

ZNR

ISSN 0250-6459

Herausgegeben
von
Wilhelm Brauner
Wien
Hans-Christof Kraus
Passau
Louis Pahlow
Frankfurt/Main
Martin P. Schennach
Innsbruck
Reiner Schulze
Münster

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

Beiträge

LOUIS PAHLOW, Frankfurt/Main Wirtschaftsrechtsgeschichte – Eine Einführung in die Sektionsbeiträge des 40. Deutschen Rechtshistorikertages 2014.....	1
PETER COLLIN, Frankfurt/Main Regulierte Selbstregulierung der Wirtschaft	10
CARSTEN BURHOP, Wien Regulierung und Selbstregulierung am Berliner Aktienmarkt	32
THORSTEN KEISER, Frankfurt/Main Das Recht der Arbeit als Gestaltungsfaktor wirtschaftlicher Chancen und Potentiale im 19. Jahrhundert	50
BERND MERTENS, Erlangen Das Verhältnis von Handelsgewohnheitsrecht zu Gesetz und Verkehrssitte (Usance) im 19./20. Jahrhundert	68
* * * *	
OLIVER LEPSIUS, Bayreuth Die Staatslehre des Dante Alighieri in der Sicht Hans Kelsens	80
BERND KANNOWSKI, Bayreuth Über eine geheimnisvolle Kiste und die Zufallshaftung vor 250 Jahren	96
MARTIN LÖHNIG, Regensburg Die norwegische Verfassung von 1814 in der deutschen Publizistik des 19. Jahrhunderts	110
KATHRIN KININGER, Wien Die wiederentdeckte Urschrift des Februarpatents von 1861	122
Länderbericht	
DANUTA JANICKA, Toruń Neuere Rechtsgeschichte in Polen in den Jahren 2002–2014	130
Literaturbericht	
STEFAN EHRENPREIS, Innsbruck Gerichtskollegien, Verfahren und juristische Parteien: Neue Forschungen zur Reichgerichtsbarkeit (2000–2014)	143
Literatur (Literaturverzeichnis siehe 2. Umschlagseite)	155
Impressum/Wissenschaftlicher Beirat, Autoren	3./4. Umschlagseite

37. Jahrgang 2015 Nr. 1/2

BERND MERTENS, Erlangen

Das Verhältnis von Handelsgewohnheitsrecht zu Gesetz und Verkehrssitte (Usance) im 19./20. Jahrhundert

I. Einleitung; II. Das Verhältnis des Handelsgewohnheitsrechts zum Gesetz; III. Das Verhältnis zur kaufmännischen Verkehrssitte (Usance).

I. Einleitung

1875 schrieb einer der Großen des deutschen Handelsrechts, Levin Goldschmidt, in seinem nicht zuletzt für seine Theorie und Geschichte der Handelsrechtsquellen noch heute lesenswerten Handbuch des Handelsrechts: „Die Usance, die kaufmännische oder Handelsgewohnheit, der Handelsgebrauch ... ist die reichhaltigste Quelle der dem Handelsverkehr eigenthümlichen Rechtssätze und Rechtsinstitute ... Ihrer verjüngenden Kraft verdankt das Handelsrecht vorzugsweise seine lebensvolle Entwicklung, die Entstehung neuer angemessener Normen, die Vervollkommnung und Ergänzung der bestehenden, die Beseitigung der veralteten¹⁾.“ Als Goldschmidt, der selbst der Vorkommission zur Ausarbeitung des deutschen BGB angehörte, diesen Lobpreis auf das Handelsgewohnheitsrecht schrieb, hatte in Berlin gerade die nach Vorarbeit dieser Vorkommission eingesetzte erste BGB-Kommission ihre Arbeit aufgenommen, deren späterer Entwurf dem Gewohnheitsrecht die Geltung als Rechtsquelle gänzlich versagte, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich auf Gewohnheitsrecht verwies²⁾. Das war auch die Haltung des österreichischen ABGB zum Gewohnheitsrecht³⁾ und das sächsische BGB, das einzige Zivilgesetzbuch in Deutschland, das in der Zeit des Deutschen Bundes in Kraft trat, wandte sich ebenfalls dezidiert gegen die Geltung von Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle⁴⁾. Nun war die negative Haltung der ersten BGB-Kommission zum Gewohnheitsrecht bekanntlich nicht das letzte Wort des BGB-Gesetzgebers in dieser Frage. Die zweite Kommission verschob das Problem zunächst auf die Beratung des Einführungsgesetzes und entschied sich nach kontroverser Diskussion dann mehrheitlich, die Geltungsfrage im Gesetz gar nicht zu regeln, sondern der Theorie zu überlassen⁵⁾. Dennoch zeigt sich an dieser Gegenüberstellung mit den Aussagen Goldschmidts bereits eine eigentümliche Diskrepanz zwischen der Hal-

¹⁾ L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd 1, 2. Aufl 1875, 316, 321; entsprechend bereits in der ersten Aufl, Bd 1, 1864, 223, 227. Zu Goldschmidts Auffassung über das Handelsgewohnheitsrecht siehe L. Weyhe, Levin Goldschmidt: Ein Gelehrtenleben in Deutschland, 1996, 485 ff.

²⁾ § 2 des ersten BGB-Entwurfs von 1888; entsprechend bereits die Vorlage des Redaktors des Allgemeinen Teils Gebhard. Die Motive stellten jedoch klar, dass hiermit für die spätere Revision des ADHGB keine Vorfestlegung in dieser Frage auch für das Handelsrecht erfolgen soll: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd 1, 1888, 6.

³⁾ ABGB (1811), § 10: „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen ein Gesetz sich darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“ Entsprechende Bezugnahmen gab es zwar im ABGB (anders als man häufig liest), sie waren aber selten (zB: §§ 389 f, 501, 549).

