

## Handelsbrauch und Verkehrssitte

Phillip Hellwege

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hellwege, Phillip. 2014. "Handelsbrauch und Verkehrssitte." *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (6): 853–87. <https://doi.org/10.1628/000389914x14213246017618>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



# Handelsbrauch und Verkehrssitte

von Prof. Dr. *Phillip Hellwege*, Augsburg

## *Inhaltsübersicht*

I. Einleitung .....	853
II. Die normative Geltung des Handelsbrauchs .....	854
III. Handelsbrauch und Verkehrssitte .....	858
IV. Dogmatische Unstimmigkeiten .....	862
V. Die historische Perspektive .....	869
VI. Die vergleichende Perspektive .....	871
VII. Das normativierende Verständnis als dogmatisches Rudiment .....	875
VIII. Die Herausbildung des modernen Verständnisses des Handelsbrauchs ..	876
IX. Willenstheorie – Erklärungstheorie .....	877
X. Handelsbrauch und das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft .....	880
XI. Der Handelsbrauch und die normative Auslegung .....	880
XII. Zusammenfassung .....	887

## *I. Einleitung*

Der Handelsbrauch steht heute nicht mehr im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses. Moderne Abhandlungen, die sich ihm widmen, sind selten.<sup>1</sup> Nicht besser ergeht es seiner bürgerlich-rechtlichen Schwester, der Verkehrssitte.<sup>2</sup> An einer mangelnden praktischen Bedeutung beider liegt dies nicht. Sitten und Bräuche bilden sich allenthalben heraus. Und auch in einer mangelnden rechtlichen Anerkennung kann nicht der Grund für dieses fehlende Interesse gesucht werden, wird doch beiden rechtliche Relevanz zuerkannt, und das sogar in zwei Zentralnormen des Privatrechts: § 346 HGB und § 157 BGB. Findet die mangelnde Auseinandersetzung mit beiden Figuren vielleicht

<sup>1</sup> Zuletzt *Basedow* ZHR 150 (1986), 469–491; *Lißner*; Handelsbräuche, 1999; *Selke*, Handelsbräuche als autonomes kaufmännisches Recht aus praktischer Sicht, 2001. Unbehandelt bleibt im folgenden die prozessuale Frage der Ermittlung von Handelsbrauch und Verkehrssitte; hierzu *Oestmann* JZ 2003, 285–290.

<sup>2</sup> Zuletzt *Oestmann* KritV 2002, 409–437; *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1969.

darin ihren Grund, daß alle dogmatischen Probleme inzwischen gelöst sind, alles gesagt und unstreitig ist?

## *II. Die normative Geltung des Handelsbrauchs*

Nimmt man den Handelsbrauch in den Blick und beschränkt sich zunächst auf dessen Darstellung in der modernen Kommentar- und Lehrbuchliteratur, erhält man in der Tat den Eindruck, als habe sich eine feste Begrifflichkeit herausgebildet. Die herrschende Meinung geht von einer nach Voraussetzungen und Wirkungen abgestuften Dreiteilung aus:<sup>3</sup>

Auf der einen Seite stehe das Handelsgewohnheitsrecht.<sup>4</sup> Es sei Rechtsquelle und entstehe durch eine längere Übung sowie die Überzeugung der Beteiligten, daß diese Übung rechtlich geboten sei. Auf der anderen Seite stehe die faktische Handelsübung.<sup>5</sup> Sie entfalte nur dann ihre Wirkung, wenn die Parteien über ihre Geltung einig seien und sie so Vertragsbestandteil geworden sei. Zwischen beiden stehe der Handelsbrauch. Er sei kein Gesetz im Sinne von Art. 2 EGBGB, keine verbindliche Rechtsnorm.<sup>6</sup> Seine Wirkungen könne er daher nicht aus sich selbst heraus entfalten, sondern nur durch Vermittlung

<sup>3</sup> Karsten Schmidt, in: MK-HGB, 3. Aufl. 2013, § 346 Rn. 16, 19; Koller, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2001, § 346 Rn. 16–18; Roth, in: Koller/Roth/Morck (Hg.), HGB, 7. Aufl. 2011, § 346 Rn. 3; Joost, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Hg.), HGB, 2. Aufl. 2009, § 346 Rn. 2–5; Wagner, in: Röhricht/v. Westphalen/Haas (Hg.), HGB, 4. Aufl. 2014, § 346 Rn. 25–27. Der folgende Abschnitt basiert auf Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2010, 94–95.

<sup>4</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 16; Hefermehl, in: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl. 1976, § 346 Rn. 2; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 3; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 5; Horn, in: Heymann, HGB, 4. Aufl. 2005, § 346 Rn. 15–16; Pamp, in: Oetker (Hg.), HGB, 3. Aufl. 2013, § 346 Rn. 16; Schinkels, in: Pfeiffer (Hg.), Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, Rn. 9.

<sup>5</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 19; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 3; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 4; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 18; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 12.

<sup>6</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 6; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 3; Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 48; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 22 Rn. 11–12; Jung, Handelsrecht, 10. Aufl. 2014, § 34 Rn. 12; Oetker, Handelsrecht, 6. Aufl. 2010, § 7 Rn. 47; Lettl, Handelsrecht, 2. Aufl. 2011, § 10 Rn. 6.

von Gesetz und Vertrag, insbesondere von § 346 HGB,<sup>7</sup> der als Transformationsnorm bezeichnet wird.<sup>8</sup>

Voraussetzung für das Entstehen eines Handelsbrauches ist nach modernem Verständnis die gleichmäßige Übung des beteiligten Verkehrskreises über einen angemessenen Zeitraum hinweg; zudem müsse der Handelsbrauch als maßgeblich gebilligt werden.<sup>9</sup> Diese Billigung sei auf Voraussetzungsseite zentraler Unterschied zu Handelsgewohnheitsrecht und Handelsübung. Der Handelsbrauch werde nicht befolgt, weil dies als rechtlich geboten angesehen werde – das sei kennzeichnend für Handelsgewohnheitsrecht.<sup>10</sup> Er werde aber auch nicht nur befolgt, weil dies zweckmäßig sei und der Übung entspreche – dann würde eine Handelsübung vorliegen. Er werde befolgt, weil der Verkehr dies erwarte und erwarten dürfe.

Liege ein Handelsbrauch vor, entfalte er seine Wirkungen vermittelt etwa durch § 346 HGB kenntnisunabhängig, und es sei nicht erforderlich, daß jeder Angehörige des Verkehrskreises oder die betroffenen Parteien ihn kennten.<sup>11</sup> Bedeutend für die nachfolgenden Erörterungen ist der gerade verwendete Plural: Der Handelsbrauch soll sogar zur Anwendung kommen, wenn ihn

<sup>7</sup> Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 16; K. Schmidt (Fn. 6), § 1 Rn. 49; Roth/Weller, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 8. Aufl. 2013, Rn. 32; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 17. Aus der Rechtsprechung OLG Koblenz NJW-RR 1988, 678.

<sup>8</sup> Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 12. Ähnlich Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 2.

<sup>9</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 11–14; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 1, 8–12; Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 5–11; Hopt, in: Baumbach/Hopt (Hg.), *HGB*, 36. Aufl. 2014, § 346 Rn. 1; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 22–23; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 6–11; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 7–13; K. Schmidt (Fn. 6), § 1 Rn. 48; Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 5–8; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 49; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 5–8. Schwächer Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 11–13; Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 11–12; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 11. Aus der Rechtsprechung RGZ 110, 47; BGH WM 1984, 1000.

<sup>10</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 14; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 3; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 15–16; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 5; K. Schmidt (Fn. 6), § 1 Rn. 48; Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 12; Brox/Hessler, *Handelsrecht*, 21. Aufl. 2011, Rn. 16; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 9.

<sup>11</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 14, 34; Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 40; Baumbach/Hopt (Fn. 9), § 346 Rn. 7; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 31; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 5; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 11; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 11; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 7; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 14; Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 28–29; Jung (Fn. 6), § 1 Rn. 5; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 12; Brox/Hessler (Fn. 10), Rn. 18; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 52; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 17. Aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt aM NJW-RR 1986, 911.

beide Vertragsparteien nicht kennen. Zudem ist für die nachfolgende Diskussion eine Konkretisierung nötig: Wer sagt, der Handelsbrauch komme auch kenntnisunabhängig zur Anwendung, könnte meinen, daß nur die mangelnde positive Kenntnis der Parteien unerheblich, aber ein Kennenmüssen durchaus Voraussetzung sei. Das ist aber nicht gemeint: Der Handelsbrauch gelte ungewillkt und nicht kraft rechtsgeschäftlicher Verweisung.<sup>12</sup> Subjektive Voraussetzungen für seine Anwendung bestünden gar nicht.<sup>13</sup> Er gelte kraft Gesetzes, eben durch die Vermittlung des § 346 HGB,<sup>14</sup> und nicht aus dem Vertrag heraus, etwa weil die Parteien auf seiner Grundlage kontrahiert hätten. Doch entfalte der Handelsbrauch auf diese Weise seine Wirkung nur in seinem persönlichen und räumlich-sachlichen Anwendungsbereich.<sup>15</sup> Außerhalb dessen komme er selbstverständlich nur vermittelt durch den Vertrag zur Geltung: Die Parteien müßten sich ihm unterworfen und ihn so zum Vertragsbestandteil gemacht haben.<sup>16</sup>

Die durch § 346 HGB vermittelte, kenntnisunabhängige Geltung des Handelsbrauchs wirft die Frage nach einer Irrtumsanfechtung auf, wenn eine Vertragspartei im Irrtum über das Bestehen des Handelsbrauchs war: Sie ist nach vorherrschendem Verständnis ausgeschlossen, entweder mit der Begründung, daß es bei der kenntnisunabhängigen Geltung auf einen Willen gar nicht ankomme, oder aber mit Verweis auf die normative Wirkung des Han-

<sup>12</sup> Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 5; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 31; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 11; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 11; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 7; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 34; Brox/Henssler (Fn. 10), Rn. 18; Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 12. Anders in der Formulierung BGH NJW 1966, 502 („Besteht nun der [...] Handelsbrauch, so hat dies zur Folge, daß er auch ohne besondere Bezugnahme Inhalt der Vereinbarung [...] geworden ist.“). Anders auch BGH WM 2000, 1744: Er stellte darauf ab, daß die Unkenntnis vom Handelsbrauch grob fahrlässig gewesen sei.

<sup>13</sup> Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 52.

<sup>14</sup> Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 7; Brox/Henssler (Fn. 10), Rn. 18.

<sup>15</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 34; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 8–14; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 6–9; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 18–22; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 11–20; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 14; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 26–32; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 12; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 51.

<sup>16</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 24; Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 24a; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 6; Baumbach/Hopt (Fn. 9), § 346 Rn. 5; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 5, 9; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 29; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 18; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 12; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 12; Brox/Henssler (Fn. 10), Rn. 18. Aus der Rechtsprechung BGH WM 1984, 1000.

del'sbrauchs und der daraus folgenden Einordnung des Irrtums als Rechtsfolgenirrtum.<sup>17</sup>

Der Handelsbrauch weist nach modernem Verständnis also zwei Besonderheiten auf: Für seine Entstehung müsse er vom betroffenen Verkehrskreis als maßgeblich gebilligt werden. Und er komme sodann ungewillkt zur Anwendung. Diese Besonderheiten werden auf unterschiedliche Weise umschrieben: Der Handelsbrauch sei zwar „nicht normative Rechtsquelle, [wirke] aber normativierend“,<sup>18</sup> gelte „normativ“,<sup>19</sup> habe „normativen Charakter“,<sup>20</sup> „normativen Effekt“,<sup>21</sup> „indirekt eine normative Qualität“,<sup>22</sup> eine „quasi-normative Wirkung“,<sup>23</sup> er sei eine „verpflichtende Regel“,<sup>24</sup> entspringe „der Befugnis der Kaufleute zur autonomen Rechtsetzung“,<sup>25</sup> sei „im rechtssoziologischen Sinne in der Gesellschaft ausgebildetes Recht“,<sup>26</sup> er entfalte „über § 346 HGB [...] die Wirkung einer Norm“,<sup>27</sup> oder „Handelsbräuche funktionieren im unternehmerischen Verkehr als Normen“.<sup>28</sup> Sie legten „unmittelbar normative Verhaltenserwartungen [fest] und sind dann wie anderes Recht zu beachten“.<sup>29</sup> Nach § 346 HGB werde „aus einer Übung i.S. einer tatsächlich befolgten Regel eine Norm“.<sup>30</sup> Die Verknüpfung zwischen normativer Wirkung und Kenntnisunabhängiger Geltung wird dabei ausdrücklich hergestellt: „Handelsbräuche gelten normativ, also auch ohne Kenntnis oder Unterwerfungs-willen der Parteien“.<sup>31</sup>

<sup>17</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 35; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 5; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 15; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 20; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 15; K. Schmidt (Fn. 6), § 1 Rn. 49; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 35.

<sup>18</sup> Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 1.

<sup>19</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Baumbach/Hopt (Fn. 9), § 346 Rn. 8; Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 4; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 31; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 12; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 3. Aus der Rechtsprechung OLG Jena NJ 2003, 436; OLG Köln NJW-RR 1998, 926.

<sup>20</sup> Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 4.

<sup>21</sup> Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 1.

<sup>22</sup> Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 2.

<sup>23</sup> Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 1.

<sup>24</sup> Baumbach/Hopt (Fn. 9), § 346 Rn. 1; OLG Jena NJ 2003, 436.

<sup>25</sup> Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 3.

<sup>26</sup> Roth/Weller (Fn. 7), Rn. 32.

<sup>27</sup> Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 17.

<sup>28</sup> K. Schmidt (Fn. 6), § 1 Rn. 48.

<sup>29</sup> Roth/Weller (Fn. 7), Rn. 32.

<sup>30</sup> Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 2.

<sup>31</sup> Baumbach/Hopt (Fn. 9), § 346 Rn. 8. Ähnlich Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 12. Aus der Rechtsprechung OLG Köln NJW-RR 1998, 926.

