

Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwischen Deutschland und Finnland

Bearbeitet von
Jutta Jasmin Uusitalo

1. Auflage 2013. Buch. XV, 511 S. Hardcover

ISBN 978 3 631 63948 1

Format (B x L): 14,8 x 21 cm

Gewicht: 790 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil > Allgemeine Geschäftsbedingungen](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Studien zum vergleichenden und internationalen Recht –
Comparative and International Law Studies

Herausgeber: Bernd von Hoffmann†, Erik Jayme
und Heinz-Peter Mansel

182

Jutta Jasmin Uusitalo

Einbeziehung von AGB
im unternehmerischen
Geschäftsverkehr zwischen
Deutschland und Finnland



PETER LANG

5. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen

Die überwiegende Mehrheit der Verträge des internationalen unternehmerischen Geschäftsverkehrs besteht heutzutage sowohl aus AGB (typischerweise z.B. Haftungsbeschränkungsklauseln) als auch aus Individualvereinbarungen (z.B. hinsichtlich der zu liefernden Menge).⁴⁰² Die Abgrenzung zwischen diesen Formen der Vertragsbedingungen ist wichtig, da die Voraussetzungen, wie AGB und Individualvereinbarungen zum Bestandteil des Vertrags werden, teils unterschiedlich sind und Individualvereinbarungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle des deutschen Rechts nicht unterliegen, sondern lediglich an §§ 134, 138 und 242 BGB gemessen werden.⁴⁰³ Weiterhin ist es wichtig, das Rangverhältnis zwischen AGB und Individualvereinbarungen zu klären.

5.1 Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

5.1.1 Vergleich der Definitionen im deutschen und finnischen Rechts

Im deutschen Recht ist der Begriff der AGB in § 305 I BGB definiert. Das finnische Recht bietet keine gesetzliche Definition der AGB an, sondern die Definition der AGB ist in der Rechtsliteratur und Rechtsprechung entstanden. Dem Begriff der AGB wird jedoch in Finnland – auch verhältnismäßig betrachtet – viel weniger Interesse entgegengebracht als in Deutschland. Meistens werden nur die wichtigsten Eigenschaften der AGB kurz aufgelistet, ohne den Begriff besonders zu thematisieren. Dies ist mutmaßlich darauf zurückzuführen, dass in Finnland kaum darüber gestritten wird, ob die Vertragsbedingungen AGB sind oder nicht.

402 *Stadler*, S. 39; *Stoffels*, S. 116; *Hoppu/Hoppu*, S. 63 und 65; *Kuuskoski*, S. 26; *Aspbäck*, S. 80.

403 Vgl. § 305 und 307 BGB; vgl. auch BGH NJW-RR 2009, 947, 947-948; *Graf von Westphalen*, Einkaufsbedingungen, S. 9; *Kappus* NZM 2010, 529, 530, 534, 541 und 543; *Acker/Bopp* BauR 2009, 1040, 1043; *Dose* NZM 2009, 381, 382; *Wilhelmsson*, S. 43-44. Vgl. aber auch die Überlegung von *Lieb* AcP 178 (1978), 196, 223-225, ob man den Weg der gesonderten AGB-rechtlichen Vorschriften weitergehen oder zu einem einheitlich geltenden Privatrecht zurückkehren soll, indem man den Kreis derjenigen Klauseln, die generell (sowohl in Individualverträgen als auch in AGB) zu missbilligen sind, etwas erweitern würde und somit den Bedarf an die Unterscheidung zwischen den Fällen gestörter Vertragsparität und Gleichgewichtslagen entbehrlich machen würde.

Dies beruht vermutlich einerseits darauf, dass die Begrifflichkeit im finnischen Recht nicht so zentral ist wie im deutschen Recht⁴⁰⁴ und andererseits darauf, dass die Unterscheidung zwischen AGB und Individualvereinbarungen im finnischen Recht nicht so bedeutsam ist wie im deutschen Recht⁴⁰⁵.