⁴⁾ Sächsisches BGB (1865), § 28: „Durch Gewohnheiten können weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden.“

⁵⁾ Die Mehrheit in der zweiten Kommission vertrat bei der Beratung des Einführungsgesetzes die Ansicht, dass sich ein Vorrang des BGB gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht bereits aus der Reichsverfassung ergebe (Art 2: Reichsgesetze gehen Landesgesetzen vor) und für reichsweites Gewohnheitsrecht die Geltungsfrage „der Macht des Gesetzgebers entrückt“ und nur von der Theorie „nach Maßgabe der jeweils im öffentlichen Leben herrschenden Anschauun-

tung zum Gewohnheitsrecht im Handelsrecht und im allgemeinen bürgerlichen Recht. Noch deutlicher wird diese Diskrepanz, wenn man die Regelung in Art 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 mit einbezieht, die den „Handelsgebräuchen“ zwar nur eine subsidiäre Geltung gegenüber dem ADHGB selbst, aber eine vorrangige Geltung gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht in Handelssachen einräumte⁶⁾. Im selben Jahr, als diese Regelung für das Handelsrecht Geltung erlangte, forderten die Motive zu dem Entwurf des sächsischen BGB, dass das Gewohnheitsrecht aufhören müsse, für das allgemeine Privatrecht als Rechtsquelle zu gelten⁷⁾. Gehen wir den Ursachen dieser Diskrepanz nach.

II. Das Verhältnis des Handelsgewohnheitsrechts zum Gesetz

Die negative Haltung der Gesetzgeber des allgemeinen bürgerlichen Rechts zum Gewohnheitsrecht im 19. Jahrhundert ist zunächst einmal auf den Umstand zurückzuführen, dass sie ihr oft unter großen Mühen entstandenes Gesetzbuch und die damit erreichte Rechtseinheit und erhoffte Rechtssicherheit nicht der derogierenden oder auch nur ergänzenden Kraft des Gewohnheitsrechts preisgeben wollten. Diese Beweggründe finden sich beim österreichischen ABGB⁸⁾ ebenso wie beim sächsischen BGB⁹⁾, beim ersten Entwurf zum deutschen BGB¹⁰⁾ und übrigens auch schon beim französischen Code Civil, dessen Einführungsgesetz die Geltung von Gewohnheitsrecht für die vom Gesetzbuch geregelten Materien ebenfalls ausschloss¹¹⁾. Das „wachsame Auge des Gesetzgebers“ (so die Formulierung in den Motiven zum sächsischen BGB¹²⁾) sollte die künftige Anpassung des Rechts an veränderte Lebens- und Verkehrsverhältnisse sichern und an die Stelle einer staatlich nicht kontrollierten Rechtsfortbildung durch Gewohnheitsrecht treten.

gen“ beantwortbar sei (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd 6, 1899, 361 f).

- ⁶⁾ ADHGB (1861), Art 1: „In Handelssachen kommen, soweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.“
- ⁷⁾ Spezielle Motiven (sic) und Publikations-Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, 1861, 563 f (zu § 30 des Entwurfs).
- ⁸⁾ Vgl *F. von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Bd 1, 1811, 78 ff.
- ⁹⁾ Spezielle Motiven (sic) zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, oJ [1852], 7 f (zu § 21 des Entwurfs).
- ¹⁰⁾ *W. Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1980, Allgemeiner Teil, Teil 1, 83; Motive, wie Fn 2, Bd 1, 8.
- ¹¹⁾ Art 7 des Einführungsgesetzes zum Code civil (Loi du 30 ventôse an XII = 21. März 1804, bulletin des lois, an XII, n. 354, p. 696): „A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet des dites lois composant le présent Code.“ Gewohnheitsrecht, insbesondere partikulares Gewohnheitsrecht, stünde dem zentralen Ziel der nationalen Rechtsvereinheitlichung entgegen sowie oft auch dem Ziel, die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz zu gewährleisten (*J. G. Locré*, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion ...*, Bd 1, 1805, 143 f). Vgl *P. Geyer*, *Das Verhältnis von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in den privatrechtlichen Kodifikationen*, 1998, 70 f.
- ¹²⁾ Spezielle Motiven, wie Fn 9.

Es fragt sich, ob diese Überlegungen auch auf eine handelsrechtliche Kodifikation übertragbar waren. Diese Frage stellte sich in Deutschland zunächst in den linksrheinischen Gebieten, in denen bereits seit napoleonischer Zeit eine spezielle Handelsrechtskodifikation in Gestalt des französischen Code de Commerce zur Anwendung kam. Der Code de Commerce traf keine Aussage zu den geltenden Rechtsquellen. Im Einführungsgesetz zum Code de Commerce wurde anders als beim Einführungsgesetz zum Code Civil nur die Aufhebung der „anciennes lois“ angeordnet, das Gewohnheitsrecht hingegen unerwähnt gelassen¹³). Über diese Bestimmung im Einführungsgesetz gab es im Gesetzgebungsverfahren im Staatsrat und Tribunal keine Diskussion¹⁴). Die Motive zum Code de Commerce äußern sich jedoch insbesondere zum partikularen Gewohnheitsrecht ähnlich feindlich, wie die Kodifikatoren des allgemeinen Zivilrechts. Aufgabe des Gesetzgebers sei es gerade gewesen, die unterschiedlichen Handelsgewohnheiten an den verschiedenen Orten Frankreichs zu einem einheitlichen System zu verschmelzen und die Spuren der lokalen Gewohnheiten auszutilgen¹⁵). Ausschlaggebend war also auch hier die Sorge um die neu gewonnene Rechtseinheit, die man nicht durch Gewohnheitsrecht aufs Spiel setzen wollte. Hinzu trat wohl auch die Sorge um die Errungenschaften der Revolution im Hinblick auf die Abschaffung ständischer Privilegien, die der Gesetzgeber nicht über die Hintertür eines sich unkontrolliert entwickelnden Handelsgewohnheitsrechts als Sonderrecht des Handelsstandes gefährdet sehen wollte, weshalb er im Code de Commerce auch abkehrte vom subjektiven System eines Handelsrechts als Sonderrecht der Kaufleute zugunsten eines objektiven Systems von Handelsgeschäften. Der überwiegende Teil der französischen Handelsrechtsliteratur im 19. Jahrhundert war dem Handelsgewohnheitsrecht gegenüber aber weniger kritisch eingestellt und räumte ihm stärker als im allgemeinen Zivilrecht zumindest eine Ergänzungsfunktion ein, soweit das Gesetz schwieg¹⁶). Zum einen konnte man hierfür auf eine entsprechende Entscheidung des Staatsrats aus dem Jahre 1811 verweisen¹⁷). Zum anderen stützte die Literatur sich auf das Argument, dass das Einführungsgesetz zum Code de Commerce wie eben erläutert, anders als beim Code Civil, das Gewohnheitsrecht nicht ausdrücklich aufhob¹⁸). Außerdem wurde den „usages“ (hier aber eher als kaufmännische Verkehrssitten und nicht als echtes Gewohnheitsrecht verstanden) erheblichen Einfluss auf die Auslegung handelsrechtlicher Verträge zugebilligt, wobei dem „usage“ im Falle des Schweigens des Handelsgesetzbuchs mitunter sogar Vorrang gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht als Auslegungsmittel zugesprochen wurde¹⁹).