Dieser Befund kann auch mit einem Begriffspaar belegt werden, das in der Diskussion um die Rechtsnatur des Handelsbrauchs in der Vergangenheit immer wieder aufgetaucht ist: Vertragstheorie einerseits und Gesetzes- oder Normentheorie andererseits, oder vielleicht besser: Vertragstheorie und normativierende Theorie. Der Handelsbrauch im modernen Verständnis folgt einer Vertragstheorie gerade nicht. Man sollte aber auch die Begriffe Gesetzes- und Normentheorie vermeiden, wird doch betont, daß der Handelsbrauch gerade kein Gesetz ist. Die moderne Literatur vertritt aber allemal eine normativierende Theorie. Dieses Verständnis spiegeln auch die gewählten Begriffe wider: Man spricht vom persönlichen, räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Handelsbrauchs. Nur außerhalb dieses Anwendungsbereichs greift das moderne Verständnis auf eine Vertragstheorie zurück. Innerhalb seines Anwendungsbereichs entfaltet der Handelsbrauch seine Wirkungen ungewillkt und muß, soll er nicht zur Anwendung kommen, vertraglich (und ausdrücklich) ausgeschlossen werden<sup>32</sup> – eine Funktionsweise, die an das Kollisionsrecht oder das UN-Kaufrecht erinnert.

In der Gesamtschau scheint sich in der modernen handelsrechtlichen Literatur ein fein abgestuftes System herausgebildet zu haben, in das sich ein scharf konturierter Begriff des Handelsbrauchs nahtlos einfügt. Alles ist gesagt. Nichts ist strittig. Alles ist ausgeleuchtet.

### *III. Handelsbrauch und Verkehrssitte*

Doch bei näherem Hinsehen, vor allem wenn man aus verschiedenen Perspektiven auf den Handelsbrauch blickt, nähren sich Zweifel. Der Handelsbrauch wird als Verkehrssitte des Handels bezeichnet,<sup>33</sup> und man sagt, der in seinem persönlichen Anwendungsbereich engere Handelsbrauch könne zu einer allgemeingültigen Verkehrssitte erstarken.<sup>34</sup> Man möchte daher meinen, daß Handelsbrauch und Verkehrssitte in ihren Voraussetzungen und Wirkungen einander entsprechen. Und in der Tat geht die handelsrechtliche Literatur

<sup>32</sup> Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 17. Aus der Rechtsprechung BGH NJW 1966, 502.

<sup>33</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Baumbach/Hopt (Fn. 9), § 346 Rn. 1; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 1; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 1; K. Schmidt (Fn. 6), § 1 Rn. 48; Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 2; Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 11; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 2; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 1; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 47; BGH WM 1973, 382.

<sup>34</sup> Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 6; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 2.

davon aus, die Verkehrssitte könne gleichfalls kenntnisunabhängig Geltung erlangen und sie gelte nicht kraft vertraglicher Anerkennung, sondern kraft Gesetzes.<sup>35</sup>

Nimmt man die moderne bürgerlich-rechtliche Kommentar- und Lehrbuchliteratur zur Hand, ergibt sich freilich ein anderes Bild. Die Literatur nimmt keine der Dreiteilung in Handelsgewohnheitsrecht, Handelsbrauch und Handelsübung entsprechende Systematisierung vor, sondern unterscheidet allein Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht.<sup>36</sup> Und die Verkehrssitte wird als eine den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung oder als ein tatsächliches Moment bezeichnet.<sup>37</sup> Von einer normativen Qualität, einem normativen Charakter, einer normativierenden oder quasi-normativen Wirkung spricht die bürgerlich-rechtliche Literatur nicht. Vereinzelt finden sich freilich abgeschwächte Formulierungen, die Verkehrssitte sei ein tatsächliches Moment „mit Regelcharakter“ und eine „Sozialnorm“,<sup>38</sup> eine „Verhaltensregel“<sup>39</sup> oder ihrer „Struktur nach [...] eine Norm“.<sup>40</sup> Im übrigen lassen sich drei Gruppen von Meinungen unterscheiden.

Eine Gruppe von Autoren folgt einem Verständnis, das dem Verständnis vom Handelsbrauch in der handelsrechtlichen Literatur entspricht: Die Verkehrssitte entfalte ihre Wirkung in erster Linie vermittelt durch § 157 BGB.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 9; Schlegelberger/Herfermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 28, 31.

<sup>36</sup> Busche, in: MK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 157 Rn. 16; Armbrüster, in: Erman. BGB, 14. Aufl. 2014, § 157 Rn. 8; Looschelders, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hg.), BGB, 2. Aufl. 2012, § 157 Rn. 59–60; Brinkmann, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hg.), BGB, 9. Aufl. 2014, § 157 Rn. 10; Wendtland, in: Bamberger/Roth (Hg.), BGB, 3. Aufl. 2012, § 157 Rn. 18; H. Honsell, in: Staudingers Eckpfeiler, Neubearbeitung 2014/2015, Rn. B78–80; Zerres, Bürgerliches Recht, 7. Aufl. 2013, 10; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2014, § 1 Rn. 7–15.

<sup>37</sup> Singer, in: Staudinger. BGB, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 66; Mansel, in: Jauernig. BGB, 15. Aufl. 2014, § 133 Rn. 4; Erman/Armbrüster (Fn. 36), § 157 Rn. 8; Dauner-Lieb/Heidel/Looschelders (Fn. 36), § 157 Rn. 59; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 4 Rn. 18; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 4. Aufl. 1992, 312–313; Köhler (Fn. 36), § 1 Rn. 13, § 9 Rn. 12; Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 17. Aufl. 2011, § 18 Rn. 22; Zerres (Fn. 36), 10; Eisenhardt, Einführung in das Bürgerliche Recht, 6. Aufl. 2011, Rn. 94. Aus der Rechtsprechung BGH LM Nr. 1 zu § 157 (B).

<sup>38</sup> MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 157 Rn. 16.

<sup>39</sup> Eisenhardt (Fn. 37), Rn. 94.

<sup>40</sup> Köhler (Fn. 36), § 1 Rn. 13; Zerres (Fn. 36), 10.

<sup>41</sup> Erman/Armbrüster (Fn. 36), § 157 Rn. 8; Wolf, in: Soergel. BGB, 13. Aufl. 1999, § 157 Rn. 68, 70; Bamberger/Roth/Wendtland (Fn. 36), § 157 Rn. 18; Köhler (Fn. 36), § 1 Rn. 13; Zerres (Fn. 36), 10. So wohl auch MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 157 Rn. 16, der zudem noch eine rechtsgeschäftliche Geltung anerkennt.

Man möchte daher annehmen, daß auch im übrigen das zum Handelsbrauch Gesagte gilt: Die Verkehrssitte habe bestimmte Entstehungsvoraussetzungen; liege eine Verkehrssitte im Sinne des § 157 BGB vor, so werde ihre Geltung in ihrem Anwendungsbereich durch § 157 BGB vermittelt; subjektive Voraussetzungen für eine Anwendung der Verkehrssitte benenne § 157 BGB nicht, so daß sie kenntnisunabhängig zur Anwendung komme.<sup>42</sup> Diese Ansicht kann daher auch als normativierende Theorie bezeichnet werden.

Doch wird dieses Verständnis nicht von allen Autoren geteilt. Nach einer zweiten Ansicht kommt es auf die Einbeziehung der Verkehrssitte in das konkrete Geschäft an. So heißt es etwa in bewußter Abgrenzung zum Geltungsgrund des Handelsbrauchs:<sup>43</sup>

„Es bedarf somit für sein Eingreifen [für das Eingreifen des Gewohnheitsrechts im Gegensatz zur Verkehrssitte] keines weiteren Geltungsgrundes, wie ihn etwa im Falle des § 157 [also im Fall der Verkehrssitte] der zwischen den Parteien bestehende Vertrag oder beim Handelsbrauch § 346 HGB liefert.“

Die Geltung der Verkehrssitte werde nicht durch § 157 BGB, sondern den Vertrag vermittelt. Diese Meinung folgt mithin einer Vertragstheorie.

Das Meinungsspektrum erschöpft sich in der bürgerlich-rechtlichen Literatur nicht in einer normativierenden Theorie und einer Vertragstheorie. Vielmehr tritt eine dritte Ansicht hinzu. Für sie ist die Verkehrssitte bloßes Auslegungsmittel.<sup>44</sup> Es verbietet sich nach dieser Ansicht die Frage nach einer „Geltung“ der Verkehrssitte zu stellen. So werden auch Äußerungen im Rahmen von Vertragsverhandlungen als Auslegungsmittel nicht deshalb herangezogen, weil eine gesetzliche Vorschrift ihre „Geltung“ anerkennt oder weil sie Vertragsbestandteil geworden sind, sondern schlicht deshalb weil sie Rückschlüsse auf den Parteiwillen erlauben. Nicht anders sei es mit der Verkehrssitte:<sup>45</sup>

„Ihre Beachtlichkeit ergibt sich daraus, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung damit gerechnet werden kann, jeder werde einen Ausdruck oder ein Verhalten gemäß der im Verkehr üblichen Bedeutung gebrauchen und verstehen.“

In Abgrenzung zur im letzten Absatz dargestellten Vertragstheorie könnte man dieses Verständnis als Auslegungstheorie bezeichnen.

<sup>42</sup> Siehe die Nachweise unten in Fn. 48.

<sup>43</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann (Fn. 36), § 157 Rn. 10. Auch *Ellenberger*, in: Palandt. BGB, 73. Aufl. 2014, § 133 Rn. 21 scheint der Vertragstheorie zu folgen („Einbeziehung der Verkehrssitte in den Vertrag“ – Abkürzungen aufgelöst).

<sup>44</sup> Staudinger/Singer (Fn. 37), § 133 Rn. 68; Wolf/Neuner (Fn. 37), § 35 Rn. 15; BGH, LM Nr. 1 zu § 157 (B); OLG Koblenz, NJW-RR 1988, 678.

<sup>45</sup> Wolf/Neuner (Fn. 37), § 35 Rn. 15.

So verschieden diese drei Ansichten sind, scheinen sie sich bei den zwei entscheidenden Fragen kaum voneinander zu unterscheiden, und das ist wohl der Grund, warum in der Literatur kaum mehr bemerkt wird, daß drei unterschiedliche Ansichten vertreten werden. Da ist zum einen die Frage nach der Entstehung einer Verkehrssitte. Es muß eine einverständliche Übung<sup>46</sup> oder eine tatsächliche Übung, die auf Zustimmung, Freiwilligkeit oder einer einheitlichen Anschauung beruht, vorliegen.<sup>47</sup> Doch warum unterscheiden sich die Entstehungsvoraussetzungen der Verkehrssitte nach allen drei Ansichten nicht voneinander? – Die normativierende Theorie braucht vergleichbare Voraussetzungen wie für den Handelsbrauch, um so die normative Wirkung der Verkehrssitte begründen zu können. Für die Vertragstheorie und die Auslegungstheorie handelt es sich im Kern um eine Zurechnungsfrage: Ein Vertragspartner muß sich den der Verkehrssitte entsprechenden Erklärungs- oder Vertragsinhalt nur zurechnen lassen, wenn eine tatsächliche und freiwillige Verkehrsübung vorliegt – die Bedeutung der Zurechnung werde ich später noch vertiefen.

Zum anderen ist da die Frage nach einer kenntnisunabhängigen Geltung der Verkehrssitte. Die Anhänger der normativierenden Theorie vertreten die Meinung, die Verkehrssitte beanspruche ihre Wirkungen kenntnisunabhängig:<sup>48</sup> sie gelte „per se“ [...], d.h. es kommt nicht darauf an, ob der Erklärende oder der Erklärungsempfänger die Verkehrssitte kennen oder kennen müssen.<sup>49</sup> Die Vertreter der Vertragstheorie und der Auslegungstheorie verneinen eine kenntnisunabhängige Geltung und verlangen – ganz im Einklang mit den Grundsätzen der normativen Auslegung – ein Kennenmüssen.<sup>50</sup> Prak-

<sup>46</sup> MK-BGB/*Busche* (Fn. 36), § 157 Rn. 22; *Wolf/Neuner* (Fn. 37), § 4 Rn. 18; *Boemke/Ulrici*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 24; *Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann* (Fn. 36), § 157 Rn. 8, 11.

<sup>47</sup> *Staudinger/Singer* (Fn. 37), § 133 Rn. 67; *Erman/Armbrüster* (Fn. 36), § 157 Rn. 10; *Bamberger/Roth/Wendtland* (Fn. 36), § 157 Rn. 16–17; *Dörner*, in: *Schulze* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 2014, § 157 Rn. 3; *Flume* (Fn. 37), 313; OLG Koblenz NJW-RR 1988, 678.

<sup>48</sup> MK-BGB/*Busche* (Fn. 36), § 157 Rn. 18; *Jauernig/Mansel* (Fn. 37), § 133 Rn. 4; *Erman/Armbrüster* (Fn. 36), § 157 Rn. 12; *Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Looschelders* (Fn. 36), § 157 Rn. 64; *Bamberger/Roth/Wendtland* (Fn. 36), § 157 Rn. 23; *Palandet/Ellenberger* (Fn. 43), § 133 Rn. 21; *Rüthers/Stadler* (Fn. 37), § 18 Rn. 22; *Köhler* (Fn. 36), § 9 Rn. 12. Im Unterschied zur handelsrechtlichen Literatur verweisen diejenigen, die von einer solchen kenntnisunabhängigen Geltung ausgehen, auf eine Anfechtungsmöglichkeit desjenigen, der ohne entsprechenden Willen gehandelt hat: *Bamberger/Roth/Wendtland* (Fn. 36), § 157 Rn. 23; *Erman/Armbrüster* (Fn. 36), § 157 Rn. 12. Differenziert *Soergel/Wolf* (Fn. 41), § 157 Rn. 72.

<sup>49</sup> *Flume* (Fn. 37), 313.