Nach § 305 I Satz 1 BGB und nach den allgemeinen Prinzipien des finnischen Rechts⁴⁰⁶ sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle Vertragsbedingungen⁴⁰⁷, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind⁴⁰⁸ und die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt⁴⁰⁹. Es

404 Vgl. Abschnitt 4.2.1.

405 Siehe diesbezüglich die Erläuterungen in Abschnitt 5.2.1.2 und im Exkurs unter Abschnitt 11.2 über die Allgemeine Inhaltskontrolle nach § 36 OikTL, die sowohl Individualvereinbarungen als auch AGB-Klauseln betrifft.

406 Vgl. z.B. *Hemmo*, Sopimusoikeus I, S. 148; *Wilhelmsson*, S. 36; *Telaranta*, S. 183-184; Rovaniemi HO 28.4.2010, T:332.

407 Vertragsbedingungen sind alle Erklärungen, die den Vertragsinhalt regeln. Dagegen sind Bitten oder Empfehlungen keine Vertragsbedingungen (BGH NJW 1994, 188-189; 1996, 2574-2576; *Stoffels*, S. 36 und 39; *Grünberger Jura* 2009, 249, 252-253; *Telaranta*, S. 184; *Ahtonen*, S. 273). Weiterhin werden einseitige Rechtsgeschäfte des Vertragspartners zu einer Vertragsbedingung im Sinne von AGB, wenn sie vom Verwender vorformuliert sind. Somit sind §§ 305 ff. BGB auf sie anwendbar (BGH ZIP 2009, 2446, 2447; BGH NJW 1999, 1864; *Grünberger Jura* 2009, 249, 253; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack* 2011, § 305 Rn 16). Teilweise wird zusätzlich ein Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung vorausgesetzt (OLG Koblenz NJW-RR 1994, 58). Dagegen stellen bei eigenen einseitigen Rechtsgeschäften verwendete vorformulierte Texte keine AGB dar, da es sich um keine Vertragsbedingungen handelt und der Erklärende nur seine eigene Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt (*Heinrichs* NJW 1997, 1407, 1408; *Staudinger AGB/Schlosser* 2006, § 305 Rn 10; *Ring/Klingelhöfer/Niebling*, S. 41).

408 Entscheidend ist die Absicht, die vor dem Vertragsabschluss formulierten Bedingungen mehrfach zu verwenden. Soweit diese Absicht besteht, sind die Bedingungen schon bei der ersten Verwendung AGB (BGH NJW 2004, 1454-1455; *PWW/Berger* 2011, § 305 Rn 5; *Grünberger Jura* 2009, 249, 254; *Stoffels*, S. 42; *Helsingin HO* 3.12.1998, T:3714; *Saarnilehto Oikeustieto* 2002, 2, 3; *Hemmo*, Sopimusoikeus I, S. 148; *Erma*, S. 17; aA *Mietaner*, S. 261, der bereit ist, die Anforderung der Mehrfachverwendungsabsicht ersatzlos zu streichen, da sie seiner Ansicht nach keine sinnvolle Funktion bei der Definierung des AGB-Begriffs hat. Dabei stellt er fest, dass hierzu eine Gesetzesänderung notwendig wäre).

409 Das Merkmal „Stellen“ bedeutet nach der traditionell herrschenden Ansicht, dass der Verwender die AGB dem Vertragspartner einseitig auferlegt (BGH NJW 2001, 2635, 2636; *Grünberger Jura* 2009, 249, 254; *Tonner/Willingmann/Tamm/Richter* 2010, § 305 Rn 6; *Brox/Walker*, S. 102; *AnwK AGB-Recht/Niebling* 2012, Glossar Rn 1085; *MüKo Bd. 2/Basedow* 2007, § 305 Rn 21; *Heinrichs* NJW 1977, 1505, 1507; *Telaranta*, S. 184; *Lindström*, S. 63. Eine andere Ansicht vertreten *Schiffer/Weichel* BB 2011,