¹³) Art 2 des Einführungsgesetzes zum Code de Commerce vom 25. September 1807.

¹⁴) *P. Schioppa*, in: *H. Coing* (Hrsg), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd III/3, 1986, 3164 Fn 124.

¹⁵) *Exposé des Motifs du livre Ier, titres I à VII du Code de Commerce présentés au Corps Législatif par MM. Regnaud, Jaubert et Réal* (Séance du 1er septembre 1807), 1807, 3.

¹⁶) *J. M. Pardessus*, *Cours de Droit Commercial*, 6. Aufl, Bd 1, 1836, Nr 1 (1); zahlreiche weitere Nachweise bei *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl, 341 Anm 37.

¹⁷) Die Entscheidung des Staatsrats vom 13. Dezember 1811 ist abgedruckt bei *Pardessus*, wie Fn 16.

¹⁸) *K. S. Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des französischen Civilrechts, 7. Aufl, Bd 1, 1886, 52 Fn 6.

¹⁹) *Pardessus*, wie Fn 16, Nr 191 (§ 105). Zur kaufmännischen Verkehrssitte als Auslegungsmittel nach deutschem Recht siehe weiter unten im Text unter Gliederungspunkt III. Gewöhnlich wird

Für die Nürnberger Kommission, die das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch erarbeitete, stellte sich die Lage insoweit anders dar als in Frankreich, da ein einheitliches bürgerliches Recht für ganz Deutschland damals noch in weiter Ferne lag, so dass der Vorrang des Handelsgewohnheitsrechts gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht insoweit keine Rechtseinheit in Frage stellte. Bemerkenswert ist aber auch die liberale Haltung der Nürnberger Kommission beim Verhältnis des Handelsgewohnheitsrechts zum neuen kodifizierten Handelsrecht. Zwar wurde dem Handelsgewohnheitsrecht eine derogierende Kraft gegenüber dem neuen Gesetzbuch nicht zuerkannt²⁰). Praeter legem konnte aber Handelsgewohnheitsrecht, bestehendes wie künftiges, seine Geltung neben dem ADHGB behaupten. Schon der preußische Entwurf zu einem Handelsgesetzbuch, der der Nürnberger Kommission zur Vorlage diente, wollte insoweit die Handelsgebräuche wieder „in ihre alten Rechte“ einsetzen und auf diese Weise eine künftige Fortbildung des Handelsrechts auch ohne Eingreifen des Gesetzgebers sichern²¹). Dass die Nürnberger Kommission dieses Konzept übernahm, lag wohl nicht zuletzt daran, dass angesichts der mangelnden Gesetzgebungskompetenzen des Deutschen Bundes eine künftige einheitliche Fortentwicklung des ADHGB durch einen Gesetzgeber in ebenso weiter Ferne lag wie ein einheitliches bürgerliches Recht. Einige Länder wie Hamburg und Kurhessen wollten bei den Nürnberger Verhandlungen – wie übrigens auch Levin Goldschmidt in seinem Gutachten für die badische Regierung²²) – künftigem Handelsgewohnheitsrecht darüber hinaus im Interesse der ge-

im Französischen Gewohnheitsrecht als „coutume“ bezeichnet und „usage“ als Verkehrssitte verstanden. Die Handhabung ist aber nicht stringent; es findet sich auch immer wieder die Verwendung von „usage“ in der Bedeutung von Gewohnheitsrecht, vgl *H. J. Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970, 12.

- ²⁰) In der Frage, ob das ADHGB nur bereits bestehende Handelsgebräuche derogiere oder ob es auch, soweit es Regelungen trifft, der Entstehung künftigen abweichenden Handelsgewohnheitsrechts entgegenstehe, hielt es die Mehrheit der Nürnberger Kommission für geraten, diese „allgemeine rechtliche Streitfrage im Handelsgesetzbuche gar nicht zu berühren“; *J. Lutz* (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Bd 3, 1858, 100. Sitzung (21. 9. 1857), 884. Die spätere handelsrechtliche Literatur interpretierte Art 1 ADHGB überwiegend im letztgenannten Sinne: so etwa *F. von Hahn*, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd 1, 1863, Art 1 Anm 6 und 7; *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl, 361 ff mwN; dagegen *H. Thöl*, Das Handelsrecht, Bd 1, 6. Aufl, 1879, 86. Hahn und Thöl waren selbst Mitglieder der Nürnberger Kommission.
- ²¹) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1856 (ND 2002 unter dem Titel: Handelsgesetzbuch für die preußischen Staaten. Entwurf und Beratungen 1856), § 1: „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung die allgemeinen bürgerlichen Gesetze zur Anwendung.“ Zu den Motiven ebda, Vorbemerkungen, VI f. Die in der preußischen Sachverständigenkommission mehrheitlich erhobene Forderung, den Vorrang der Handelsgebräuche gegenüber den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen zu streichen (Protokolle der Sachverständigenkommission, ebda, 4, 27. 10. 1856), konnte sich nicht durchsetzen. Der zweite preußische Entwurf übernahm die Regelung fast unverändert: Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Nebst Motiven, 1857 (ND 1986), Art 1: „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die anerkannten Handelsgebräuche und in deren Ermangelung die allgemeinen bürgerlichen Gesetze zur Anwendung.“ In den Motiven (ebda, 1) wies man erneut darauf hin, dass auch durch die Kodifikation die Fortentwicklung des Handelsrechts mittels Handelsgewohnheiten nicht gehemmt werden dürfe.
- ²²) *L. Goldschmidt*, Gutachten über den Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuchs nach den Beschlüssen zweiter Lesung. Dem Großherzoglich Badischen Ministerium der Justiz erstattet, 1860, 12 f.

rade für das Handelsrecht wichtigen kontinuierlichen Rechtsfortbildung sogar derogierende Kraft gegenüber dem ADHGB einräumen, konnten sich damit aber nicht durchsetzen²³). Indirekt sollte – so dass bestrickende Konzept Goldschmidts – vom Vorrang des Handelsgewohnheitsrechts in Handelssachen auch das allgemeine bürgerliche Recht profitieren, indem die sich zunächst im Handelsrecht gewohnheitsrechtlich etablierenden Neuerungen nach und nach auch das allgemeine bürgerliche Recht durchdringen²⁴).