<sup>50</sup> *Wolf/Neuner* (Fn. 37), § 35 Rn. 15; *Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann*

tische Konsequenzen hat dieser Unterschied – kenntnisunabhängige Geltung und Geltung nur bei Kennenmüssen – selten: derjenige, der einem Verkehrskreis angehört, für den sich eine Verkehrssitte herausgebildet hat, muß sich fast immer vorhalten lassen, daß er die Verkehrssitte hätte kennen müssen, wenn er sich auf eine Unkenntnis beruft. Doch in einem Fall – ein Fall, der praktisch selten auftreten wird, der aber doch theoretisch bedeutsam ist – wirkt sich dieser Unterschied aus: Die Anhänger der Vertragstheorie und der Auslegungstheorie lassen ohne weiteres ein abweichendes übereinstimmendes Verständnis der Parteien den Vorrang vor der Verkehrssitte zu,<sup>51</sup> und daraus folgt, daß die Verkehrssitte dann nicht zur Anwendung kommt, wenn feststeht, daß beide Parteien sie nicht kannten – dieser Fall ist praktisch selten, weil zumindest die Partei, zu deren Vorteil sich der Verkehrssitte auswirkt, behaupten wird, in ihrer Kenntnis kontrahiert zu haben, und weil der Gegenbeweis selten möglich sein wird. Der normative Inhalt eines Vertrages oder einer Erklärung und die normative Bedeutung einer Handlung greift ganz allgemein dann nicht durch, wenn ein abweichendes und übereinstimmendes wirkliches Verständnis der Parteien vorliegt: *falsa demonstratio non nocet*.<sup>52</sup> Für die Anhänger der normativierenden Theorie kommt die Verkehrssitte zunächst ungewillkürt kraft gesetzlicher Verweisung zur Anwendung und als Folge wird im Einklang mit der handelsrechtlichen Literatur mehr verlangt, nämlich eine (ausdrückliche) Abbedingung der Verkehrssitte.<sup>53</sup>

#### IV. Dogmatische Unstimmigkeiten

Mit dem modernen Verständnis vom Handelsbrauch, aber auch mit dem normativierenden Verständnis von der Verkehrssitte, gehen zahlreiche dogmatische Unstimmigkeiten einher.

A. Der Handelsbrauch soll die Verkehrssitte des Handels sein.<sup>54</sup> Das wäre aber nur der Fall, wenn sich das Verständnis vom Handelsbrauch und das von der Verkehrssitte deckten. Betrachtet man wie unterschiedlich die handelsrechtliche und die bürgerlich-rechtliche Literatur beide verstehen, kann davon keine Rede sein.<sup>55</sup> Nun ist es keine Seltenheit, daß Meinungsdifferenzen

(Fn. 36), § 157 Rn. 13; Staudinger/Singer (Fn. 37), § 133 Rn. 68; Boemke/Ulrici (Fn. 46), § 8 Rn. 24. In diesem Sinne wohl auch BGH LM Nr. 1 zu § 157 (B).

<sup>51</sup> Staudinger/Singer (Fn. 37), § 133 Rn. 69; Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann (Fn. 36), § 157 Rn. 14. Ebenso Erman/Armbrüster (Fn. 36), § 157 Rn. 13.

<sup>52</sup> Statt aller MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 133 Rn. 14, § 157 Rn. 7.

<sup>53</sup> Bamberger/Roth/Wendtland (Fn. 36), § 157 Rn. 24.

<sup>54</sup> Siehe oben die Nachweise in Fn. 33.

<sup>55</sup> Vgl. etwa auch zur Verdrängungswirkung der Verkehrssitte gegenüber disposi-

bestehen. Im vorliegenden Zusammenhang bekommt man indes das Gefühl, daß die handelsrechtliche Literatur von der Meinungsvielfalt in der bürgerlich-rechtlichen Literatur gar keine Kenntnis nimmt. Die Literatur fällt unbemerkt auseinander.

B. Auch wenn man nur die handelsrechtliche Literatur zum Handelsbrauch in den Blick nimmt, drängen sich zahlreiche Unstimmigkeiten auf: Der Handelsbrauch wird befolgt, weil die am Verkehr Beteiligten dies erwarten und erwarten dürfen. Der Handelsbrauch schützt die Erwartungen und das Vertrauen der Teilnehmer des betroffenen Verkehrskreises an der Befolung einer als maßgeblich gebilligten gleichmäßigen Übung.<sup>56</sup> Dazu paßt nicht, daß der Handelsbrauch vermittelt durch § 346 HGB auch kenntnisunabhängig zur Anwendung kommen soll. Haben beide Parteien den Handelsbrauch nachweislich bei Abschluß des Vertrages nicht gekannt und sind sie daher auch nicht von dessen Geltung, sondern vielmehr vom Eingreifen vor allem des dispositiven Rechts ausgegangen, so besteht kein Grund, den Handelsbrauch anzuwenden. Die beiden betroffenen Parteien hatten keine Erwartungen und kein Vertrauen. Die Erwartungen und das Vertrauen der übrigen Teilnehmer des Verkehrskreises sind nicht betroffen. Der Handelsbrauch wird den Parteien in dieser Situation aufgedrängt, weil er über § 346 HGB eben zur Anwendung kommt, ohne daß es auf ein subjektives Erfordernis ankommt. Die Parteien müssen die Anwendbarkeit des Handelsbrauchs abwählen, wenn sie ihn nicht eingreifen lassen wollen. Von einer konkludenten Abwahl des Handelsbrauchs kann man bei bloßer Unkenntnis von dessen Existenz aber noch nicht ausgehen, fehlt doch ein objektiver Erklärungstatbestand. Und selbst wenn man ausnahmsweise eine konkludente Abwahl konstruieren kann, scheint mir bei einer nachweislich beidseitigen Unkenntnis vom Handelsbrauch die Notwendigkeit einer Abwahl verfehlt zu sein. Mit anderen Worten schließt die normativierende Theorie mit ihrer kenntnisunabhängigen Geltung über den Zweck der Anerkennung von Handelsbräuchen hinaus.

C. Das moderne Verständnis vom Handelsbrauch wird auch aus dem Wortlaut des § 346 HGB hergeleitet, der von „geltenden“ Gewohnheiten und Gebräuchen spricht, was als Anerkennung einer normativen Wirkung des Handelsbrauchs verstanden wird.<sup>57</sup> Damit wird der Begriff „gelten“ überstrapaziert.<sup>58</sup> Würde das deutsche BGB in Anlehnung an Art. 1134 Code civil an-

tivem Recht die Meinungsübersicht bei *Oestmann* KritV 2002, 416–419, die ebenfalls vom Meinungsstand im Handelsrecht abweicht.

<sup>56</sup> *Koller/Roth/Morck* (Fn. 3), § 346 Rn. 1; *Staub/Koller* (Fn. 3), § 346 Rn. 4; *Canaris* (Fn. 6), § 22 Rn. 3; *Lettl* (Fn. 6), § 10 Rn. 6; *Pfeiffer/Schinkels* (Fn. 4), Rn. 35.

<sup>57</sup> *Schlegelberger/Hefermehl* (Fn. 4), § 346 Rn. 8, 31, *Brox/Hessler* (Fn. 10), Rn. 18; *Pfeiffer/Schinkels* (Fn. 4), Rn. 26, 34; *Limbach*, in: *FS Hirsch*, 1968, 81.

<sup>58</sup> Vgl. auch *Sonnenberger* (Fn. 2), 63 mit Verweis auf die Gesetzgebungsgeschichte.

ordnen, daß zwischen Vertragsparteien der Vertrag wie ein Gesetz „gilt“, so wäre es geradezu absurd, wollte man daraus eine normative oder gar kenntnisunabhängige Geltung eines Vertrages herleiten.

D. Obwohl die moderne Lehre die Geltung eines Handelsbrauchs gerade nicht aus dem Vertrag herleitet und ihn auch nicht nur als Auslegungsmittel heranzieht, sondern ihm vermittelt durch § 346 HGB normative Wirkung zuerkennt, wird dieses Verständnis nicht konsequent durchgehalten:

(1) So wird behauptet, die kenntnisunabhängige Geltung von Handelsbräuchen folge aus den Grundsätzen der normativen Auslegung.<sup>59</sup> Das ist nicht richtig. Hatten beide Parteien nachweislich vom Handelsbrauch keine Kenntnis, so kommt man bei Anwendung dieser Grundsätze gerade nicht zu dessen Geltung: *falsa demonstratio non nocet*. Zudem kann als Auslegungsmittel nur herangezogen werden, was die Parteien zumindest kennen mußten. Andernfalls fehlt es an der Zurechenbarkeit.<sup>60</sup>

(2) Es findet sich immer wieder der Satz, ein Handelsbrauch gelte dann nicht, wenn für den Erklärungsempfänger erkennbar gewesen sei, daß die andere Partei ihn nicht kannte.<sup>61</sup> Würde man die Geltung des Handelsbrauchs rechtsgeschäftlich erklären, wäre diese Aussage richtig. Die Figur des erkannten Irrtums wäre einschlägig.<sup>62</sup> Geht man indes davon aus, der Handelsbrauch komme vermittelt durch § 346 HGB zur Anwendung und müsse abgewählt werden, wenn die Parteien ihn ausschließen wollten, so ist zweifelhaft, ob man eine solche vertragliche Einigung bereits konstruieren kann, wenn es für die erste Partei nur erkennbar war, daß die andere Partei ihn nicht kannte.<sup>63</sup> Daher geht ein Teil der Literatur hier den Weg über § 242 BGB: Habe eine Partei erkannt, daß die andere Partei den Handelsbrauch nicht kannte, so würde es gegen Treu und Glauben verstößen, wenn sich die erste Partei auf ihn befreie.<sup>64</sup> Andere meinen, die andere Partei habe einen Anspruch aus *culpa in contrahendo*.<sup>65</sup> Die Verweise auf § 242 BGB und die *culpa in contrahendo* deuten meines Erachtens auf die dogmatischen Schwierigkeiten hin, die mit dem herrschenden Verständnis vom Handelsbrauch einhergehen.

(3) Handelt eine Partei in Unkenntnis des Handelsbrauchs, soll die Irrtumsanfechtung dennoch ausgeschlossen sein. Konsequent ist die Begrün-

<sup>59</sup> Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 11.

<sup>60</sup> Vgl. allgemein Flume (Fn. 37), 310–312.

<sup>61</sup> Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 40; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 31; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 11; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 6.

<sup>62</sup> Allgemein zu dieser Figur MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 157 Rn. 8; Staudinger/Singer (Fn. 37), § 133 Rn. 13.

<sup>63</sup> Anders Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 31.

<sup>64</sup> Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 34.

<sup>65</sup> Staub/Koller (Fn. 3), § 346 Rn. 40.

dung, daß es bei der kenntnisunabhängigen Geltung des Handelsbrauchs auf einen Willen gar nicht ankomme; konsequent ist auch der Verweis auf die normative Wirkung des Handelsbrauchs und die daraus folgende Einordnung des Irrtums als Rechtsfolgenirrtum. Inkonsistent ist es dagegen, die Irrtumsanfechtung als tatbeständlich zwar möglich, aber aus Verkehrsschutzgründen als ausgeschlossen anzusehen.<sup>66</sup>

(4) Zum Teil liest man, Handelsbräuche seien Auslegungsmittel und gäben als solche Auskunft über einen mutmaßlichen Parteiwillen, aber zugleich wird eine normative, durch § 346 HGB vermittelte Geltung der Handelsbräuche unterstellt,<sup>67</sup> und es bleibt offen, wie man von einem normativ geltenden Handelsbrauch auf einen mutmaßlichen Parteiwillen rückschließen will. Oder anders ausgedrückt: Die herrschende Meinung will zwar Handelsbräuche als Auslegungsmittel verstehen, konstruiert ihre Geltung aber normativ und übersieht dabei, daß der Handelsbrauch damit eigentlich nicht mehr geeignet ist, über einen mutmaßlichen Parteiwillen Auskunft zu geben, weil es bei einer Geltung des Handelsbrauchs selbst bei mangelndem Kennenmüssen an dessen Zurechenbarkeit fehlt.

(5) Der Handelsbrauch verdrängt dispositives Recht. Das ist unstreitig. Widersprüchlich scheint es mir, diese Verdrängungswirkung daraus herzuleiten, daß die Parteien dispositives Recht privat autonom ausschließen können, aber die Geltung des Handelsbrauchs normativ zu erklären und ihn damit gerade nicht auf die Privatautonomie der Vertragsparteien zurückzuführen.<sup>68</sup> Zum Teil wird versucht, diesen Widerspruch zu umgehen, indem der Handelsbrauch irgendwo zwischen Norm und Vertragsinhalt angesiedelt wird und für die verschiedenen Regelungsprobleme mal die Nähe zur Norm und mal die zur Vertragsabrede ausschlaggebend sein soll:<sup>69</sup>

„Es folgt dies [der Vorrang des Handelsbrauchs gegenüber dispositivem Recht] daraus, daß Handelsbräuche, die als kollektive Gewohnheiten der Kaufleute den Vertragsinhalt bestimmen und ergänzen, der individuell getroffenen Vertragsregelung näher stehen als allgemeine Rechtsnormen. Ebenso wie dispositives Recht durch eine ausdrücklich oder konkludent getroffene Vereinbarung verdrängt werden kann, ist das

<sup>66</sup> So aber Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 17; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 52; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 18.

<sup>67</sup> Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 2 und 5; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 31 und 32; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 11 und 21, Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 11 und 14; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 1 und 6; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 6 und 12; Brox/Hessler (Fn. 10), Rn. 17–18; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 47 und 52, 53; Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 11–12.

<sup>68</sup> So etwa Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 51–52.

<sup>69</sup> Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 39. Ganz ähnlich Röhricht/v. Westphalen/Haas/Wagner (Fn. 3), § 346 Rn. 16–17; Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 22.

auch durch einen ohne Vereinbarung nach § 346 zur Anwendung gelangenden Handelsbrauch möglich.“

Mir scheint dies eher eine unbegründete Behauptung als eine dogmatische Erklärung zu sein.

(6) Diese Kritik kann wie folgt zusammengefaßt werden: Zwar hat sich als vorherrschend eine normativierende Theorie vom Handelsbrauch herauskristallisiert. Im Detail neigt die Literatur dann indes zu Erklärungsmustern, die nicht mit dieser Theorie im Einklang stehen. Oder anders: Eine in sich schlüssige normativierende Theorie, aus der heraus jedes Regelungsproblem erklärt werden kann, hat die Literatur bisher nicht vorgelegt.

