/Click-Wrap Agreements and English Contract Law, in: Common Law Review 2007, Vol. 8, S. 13–21, (zit.: *Smlsalova*, 8 Common L. Rev. (2007), 13 ()).
- Söder, Stefan*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License – Wirksamkeit nachgeschobener Herstellervereinbarungen im Massenmarkt für digitale Informationen in Deutschland und den USA, München 2006, (zit.: *Söder*, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrap License, 2006, S.).

- Solan, Lawrence M.*, Contract as Agreement, in: Notre Dame Law Review 2007, Vol. 83, Issue 1, S. 353–408, (zit.: *Solan*, 83(1) Notre Dame L. Rev. (2007), 353 ()).
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Aufl., München 2019, (zit.: *Spindler/Schuster/Bearbeiter*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § *Rn.*).
- Stoffels, Markus* (Red.), Staudinger BGB – J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit EinführungsGesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310; UKlaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz), Berlin 2022, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter* (2022), § *Rn.*).
- Stone, Richard/Devenney, James*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed., London/New York 2025, (zit.: *Stone/Devenney*, The Modern Law of Contract, 15<sup>th</sup> ed. 2025, S.).
- Struck, Gerhard*, Vertragsfreiheit – ein Grundrecht?, in: Demokratie und Recht 1/1988, S. 39–49, (zit.: *Struck*, DuR 1988, 39 ()).
- Stürner, Michael*, Europäisches Vertragsrecht – Institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht, Berlin/Boston 2021, (zit.: *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § *Rn.* (S.)).
- Stürner, Rolf* (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO, Kommentar, 19. Aufl., München 2023, (zit.: *Jauernig/Bearbeiter*, 19. Aufl. 2023, § *Rn.*).
- Süddeutsche Zeitung*, AGB-Widerspruch auf Facebook ist „juristisch unsinnig“ (13.11.2012), <https://www.sueddeutsche.de/digital/datenschutz-in-sozialen-netzwerken-agb-widerspruch-auf-facebook-ist-juristisch-unsinnig-1.1521646> (zuletzt abgerufen am 04.08.2025).
- Suzuki-Klasen, Anna Katharina*, A Comparative Study of the Formation of Contracts in Japanese, English, and German Law, Baden-Baden 2022, (zit.: *Suzuki-Klasen*, A Comparative Study of the Formation of Contracts, 2022, S.).
- Teichmann, Arndt*, in: *Pawlowski, Hans-Martin/Wieacker, Franz* (Hrsg.), Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970, Göttingen 1982, S. 294–316, (zit.: *Teichmann*, in: *Pawlowski/Wieacker*, FS Michaelis, 1972, S. 294 ()).

- Terré, François/Simler, Philippe, Chénéde, François/Lequette, Yves*, Droit civil – Les obligations, 13<sup>e</sup> éd., Paris 2022, (zit.: *Terré/Simler/Lequette/Chénéde*, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd. 2022, Rn. (S.)).
- The American Law Institute*, Frequently Asked Questions, What is the difference between Restatements, Principles, and Model Codes?, <https://www.ali.org/faq> (zuletzt abgerufen am 04.08.2025).
- The American Law Institute*, Principles of the Law of Software Contracts, (zit.: *The American Law Institute*, Principles of the Law of Software Contracts, Update, § (Westlaw S.)).
- The American Law Institute*, Restatement (Second) of Contracts, (zit.: *The American Law Institute*, Restatement (Second) of Contracts, Update, § (Westlaw S.)).
- The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, 2024 (zit.: *The American Law Institute*, Restatement of the Law, Consumer Contracts, Update, § (Westlaw S.)).
- Thomale, Chris/Schleißler, Marc*, Das innere System des Rechtsscheins, in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 2015, S. 454–488, (zit.: *Thomale/Schleißler*, ZfPW 2015, 454 ()).
- Thomale, Chris*, Leistung als Freiheit – Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, Tübingen 2012, (zit.: *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S.).
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether* (Hrsg.), AGB-Recht – Kommentar, 13. Aufl., Köln 2022, (zit.: *Bearbeiter*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § Rn.).
- UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rom 2016, (zit.: *Unidroit*, UNIDROIT Principles, 2016, Art. (S.)).
- Vialard, Antoine*, L'offre public de contrat, in: Revue trimestrielle de droit civil 1971, S. 750–791, (zit.: *Vialard*, RTDCiv 1971, 750 ()).
- Vogel, Hans-Gert*, AGB-Klauseln zur Änderung von Bankverträgen nach der „Postbank-Entscheidung“ des BGH, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 2021, S. 312–326, (zit.: *Vogel*, ZBB 2021, 312 ()).
- Vogenaier, Stefan* (Hrsg.), Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC), 2<sup>nd</sup> ed., Oxford 2015, (zit.: *Bearbeiter*, in: *Vogenaier*, Commentary on the UNIDROIT Principles, 2<sup>nd</sup> ed. 2015, Art. Rn. (S.)).