In Ländern mit gewohnheitsrechtsfeindlichen Kodifikationen wie Preußen²⁵), Österreich und ab 1865 auch Sachsen führte die Einführung des ADHGB ab den 1860er Jahren zu einer eigentümlich gespaltenen Rechtslage, was die Geltung von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht betrifft. Während es für das allgemeine Zivilrecht bei der gewohnheitsrechtsfeindlichen Rechtslage blieb, konnte das Gewohnheitsrecht in Handelssachen nunmehr nicht nur Geltung, sondern sogar Vorrang vor dem allgemeinen Zivilrecht beanspruchen²⁶). Dieser Aspekt wird in den gängigen Darstellungen zum Verhältnis von Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht im 19. Jahrhundert meist nicht gesehen.

Als der Gesetzgeber Mitte der 1890er Jahre daran ging, das ADHGB an den vorliegenden zweiten Entwurf des BGB anzupassen, stellte sich die Frage nach der Geltung des Handelsgewohnheitsrechts unter veränderten Vorzeichen. Der bisherige Vorrang gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht musste in Konflikt treten mit der nunmehr auch für dieses Gebiet bevorstehenden Rechtseinheit. Hinzu kam, dass zahlreiche allgemeine schuldrechtliche Bestimmungen, die bislang ihren Platz im ADHGB hatten und somit Geltungsvorrang gegenüber Gewohnheitsrecht genossen, nunmehr ins neue BGB transferiert wurden. Bei unveränderter Fortgeltung der Rechtsquellen-

²³) Stellungnahmen der Regierungen der Länder zum Entwurf II. Lesung der Nürnberger Konferenz, in: *J. Lutz* (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Bd 9, 1861, Zusammenstellung der Erinnerungen . . . , 2; die Stellungnahmen wurden von der Konferenz nicht mehr beraten, vgl *Circulare* vom 15. 10. 1860, in: *Lutz* (Hrsg), ebda, Bd 9, Anhang, 87, und das Verzeichnis der „Erinnerungen, welche ausgeschieden wurden“ (ebda, 92).

²⁴) *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl, 368 f. Als Beispiel nennt *Goldschmidt* ua die Beseitigung von Zinsschranken.

²⁵) Gemeines Gewohnheitsrecht galt mit Inkraftsetzung des ALR 1794 generell als aufgehoben, was zwar aus dem Wortlaut der Aufhebungsnorm (§ I des Publikationspatents zum ALR vom 5. Februar 1794) nicht klar hervorging, aber der gängigen Kommentierung zum ALR (vgl *C. F. Koch* (Hrsg), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Kommentar in Anmerkungen, 6. Aufl, Bd 1, 1874, Publikationspatent von 1794, Art I Anm 3) und der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals (vgl die Nachweise bei *Koch*, ebda) entsprach. Beim partikularen Gewohnheitsrecht war die Rechtslage komplizierter, da die vorgesehenen Provinzialgesetzbücher nur in wenigen Provinzen zustande kamen (vgl §§ 3, 4 Einl ALR; Einzelheiten bei *Koch*, ebda, Publikationspatent von 1794, Art I, Anm 20 f). Jedenfalls schloss das ALR eine gesetzesderogierende Kraft von Gewohnheitsrecht generell aus (§§ 59, 60 Einl ALR).

²⁶) Der Ausschluss von Gewohnheitsrecht in § 10 ABGB und § 28 sächsisches BGB wurde nur auf das allgemeine bürgerliche Recht, nicht auf das Handelsrecht bezogen. Vgl *J. Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 5. Aufl 1892, 36 Fn 15; *B. G. Schmidt*, Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht, Bd 1, 1869, 44. Gemäß § 3 der sächsischen Verordnung die Publication des BGB betreffend vom 2. Januar 1863 blieben neben dem neuen Gesetzbuch ua die gesetzlichen Bestimmungen über das Handelsrecht in Kraft und damit auch Art 1 ADHGB (das ADHGB war in Sachsen durch Gesetz vom 30. Oktober 1861 eingeführt worden).

hierarchie des ADHGB hätten auch diese Bestimmungen künftig in Handelssachen durch abweichendes Gewohnheitsrecht derogiert werden können. Dennoch wollte der erste Entwurf zum neuen Handelsgesetzbuch durch das Reichsjustizamt 1895 die bisherige Rechtsquellenhierarchie, wie sie sich aus dem ADHGB ergab, unverändert beibehalten²⁷). Nüchtern wies man darauf hin, dass der Vorrang der Handelsgebräuche gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht einem praktischen Bedürfnis entspreche und zu irgendwelchen Missständen nicht geführt habe²⁸). Auch von einer Einschränkung der derogatorischen Wirkung des Handelsgewohnheitsrechts gegenüber dem bürgerlichen Recht in dem Sinne, dass sie nicht für zwingende Vorschriften des bürgerlichen Rechts gelte, sei abzusehen, da die Grenze zwischen zwingenden und dispositiven Vorschriften nicht immer leicht zu ziehen sei und es ein praktisches Bedürfnis für eine derartige Einschränkung nicht gebe²⁹).