E. Die normativierende Theorie ist in der modernen handelsrechtlichen Literatur herrschend. *Canaris* indes folgt ihr in seinem Lehrbuch zum Handelsrecht nicht. Er schreibt,

„[r]echtliche Verbindlichkeit erlangt er [der Handelsbrauch] somit im Anwendungsbereich von §§ 157 BGB, 346 HGB nicht aus sich selbst heraus, sondern durch das – mit seiner Hilfe ausgelegte und ergänzte – Rechtsgeschäft [...]. Der Handelsbrauch wirkt demgemäß nicht wie eine Norm des objektiven Rechts [...] ‚von außen‘ auf die vertragliche Regelung ein, sondern wird im Wege der Auslegung zu deren Bestandteil.“<sup>70</sup>

*Canaris* leitet die Geltung des Handelsbrauchs daher auch konsequent aus der Vermutung her, „dass die Parteien die Klausel in der durch Handelsbrauch geprägten Bedeutung verwendet haben“<sup>71</sup> und bewegt sich im übrigen ganz auf rechtsgeschäftlichem Boden. Nur die Annahme, der Handelsbrauch entfalte seine Wirkung auch kenntnisunabhängig, paßt nicht zu dieser klaren Anerkennung der Vertragstheorie.<sup>72</sup> Daneben kennt auch *Canaris* normative Verkehrssitten, die er aber § 242 BGB zuordnet.<sup>73</sup> Die handelsrechtliche Literatur nimmt von dieser Positionierung von *Canaris* keine Notiz, sondern zitiert ihn ausgiebig in Zusammenhang mit der herrschenden normativierenden Theorie.

F. Nicht nur das Verständnis vom Handelsbrauch in der handelsrechtlichen Literatur ist problematisch. Auch die bürgerlich-rechtliche Literatur zur Verkehrssitte ist nicht frei von Unstimmigkeiten. Auch sie hat eine in sich schlüssige normativierende Theorie bisher nicht entwickelt. So kann man zu § 157 BGB lesen:<sup>74</sup>

<sup>70</sup> *Canaris* (Fn. 6), § 22 Rn. 11. Ähnlich aus der Rechtsprechung BGH NJW 1966, 502 („Besteht nun der [...] Handelsbrauch, so hat dies zur Folge, daß er auch ohne besondere Bezugnahme Inhalt der Vereinbarung [...] geworden ist.“).

<sup>71</sup> *Canaris* (Fn. 6), § 22 Rn. 13.

<sup>72</sup> *Canaris* (Fn. 6), § 22 Rn. 28.

<sup>73</sup> *Canaris* (Fn. 6), § 22 Rn. 4.

<sup>74</sup> Bamberger/Roth/Wendtland (Fn. 36), § 157 Rn. 23.

„Die Verkehrssitte ist kein Mittel zur Erforschung des von den Vertragsparteien erklärten Willens, sondern dient allein der Ermittlung des objektiven Sinns der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen; sie ist deshalb auch dann für die Auslegung eines Vertrags maßgeblich, wenn sie einem oder beiden am Vertragsschluss Beteiligten nicht bekannt war.“

Zwar wird hier die normativierende Theorie konsequent zu Ende gedacht. Doch entfernt sich der Autor dabei zu weit von dem Grundverständnis von der Auslegung, wenn er behauptet in § 157 BGB gehe es nicht um Ermittlung des Parteiwillens. Es geht bei der Auslegung einzig um die Ermittlung des (freilich normativ verstandenen) Parteiwillens.<sup>75</sup> Andere Autoren sind nicht gleichermaßen konsequent, aber dadurch schwanken ihre Ausführungen zwischen normativierender Theorie und Vertragstheorie:<sup>76</sup>

„Rechtsfolgen ergeben sich aus ihr [der Verkehrssitte] nur insoweit, als das Recht auf sie Bezug nimmt. Im BGB ist dies in den §§ 157, 242 geschehen. Danach sind Verträge so auszulegen und Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Der Grund liegt in der Annahme, dass die Parteien bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehung regelmäßig die in diesem Geschäftsbereich bestehenden Bräuche und Gewohnheiten zugrunde legen.“

In den ersten beiden Sätzen führt der Autor aus, die Geltung der Verkehrssitte werde durch §§ 157, 242 BGB und damit wohl gerade nicht durch den Vertrag vermittelt. Im letzten Teil des Zitats führt er dann aber die Geltung der Verkehrssitte dennoch auf den vermuteten Parteiwillen zurück. Ein anderer Autor glaubt ebenfalls, die Anerkennung der Verkehrssitte beruhe auf der Vermutung, die Parteien hätten sich im Zweifel an ihr orientiert und sie könne damit Aufschluß über den wirklichen oder mutmaßlichen Parteiwillen geben, aber er folgt sodann der Ansicht, welche die Maßgeblichkeit der Verkehrssitte selbst dann bejaht, wenn sie beiden Parteien unbekannt war.<sup>77</sup> Wieso eine Verkehrssitte, die beiden Parteien nachweislich unbekannt war, noch Aufschluß über ihren wirklichen oder mutmaßlichen Willen geben kann, bleibt unklar.

Auch die Ausführungen der bürgerlich-rechtlichen Autoren, die der Vertragstheorie folgen, sind nicht immer widerspruchsfrei. So folgt ein Autor der Vertragstheorie, wenn er schreibt, die „Einbeziehung der Verkehrssitte in den Vertrag kann durch Parteivereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen werden“.<sup>78</sup> Denn als Geltungsgrund der Verkehrssitte nennt er eben den Vertrag. Abgesehen davon, daß ein entgegenstehender Vertrag sicherlich nicht notwendig ist, um eine Vertragseinbeziehung auszuschließen – mir sind hier zu viele Verträge im Spiel –, paßt zu diesem Verständnis nicht, daß der

<sup>75</sup> Staudinger/Singer (Fn. 37), § 1–2 Rn. 68; Wolf/Neuner (Fn. 37), § 35 Rn. 2.

<sup>76</sup> Köhler (Fn. 36), § 1 Rn. 13.

<sup>77</sup> Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Looschelders (Fn. 36), § 157 Rn. 63, 65.

<sup>78</sup> Palandet/Ellenberger (Fn. 43), § 133 Rn. 21.

Autor sodann von einer kenntnisunabhängigen Geltung der Verkehrssitte ausgeht.<sup>79</sup>

G. Schließlich ist die Einbindung von Handelsbrauch und Verkehrssitte in die Auslegung unklar, wobei keine klare Zuordnung der verschiedenen Ansichten zu einer der drei Theorien möglich ist. Manche gehen davon aus, die Heranziehung von Verkehrssitten im Rahmen der Auslegung gehöre noch zur sogenannten einfachen Auslegung.<sup>80</sup> Andere meinen, die Heranziehung könne sowohl im Rahmen der einfachen als auch der ergänzenden Auslegung erfolgen, wobei die Bedeutung der Unterscheidung unklar bleibt.<sup>81</sup> Im handelsrechtlichen Schrifttum ist weiterhin eine Dreiteilung verbreitet: Handelsbräuchen komme eine Auslegungsfunktion und eine normative Funktion zu; einfache Auslegung, ergänzende Auslegung und normative Funktion – das ist die Dreiteilung; aber wie bei der ergänzenden Auslegung soll es auch bei der normativen Funktion, die von der Auslegungsfunktion unterschieden wird und die über § 157 BGB hinausgehen soll, um die Ergänzung des vertraglichen Pflichtenprogramms gehen.<sup>82</sup> Wieder andere wollen Handelsbräuche im Rahmen der einfachen und der ergänzenden Auslegung heranziehen, behaupten aber einen Vorrang von Handelsbräuchen gegenüber der ergänzenden Auslegung.<sup>83</sup> Bei all dem wird die kenntnisunabhängige, normative Geltung von Handelsbräuchen nicht auf ihre normative Funktion oder ihre Heranziehung im Rahmen der ergänzenden Auslegung beschränkt, sondern sie soll für alle Funktionen des Handelsbrauchs gelten. Aber gerade im Rahmen der einfachen Auslegung macht sie schlicht keinen Sinn.

<sup>79</sup> Palandt/*Ellenberger* (Fn. 43), § 133 Rn. 21.

<sup>80</sup> Palandt/*Ellenberger* (Fn. 43), § 133 Rn. 21; Prütting/Wegen/Weinreich/*Brinkmann* (Fn. 36), § 157 Rn. 8–14; Erman/*Armbüster* (Fn. 36), § 157 Rn. 8–13; Bamberger/Roth/*Wendtland* (Fn. 36), § 157 Rn. 1–24; Schulze/*Dörner* (Fn. 47), § 157 Rn. 3. So wohl auch Staudinger/*Singer* (Fn. 37), § 133 Rn. 65–70, der in Rn. 3 darauf hinweist, daß die ergänzende Auslegung im Staudinger zu § 157 BGB erläutert wird, die Verkehrssitte aber dennoch zu § 133 BGB erläutert.

<sup>81</sup> MK-BGB/*Busche* (Fn. 36), § 157 Rn. 3, 52–54; Staub/*Koller* (Fn. 3), § 346 Rn. 43–44; Dauner-Lieb/Heidel/Ring/*Looschelders* (Fn. 36), § 133 Rn. 65, § 157 Rn. 21–22; *Flume* (Fn. 37), 312–314, 324. Auch Soergel/*Wolf* (Fn. 41), § 157 Rn. 68–69, ordnet die Auslegung nach Verkehrssitte und Handelsbrauch beiden Arten der Auslegung zu, erkennt aber die Bedeutungslosigkeit dieser Differenzierung.

<sup>82</sup> Oetker/*Pamp* (Fn. 4), § 346 Rn. 1–2; Heymann/*Horn* (Fn. 4), § 346 Rn. 2–4. So wohl auch MK-HGB/*K. Schmidt* (Fn. 3), § 346 Rn. 2; Baumbach/*Hopt* (Fn. 9), § 346 Rn. 1; Pfeiffer/*Schinkels* (Fn. 4), Rn. 2; Koller/*Roth*/*Morck* (Fn. 3), § 346 Rn. 14–16; Ebenroth/*Boujong*/*Joost*/*Strohn* (Fn. 3), § 346 Rn. 21–22; *Jung* (Fn. 6), § 34 Rn. 11; *Lettl* (Fn. 6), § 10 Rn. 3–5. Vgl. außerdem *Roth*/*Weller* (Fn. 7), Rn. 32.

<sup>83</sup> Röhricht/v. Westphalen/*Haas*/*Wagner* (Fn. 3), § 346 Rn. 4.

H. Zusammenfassend kann also festgehalten werden, daß sich in der modernen Kommentar- und Lehrbuchliteratur nur auf den ersten Blick ein scharf konturierter Begriff des Handelsbrauchs herausgebildet hat. Bei näherem Hinschauen zeigt sich, daß das normativierende Verständnis vom Handelsbrauch schon in der handelsrechtlichen Literatur nicht unumstritten ist, es in der bürgerlich-rechtlichen Literatur nur eines von drei Erklärungsmodellen ist und es zu dogmatischen Unstimmigkeiten führt.

### *V. Die historische Perspektive*

Bisher habe ich mich auf die moderne Literatur beschränkt. Doch hat der Streit um die Rechtsnatur und den Geltungsgrund des Handelsbrauchs sowie dessen Anwendungsvoraussetzungen eine lange Geschichte.<sup>84</sup> Schon nach Einführung des ADHGB 1861 waren die Begriffe des Handelsgewohnheitsrechts und des Handelsbrauchs gebräuchlich. Und schon damals hatte sich ein festes Verständnis von diesen Begriffen herausgebildet. Doch kam gerade dem Begriff des Handelsbrauchs eine andere Bedeutung zu als heute. Im ADHGB wurde er an verschiedenen Stellen verwendet, insbesondere in Art. 1 und Art. 279. Art. 1 ADHGB lautete:

„In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmung enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.“

Und Art. 279 ADHGB, Vorgänger des § 346 HGB, bestimmte:

„In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“

Die ganz herrschende Meinung ging davon aus, daß der Begriff des Handelsbrauchs im ADHGB nicht einheitlich sei. In Art. 1 ADHGB war allein Handelsgewohnheitsrecht gemeint und nicht die bloß faktische Handelsübung.<sup>85</sup> Art. 279 ADHGB wurde entgegengesetzt ausgelegt. Hier sei mit dem

<sup>84</sup> Der nachfolgende Abschnitt basiert auf *Hellwege* (Fn. 3), 95–103, 116–119.

<sup>85</sup> *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts I, 2. Aufl. 1875, 355–356; *Laband* ZHR 17 (1872), 466–467, 507–508; *v. Hahn*, Commentar zum ADHGB I, 1863, Art. 1 Rn. 3; *v. Hahn*, Commentar zum ADHG II, 1867, Art. 279 Rn. 2; *Puchelt*, Commentar zum ADHGB, 1874, Art. 1 Anm. 7; *Endemann*, in: ders. (Hg.), Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1881, 41; *Thöl*, Handelsrecht I/1, 5. Aufl. 1875, 75–77; *Gareis/Fuchsberger*, ADHGB, 1891, Art. 1 Anm. 5; *Regelsberger*, Pandekten, 1893, 102, 104; Handelsappellationsgericht Nürnberg ZHR 8 (1865), 527; Obertribunal Berlin Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 12

Begriff des Handelsbrauchs kein Handelsgewohnheitsrecht gemeint, sondern die bloß faktische Handelsübung.<sup>86</sup> Unter Handelsgewohnheitsrecht im Sinne von Art. 1 ADHGB verstand man eine Rechtsquelle, die kenntnisunabhängig zur Anwendung komme.<sup>87</sup> Der Begriff des Handelsbrauchs im Sinne von Art. 279 ADHGB entsprach dagegen dem heutigen Begriff der Handelsübung. *Laband* führte etwa aus:<sup>88</sup>

„Setzen wir nun auf beiden Seiten eine unbestimmte Vielheit von Contrahenten, so haben wir den Begriff der Usance im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht. Die letztere ist nichts Anderes als eine höhere Potenz des Geschäftsgebrauchs, der zwischen zwei einzelnen Geschäftsfreunden sich entwickelt hat. Es ist der gleichmäßige Inhalt der vertragsmäßigen Festsetzung, welche in den Handelsgeschäften eines bestimmten Kreises handeltreibender Personen immer wieder kehren. Weil bei gewissen Geschäften die vertragsmäßigen Verabredungen völlig stereotyp sind, brauchen sie nicht jedesmal bis in das Einzelne ausführlich wiederholt oder neu formulirt zu werden; sie gelten als ein selbstverständlicher Theil des Vertrages; sie gelten als verabredet und zwar als unverändert verabredet, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder modifiziert sind.“

Die Zuordnung des Handelsbrauchs zu Art. 279 ADHGB war allerdings nicht unumstritten. Handelskammern und Verbände einzelner Geschäftszweige waren dazu übergegangen, Handelsbräuche zu sammeln, zu kodifizieren und zu veröffentlichen. *Anschütz* und *von Völderndorff* erkannten an, daß es sich bei solchen kodifizierten Handelsbräuchen nicht um Handelsgewohnheitsrecht handele. Sie wollten sie aber diesem gleichstellen und unter den Begriff des Handelsbrauchs im Sinne des Art. 1 ADHGB fassen: Kaufleuten komme „eine Art von Autonomie“ zu, notwendige Usancen aufzustellen<sup>89</sup>. Art. 279 ADHGB erfasse nur Gebräuche, die ein einzelner Kaufmann verwende. Herrschend war diese Ansicht nicht. Aber in ihr findet sich bereits ein normativierender Erklärungsversuch wieder.