1283, 1284; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, S. 234; Palandt/*Grüneberg* 2012, § 305 Rn 10; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack* 2011, § 305 Rn 26-27; Niebling MDR 2010, 961, 961; Niebling ZMR 2010, 509, 510; Jaeger NJW 1979, 1569, 1572 und Kramer ZHR 146 (1982), 105, 112, nach denen es genügt, dass der Verwender die AGB aus eigenem Antrieb in die Vertragsverhandlungen eingebracht bzw. ein konkretes Einbeziehungsangebot gemacht hat. Dieser Ansicht ist zu folgen, da das Folgen der ersten Ansicht den Anwendungsbereich des AGB-Rechts entgegen seinem Schutzzweck zu sehr einschränkt. Dies ergibt sich daraus, dass keine einseitige Durchsetzung ohne Verhandlungsbereitschaft verlangt werden kann, um die Anwendbarkeit des AGB-Rechts zu bejahen, sondern es muss genügen, dass der Verwender die AGB aus eigenem Antrieb in die Verhandlungen einbringt (Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack* 2011, § 305 Rn 26; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer 2009, § 305 Rn 30). Hierbei ist jedoch anzumerken, dass diejenige Partei, die die AGB konkret mitbringt, kann nicht automatisch für Verwender gehalten werden, da es rein zufällig sein kann, welche Partei im konkreten Fall den vom Dritten entworfenen Mustervertrag tatsächlich kauft. Daher kommt es darauf an, ob sich die Parteien gemeinsam über das anzuwendende Klauselwerk geeinigt haben und es hierbei der anderen Partei frei stand, auch andere Klauselwerke einzubringen und sie eine effektive Möglichkeit der Durchsetzung anderer Vertragstexte hatte (BGH NJW 2010, 1131, 1132-1133). In diesem Sinne auch Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer 2009, § 305 Rn 30, der zusätzlich zu dem Einbringen in die Vertragsverhandlungen voraussetzt, dass die andere Vertragspartei keine reale Möglichkeit zum Aushandeln hat und *Graf von Westphalen* NJW 2011, 2098, 2098, nach dem das Stellen bedeutet, dass der Vertragspartner mit den AGB so konfrontiert wird, dass er auf deren inhaltliche Gestaltung keinen Einfluss nehmen kann. AA Niebling MDR 2011, 1399, 1400 und ZMR 2010, 509, 510, der das Urteil des BGH so zu verstehen scheint, dass die AGB-Eigenschaft eines Klauselwerks schon dadurch entzogen wird, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders (formulärmäßig) erklärt, dass er mit dem Klauselwerk einverstanden ist. Deshalb ist die Rechtsprechung des BGH seiner Meinung nach abzulehnen. Stattdessen soll das Merkmal des Stellens lediglich dann entfallen, wenn die andere Vertragspartei die Bedingungen kennt und unabhängig von dem Vorschlag des Verwenders deren Einbeziehung wünscht. Meines Erachtens kann die Entscheidung des BGH nicht im Sinne von Niebling interpretiert werden, da das Urteil voraussetzt, dass es der anderen Partei frei stand, andere Klauselwerke einzubringen und sie eine effektive Möglichkeit zur Durchsetzung dieser anderen Texte hatte. Kramer (ZHR 146 (1982), 105, 114-115) vertritt noch weitergehend, dass man auf das Tatbestandsmerkmal des „Stellens“ verzichten soll, damit auch der Inhalt der nicht gestellten Vertragsbedingungen kontrollierfähig wäre). Allerdings ist hierbei besonders zu beachten, dass die Vertragspartei, die in der Regel Verträge unter Einbeziehung von bestimmten AGB abschließt, auch dann Verwender der AGB ist, wenn ihr Vertragspartner die AGB aufgrund seines Wissens über die regelmäßige Verwendung dieser AGB bereits in sein Angebot aufgenommen hat und damit formal die Stellung eines Verwenders eingenommen hat. Somit wird auch der vorauseilend gehorsame Vertragspartner, der bereits in sein Angebot den Willen der stärkeren Marktseite berücksichtigt, durch das AGB-Recht geschützt (BGH

ist gleichgültig, ob die Bestimmungen in die Vertragsurkunde aufgenommen werden oder ob sie einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden. Ebenso ist es unbedeutend, welchen Umfang die AGB haben, in welcher Weise sie fixiert sind und welche Form der Vertrag hat.⁴¹⁰ Auch die Wahlmöglichkeit des Vertragspartners zwischen bestimmten vom Verwender vorgegebenen Alternativen hebt die Eigenschaft der Klausel als AGB nicht auf.⁴¹¹ Weiterhin ist für die Definition der Vertragsbedingungen als AGB gleichgültig, ob die Vertragsbedingungen vom Verwender selbst oder durch Dritte entworfen sind, so-