- Vytlačil, Jan*, Die Willensbetätigung, das andere Rechtsgeschäft – Eine Untersuchung zur Rechtsnatur der §§ 144, 151, 959, 1943, 2255 BGB, Berlin 2009, (zit.: *Vytlačil*, Die Willensbetätigung, 2009, S.).
- Wagner, Sandra Vivian*, Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet – Ein Vergleich zwischen englischem und deutschem Recht, Berlin 2010, (zit.: *Wagner*, Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet, 2010, S.).
- Weber, Kathrin*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung: eine Untersuchung am Beispiel des elektronischen Geschäftsverkehrs sowie sonstiger Fernabsatzverträge, Tübingen 2019, (zit.: *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 2019, S.).
- Weller, Marc-Philippe*, Die Vertragstreue – Vertragsbindung, Nacherfüllungsgrundsatz, Leistungstreue, Tübingen 2009, (zit.: *Weller*, Vertragstreue, 2009, S.).
- Wendland, Matthias*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit – Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Tübingen 2019, (zit.: *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S.).
- Wendt, Otto*, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 92, Heft. 1/2 (1902), S. 1–287, (zit.: *Wendt*, 92 AcP (1902), 1 ()).
- Wertenbruch, Johannes*, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen, in: Juristische Schulung 2020, S. 481–488, (zit.: *Wertenbruch*, JuS 2020, 481 ()).
- Wessling, Hendrik / Stopfer, Kevin*, Rechtliche Anforderungen an Preisänderungsklauseln für Fernwärmelieferverträge nach der AVBFernwärmeV, in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2022, S. 353–356, (zit.: *Wessling/Stopfer*, EnWZ 2022, 353).
- Westermann, Harm Peter / Grunewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.), Erman, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BeurkG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, 17. Aufl., Köln 2023, (zit.: *Erman/Bearbeiter*, 17. Aufl. 2023, S./Art. Rn.).

- Westphalen, Friedrich Graf von / Thüsing, Gregor / Pamp, Rüdiger* (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 51. EL 2025 München, (zit.: *Autor*, in: Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Klauselwerke“ (EL) Rn.).
- Westphalen, Friedrich Graf von*, „Zeitenwende“ im Verbraucherschutz. Einige Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 8.9.2022 – C-80/21–C-82/21, in: Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ) 2023, S. 9–17, (zit.: *Graf von Westphalen*, IWRZ 2023, 9 ()).
- Westphalen, Friedrich Graf von*, AGB-Recht im ersten Halbjahr 2021, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 2328–2332, (zit.: *Graf von Westphalen*, NJW 2021, 2328 ()).
- Westphalen, Friedrich Graf von*, Zustimmungsfiktion zur Vertragsänderung im Verbraucher- und Unternehmerverkehr, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 3145–3150, (zit.: *Graf von Westphalen*, NJW 2021, 3145 ()).
- Wilburg, Walter*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 163, Heft 4 (1964), S. 346–379, (zit.: *Wilburg*, 163 AcP (1964), 346 ()).
- Wolf, Manfred / Lindacher, Walter / Pfeiffer, Thomas* (Hrsg.), AGB-Recht, 7. Aufl., München 2020, (zit.: *Autor*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Teil, Rn.).
- Zehentner, Markus*, Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce – Ein Vergleich des US-amerikanischen und Europäischen Verbraucherschutzrechts, Baden-Baden 2004, (zit.: *Zehentner*, Transatlantischer Verbraucherschutz, 2004, S.).
- Ziegler, Philipp*, Der subjektive Parteiwille – Ein Vergleich des deutschen und englischen Vertragsrechts, Tübingen 2018, (zit.: *Ziegler*, Der subjektive Parteiwille, 2018, S.).
- Zimmermann, Reinhard / Knütel, Rolf / Meinecke, Peter* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, (zit.: *Autor*, in: Zimmermann/Knütel/Meinecke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. ()).
- Zimmermann, Reinhard*, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, (zit.: *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S.).



- Zwanzger, Michael*, Der mehrseitige Vertrag, Tübingen 2013, (zit.: *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, 2013, S.).
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, (zit.: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, § (S.)).
- Zweigert, Konrad*, Seriositätsindizien: Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen, in: *JuristenZeitung*, 19. Jahrgang, Heft 11/12 (12.06.1964), S. 349–354, (zit.: *Zweigert*, JZ 1964, S. 349 ()).
- Zwickel, Martin*, Bürgernahe Ziviljustiz: die französische juridiction de proximité aus deutscher Sicht; zugleich ein Beitrag zur Definition eines Gesamtmodells bürgernaher Justiz, Tübingen 2010, (zit.: *Zwickel*, Bürgernahe Ziviljustiz, 2010, S.).





Nicht immer ist einer Person bewusst, dass sie aufgrund ihres Handelns einer vertraglichen Bindung unterliegen kann und nicht immer ist diese Wirkung von ihr gewollt. Das Problem solcher Erklärungsfiktionen stellt sich sowohl für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als auch für Vertragsänderungen und den Fall nachgeschobener Klauseln.

Die vorliegende Arbeit untersucht das Zustandekommen von Verträgen nach dem deutschen Recht, dem französischen Recht, dem englischen und dem US-amerikanischen Recht sowie nach den europäischen Modellgesetzen in Form des Draft Common Frame of Reference (DCFR) und der Principles of European Contract Law (PECL). Dabei werden Ansatzpunkte in der Technik des Vertragsschlusses untersucht, die Erklärungsfiktionen entgegenwirken.

**Melinda Malek** studierte Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit Auslandsaufenthalten in Finnland und in den USA. Ihr Referendariat absolvierte sie im OLG-Bezirk München.

ISBN 978-3-99181-887-8