Die vorherrschende Ansicht erklärte die Geltung von Handelsbräuchen vertraglich: Ein Handelsbrauch sei anwendbar, weil die Parteien dies wollten

(1868), 344; ROHGE 3, 1; ROHGE 6, 368. Anders etwa *v. Gerber*, Gesammelte Juristische Abhandlungen 2. Aufl. 1878, 427–440. Vgl. zum folgenden auch *Bärmann*, in: FS Hermann Krause, 1975, 246–252.

<sup>86</sup> *Goldschmidt* (Fn. 85), 356; *Endemann* (Fn. 85), 45–47; *Puchelt* (Fn. 85), Art. 1 Anm. 7; *v. Hahn* II (Fn. 85), Art. 279 Rn. 2; *Gareis/Fuchsberger* (Fn. 85), Art. 1 Anm. 5; Obertribunal Berlin Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 12 (1868), 344; Handelsappellationsgericht Nürnberg ZHR 8 (1865), 527; ROHGE 3, 1; ROHGE 6, 368.

<sup>87</sup> *Laband* ZHR 17 (1872), 497; *Gareis/Fuchsberger* (Fn. 85), Art. 1 Anm. 14.

<sup>88</sup> *Laband* ZHR 17 (1872), 481–482.

<sup>89</sup> *Anschütz/v. Völderndorff*, Kommentar zum ADHGB I, 1868, Art. 1 Anm. 4.II.

und er Vertragsbestandteil geworden sei.<sup>90</sup> Er entfaltete seine Wirkung daher nicht willensunabhängig.<sup>91</sup> Man ging vielmehr von der Vermutung aus, daß die Parteien das Übliche wollten. So schrieb *Laband*:<sup>92</sup>

„Dagegen die blos faktische Uebung ist an sich in keiner Weise verpflichtend und rechtsverbindlich und Niemand ist gehalten, sich dem Gebrauche zu fügen [...]. Es besteht nur die Vermuthung, daß dasjenige, was gewöhnlich und gebräuchlich ist und dadurch sich als zweckmäßig, vernünftig und billig erweist, stillschweigend genehmigt sei, falls diese Vermuthung mit den übrigen Umständen des konkreten Falls vereinbar ist. Es ist dies eine aus der Erfahrung abgeleitete Interpretationsregel. Der Handelsgebrauch begründet lediglich eine einfache Präsumtion, daß der Wille der Parteien positiv darauf gerichtet war, ihn als *pars contractus* anzuerkennen; [...].“

Diese Auslegungsregel war in Theorie und Praxis herrschend.<sup>93</sup>

## VI. Die vergleichende Perspektive

Eine kenntnisunabhängige Anwendung von Handelsbräuchen kraft Gesetzes ist also aus historischer Perspektive keine Selbstverständlichkeit. Dieser Befund wird auch durch eine vergleichende Perspektive bestätigt.<sup>94</sup> So betonen englische und schottische Rechtsprechung und Literatur als Ausgangspunkt, daß ein Handelsbrauch nur dann zur Anwendung komme, wenn die Parteien ihn kennen,<sup>95</sup> daß eine solche Kenntnis aber vermutet werde, wenn der Handelsbrauch üblich sei, über längere Zeit praktiziert und gebilligt wor-

<sup>90</sup> Goldschmidt (Fn. 85), 322 Fn. 7, 331 Fn. 25; *Regelsberger* (Fn. 85), 100–102; *Voigtel* Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 6 (1865), 465–466; Obertribunal Berlin Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 12 (1868), 344; Appellationsgericht Frankfurt a.M. Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht 4 n.F. (1868), 435; Kammergericht Berlin Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 20 (1871), 235, 236.

<sup>91</sup> *Puchelt* (Fn. 85), Art. 1 Anm. 10; *Laband* ZHR 17 (1872), 497; *v. Hahn* II (Fn. 85), Art. 279 Rn. 2; *Gareis/Fuchsberger* (Fn. 85), Art. 279 Anm. 58; *Endemann* (Fn. 85), 46; *Regelsberger* (Fn. 85), 101–102; ROHGE 6, 76; ROHGE 6, 368.

<sup>92</sup> *Laband* ZHR 17 (1872), 496–497.

<sup>93</sup> Goldschmidt (Fn. 85), 335; *Regelsberger* (Fn. 85), 642; *Endemann*, Das Deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. 1887, 21; *Puchelt* (Fn. 85), Art. 1 Anm. 7; *Gareis/Fuchsberger* (Fn. 85), Art. 279 Anm. 58–63; *v. Hahn* II (Fn. 85), Art. 279 Rn. 2; Wolff Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht 6 n.F. (1870), 424 f.; *Voigtel* Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 6 (1865), 467 f.; ROHGE 3, 1; ROHGE 4, 243.

<sup>94</sup> Zum folgenden bereits *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs I, 1936, § 8.3; *Rabel*, *Rabels* Z 9 (1935), 53–54; *Jokela* Scandinavian Studies in Law 10 (1966), 82–96.

<sup>95</sup> *Gloag/Henderson*, The Law of Scotland, 13. Aufl. 2012, § 6.18.

den sei.<sup>96</sup> Andere Autoren stellen unmittelbar eine Verknüpfung zur Auslegung her:<sup>97</sup>

„It therefore appears that the implication of terms through custom cannot truly be based on the intention of the parties, but rather upon what one party might reasonably assume from the other party's silence in the circumstances [...].“

Zwei Dinge sind an diesem Zitat von Bedeutung: Der Handelsbrauch werde Vertragsbestandteil.<sup>98</sup> Ein Handelsbrauch wirkt in der Tat nach ganz herrschender Meinung als sogenannter *implied term*.<sup>99</sup> Und in dem Satzteil ab dem „but“ verweist der Autor auf die englische und schottische Version der Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont.<sup>100</sup> Freilich wird die Einbeziehung des Handelsbrauchs in den Vertrag auf Grundlage eines vermuteten Willens in Literatur und Rechtsprechung auch dahingehend verkürzt dargestellt, daß ein Handelsbrauch selbst dann zur Anwendung kommen könne, wenn eine Partei ihn nicht positiv oder tatsächlich kenne,<sup>101</sup> und mit einer solchen Verkürzung ist man schnell bei der Behauptung, Handelsbräuche gälten kenntnisunabhängig.<sup>102</sup> Nicht nur das englische und schottische Recht folgen der Vertragstheorie, sondern auch die französische Lehre geht davon aus, Verkehrssitte und Handelsbrauch wirkten nicht von außen, vermittelt durch

<sup>96</sup> *McMeel*, The Construction of Contracts, 2. Aufl. 2011, § 12.07; *Lewison*, The Interpretation of Contracts, 5. Aufl. 2011, § 6.12; *Con-Stan Industries of Australia Pty. Ltd. v. Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd.* (1986) 160 CLR 226 (High Court of Australia). Aus der vergleichenden Literatur *Schmidt-Kessel* ZVglRWiss 96 (1997), 126–129; *Grobecker*, Implied terms und Treu und Glauben, 1999, 114.

<sup>97</sup> *Davidson*, in: *Stair Memorial Encyclopedia* XV, 1996, § 717.

<sup>98</sup> So auch *Hutton v. Warren* (1836) 1 M&W 466, 150 ER 517; *McMeel* (Fn. 96), § 12.07; *Lewison* (Fn. 96), § 6.12; *Vogenauer*, in: *Triebel et al.*, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2012, 24.

<sup>99</sup> *Peel*, in: *Treitel. The Law of Contract*, 13. Aufl. 2011, § 6–046; *Chen-Wishart*, Contract Law, 3. Aufl. 2010, § 11.4.1; *Austen-Baker*, Implied Terms in English Contract Law, 2011, § 5.01; *Lewison* (Fn. 96), § 6.12; *MacQueen/Thomson*, Contract Law in Scotland, 2. Aufl. 2007, § 3.31; *McBryde*, The Law of Contract in Scotland, 3. Aufl. 2007, § 9–60; *SME/Davidson* (Fn. 97), §§ 715–717; *London Export Corporation Ltd. v. Jubilee Coffee Roasting Co. Ltd.* [1958] 1 WLR 661, 675.

<sup>100</sup> *MacQueen/Thomson* (Fn. 99), § 3.39; *Gloag/Henderson* (Fn. 95), § 6.22; *McBryde* (Fn. 99), § 8–02; *Treitel/Peel* (Fn. 99), § 6–008; *McMeel* (Fn. 96), § 3.56; *Guest*, in: *Chitty on Contracts I*, 13. Aufl. 2008, § 12–043; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896; *M'Cutcheon v. MacBrayne Ltd.* 1964 SC (HL) 28, 35.

<sup>101</sup> *McMeel* (Fn. 96), § 12.21; *McBryde* (Fn. 99), § 9–60; *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood* [1967] 1 WLR 1421, 1439; *Sagar v. Ridehalgh & Son Ltd.* [1931] 1 Ch 310, 336; *Morton & Co. v. Muir Bros. & Co.* 1907 SC 1211.

<sup>102</sup> So in der Tat *Treitel/Peel* (Fn. 99), § 6–046; *Chen-Wishart* (Fn. 99), § 11.4.1.

Gesetz (etwa Art. 1135 Code civil) auf den Vertrag ein, sondern gälten als Parteiwille.<sup>103</sup>

Der vergleichenden tritt eine einheitsrechtliche Perspektive zur Seite. Schon seinem Wortlaut nach geht Art. 9(2) CISG davon aus, daß Handelsbräuche, „die sie [die Parteien] kannten oder kennen mußten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind“ gelten, weil „angenommen [wird], daß sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluß stillschweigend auf [diese] Gebräuche bezogen haben“. Die Gebräuche gelten nicht kraft Gesetzes, nicht normativ, sondern als Vertragsbestandteil. Und sie kommen nicht kennungsunabhängig zur Anwendung. Es ist zumindest ein Kennenmüssen notwendig.<sup>104</sup> Trotz des eindeutigen Wortlautes wird aber auch mit Blick auf Art. 9(2) CISG eine normative Geltung von Handelsbräuchen vertreten.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> *Terré/Simler/Lequette*, Droit civil. Les obligations, 8. Aufl. 2002, Rn. 448; *Mazeaud/Mazeaud/Chabas*, Obligations théorie générale, 9. Aufl. 1998, Rn. 349; *Ghestin/Goubeaux*, Introduction Générale, 2. Aufl. 1982. Rn. 498. Anders wohl *Malaurie/Aynès*, Introduction à l'étude du droit, 1991, Rn. 831.

<sup>104</sup> Zu den Einzelheiten *Magnus*, in: Staudinger. BGB, Neubearbeitung 2013, Art. 9 CISG Rn. 16; *Schmidt-Kessel*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Hg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 1–2, 11–14, 19; *Ferrari*, in: MK-HGB, 3. Aufl. 2013, Art. 9 CISG Rn. 10–11; *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 224; *Johnson* University of Pennsylvania Journal of International Law 35 (2013), 404–407; *Ferrari*, in: Ferrari/Flechtnner/Brand (Hg.), The Draft UNCITRAL Digest and Beyond, 2004, 197–199 („fictional agreement“); *Huber* IPRax 2004, 358; *Kaczorowska* Revue juridique Thémis 29 (1995), 427–457; *Goldštajn*, in: Šarčević/Volken (Hg.), International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures, 1986, 55, 97; *Eörsi*, in: Galston/Smit (Hg.), International Sales, 1984, Rn. 2.06 („usages in CISG appear completely on a contractual basis“ und „usages in CISG have [...] no normative force“); *Lögering*, CISG und internationale Handelsklauseln, 2008, 46. Ähnlich wohl auch *Melis*, in: Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 8. Zum Hintergrund von Art. 9 CISG *Bonell* JBl. 1985, 389–390; *Bainbridge* Virginia Journal of International Law 24 (1984), 629–645.

<sup>105</sup> *Saenger*, in: Ferrari et al. (Hg.), Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2011, Art. 9 CISG Rn. 1, 5–6 (Rn. 6: Handelsbräuche seien willensunabhängig Vertragsbestandteil; daher werde auch von „normativen Bräuchen“ gesprochen); *H. P. Westermann*, in: MK-BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 9 CISG Rn. 5 („Geltungsgrund ist danach nicht der Parteiwille – auch kein stillschweigend geäußerter“, sondern Gebräuche sind „Gegenstand einer fiktiven [...] Vereinbarung“); *Viscasillas*, in: Kröll et al. (Hg.), UN-Convention on the International Sales of Goods, 2011, Rn. 24 (Handelsbräuche seien „objective in character and thus ought to be considered as an objective and normative rule and „source of law““); *Lüderitz/Fenge*, in: Soergel. BGB, 13. Aufl. 2000, Art. 9 CISG Rn. 1 („Abs. 2 meint normative Verkehrssitten, die ihren Geltungsgrund damit nicht in den Parteierklärungen, sondern im CISG selbst finden“); *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 9 Rn. 7 (es handele sich um eine fiktive Vereinbarung, die im Ergebnis einer normativen Geltung gleichkomme); *Witz*, in: Witz/Sal-

Doch gibt es auch im Rechtsvergleich Beispiele dafür, daß die Geltung von Handelsbräuchen nicht rechtsgeschäftlich erklärt wird: Das österreichische Schrifttum unterscheidet im Anschluß an *Rummel*<sup>106</sup> Erklärungssitten, echte Verkehrssitten und Vertragssitten.<sup>107</sup> Für die echte Verkehrssitte ebenso wie für den Handelsbrauch geht es ganz im Einklang mit der deutschen Literatur davon aus, daß sie zwar kein Recht seien, aber kraft gesetzlicher Verweisung und damit kenntnisunabhängig gälten und daß für ihre Abbedingung ein ausdrücklicher Ausschluß nötig sei.<sup>108</sup> Das Schrifttum spricht weiterhin davon, daß Verkehrssitte und Handelsbrauch eine faktische Ordnung seien, die unmittelbar normative Verhaltenserwartungen festlegen.<sup>109</sup> Freilich gibt es auch im österreichischen Schrifttum Stimmen, welche die Geltung von Handelsbrauch und Verkehrssitte auf den vermuteten Parteiwillen zurückführen<sup>110</sup> und damit wohl keine normativierende Theorie vertreten. Ein weiteres Beispiel einer normativierenden Theorie findet sich im italienischen Recht. Mit Blick auf Art. 1374 Codice civile spricht die italienische Lehre von *usi normativi*, die kraft gesetzlicher Verweisung und kenntnisunabhängig gälten.<sup>111</sup> Schließlich geht auch Art. 1:105(2) PECL von einer Geltung kraft gesetzlicher Verweisung aus:

„The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the applicability of such usage would be unreasonable.“

Die *Notes* zu Art. 1:105 PECL führen aus, „Article 1:105(2) treats usages as legal norms applicable independant [sic] of the volition of the parties.“<sup>112</sup> Freilich führt dieses normative Verständnis auch bei den PECL zu dogmatischen

ger/Lorenz (Hg.), Internationales Einheitliches Kaufrecht, 2000, Art. 9 Rn. 7 („normative Geltungsgrund von Gebräuchen“); *Pamboukis* Journal of Law and Commerce 25 (2005–06), 119. Offenlassend *Holl/Keßler* RIW 1995, 459; *Kolter*, Zur rechtlichen Einordnung typischer Handelsklauseln, 1991, 8–9; *Graffi* Journal of Law and Commerce 29 (2011), 277–278.