NJW 1997, 2043, 2044; BGH NJW-RR 2006, 740; *Graf von Westphalen* NJW 2007, 2228, 2228; PWW/*Berger* 2011, § 305 Rn 8; *Lorenz* DAR 2010, 314, 316). Vgl. auch *Miethaner*, S. 261-262, dem zufolge das Tatbestandsmerkmal des „Stellens“ sachlich nicht gerechtfertigt und entbehrlich ist. Seiner Ansicht nach soll es genügen, dass eine Partei die Inhaltskontrolle ihres eigenen Klauselwerks zu ihren Gunsten nicht verlangen darf.

410 § 305 I Satz 2 BGB; *Hemmo*, *Sopimusoiokus I*, S. 148; *Laurila*, S. 37; *Bernitz*, in: *Finnarätt*, S. 166-167; *Tanninen*, S. 4. Daher handelt es sich auch bei den als Textbausteine auf dem Rechner oder nur im Kopf des Verwenders gespeicherten Vertragsbedingungen um AGB (BGH NJW 1999, 2180, 2181; 2005, 2543, 2544; *Schwab*, S. 12; MüKo Bd. 2/*Basedow* 2007, § 305 Rn 13; *Gottschalk* NJW 2005, 2493, 2494). Die Stellungnahmen in Finnland sind vorsichtiger, da sie nur auf die auf dem Rechner gespeicherten AGB Bezug nehmen (*Oikeustoimilakitöimikunta*, S. 309; *Wilhelmsson*, S. 36). Dies ist insofern zweckmäßig, als es in der Praxis oft schwierig sein kann, die Vorformulierung der lediglich im Kopf des Verwenders gespeicherten AGB zu beweisen.

411 BGH NJW-RR 1986, 54, 54-55; 1997, 1000, 1000-1001; BGH NJW 2010, 1131, 1133; 1992, 503, 504; *Ring/Klingelhöfer/Niebling*, S. 49; MüKo Bd. 2/*Basedow* 2007, § 305 Rn 41; *Staudinger Eckpfeiler/Coester* 2011, E. Rn 25; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Reiff* 2009, Klauseln Rn V 86; *Lorenz* DAR 2010, 314, 316; *Schuhmann* JZ 1998, 127, 130; *Laurila*, S. 40; *Wilhelmsson*, S. 52; aA *Miethaner*, S. 241-242, soweit der Vertragspartner des AGB-Verwenders die Auswahl selbst trifft und nicht der Verwender oder sein Abschlussgehilfe. Allerdings kann die Wahlmöglichkeit des Vertragspartners meines Erachtens insofern Bedeutung haben, als es um die Kenntnismöglichkeit des Vertragspartners oder um den Überraschungscharakter einer Klausel geht. Wenn der Vertragspartner die Klausel selbst gewählt hat, hat er nachweislich Kenntnis vom Inhalt der Klausel genommen. Eine selbst gewählte Klausel dürfte für den Vertragspartner in den meisten Fällen nicht überraschend sein, obwohl dies nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, weil eine Klausel auch wegen eines unerwarteten Ergebnisses durch das Zusammenwirken aller Klauseln des Vertrags überraschend sein kann. Jedoch behält die Klausel trotz der Wahlmöglichkeit ihre Eigenschaft als AGB, weil der Vertragspartner keinen Einfluss auf den Inhalt der Alternativen hat. Weiterhin kann eine gewählte Klausel inhaltlich unzulässig bzw. unangemessen sein, da es möglich ist, dass alle dem Vertragspartner zur Wahl gestellten Klauseln unzulässig bzw. unangemessen sind (vgl. *Stoffels*, S. 42; *Laurila*, S. 40, 56-58).

weit sich der Verwender die AGB zu Eigen macht.⁴¹² Außerdem sind die persönlichen Eigenschaften des AGB-Verwenders oder des Vertragspartners für die Definition des Begriffs ohne Bedeutung.⁴¹³