In der aus Juristen, Kaufleuten und Ministerialbeamten zusammengesetzten Kommission, die Ende 1895 über den Entwurf des Reichsjustizamtes beriet, gingen die Meinungen zur Stellung des Handelsgewohnheitsrechts weit auseinander³⁰). Während ein Mitglied dem Gewohnheitsrecht jede verbindliche Kraft absprechen wollte, plädierte Otto Gierke, der als einziger Professor der Kommission angehörte, dafür, dem Handelsgewohnheitsrecht noch über die bisherige Rechtslage hinaus Vorrang nicht nur gegenüber dem bürgerlichen Recht, sondern auch gegenüber dem HGB einzuräumen³¹). Mehrere Kommissionsmitglieder wollten den Vorrang des Handelsgewohnheitsrechts gegenüber dem bürgerlichen Recht nicht für bloß partikulares Gewohnheitsrecht und nicht gegenüber zwingendem bürgerlichem Recht anerkennen. Die Mehrzahl der Vertreter des Handelsstandes erklärte sich hingegen mit der Beibehaltung der bisherigen Regelung zum Handelsgewohnheitsrecht einverstanden.

Dennoch entschied sich das Reichsjustizamt, im 1896 erstellten neuen Entwurf zum HGB wie auch in dem geplanten Ausführungsgesetz die Rechtsquellenfrage nicht mehr anzusprechen³²). Man folgte damit bewusst dem Kurs, den letztlich auch die zweite BGB-Kommission bei der Beratung des Einführungsgesetzes zum BGB eingeschlagen hatte. Die Denkschrift zu dem neuen HGB-Entwurf rechtfertigte diesen Mei-

²⁷) Die Bestimmung des bisherigen Art 1 ADHGB sollte lediglich inhaltlich unverändert in das Ausführungsgesetz zum HGB transferiert werden: Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1895, Anm zu § 1, in: *W. Schubert* ua (Hrsg), Quellen zum HGB von 1897, Bd I, 1986, 217 ff.

²⁸) Begründung zu dem Entwurf eines HGBs für das Deutsche Reich, 1895, 3, in: *W. Schubert* ua (Hrsg), Quellen zum HGB von 1897, Bd II/1, 1987, 1 ff.

²⁹) Wie Fn 28, 4.

³⁰) Zum Folgenden: Protokolle über die Berathungen der Kommission zur Begutachtung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs, Sitzung vom 18. Dezember 1895, in: *Schubert*, wie Fn 28, 528 ff.

³¹) Zu den Mitgliedern der Kommission siehe *Schubert*, wie Fn 27, 14 ff. Die Protokolle geben die Diskussion in gestraffter Form zwar ohne Namensnennungen wieder. Die Ausführungen im Protokoll stimmen aber eindeutig (einschließlich der Beispiele zur derogierenden Kraft des Handelsgewohnheitsrechts) mit der Auffassung Gierkes überein, die er wenig später in der ZHR öffentlich gemacht hat: *O. Gierke*, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, in: ZHR 45 (1896), 441 – 540, 445 ff.

³²) Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts, 1896 (Entwurf II des Reichsjustizamts, in: *Schubert*, wie Fn 27, 345 ff) sah in einer Anmerkung zu § 1 lediglich die Streichung des bisherigen Art 1 des ADHGB vor, nicht mehr dessen Verlagerung in das Ausführungsgesetz wie im Entwurf I von 1895.

nungsumschwung mit den nunmehr geänderten Rahmenbedingungen in der Rechtsquellenfrage³³). Der bisherige Vorrang auch von partikularem Handelsgewohnheitsrecht gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht sei angesichts der vielfach divergierenden und zum Teil veralteten Regelungen des bisherigen bürgerlichen Rechts sachgemäß gewesen, gegenüber dem neuen BGB aber nicht mehr zu rechtfertigen. Anderenfalls drohe auch die gewonnene Rechtseinheit unterlaufen zu werden, indem vom BGB nicht übernommene Grundsätze des bisherigen Partikularrechts als vermeintliches Handelsgewohnheitsrecht wiederauferstehen. Die Frage, ob durch reichsweites Handelsgewohnheitsrecht das HGB abgeändert werden könne, sei angesichts der praktischen Schwierigkeiten, die dessen Bildung *contra legem* entgegenstehen, ohne erhebliche Bedeutung und entziehe sich einer gesetzlichen Regelung. Diese Frage könne daher, ebenso wie die Frage nach der Wirksamkeit ergänzenden Handelsgewohnheitsrechts, nach dem Vorbild des BGB Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden³⁴). Soweit die Denkschrift zu dem zweiten HGB-Entwurf von 1896, die sich in ihrer Argumentation sehr eng an die letztlich von der zweiten BGB-Kommission vertretene Ansicht anlehnt. Der Gesetzgeber schwieg also zur Rechtsquellenfrage und vertraute jedenfalls im Hinblick auf partikulares Handelsgewohnheitsrecht in seinem Verhältnis zu den neuen Gesetzbüchern BGB und HGB auf die Sperrwirkung der Reichsverfassung, die den Vorrang der Reichsgesetze gegenüber den Landesgesetzen anordnete, wobei unter „Landesgesetze“ die herrschende Meinung auch das partikulare Gewohnheitsrecht verstand³⁵). Trotz der umgehenden öffentlichen Kritik Gierkes³⁶) an diesem Rechtsquellenkonzept für das HGB blieb dieses bei der Behandlung des Entwurfs im Bundesrat und Reichstag unverändert.

III. Das Verhältnis zur kaufmännischen Verkehrssitte (Usance)

Die Handelsgebräuche, wie das ADHGB sie nannte, sind damit aber nicht ganz aus dem Gesetzbuch oder gar dem anwendbaren Recht verschwunden. In § 346 HGB fin-

³³) Zum Folgenden: Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes, 2 f, in: Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze, 1897, 1 ff; von dort wurden die Ausführungen übernommen in die Denkschrift zur Reichstagsvorlage, 3 ff, diese ist abgedruckt bei *W. Schubert* ua (Hrsg), Quellen zum HGB von 1897, Bd II/2, 1988, 949 ff. Unzutreffend die Deutung in dem auch sonst wenig erhellenden Aufsatz von *J. Bärman* (Zur Vorgeschichte des § 346 HGB, in: *S. Gagnér* ua (Hrsg), Festschrift für Hermann Krause, 1975, 225–252, 251), wonach der Wegfall des bisherigen Art 1 auf einem Widerspruch zwischen Art 1 und Art 279 ADHGB beruhe.