<sup>106</sup> *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, 1972, 78–91.

<sup>107</sup> *Bollenberger*, in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hg.), ABGB, 3. Aufl. 2010, § 914 Rn. 3. Die Unterscheidung findet sich auch im deutschen Schrifttum, so etwa bei *MK-BGB/Busche* (Fn. 36), § 157 Rn. 19.

<sup>108</sup> *Dittrich/Tades*, ABGB, 36. Aufl. 2003, § 914 Rn. E144; *Rummel*, in: *Rummel* (Hg.), ABGB, 3. Aufl. 2000, § 914 Rn. 13–14; *Kramer*, in: *Straube* (Hg.), HGB, 3. Aufl. 2003, § 346 Rn. 15; *Krejci*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 18, 21.

<sup>109</sup> *Roth/Fitz*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2000, Rn. 30.

<sup>110</sup> *Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts, 7. Aufl. 2007, Rn. 434.

<sup>111</sup> *Bessone*, Istituzioni di diritto privato, 18. Aufl. 2000, 570; *Perlingieri/Rizzo*, in: *Perlingieri* (Hg.), Manuale di diritto civile, 5. Aufl. 2005, Rn. IV.64; *Gazzoni*; Manuale di diritto privato, 12. Aufl. 2006, 913.

<sup>112</sup> *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law. Parts I and II, 2000,

Unstimmigkeiten: Handelsbrauch und Verkehrssitte werden nochmals in Art. 5:102(e) und (f) PECL als Auslegungsmittel benannt, sollen als solche Rückschluß auf den normativen Willen geben,<sup>113</sup> und sie dürfen nach Art. 5:101(1) PECL demnach dann nicht hergezogen werden, wenn der wirkliche Wille nicht auf sie gerichtet war. Auch hier gilt: Die beidseitige Unkenntnis vom Handelsbrauch führt nicht dazu, daß dessen Geltung vertraglich ausgeschlossen ist, sondern einfach dazu, daß der Handelsbrauch nicht als Auslegungsmittel herangezogen werden darf. Das steht im Widerspruch zu ihrer vermeintlich willensunabhängigen Geltung. Für den DCFR (Art. II.-1:104, II.-8:101, II.-8:102), die UNIDROIT-PICC (Art. 1.9, 4.1, 4.3) gilt entsprechendes.<sup>114</sup>

Diese Unstimmigkeiten werden nochmals verstärkt durch den Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. In dessen Art. 67(2), 58(1), 59(d) finden sich im Kern die Vorgängervorschriften aus PECL, DCFR und PICC wieder, aber die allgemeine Vorschrift zu Handelsbräuchen erscheint nun unter der Überschrift „Contents and effects“ des Vertrages, und das verweist systematisch auf eine rechtsgeschäftliche Geltungsgrundlage, auch wenn von einer ungewillkürten Geltung ausgegangen wird.<sup>115</sup>

## VII. Das normativierende Verständnis als dogmatisches Rudiment

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß sich nicht nur in Deutschland eine normativierende Theorie und eine Vertragstheorie vom Handelsbrauch gegenüberstehen. Die oben so genannte Auslegungstheorie, die sich in der deutschen bürgerlich-rechtlichen Literatur zur Verkehrssitte findet, hat dagegen im Rechtsvergleich kaum eine Entsprechung. Eine offene Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Theorien findet nicht – oder besser: nicht mehr – statt. Und schließlich hat es die normativierende Theorie nicht nur in Deutschland bisher nicht geschafft, alle Regelungsprobleme schlüssig aus sich heraus zu lösen.

107. Vgl. hierzu Meyer, *Principles of Contract Law* und nationales Vertragsrecht, 2007, 299.

<sup>113</sup> Die *Comments* zu Art. 5:101 PECL sprechen von einer „fictitious intention“: Lando/Beale (Fn. 112), 289.

<sup>114</sup> Zu Art. 1.9 PICC und den Diskussionen, die zu dieser Regelung geführt haben, siehe Vogenauer, in: Vogenauer/Kleinheisterkamp (Hg.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2009, Art. 1.9 Rn. 16–18 mit kritischen Anmerkungen im Text zu Fn. 489.

<sup>115</sup> Siehe etwa Kieninger, in: Schulze (Hg.), *Common European Sales Law*, 2012, Art. 67 Rn. 7. Zu weiteren Unstimmigkeiten Wendehorst, *ebd.*, Art. 59 Rn. 12. Kritisch gegenüber Art. 67 steht auch Mak ERCL 2014, 64–84.

Die These, die ich nun entwickeln möchte, läßt sich wie folgt zusammenfassen: Ausgangspunkt der Entwicklung in Deutschland ist die Vertragstheorie. Das wurde bereits oben deutlich. Die nachfolgende Herausbildung des normativen Verständnisses vom Handelsbrauch steht in Zusammenhang mit der aus der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre bekannten Erklärungstheorie und mit der Figur eines „selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft“, die sich seit den 1930er Jahren etabliert hat und auf die etwa auch die aus dem AGB-Recht bekannte Normentheorie zurückgeht. Erklärungs- und AGB-rechtliche Normentheorie konnten sich nicht durchsetzen. Das normativierende Verständnis des Handelsbrauchs hat sich dagegen gehalten. Es ist mithin ein dogmatisches Rudiment, das sich nicht in die moderne Rechtsgeschäftslehre einfügen läßt. Diese These möchte ich belegen, indem ich drei Entwicklungsstränge nachverfolge.

### *VIII. Die Herausbildung des modernen Verständnisses des Handelsbrauchs*

Der erste Entwicklungsstrang ist so schnell dargestellt, daß man weder von einer Entwicklung noch von einem Strang sprechen möchte: Das normativierende Verständnis vom Handelsbrauch wie auch von der Verkehrssitte deutete sich am Ende des 19. Jahrhunderts bereits an und bildete sich sodann in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts heraus. In der Kommentar- und Lehrbuchliteratur vollzog sich dieser Wandel ohne vertiefte Erörterungen.<sup>116</sup> Doch hielt sich zunächst auch noch die ältere Vertragstheorie.<sup>117</sup> Be-

<sup>116</sup> Vgl. die im Detail leicht divergierenden Positionierungen von *Rehme*, in: Ehrenberg (Hg.), *Handbuch des gesamten Handelsrechts I*, 1913, 275; *Koenige/Pinner/Bondi*, *Staub. HGB*, 10. Aufl. 1920, Allgemeine Einleitung Anm. 33–34, § 346 Anm. 9; *Wüstendorfer*, in: Ehrenberg (Hg.), *Handbuch des gesamten Handelsrechts VII/2*, 1923, 51; *Riezler*, in: *Staudinger. BGB*, 9. Aufl. 1925, § 157 Anm. 3; *Reichel*, in: *FG Rudolf Stammmer*, 1926, 307; *Müller-Erzbach*, *Deutsches Handelsrecht*, 2. und 3. Aufl. 1928, 50–51; *Goldschmit*, *HGB*, 1929, § 346 Anm. 6–11.; *Scharz*, in: *Neufeld/Schwarz*, *HGB*, 1931, § 346 Anm. 2, 12; *Werner*, in: *Düringer/Hachenburg* (Hg.), *HGB*, 3. Aufl. 1932, § 346 Rn. 2–3, 9; *J. v. Gierke*, *Handelsrecht*, 4. Aufl. 1933, 21; *Oegg*, in: *BGB-RGRK*, 9. Aufl. 1939, § 157 Anm. 1 a.E. Vgl. außerdem *Schreiber*, *Handelsbräuche*, 1922, 60; *Guthaner*, *Die neuesten Handelsbräuche beim Handelskauf*, 1929, 4–5; *Hamburger*, *Treu und Glauben im Verkehr*, 1930, 15; *Hodum*, *Die rechtliche Bedeutung der Geschäftsbedingungen*, 1931, 37; *Graul*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Handelsbrauch*, 1932, 20–25; *Michel*, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1932, 67; *Koch*, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*, 1932, 27; *Koehler*, *Allgemeine Verkaufsbedingungen*, 1934, 15–17. Ausführlich *Oertmann*, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, 60–82. Vgl. zu allem bereits *Hellwege* (Fn. 3), 261.

<sup>117</sup> *Gutsche/Behrend*, *Handelsbräuche*, 1905, XXXII; *Heilfron*, *Lehrbuch des*

trachtet man die handelsrechtliche Kommentar- und Lehrbuchliteratur, deuten sich die Ursachen dieses Verständniswandels nur an, und man möchte vermuten, er habe auch darin seinen Grund gefunden, daß Handelsbräuche wichtiger geworden waren. In der Tat hatte sich das Phänomen gehalten, daß Handelskammern und Verbände einzelner Geschäftszweige Gebräuche sammelten, kodifizierten und veröffentlichten.<sup>118</sup> Doch die Literatur betonte, daß es sich bei diesen kodifizierten Gebräuchen nicht zwingend um Handelsbräuche im Sinne des § 346 HGB handelte.<sup>119</sup> Die Ursache muß also woanders gesucht werden.

### IX. Willenstheorie – Erklärungstheorie

Es überrascht wenig, daß die Ursache für die Herausbildung des normativierenden Verständnisses von Handelsbrauch und Verkehrssitte in den Änderungen der Auslegungslehre zu finden ist, handelt es sich doch bei § 157 BGB und § 346 HGB um Auslegungsnormen: Das normativierende Verständnis bildete sich im Zusammenhang mit dem Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie heraus:<sup>120</sup>

Im 19. Jahrhundert war die Willenstheorie vorherrschend. Danach war die Erforschung des wirklichen Parteiwillens das Ziel jeder Vertragsauslegung.<sup>121</sup> Dennoch war Ausgangspunkt der Auslegung die Erklärung, und Literatur und Praxis operierten mit zahlreichen Vermutungsregeln: Es wurde etwa vermutet, daß die Parteien das Erklärte und eben auch das Übliche wollten. Freilich stand es den Parteien offen, diese Vermutungen zu entkräften, indem sie einen gemeinsamen anderslautenden wirklichen Willen nachwiesen.<sup>122</sup> Verkehrssitte und Handelsbrauch galten also als vermuteter Parteiwille. Die Vertreter der Erklärungstheorie meinten dagegen, der innere Wille der Parteien dürfe schon deshalb nicht maßgeblich sein, weil er nicht erkennbar sei. Es komme nur auf das objektiv Erklärte als äußerlich manifestierter Wille an.<sup>123</sup>

Handelsrechts, 1907, 71; *Lehmann*, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, 52–53; *Keßler*, in: Soergel. BGB, 3. Aufl. 1926, § 157 Anm. 3; *Oegg*, in: BGB-RGRK, 6. Aufl. 1928, § 157 Anm. 1.

<sup>118</sup> Dazu bereits oben den Text vor Fn. 89.

<sup>119</sup> *Müller-Erzbach* (Fn. 116), 51; *Michel* (Fn. 116), 67; *Koehler* (Fn. 116), 16; *Hodum* (Fn. 116), 41.

<sup>120</sup> Zu beiden Theorien *Vogenauer*, in: HKK-Kommentar zum BGB, 2003, §§ 133, 157 Rn. 34–43. Zum folgenden *Hellwege* (Fn. 3), 104–109, 126–132.

<sup>121</sup> Statt aller *Arndts*, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl. 1877, 103.

<sup>122</sup> Statt aller *C. G. v. Wächter*, Pandekten I, 1880, 404.

<sup>123</sup> Statt aller *Bähr* JhJb 14 (1875), 401.

Verkehrssitte und Handelsbrauch waren danach objektive Maßstäbe zur Auslegung des objektiv Erklärten.

Kommen wir zu dem Fall zurück, der oben bereits im Zentrum stand: Nach der Willenstheorie war die Anwendung des Handelsbrauchs ausgeschlossen, wenn einer Partei der Beweis gelang, daß er bei Vertragsschluß *beiden* Parteien unbekannt war.<sup>124</sup> Nach der Erklärungstheorie konnte auch dieser übereinstimmende Wille keine Bedeutung haben, war es doch ein rein innerer Wille geblieben; der Wille, den Handelsbrauch auszuschließen, hätte sich in den Erklärungen wiederfinden müssen:<sup>125</sup>

„Keineswegs ist mit Dernburg [...] anzunehmen, daß die Verkehrssitte keine Bedeutung für die Vertragschließenden habe, wenn beide Teile sie nicht kannten [...]. Die Bedeutung der Verkehrssitte würde dadurch in einer Weise eingeengt, die in den Worten und in der Absicht des Gesetzes keine Stütze findet. [...] Es entspricht durchaus dem Sinne der §§ 157, 242 BGB, wenn bei einem Streite über Art oder Maß der Vertragsverpflichtungen der eine Teil zum anderen sagt: wir haben beide an einen solchen Fall nicht gedacht, wir waren uns auch beide nicht bewußt, was in solchem Falle die Verkehrssitte erfordert, aber ich habe mich jetzt danach erkundigt, und ich verlange nichts anderes, als was der Verkehrssitte entspricht.“

Daß das moderne Verständnis vom Handelsbrauch seine Wurzel in der Erklärungstheorie hat, wird besonders deutlich bei *Danz*, den *Oertmann* den „entschiedenste[n] Vorkämpfer“ des modernen Verständnisses nannte.<sup>126</sup> Die im 19. Jahrhundert herrschende Vertragstheorie, die die Geltung des Handelsbrauchs darauf zurückführte, daß die Parteien ihn in den Vertrag einbezogen hatten, setzte *Danz* mit der Willenstheorie gleich:<sup>127</sup>

„Wie man aus den Motiven sieht, stehen diese auch hier auf dem Boden der bei ihrer Abfassung herrschenden Willenstheorie; es sollen auch die aus der Verkehrssitte zu entwickelnden Sätze nur dann wirksam werden, also Rechtsfolgen nach sich ziehen, wenn ein Wille der Parteien vorliegt, der gerade den dem Üblichen entsprechenden Rechtsereignis eintreten lassen wollte. Es ist dieselbe Ansicht, der man früher auch [...] huldigte [...] bezüglich der Vorschrift des Art. 279 a. HGB.“

*Danz* selbst stellte die Verkehrssitte dem Gewohnheitsrecht gleich:<sup>128</sup>

<sup>124</sup> *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens II/1, 3. Aufl. 1905, 27–28.