Wie der vorige Absatz zeigt, ist die theoretische Definition der AGB in Deutschland und in Finnland grundsätzlich ähnlich. Bei genauer Betrachtung sind jedoch einige bedeutsame Unterschiede auf der Anwendungsebene festzustellen. Zum Beispiel genügt nach deutschem Recht schon die Absicht, die Klausel für mindestens drei Verträge zu verwenden, um die Anforderung der Vorformulierung der Bedingungen für eine Vielzahl von Verträgen zu erfüllen.⁴¹⁴ Diese drei Verträge können auch anlässlich eines Kundenvertrags geschlossene Subunternehmerverträge sein, die die Klausel des Kundenvertrags den Subunternehmern back-to-back durchstellen.⁴¹⁵ Weiterhin gilt dies unabhängig davon, ob der Verwender beabsichtigt, die Bedingungen in Verträgen mit mehreren oder lediglich mit einem Vertragspartner zu nutzen oder ob diese Absicht tatsächlich verwirklicht wird.⁴¹⁶ In Finnland wird dagegen eine höhere Zahl

412 BGH NJW 1984, 360; 1994, 2825, 2826; 2010, 1131, 1131; *Stoffels*, S. 45; *Schwab*, S. 12; *Brox/Walker*, S. 102; KKO 1992:50; *Telaranta*, S. 184; *Laurila*, S. 38; *Wilhelmsen*, S. 36-37.

413 *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack* 2011, § 305 Rn 83. Bezüglich des finnischen Rechts ergibt sich dies daraus, dass in der Rechtsprechung oder in der Literatur die persönlichen Eigenschaften der Parteien im Zusammenhang mit dem AGB-Begriff nicht diskutiert werden.

414 BGH NJW 2004, 1454; 2002, 138; *Grünberger Jura* 2009, 249, 254; MüKo Bd. 2/*Basedow* 2007, § 305 Rn 18; *Erman Bd. I/Roloff* 2011, § 305 Rn 11; *PWW/Berger* 2011, § 305 Rn 5; *Siegburg EWiR* 2004, 465, 465; *Graf von Westphalen/Thüsing/Graf von Westphalen*, Vertragsrecht – Individualvereinbarung Rn 5; kritisch *Braun BB* 1979, 689, 692; *Abels*, in: *AGB im Spannungsfeld*, S. 14, nach denen eine höhere Anzahl von Vertragsabschlüssen voraussetzen wäre. Noch weitergehend *Hellwege*, S. 572, dem zufolge das Vielzahlkriterium für die individualschützende Inhaltskontrolle aufzugeben ist.

415 *Kollmann NJOZ* 2011, 625, 627; *Abels*, in: *AGB im Spannungsfeld*, S. 14-15.

416 BGH NJW 2004, 1454; 2002, 138; *Bamberger/Roth Bd. 1/Becker* 2007, § 305 Rn 24; *NomosKomm Bd. 2/Kollmann* 2012, § 305 Rn 9; *Habersack/Schürnbrand*, in: *FS Canaris*, S. 368; *Castendyk ZUM* 2007, 169, 170; *Grünberger Jura* 2009, 249, 254. Aufgrund dieser engen Definition ist im deutschen Recht die Frage gestellt worden, ob auch ausgehandelte Rahmenvereinbarungen dadurch zu AGB werden, dass in ihnen zumindest ein Teil der Bedingungen für eine Vielzahl von zukünftigen Verträgen festgesetzt und somit bei folgenden Vertragsabschlüssen vorformuliert wird. Eine Ansicht bejaht die Anwendung des AGB-Rechts, solange nicht bei jeder Verwendung ein erneutes Aushandeln erfolgt (BGH NJW 1979, 367, 368-369; *Erman Bd. I/Roloff* 2011, § 305 Rn 20; *Schmitt/Ulmer*, S. 6). Die Gegenansicht lehnt dies dagegen zu Recht ab (*Kollmann NJOZ* 2011, 625, 626; *Lenkaitis/Löwisch ZIP* 2009, 441, 449; No-

von beabsichtigten Verwendungen der Klausel als in Deutschland verlangt.⁴¹⁷ Zudem wird vorausgesetzt, dass die AGB gegenüber mehreren Vertragspartnern angewendet werden oder dass zumindest eine diesbezügliche Absicht besteht.⁴¹⁸