³⁴) Das RG (RGZ 135, 345) ging entsprechend davon aus, dass Reichsgewohnheitsrecht derogatorische Kraft gegenüber Bestimmungen in Reichsgesetzen (in diesem Fall § 477 BGB aF) zukommen könne, verneinte aber im konkreten Fall das Bestehen des geltend gemachten Handelsgewohnheitsrechts. Zur derogatorischen Kraft von Gewohnheitsrecht in der Rechtsprechung des RG vor Inkrafttreten des BGB/HGB siehe *H.-G. Mertens*, Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor Inkrafttreten des BGB, in: *AcP* 174 (1974), 333–380, 368; *M. Frihauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Richterrechts, 2005, 127 f.

³⁵) Art 2 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (vgl zur diesbezüglichen Argumentation in der 2. BGB-Kommission oben Fn 5). Raum für partikulares Handelsgewohnheitsrecht blieb daher nur insoweit, als im EGHGB (Art 15 ff) für einzelne Materien Vorbehalte zugunsten von „Landesgesetzen“ gemacht wurden (unter „Gesetz“ wurde wie im EGBGB jede Rechtsnorm verstanden, also auch Gewohnheitsrecht).

³⁶) *Gierke*, wie Fn 31, 445 ff.

det sich bis heute eine Regelung, wonach unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Ganz ähnlich hatte bereits Art 279 ADHGB formuliert³⁷⁾. Das ADHGB kannte nämlich ein zweispuriges System, wie Handelsgewohnheiten Eingang in das Recht finden konnten. Neben der Anerkennung von Handelsgewohnheitsrecht als allgemeinverbindliche Rechtsquelle durch Art 1 ADHGB, von der bisher die Rede war, konnten Handelsgewohnheiten auch im Wege der Auslegung individueller Rechtsgeschäfte Eingang in die Rechtsanwendung finden, indem die Erklärungen der Parteien im Lichte der am jeweiligen Ort üblichen Handelsbräuche, also der Verkehrssitte ausgelegt wurden, ähnlich wie es für den Bereich des allgemeinen Zivilrechts der heutige § 157 BGB fordert. Beide Spuren waren gedanklich im ADHGB eng miteinander verknüpft, was sich schon rein terminologisch daraus ergab, dass auch Art 1 ADHGB nicht vom Handelsgewohnheitsrecht sprach, wie es bei einer Regelung zum Rangverhältnis von Rechtsquellen eigentlich nahe gelegen hätte, sondern von den „Handelsgebräuchen“. Der Vagheit dieses Begriffs waren sich die Mitglieder der Nürnberger Kommission durchaus bewusst. Ein Teil der Delegierten kritisierte den Ausdruck „Handelsgebräuche“ in Art 1 als zu unbestimmt und weit, da er nicht bloß Gewohnheitsrechtssätze umfasse, sondern auch eine faktische Verkehrssitte als tatsächliche Grundlage von Rechtsgeschäften, die aber keine Rechtsquelle sei und daher nicht hierher gehöre³⁸⁾. Dem Vorschlag, statt „Handelsgebräuche“ besser den Begriff „Handelsgewohnheitsrecht“ zu verwenden, wurde aber von der Mehrheit der Delegierten widersprochen unter Hinweis darauf, dass die Bildung von echtem Handelsgewohnheitsrecht von den für die Entstehung von Gewohnheitsrecht geltenden Voraussetzungen am jeweiligen Orte abhängig sei und diese etwa in Preußen, Österreich und Sachsen sehr restriktiv seien. Es bedürfe daher eines weiten Begriffes, der auch Gebräuche von bloß faktischer Geltung umfasse, um diese umfassend, dh losgelöst von den partikularrechtlichen Schranken für die Entstehung von Gewohnheitsrecht zur Anwendung zu bringen³⁹⁾.

Der Gesetzgeber vermied also beim ADHGB bewusst eine scharfe rechtsquellentheoretische Trennung von echtem Gewohnheitsrecht und bloß faktischer Verkehrssitte und damit auch eine Stellungnahme zu der im 19. Jahrhundert sehr umstrittenen Frage nach den Entstehungsvoraussetzungen von Gewohnheitsrecht. Traditionell verlangte die Gewohnheitsrechtstheorie neben einem objektiven Element, der gleichmäßigen

³⁷⁾ Art 279 ADHGB: „In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“ Ähnlich bereits § 231 Abs 2 und 3 des preußischen HGB-Entwurfs von 1856 und Art 214 Abs 2 des preußischen HGB-Entwurfs von 1857.

³⁸⁾ J. Lutz (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Bd 1, 1858, 1. Sitzung (21. 1. 1857), 10 f. Kritik an dem vagen Begriff der „Handelsgebräuche“ auch schon in dem Gutachten *Goldschmidts* für die badische Regierung, wie Fn 22, 13 f.

³⁹⁾ Wie Fn 38, 11, 13. Der Vorrang gegenüber dem bürgerlichen Recht sollte also unabhängig von den zum Teil restriktiven Entstehungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht in den Ländern eingreifen. Dies wird von Geyer, wie Fn 11, 89 richtig gesehen. Es ging hingegen nicht darum, „zentrale Vereinheitlichungsbestrebungen“ abzuwehren, wie R. Ogorek, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, in: ZHR 150 (1986), 87–116, 91, vermutet.

Übung, ein subjektives Element, die Rechtsüberzeugung (*opinio necessitatis*), also die Vorstellung, dass das geübte Verhalten einer Rechtspflicht entspricht, worin sich das Gewohnheitsrecht von der bloßen Verkehrssitte unterschied⁴⁰). Während nach Ansicht der Historischen Rechtsschule das subjektive Element, das Rechtsgefühl, ganz im Vordergrund stand und der ständigen Übung vorausging, gewann unter der Herrschaft eines voluntaristischen Rechtsbegriffs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die tatsächliche Übung, in der der Wille zum Recht nach außen tritt, als konstitutives Element des Gewohnheitsrechts wieder zunehmende Bedeutung⁴¹). Je mehr in der Gewohnheitsrechtstheorie die Rechtsüberzeugung gegenüber der tatsächlichen Übung in den Hintergrund trat, je mehr näherte sich das Gewohnheitsrecht der Verkehrssitte an, so dass die Abgrenzung zunehmend schwieriger wurde, zumal gerade im Handelsrecht die kaufmännischen Usancen oft als Vorstufe zum Gewohnheitsrecht, als „werdendes Gewohnheitsrecht“ angesehen wurden⁴²).