<sup>125</sup> *Staub/Koenige/Pinner/Bondi* (Fn. 116), § 346 Anm. 9. Vgl. auch *Rehme* (Fn. 116), 275; *Düringer/Hachenburg/Werner* (Fn. 116), § 346 Rn. 3 („Sie [die Verkehrssitte] erzwingt ihre Geltung vielmehr ohne und gegen diesen Willen [den der Parteien].“). Dagegen *Sachse* AcP 127 (1927), 295.

<sup>126</sup> *Oertmann* (Fn. 116), 66.

<sup>127</sup> *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911, 119.

<sup>128</sup> *Danz* (Fn. 127), 128.

„Auf Grund dieser Verkehrssitten entsteht eben auch jetzt noch immer und immer neues Gewohnheitsrecht im Gebiete der Rechtsgeschäfte; und das BGB sanktioniert dieses noch ausdrücklich, indem es in den §§ 157, 242 BGB jene Wirkung anerkennt. Es ist vom BGB sanktioniertes Gewohnheitsrecht [...].“

Für die Entstehung der Verkehrssitte bedurfte es nach *Danz* allerdings nicht der Rechtsüberzeugung der am Verkehr Beteiligten, weil diese Entstehungsvoraussetzung im BGB nicht vorgesehen sei.<sup>129</sup> Auch bei anderen Autoren wird der Zusammenhang zwischen normativ geltenden Verkehrssitten und Handelsbräuchen einerseits und einer objektiven Auslegung im Sinne der Erklärungstheorie deutlich.<sup>130</sup> So schrieb *Müller-Erzbach*:<sup>131</sup>

„Bestimmt man nämlich wie üblich die Tragweite jeder Willenserklärung nach ihrem „objektiven Erklärungswert“ (*Danz*), d.h. nach allen Umständen, unter denen sie abgegeben ist, so gehört zweifellos auch eine am Erklärungsort geltende Verkehrssitte dazu.“

Und *Oertmann* führte aus:<sup>132</sup>

„Die meisten ihrer Parteigänger [*Oertmann* verweist auf die Vertreter einer objektiven Geltung des Handelsbrauchs und der Verkehrssitte] lassen die Verkehrssitte nur als Bestandteil der Willenserklärung gelten, bringen sie in Zusammenhang mit der objektiven Auslegungstheorie, wonach nicht nur das als erklärt gilt, was die Partei hat erklären wollen, sondern das, was objektiv betrachtet als erklärt zu gelten hat.“

Die Verkehrssitte war für *Oertmann* dabei vor allem, aber nicht nur, objektives Auslegungsmittel. Die Literatur des frühen 20. Jahrhunderts unterschied übrigens nicht nur zwischen der älteren Willens- und der Erklärungstheorie, der sich *Oertmann* selbst zurechnete,<sup>133</sup> sondern ergänzte noch die sogenannte Gesetzestheorie,<sup>134</sup> deren prominentester Vertreter *Danz* war. Ihre Vertreter umschrieben Verkehrssitte und Handelsbrauch bereits ähnlich, wie es heute üblich ist – *Müller-Erzbach* sprach von „Recht zweiten Grades“ und von „eine[r] gewisse[n] Rechtsfunktion“<sup>135</sup> Wüstendörfer von einer „gesetz-

<sup>129</sup> *Danz* (Fn. 127), 131.

<sup>130</sup> *Sachse* AcP 127 (1927), 290 („Die bisher herrschende Meinung wurde mit Inkrafttreten der [sic] BGB verlassen, offensichtlich im Anschluß daran, daß das früher herrschende Willensdogma aufgegeben wurde und die Erklärungstheorie zur Herrschaft kam.“); *Hamburger* (Fn. 116), 15, 29; *Fabisch*, Die Rechtnatur der kodifizierten Handelsbräuche, 1926, 8–10.

<sup>131</sup> *Müller-Erzbach* (Fn. 116), 50. Siehe ebenfalls *Neufeld/Schwarz* (Fn. 116), § 346 Anm. 2, 3, 12; *Düringer/Hachenburg/Werner* (Fn. 116), § 346 Rn. 2–3, 9.

<sup>132</sup> *Oertmann* (Fn. 116), 68 (Abkürzung aufgelöst).

<sup>133</sup> *Oertmann* (Fn. 116), 74–76.

<sup>134</sup> *Fabisch* (Fn. 130), 10; *Guthaner* (Fn. 116), 4–5; *Graul* (Fn. 116), 22. Ausführlich hierzu *Oertmann* (Fn. 116), 68–72. Sehr weitgehend *L. Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, 82–89.

<sup>135</sup> *Müller-Erzbach* (Fn. 116), 50.

lich anerkannte[n], objektiv verbindliche[n] Norm“<sup>136</sup> und Werner von einer „mittelbare[n] Rechtsquelle“<sup>137</sup> Aber die Gesetzestheorie war zunächst aus der Erklärungstheorie entsprungen. Diese drei Theorien wurden darüber hinaus in zahlreichen Abstufungen vertreten, die im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter interessieren.

## *X. Handelsbrauch und das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*

Der Begriff der Gesetzestheorie leitet zum dritten Entwicklungsstrang über, den ich an dieser Stelle nur andeuten möchte, weil seine Details als bekannt vorausgesetzt werden können: Die Literatur sprach seit den 1930er Jahren von selbstgeschaffinem Recht der Wirtschaft.<sup>138</sup> Nicht nur Allgemeine Geschäftsbedingungen,<sup>139</sup> sondern auch Handelsbrauch und Verkehrssitte spielten in den entsprechenden Beiträgen eine Rolle.<sup>140</sup> Und so wie sich eine AGB-rechtliche Normentheorie kurzzeitig etablieren konnte,<sup>141</sup> hat sich auch die Gesetzestheorie zur Erklärung der Handelsbräuche gefestigt und lebt heute in der herrschenden normativierenden Theorie fort.

## *XI. Der Handelsbrauch und die normative Auslegung*

Das moderne, normativierende Verständnis vom Handelsbrauch ist ein dogmatisches Rudiment: Es fügt sich allein in die Auslegungslehre der Erklärungstheorie ein. Die Erklärungstheorie ist überwunden, und als Folge hat sich die Auslegungslehre gewandelt. Heute sprechen wir von der normativen Auslegung. Auch die Gesetzestheorie im AGB-Recht ist überwunden, aber mit Blick auf Handelsbrauch und Verkehrssitte lebt sie in Gestalt einer normativierenden Theorie fort. Der dogmatische Rahmen, in dem Handelsbrauch und Verkehrssitte stehen, hat sich mithin gewandelt, nicht aber das Verständnis von Handelsbrauch und Verkehrssitte selbst. Das führt zu den oben iden-

---

<sup>136</sup> Wüstendorfer (Fn. 116), 51.

<sup>137</sup> Düringer/Hachenburg/Werner (Fn. 116), § 346 Rn. 2.

<sup>138</sup> Großmann-Doerth, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, 1933; Rühl, *Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft*, 1931.

<sup>139</sup> Großmann-Doerth (Fn. 138), 4–5; Rühl (Fn. 138), 19–20.

<sup>140</sup> Rühl (Fn. 138), 17. Zu dem Zusammenhang Bachmann, *Private Ordnung*, 2006, 343.

<sup>141</sup> Zusammenfassend Hellwege (Fn. 3), 203–223.

tifizierten Unstimmigkeiten. Es ist eine Neupositionierung notwendig, eine Rückanbindung an den dogmatischen Rahmen.

A. Die normativierende Theorie ist ein dogmatisches Rudiment, und es ist bisher nicht gelungen, das normativierende Verständnis von Handelsbrauch und Verkehrssitte in die moderne Rechtsgeschäftslehre einzufügen sowie die identifizierten dogmatischen Unstimmigkeiten aufzulösen, auch wenn das Phänomen, das mit Stichworten wie privater Regelsetzung, privater Ordnung, privates Recht oder Selbstregulierung im Privatrecht belegt wird, heute Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen ist.<sup>142</sup> Nach alledem ist ein normativierendes Verständnis von Handelsbrauch und Verkehrssitte, so wie es heute in der Literatur vertreten wird, nicht haltbar. Freilich ist es möglich – darauf werde ich sogleich eingehen – ein Modell, daß von der Möglichkeit privater Regelsetzung ausgeht, in die normative Auslegungslehre zu integrieren.

B. Damit verbleiben noch zwei Modelle. Da ist zum einen die Vertragstheorie, nach der Handelsbrauch und Verkehrssitte gelten, wenn die Parteien sie vertraglich anerkannt haben. Und da ist das Modell, das Handelsbrauch und Verkehrssitte als Auslegungsmittel heranzieht, um den normativen Willen der Vertragsparteien zu ermitteln. Beide Theorien stehen nicht im Widerstreit, sondern jede hat ihren Platz. Haben die Parteien sich auf einen Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte vertraglich bezogen, so werden sie zum Vertragsinhalt – bei einem Handelsbrauch wird dies vermutlich häufiger vorkommen als bei der Verkehrssitte. Fehlt eine solche Einbeziehung, können Handelsbrauch und Verkehrssitte als Auslegungsmittel im Rahmen der normativen Auslegung herangezogen werden. Eine Entscheidung zwischen beiden Modellen ist deshalb entbehrlich, weil beide im Kern auf die gleichen Kriterien zurückgreifen, um Handelsbrauch und Verkehrssitte heranzuziehen, nämlich die der normativen Auslegung. Denn auch die Frage, ob Handelsbrauch und Verkehrssitte in den Vertrag einbezogen worden sind, ist eine Auslegungsfrage.

C. Für die normative Auslegung ist Auslegungsziel nicht die Ermittlung des (vermuteten) wirklichen Willens der Vertragsparteien, aber auch nicht die Ermittlung des objektiv erklärten Parteiwillens. Vielmehr soll der normative Wille ermittelt werden, also das, was rechtlich als gewollt gilt. Der normative Wille wird in zwei Schritten festgestellt.<sup>143</sup> Zunächst kommt es auf das Ver-

<sup>142</sup> Bachmann (Fn. 140), 341–354; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, 150–152; Selke (Fn. 1), 205–343.

<sup>143</sup> Auch MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 133 Rn. 54, unterscheidet zwei Schritte, meint damit aber etwas anderes, nämlich erstens die Feststellung des Auslegungsgegenstandes sowie der Auslegungsmittel und zweitens die Deutung selbst. Ich unterscheide hier zwei Schritte im Rahmen der Deutung.

ständnis eines objektiven Dritten in der Position des Erklärungsempfängers an.<sup>144</sup> In einem zweiten Schritt muß der so ermittelte Bedeutungsinhalt dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger zurechenbar sein.<sup>145</sup> Auf beide Schritte kommt es nicht an, wenn der übereinstimmende Parteiwillen von dem so ermittelten Erklärungsinhalt abweicht. Und auf beide Schritte kommt es in den Fällen des erkannten Irrtums nicht an; dann genießt das wirklich Gewollte des Irrenden Vorrang.

In der modernen Literatur wird die Auslegung oftmals verkürzt dargestellt. Es findet allein die Auslegung nach objektiven Empfängerhorizont Erwähnung.<sup>146</sup> Doch ist für die normative Auslegung die Zurechnung des so ermittelten Inhalts von großer Bedeutung. Die Zurechnung ist zum einen der entscheidende Unterschied zur Auslegungslehre der Erklärungstheorie. Zum anderen stellt das Zurechnungskriterium den Bezug zu den individuellen Vertragsparteien her. Erst die Zurechnung des im ersten Schritt objektiv ermittelten Erklärungsinhaltes ermöglicht es zu sagen, daß Vertrag, Willenserklärung und Rechtsgeschäft Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie sind. Und fehlte es an dieser Rückbindung an die Parteien, würden der Vorrang des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens und die Figur des erkannten Irrtums Fremdkörper in einer rein objektiven Auslegungslehre bleiben. Da es im Vertragsrecht um die Privatautonomie beider Parteien geht, kommt es schließlich entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht darauf an,<sup>147</sup> daß der im ersten Schritt ermittelte Erklärungsinhalt *beiden* Parteien zurechenbar ist.

Entscheidendes Zurechnungskriterium ist das Kennen- oder Erkennen müssen der Parteien. Nur wenn es dem Erklärenden möglich war zu erkennen, daß seine Erklärung den nach objektivem Empfängerhorizont ermittelten Inhalt hat, kann dieser Geltung beanspruchen. Und nur wenn es dem Erklärungsempfänger möglich war, den so ermittelten Erklärungsinhalt zu erkennen, ist er an diesen gebunden. Für die Heranziehung von Auslegungsmitteln wie Handelsbrauch und Verkehrssitte bedeutet dies, daß die zwei gedanklich zu trennenden Schritte der Auslegung zusammenfallen: Im Rahmen der Auslegung nach objektivem Empfängerhorizont dürfen nur solche Auslegungsmittel herangezogen werden, die beiden Parteien erkennbar waren bzw. die sie

<sup>144</sup> Hierzu etwa MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 133 Rn. 12.