Zusätzlich liegen nach deutschem Recht AGB bereits dann vor, wenn der Autor die Bedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert hat, obwohl der tatsächliche Verwender sie nur einmalig einsetzt und dabei seinem Vertragspartner stellt. Somit umfasst der AGB-Begriff Musterverträge sowie einzelne Musterklauseln.⁴¹⁹

Im finnischen Recht wird dagegen verlangt, dass der Verwender beabsichtigt, die Bedingungen vielfach zu verwenden. Somit handelt es sich nach dem finnischen Recht anders als nach dem deutschen Recht nicht um AGB, wenn

mosKomm Bd. 2/Kollmann 2012, § 305 Rn 97; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack 2011, § 305 Rn 45), da die erste Ansicht, die berechtigte Absicht der Vertragsparteien, eine gemeinsam vereinbarte individuelle Basis für die zukünftigen gemeinsamen Geschäfte zu schaffen, konterkariert. Die individuell ausgehandelten Rahmenverträge verlieren ihre Individualität nicht durch die mehrfache Inbezugnahme. Vielmehr ist die Geltung der in einer Rahmenvereinbarung vereinbarten Bedingungen für die späteren Einzelverträge von beiden Parteien gewünscht, um deren Abschlüsse zu erleichtern und zu beschleunigen. Somit wird das Merkmal „Stellen“ nicht erfüllt (NomosKomm Bd. 2/Kollmann 2012, § 305 Rn 97; Lenkaitis/Löwisch ZIP 2009, 441, 449-450).

- 417 Vgl. Heikkinen, S. 2, Bernitz, in: Finna rätt, S. 167 und Lindström, S. 63; nach denen solche Bedingungen AGB sind, die für eine große Anzahl von Verträgen vorformuliert sind; Wilhelmsson, S. 36; Ahtonen, S. 273-274 und Tanninen, S. 4, die über zahlreiche Verträge sprechen und Oksanen/Laine/Kaskiario, S. 29, die sogar über Massenverträge sprechen. Viele Autoren diskutieren nicht ausdrücklich, wie oft Bedingungen verwendet werden sollen, um AGB zu sein. Von dem Sprachgebrauch lässt sich jedoch ableiten, dass unter AGB grundsätzlich solche Klauselwerke verstanden werden, die standardgemäß gegenüber allen Kunden oder allen Lieferanten (einer Art) verwendet werden. Somit wird in der Praxis die Verwendung eines Klauselwerks bei deutlich mehr als drei Verträgen vorausgesetzt. So auch Oberassistent Mika Viljanen in einem mit ihm geführten mündlichen Gespräch am 16.2.2009.
- 418 Helsingin HO 3.12.1998, T:3714; Linna, S. 35; Wilhelmsson, S. 36; Pöyhönen, in: Finnish Law, S. 91; Hoppu/Hoppu, S. 63; Sarelin, S. 9 und 67; Väinölä, S. 4; Bernitz, in: Finna rätt, S. 167; Kosonen, S. 21 und 23; Erma, S. 17; Oikeustoimilakitöimikunta, S. 309 und 327.
- 419 BGH NZBau 2005, 590; BGH NJW 2010, 1131, 1131; OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 1935, 1938; MüKo Bd. 2/Basedow 2007, § 305 Rn 19; Ring/Klingelhöfer/Niebling, S. 46; PWW/Berger 2011, § 305 Rn 5; Graf von Westphalen, Einkaufsbedingungen, S. 8; Habersack/Schürnbrand, in: FS Canaris, S. 369; Leuschner AcP 207 (2007), 491, 517 und 522; Lorenz DAR 2010, 314, 316; Heinrichs NJW 1977, 1505, 1506; Schwab, S. 15; Schmitt/Ulmer, S. 5-6; aA Schwenker/Thode ZfIR 2005, 635, 637; kritisch auch Hellwege, S. 572.