Ähnlich vage wie die Nürnberger Kommission verfuhr mit der Abgrenzungsfrage die ältere handelsrechtliche Literatur vor Inkrafttreten des ADHGB. Augenfällig wurde das an dem schillernden Begriff der „Usance“, der von den Autoren in der Regel ohne klare Abgrenzung als Synonym sowohl für die handelsrechtliche Verkehrssitte als auch für Handelsgewohnheitsrecht verwandt wurde⁴³). Erst Goldschmidt unterschied näher zwischen einer Usance im engeren Sinne, worunter er das Handelsgewohnheitsrecht fasste, und einer Usance im weiteren Sinne, worunter er jede unter Kaufleuten übliche Geschäftsweise unabhängig von ihrem rechtlichen Charakter verstand⁴⁴). Der Prozess der gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildung vollziehe sich demnach von der zuerst nur vereinzelten Vereinbarung unter Kaufleuten, über die regelmäßige, aber zunächst ausdrückliche Vereinbarung, hin zur regelmäßig stillschweigenden Vereinbarung im Sinne einer Verkehrssitte und endlich einer zur stillschweigenden Vereinbarung hinzutretenden Rechtsüberzeugung⁴⁵). Der Übergang zwischen den letzten beiden Stadien und damit der Übergang von der bloßen kaufmännischen Verkehrssitte zum echten Handelsgewohnheitsrecht war aber in der Praxis fließend, wodurch der auf Rechtsquellenebene leidenschaftlich geführte Streit über den Rang des Handelsgewohnheitsrechts im Konzert der Rechtsquellen, von dem oben bereits die Rede war, stark an praktischer Relevanz einbüßte. Über den Weg der Auslegung kaufmännischer Rechtsgeschäfte im Lichte der in den jeweiligen Handelskreisen üblichen Verkehrssitte konnten nämlich Handelsgewohnheiten auch ohne ihre Anerkennung als Rechtsquelle nicht nur praeter legem Eingang in die Rechtsgeschäfte finden, sondern sich sogar gegen entgegenstehendes dispositives Gesetzesrecht durchsetzen. Da die Rechtsprechung schon des

⁴⁰) Vgl. *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Aufl. 2012, 196 ff., 297 ff.

⁴¹) Vgl. *J. Schröder*, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850 und 1930*, in: *H.-P. Haferkamp – T. Reppen*, *Usus modernus pandectarum. Klaus Luig zum 70. Geburtstag*, 2007, 219–244; *ders.*, wie Fn 40, 297 ff.

⁴²) *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl., 333.

⁴³) Vgl. *G. F. von Martens*, *Grundriß des Handelsrechts, insbesondere des Wechsel- und Seerechts*, 2. Aufl. 1805, 7, und *M. Pöhls*, *Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute*, Bd 1, 1828, 48 ff., die beide Handelsgewohnheitsrecht und Usancen gleichsetzen.

⁴⁴) *Goldschmidt*, wie Fn 1, 1. Aufl., 233, 2. Aufl., 329 f.

⁴⁵) Vgl. *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl., 333 Anm 28 a.

Reichsoberhandelsgerichts und später auch des Reichsgerichts die kaufmännische Verkehrssitte auch dann zur Vertragsauslegung heranzog, wenn den Beteiligten die jeweilige Verkehrssitte gar nicht bekannt war⁴⁶⁾, schmolz die Unterscheidbarkeit zum echten Handelsgewohnheitsrecht, jedenfalls soweit dieses dispositiver Natur war, weiter zusammen. Faktisch hatten die kaufmännischen Verkehrssitten, selbst bloß partikulare, gerade wenn man ihnen den Ritterschlag echten Handelsgewohnheitsrechts versagte, über den Umweg der objektiven Auslegung der Rechtsgeschäfte kurioserweise sogar einen weiteren Anwendungsbereich als das echte Handelsgewohnheitsrecht, da sie sich anders als dieses auch gegenüber den dispositiven Normen des ADHGB durchsetzen konnten, weil mangels Rechtsquellencharakter Art 1 ADHGB auf sie keine Anwendung fand. Das entsprach der überwiegenden Ansicht der Literatur schon unter Geltung des ADHGB und auch der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts⁴⁷⁾.

Beim Übergang zum HGB vermied man nur eine gesetzliche Festlegung zur Rechtsquellenfrage, also zur ersten Spur, über die Handelsgewohnheiten nach dem ADHGB Eingang in die Rechtsanwendung fanden. Die zweite Spur, die rechtsgeschäftliche Berücksichtigung im Wege der objektiven Auslegung, die zwar nicht in der theoretischen Diskussion, wohl aber in der praktischen Rechtsanwendung wesentlich größere Bedeutung hatte, blieb nahezu unverändert bestehen. Schon unter Geltung des ADHGB wurde in der Literatur auf den Effekt hingewiesen, dass über den Weg der massenweisen Auslegung von Verträgen im Sinne der gegebenenfalls nur lokalen kaufmännischen Verkehrssitten die angestrebte Rechtseinheit, die man durch die Versagung der derogierenden Kraft von Handelsgewohnheitsrecht gegenüber den Bestimmungen des ADHGB sichern wollte, faktisch unterlaufen würde. Dies sei aber hinzunehmen, denn dem Gesetzgeber stehe es ja frei, diesen Umweg durch eine zwingende Ausgestaltung der Vorschriften zu verschließen⁴⁸⁾. Was bei dieser Argumentation unbeachtet blieb, ist die Tatsache, dass es oft gar nicht der Gesetzgeber ist, der über den dispositiven oder zwingenden Charakter einer Rechtsnorm entscheidet, sondern die Rechtsprechung. Durch den zweiseitigen Weg des ADHGB hatte die Rechtsprechung es also in der

⁴⁶⁾ So schon das Bundesoberhandelsgericht 1870: Entscheidungen des Bundesoberhandelsgericht 1 (1871), 91 f; zustimmend *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl, 336; aA in der Zeit des ADHGB *P. Laband*, Die Handels-Usancen, in: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 17 (1873), 466–511, 497; vgl zur nicht immer stringenten Rechtsprechung des ROHG in dieser Frage *Ogorek*, wie Fn 39, 99 f. Auf eine Kenntnis der Parteien von der jeweiligen Verkehrssitte wurde auch unter Geltung des HGB verzichtet, vgl RGZ 95, 242 f; *A. Düringer – M. Hachenburg*, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl 1908, Allgem Einl, Anm 7.