<sup>145</sup> Flume (Fn. 37), 311; Hefermehl, in: Soergel. BGB, 13. Aufl. 1999, § 133 Rn. 14, 20–22; Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Looschelders (Fn. 36), § 133 Rn. 44; Wolf/Neuner (Fn. 37), § 35 Rn. 19. A.A. Staudinger/Singer (Fn. 37), § 133 Rn. 21 (Zurechenbarkeit zum Erklärenden nicht notwendig).

<sup>146</sup> So etwa bei Arnold, in: Erman. BGB, 14. Aufl. 2014, § 133 Rn. 19.

<sup>147</sup> MK-BGB/Busche (Fn. 36), § 133 Rn. 28.

kennen mußten oder die ihnen aus einem anderen Grund zurechenbar sind.<sup>148</sup> Ansonsten ist das Auslegungsergebnis nicht zurechenbar.

Die Literatur betont immer wieder, daß der Zurechnung im Rahmen der Auslegung praktisch selten Relevanz zukomme, sie mehr von theoretischer Bedeutung sei.<sup>149</sup> Doch deuten die Ausführungen im vorstehenden Absatz bereits an, daß es bei der Heranziehung von Handelsbrauch und Verkehrssitte als Auslegungsmittel auch praktisch entscheidend auf die Zurechnung ankommt.

Wer betont, der im Wege der normativen Auslegung ermittelte Wille sei eine Fiktion, zeigt nur, daß er oder sie einen willenstheoretischen Ausgangspunkt hat.<sup>150</sup> Selbstverständlich ist der normative Wille eine Fiktion, wenn er im wirklichen Willen keine Entsprechung findet. Daß nicht nur der wirkliche Wille rechtlich erheblich ist, zeigt die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung. Daß auch die normative Auslegung einen fiktiven Willen als rechtlich erheblich ansieht, ist also keine Kritik. Durch die Zurechnung koppelt sie gerade den normativen Erklärungsinhalt an die Vertragsparteien rück.

D. Die Fragen, die das moderne Verständnis vom Handelsbrauch auf Grundlage der normativierenden Theorie zu beantworten sucht, können auch auf Grundlage der hier favorisierten Modelle gelöst werden. Zudem können Vertrags- und Auslegungstheorie diese Fragen methodenehrlicher beantworten, weil sie die einschlägigen Wertungen offen ansprechen. Und schließlich führen die beiden hier favorisierten Modelle zu keinen dogmatischen Unstimmigkeiten:

1. § 346 HGB und § 157 BGB sagen etwas selbstverständliches. Handelsbrauch und Verkehrssitte wären als Auslegungsmittel auch beachtlich, wenn es beide Normen nicht geben würde.<sup>151</sup> Die Geltung von Handelsbrauch und Verkehrssitte wird also nicht erst durch diese Normen vermittelt, wie man es immer wieder liest. Denn aus der herrschenden Lehre, die besagt, daß Handelsbrauch und Verkehrssitte erst vermittelt durch § 346 HGB und § 157 BGB zur Anwendung kommen, müßte im Umkehrschluß folgen, daß Handelsbrauch und Verkehrssitte dann unbeachtlich wären, wenn es diese Normen nicht geben würde.

2. Die moderne Literatur unterscheidet auf Rechtsfolgenseite die vertragsauslegende und die vertragsergänzende Wirkung des Handelsbrauchs und sieht die vertragsergänzende Wirkung zum Teil als etwas Besonderes, über

<sup>148</sup> Flume (Fn. 37), 310–312; Soergel/Hefermehl (Fn. 145), § 133 Rn. 14, 20–22, 25; Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Looschelders (Fn. 36), § 133 Rn. 43–44.

<sup>149</sup> Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Looschelders (Fn. 36), § 133 Rn. 44.

<sup>150</sup> So spricht etwa Bachmann (Fn. 140), 351, mit Blick auf Art. 9(2) CISG von einem Aufweichen der „subjektiven Theorie“.

<sup>151</sup> Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 2.

§ 157 BGB Hinausgehendes an.<sup>152</sup> Beide Wirkungen können Handelsbrauch und Verkehrssitte auch zukommen, wenn sie zum Vertragsinhalt geworden sind oder wenn sie als Auslegungsmittel herangezogen werden.<sup>153</sup> Auch mit Blick auf die Frage, ob das Verhalten einer Partei nach Handelsbrauch oder Verkehrssitte eine Willenserklärung darstellt, ergeben sich keine Unterschiede.<sup>154</sup> Zudem gelten § 157 BGB und § 346 HGB über bloße Willenserklärungen und Verträge hinaus, auch wenn nur § 346 HGB dies bereits in seinem Wortlaut deutlich macht.<sup>155</sup>

3. Berücksichtigt man Handelsbrauch und Verkehrssitte bei der Auslegung hat man die sogenannte einfache Auslegung in der Regel noch nicht verlassen und die Grenze zur ergänzenden Auslegung in der Regel noch nicht überschritten.<sup>156</sup> Denn die Berücksichtigung von Handelsbrauch und Verkehrssitte erfolgt auf der Grundlage der Vermutung, daß die Parteien das Übliche auch für sich wollten. Wer freilich Handelsbrauch und Verkehrssitte rein normativ versteht, müßte eigentlich immer von einer ergänzenden Auslegung ausgehen, sobald sie herangezogen werden. Insbesondere die Heranziehung von normativ verstandenen Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Rahmen der einfachen Auslegung, führt zu den oben aufgezeigten Unstimmigkeiten. Daß sich Verkehrssitte und Handelsbrauch nicht gegen eine ausdrückliche Vertragsabrede durchsetzen können, ist selbstverständlich. Diese Banalität muß man aber nicht aus dem Blickwinkel der Regelungslücke als Voraussetzung der ergänzenden Auslegung verstehen.

4. Als problematisch wird in der handelsrechtlichen Literatur das Verhältnis des Handelsbrauchs zum positiven Recht dargestellt. Als Konsens hat sich herausgebildet, daß der Handelsbrauch dispositives Recht verdrängen kann.<sup>157</sup> Mit der hier vertretenen Ansicht stellt sich das Problem überhaupt nicht.<sup>158</sup> Denn wenn Handelsbrauch und Verkehrssitte als Vertragsinhalt gelten oder als Auslegungsmittel den Vertragsinhalt bestimmen, ist selbstverständlich, daß sie

<sup>152</sup> Pfeiffer/Schinkels (Fn. 4), Rn. 2; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 14–16; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 2–4; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 21–22; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 1; Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 11; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 3–5. Vgl. außerdem Roth/Weller (Fn. 7), Rn. 32.

<sup>153</sup> Vgl. auch Sonnenberger (Fn. 2), 120–121.

<sup>154</sup> Hierzu Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 22.

<sup>155</sup> Mißverständlich daher Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 23–24; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 3.

<sup>156</sup> Siehe zum folgenden oben den Text zu Fn. 80 bis 83.

<sup>157</sup> Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 12; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 7; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 39; Roth/Weller (Fn. 7), Rn. 32; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 16; Jung (Fn. 6), § 34 Rn. 11.

<sup>158</sup> Vgl. auch Sonnenberger (Fn. 2), 118–119; Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 36.

das dispositiv Recht verdrängen. Die oben identifizierten problematischen Begründungsversuche der normativierenden Theorie sind entbehrlich.

5. Bei der Frage nach der „Geltung“ von Handelsbräuchen unterscheidet die moderne Lehre:<sup>159</sup> Für die Kaufleute eines örtlich, persönlich und sachlich abgegrenzten Verkehrskreises „gilt“ der jeweilige Handelsbrauch. Für außerhalb dieses Verkehrskreises stehende Kaufleute kommt der Handelsbrauch nur zur Anwendung, wenn er in den Vertrag einbezogen worden ist. Beide Situation können mit Hilfe der normativen Auslegung befriedigend gelöst werden. Zwischen beiden Situationen besteht dabei kein grundsätzlicher Unterschied. Vielmehr wird nur dieselbe Frage nach der Zurechnung unterschiedlich beantwortet.

Innerhalb eines Verkehrskreises darf ein Handelsbrauch im Rahmen der Auslegung nach objektivem Empfängerhorizont als Auslegungsmittel herangezogen werden, weil die Heranziehung für Angehörige des Verkehrskreises erkennbar ist. Der Handelsbrauch wird insoweit nicht anders behandelt als alle Auslegungsmittel. Gegenüber einem außerhalb des Verkehrskreises stehenden Kaufmann kommt eine Zurechnung nur in Betracht, wenn er auf den Brauch hingewiesen worden ist. Ein bloßes Kennenmüssen eines Handelsbrauchs reicht für den außerhalb des Verkehrskreises stehenden Kaufmann dann nicht aus, wenn gegenüber solchen fremden Kaufleuten eine Geltung nur bei dessen Einbeziehung in den Vertrag bejaht wird. Nichts anderes gilt für die Verkehrssitte.

6. Das moderne Verständnis vom Handelsbrauch löst die Fragen nach der Geltung eines Handelsbrauchs also objektiv, indem es versucht den Geltungsbereich eines Handelsbrauchs ähnlich dem eines Gesetzes zu definieren.<sup>160</sup> Zum einen muß der Handelsbrauch selbst seinen Anwendungsbereich definieren. Zum anderen handelt es sich um Zurechnungsprobleme, die methodenehrlicher mit dem Instrumentarium der normativen Auslegung gelöst werden können.<sup>161</sup>

7. Ich hatte zu Beginn dieses Abschnittes angedeutet, daß ein Modell, das von der Möglichkeit privater Regelsetzung ausgeht, in die normative Auslegungslehre integriert werden kann. Man könnte nämlich überlegen, ob nicht die Zugehörigkeit zum Verkehrskreis für die Bejahung der Zurechenbarkeit eines entsprechenden Handelsbrauchs ausreicht. Die Zugehörigkeit zum Verkehrskreis würde dann an die Stelle des Kennenmüssens und des Erkennen-

<sup>159</sup> Siehe oben den Text zu und die Nachweise in Fn. 15 und 16.

<sup>160</sup> MK-HGB/K. Schmidt (Fn. 3), § 346 Rn. 41; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 11–17; Schlegelberger/Hefermehl (Fn. 4), § 346 Rn. 37; Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 6–9; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 22; Lettl (Fn. 6), § 10 Rn. 12; Oetker (Fn. 6), § 7 Rn. 51; Heymann/Horn (Fn. 4), § 346 Rn. 8–14.

<sup>161</sup> So wohl auch Canaris (Fn. 6), § 22 Rn. 39.

müssens treten, weil der Kaufmann autonom in den Verkehrskreis eingetreten ist. Auf diese Weise wäre es möglich ein normativierendes Verständnis an die Grundsätze der normativen Auslegung anzubinden. Ich persönlich würde es aus Gründen der Einfachheit indes bevorzugen, wenn man die Zurechnungskriterien nicht künstlich vervielfacht. Egal welchen Weg man geht, die Entstehungsvoraussetzungen von Handelsbrauch und Verkehrssitte können ebenfalls als Zurechnungsproblem begriffen werden und müssen nicht nebulös aus ihrem normativen Charakter abgeleitet werden: Eine Zurechnung des auf Grundlage von Handelsbrauch und Verkehrssitte ermittelten Vertragsinhalts ist nur möglich, wenn es sich um eine tatsächlich gefestigte und freiwillig anerkannte Übung handelt.

8. Für die Frage nach der Konkurrenz zwischen verschiedenen Handelsbräuchen greift das moderne Verständnis vom Handelsbrauch – ganz im Geist der Normentheorie – auf Instrumente aus der Gesetzesauslegung zurück. So soll der speziellere Handelsbrauch vor dem allgemeineren Vorrang haben.<sup>162</sup> Aber auch dieses Problem sollte nicht rein objektiv gelöst werden, sondern in einem ersten Schritt aus der Perspektive des Empfängerhorizonts und in einem zweiten Schritt über die Zurechnung des so ermittelten Erklärungsinhaltes. Im Kern geht es darum, was dem normativ verstandenen Parteiwillen näherkommt.

9. Theorie und Praxis betonen, daß ein Handelsbrauch dann nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Vertragspartner erkannt hat, daß dem anderen Vertragspartner der Handelsbrauch unbekannt ist. Die herrschende normativierende Theorie kann diesen Fall nicht erklären. Mit dem hier verfolgten Erklärungsmodell ist schlicht die Figur des erkannten Irrtums anwendbar.

10. Oben habe ich immer wieder auf den Fall Bezug genommen, daß nachweislich beide Vertragsparteien in Unkenntnis eines Handelsbrauchs kontrahiert haben. Die herrschende Meinung will, in Übereinstimmung mit der Erklärungstheorie, dem Handelsbrauch in dieser Situation Geltung verschaffen. Doch ist dieses Ergebnis nicht erklärbar. Es steht im Widerspruch zur anerkannten Auslegungslehre. Es steht im Widerspruch zum Zweck der Anerkennung von Handelsbrauch und Verkehrssitte, nämlich die berechtigte Erwartung und das berechtigte Vertrauen auf Eingreifen des Üblichen zu schützen. Auch hier muß also gelten, daß der übereinstimmende Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Vorrang genießt.

<sup>162</sup> Koller/Roth/Morck (Fn. 3), § 346 Rn. 8; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 3), § 346 Rn. 14; Oetker/Pamp (Fn. 4), § 346 Rn. 4.

## *XII. Zusammenfassung*

Der Streit um die dogmatische Erfassung von Handelsbrauch und Verkehrssitte ist nicht neu. Seit Inkrafttreten des ADHGB 1861 ist insbesondere der Handelsbrauch immer wieder Gegenstand von Untersuchungen gewesen. Um so überraschender ist der Befund, daß es sich bei dem heute herrschenden normativierenden Verständnis von Handelsbrauch und Verkehrssitte um ein dogmatisches Rudiment handelt. Es geht vor allem auf die Erklärungstheorie zurück. Diese wird heute freilich nicht mehr vertreten. Als Folge hat sich die Auslegungslehre gewandelt. Heute sprechen wir von einer normativen Auslegung. In diesen gewandelten dogmatischen Rahmen fügt sich das normativierende Verständnis von Handelsbrauch und Verkehrssitte nicht mehr ein. Dies führt zu zahlreichen dogmatischen Unstimmigkeiten. Nur mit einem Verständnis, das die Geltung von Handelsbrauch und Verkehrssitte konsequent aus den Grundsätzen der normativen Auslegung heraus erklärt, läßt sich ein schlüssiges Gesamtkonzept entwickeln.