eine Vertragspartei einen Mustervertrag aus einer Formularsammlung einmalig verwendet.⁴²⁰ Entsprechendes gilt auch dann, wenn der Autor⁴²¹ einen (Groß)teil der Bedingungen eines Vertrags als einzelne Klauseln seiner Datenbank entnimmt und diese zu einem individuell auf das Verhältnis der Parteien zugeschnittenen Vertrag zusammenfügt. Auch bei einem solchen Vertrag handelt es sich nach dem finnischen Verständnis um einen Individualvertrag und nicht um AGB.⁴²²

Im deutschen Recht wird dagegen für möglich gehalten, dass es sich um AGB handelt, wenn der Autor des Vertragsentwurfs die Bedingungen seiner Klauseldatenbank entnimmt, selbst wenn der Vertrag insgesamt nur auf ein Vertragsverhältnis zugeschnitten ist.⁴²³ Allerdings dürfte die Beweislastverteilung die Bedeutung dieser Auffassung entschärfen, da der Vertragspartner des AGB-Verwenders grundsätzlich beweisen muss, dass die Voraussetzungen des § 305 I Satz 1 und 2 vorliegen, wenn er sich auf den Schutz der AGB-Vorschriften beruft.⁴²⁴ Obwohl der BGH tendenziell von einer durch den Verwender widerlegbaren Vermutung für das Vorliegen von AGB ausgeht⁴²⁵, dürfte in den oben genannten Fällen ein dafür erforderlicher Anschein für eine Mehrfachverwendung fehlen, weil der Vertrag individuell auf das Verhältnis der Vertragsparteien zu-

420 *Sarelin*, S. 18; vgl. auch *Kuuskoski*, S. 25, die davon ausgeht, dass der AGB-Charakter eines Klauselwerks voraussetzt, dass zumindest eine Vertragspartei oder deren Interessenvertreter in der Formulierung der Bedingungen teilgenommen hat. Dieselbe Ansicht teilten auch Professor Ari Saarnilehto in einem mündlichen Gespräch am 12.2.2009 und Oberassistent Mika Viljanen in einem mündlichen Gespräch am 16.2.2009.

421 Der Autor kann z.B. die Vertragspartei selbst oder ihr Anwalt sein.

422 *Hemmo*, *Sopimusoikeus III*, S. 93. So auch Professor Ari Saarnilehto in einem mündlichen Gespräch am 12.2.2009 und Oberassistent Mika Viljanen in einem mündlichen Gespräch am 16.2.2009.

423 BGH ZIP 2005, 1604, 1604-1605; *Graf von Westphalen* NJW 2006, 2228, 2228 zusammenfassend aus der Rechtsprechung des BGH; *Graf von Bernstorff*, Vertragsgestaltung, S. 271; *Schwab*, S. 15; *Castendyk* ZUM 2007, 169, 170; *Schiffer/Weichel* BB 2011, 1283, 1283; *Miethaner*, S. 256; vgl. auch *Graf von Westphalen* ZGS 2006, 81; in diesem Sinne wohl auch *Ostendorf* FAZ Nr. 218 von 17.9.2008, S. 23 und *Habersack/Schürnbrand*, in: FS Canaris, S. 370; *Jahn* FAZ Nr. 21 von 25.1.2012, S. 21; aA *Schwenker/Thode* ZfR 2005, 635, 636-637; *Lieb* DNotZ 1989, 274, 289; kritisch auch *Stoffels*, S. 45 vor allem hinsichtlich Fälle, in denen der Autor in der Rolle eines neutralen Beraters agiert.

424 BGH ZGS 2008, 300, 302; *Probst* JR 2011, 213, 214; Staudinger *AGB/Schlosser* 2006, § 305 Rn 51; *NomosKomm Bd. 2/Kollmann* 2012, § 305 Rn 28; *Schmidt-Salzer* NJW 1977, 129, 131.

425 Vgl. BGH NJW 1992, 2160, 2162; 2000, 1110, 1111; 2004, 502, 503; 2009, 3717, 3720; *MüKo Bd. 2/Basedow* 2007, § 305 Rn 43; *Schmitt/Ulmer*, S. 10; *Schwenker/Thode* ZfR 2005, 635, 636; *Siegburg* EWIR 2004, 465, 466.

geschnitten ist⁴²⁶. Somit trägt der Vertragspartner des AGB-Verwenders die volle Beweislast. In der Praxis ist es ihm nur sehr schwer möglich nachzuweisen, dass der Autor den individuell zugeschnittenen Vertrag aus vorgefertigten Klauseln aus seiner Datenbank zusammengefügt hat, es sei denn man nimmt aufgrund allgemein bekannten juristischen Arbeitsweise in der Praxis an, dass der Vertragsentwurf aus vorgefertigten Klauseln besteht und diese somit AGB sind, soweit er nicht ausgehandelt wird.⁴²⁷ Allerdings wäre das, wie *Graf von Westphalen*⁴²⁸ formuliert, „der „Tod“ der anwaltlichen Datenbanken [...], weil sie dann alle AGB enthalten, deren Wirksamkeit angesichts einer oft extrem restriktiven Rechtsprechung im Bereich des gesamten Vertragsrechts mindestens zweifelhaft ist“.

Außerdem besteht ein bedeutsamer Unterschied darin, dass in Finnland traditionell unter den AGB der Klauselkatalog in seiner Gesamtheit verstanden wird.⁴²⁹ Dementsprechend werden auf der Einbeziehungsebene lediglich die gesamte AGB und nicht, wie im deutschen Recht⁴³⁰, die einzelnen, in einen Indivi-

426 So auch *Bröker* IBR 2010, 254; OLG Hamburg 12.12.2008 - 1 U 143/07; vgl. auch die Ansicht des BGH, dass ein Anschein für eine Mehrfachverwendung besteht, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (BGH NJW 2004, 502, 503; 2009, 3717, 3720; BGH ZGS 2008, 300, 302-303); siehe auch *Graf von Westphalen* NJW 2010, 2254, 2255; Erman Bd. 1/Roloff 2011, § 305 Rn 58; *Sieburg* EWiR 2004, 465, 466; aA wohl *Ring/Klingelhöfer/Niebling*, S. 46-47. Allerdings kann die individuelle Vertragsgestaltung im Zeitalter der automatisierten Textverarbeitung nicht ausschließlich daraus entnommen werden, dass die Vertragsparteien im Vertragstext namentlich genannt sind und der Vertrag individuelle Regelungen über die Projektorganisation enthält (so aber *Bröker* IBR 2010, 254; OLG Hamburg 12.12.2008 - 1 U 143/07 nach denen dies genügt).

427 Vgl. *Leuschner* AcP 207 (2007), 491, 517.

428 *Graf von Westphalen* NJW 2006, 2228, 2228; in diesem Sinne auch *Schwenker/Thode* ZfIR 2005, 635, 637.

429 Vgl. *Olsson* Nordiska Juristmötet 1957, 7, 18; *Oikeustoimilakitöimikunta*, S. 339; *Erma*, S. 10; *Karhapää*, S. 6. Dies wird allerdings in der Regel für selbstverständlich gehalten und daher nicht ausdrücklich diskutiert. Implizit vgl. z.B. *Hemmo*, Sopimussoikeus I, S. 148; *Saarnilehto/Hemmo/Kartio/Saarnilehto* 2001, S. 446, Aktualisierung 26.5.2004; *Ämmälä* LM 1994, 946, 951; aA jedoch *Laurila*, S. 34, nach dem für jede Klausel getrennt zu prüfen ist, ob es sich um eine Individualvereinbarung oder um eine AGB-Klausel handelt.

430 BGHZ 75, 15, 21; BGH NJW 1997, 135; *Graf von Westphalen*, Einkaufsbedingungen, S. 11; MüKo Bd. 2/Basedow 2007, § 305 Rn 30; *Staudinger Eckpfeiler/Coester* 2011, E. Rn 22; *Bamberger/Roth* Bd. 1/Becker 2007, § 305 Rn 11 und 30; aA jedoch *Vorderobermeier*, S. 106, nach dem es sich bei der Vereinbarung von AGB um eine globale Einbeziehung eines komplexen Bedingungswerkes handelt und *Acker/Bopp* BauR