⁴⁷⁾ Interpretierte man den Begriff der „Handelsgebräuche“ in Art 1 ADHGB im weiten Sinne (unter Einschluss der bloß faktischen Verkehrssitte), lag es nahe, die Verkehrssitte auch nicht im Wege der Auslegung gegenüber entgegenstehenden dispositiven Vorschriften des ADHGB zu berücksichtigen; in diesem Sinne etwa *C. F. von Gerber*, Bemerkungen zum ersten Artikel des Deutschen Handelsgesetzbuchs, 1871, 15 ff; dagegen aber die überwiegende Ansicht in der Literatur, etwa *Laband*, wie Fn 46, 487, 503 und umfassend *Goldschmidt*, wie Fn 1, 2. Aufl, 356 unter Verweis darauf, dass Art 1 (und damit der Geltungsvorrang des ADHGB) sich nur auf Rechtsquellen beziehen könne. Im Sinne der überwiegenden Literaturansicht urteilte auch das Reichsoberhandelsgericht (vgl Fn 50). Zum Vorrang faktischer Verkehrssitte gegenüber dispositiven Normen im Wege der objektiven Auslegung unter Geltung des HGB s. *H. Staub*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6./7. Aufl, 1900, Allgem Einl, Anm 21 ff; *Düringer – Hachenburg*, wie Fn 46, Allgem Einl, Anm 7.

⁴⁸⁾ *Laband*, wie Fn 46, 491, 510.

Hand, durch die Interpretation von kaufmännischen Usancen als echtes Gewohnheitsrecht oder bloße Verkehrssitte und durch Interpretation etwaig entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften als dispositiv oder zwingend letztlich jedes gewünschte Ergebnis zu erreichen⁴⁹). So wandte das Reichsoberhandelsgericht die Berliner Börsenusancen über Art 279 ADHGB trotz einer abweichenden dispositiven Vorschrift des ADHGB an, da es sich hierbei nur um einen tatsächlichen Handelsgebrauch, nicht um Handelsgewohnheitsrecht handele⁵⁰). Unter Geltung des HGB fiel zwar der generelle Rechtsquellenvorrang der Handelsrechtskodifikation weg, einer Interpretation der bloß lokalen Börsenusancen als echtes Handelsgewohnheitsrecht stand aber, soweit sie vom HGB abwichen, der Vorrang des Reichsrechts gegenüber Landesrecht entgegen, so dass man ergebnisgeleitet die Börsenusancen weiterhin als bloße Verkehrssitte und nicht als Handelsgewohnheitsrecht interpretierte, um so ihre Anwendbarkeit zu sichern⁵¹).

Für das 20. Jahrhundert – also unter Geltung des HGBs – lässt sich der schleichende Bedeutungsverlust des echten Handelsgewohnheitsrechts bereits an den im Laufe der Zeit immer knapper werdenden Ausführungen hierzu in den HGB-Kommentaren ablesen⁵²). Das mag nicht zuletzt mit dem Schweigen des Gesetzes zur Rechtsquellenfrage und den nie unstreitig geklärten Voraussetzungen für die Entstehung echten Handelsgewohnheitsrechts zusammenhängen. Die Diskussion über Handelsgebräuche – und mehr noch deren praktische Anwendung – verlagerte sich daher weg von der Rechtsquellenfrage hin zu der rechtsgeschäftlichen Einbeziehung über § 346 HGB. Das gilt es zu bedenken, wenn häufig von einem tatsächlichen Bedeutungsverlust des Gewohnheitsrechts infolge der umfassenden Kodifikationen des Handelsrechts und des allgemeinen Zivilrechts die Rede ist. Für den Bereich der Handelsusancen führte diese Entwicklung eher dazu, dass diese zwar nunmehr oft ihrer Dignität als Handelsgewohnheitsrecht entkleidet daherkommen, über die objektive Auslegung der Rechtsgeschäfte aber umso flexibler zur Anwendung gelangen. Es ist wohl auch kein Zufall, dass die Beispiele, die heute noch für echtes Handelsgewohnheitsrecht angeführt werden, durchweg dem Bereich des durch eine jahrzehntelange Rechtsprechung geprägten zwingenden Rechts angehören wie die Lehre vom Scheinkaufmann

⁴⁹) Zum Zusammenspiel von Art 1 und Art 279 ADHGB in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts siehe *Ogorek*, wie Fn 39, 92 ff, die auch den Flexibilitätsgewinn für die Rechtsprechung hervorhebt.

⁵⁰) Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgericht 6 (1872), 368 ff.

⁵¹) Vgl *Bondi*, in: *H. Staub*, Kommentar zum HGB, 12./13. Aufl. 1926, Allgem Einl, Anm 36.

⁵²) So nahm die allgemeine Kommentierung des Handelsgewohnheitsrechts durch *H. Staub* in der zeitgleich mit dem Inkrafttreten des HGB erschienenen Auflage von 1900 (wie Fn 47) noch den stattlichen Umfang von sechs Seiten und 14 Anmerkungen ein (Allgem Einl, Anm 17–30). In der in der Nachfolge *Staub*s von Reichsgerichtsräten fortgeführten Kommentierung durch *Gadow* von 1940 (Bd 1, Einl, Rn 17 ff) ist die Kommentierung schon kompakter, aber immer noch recht ausführlich. *D. Brüggemann* beschränkt sich hingegen in der 4. Aufl. des nunmehr als Großkommentar zum HGB bezeichneten Werkes 1982 auf nur noch wenige Hinweise zum Handelsgewohnheitsrecht (Bd 1, Einl, Rn 32), die zudem wörtlich aus der Kommentierung *Gadows* von 1940 übernommen werden. Den fast völligen Bedeutungsverlust in der gegenwärtigen Handelsrechtsdiskussion zeigen die wenigen Worte, die *H. Oetker* dem Handelsgewohnheitsrecht in der 5. Aufl des Großkommentars 2009 noch gönnt (Bd 1, Einl, Rn 36 – zudem unter der unpassenden Überschrift „Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz“).

und vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben⁵³). Dispositive Handelsusancen, etwa über Leistungsmodalitäten im Handelsverkehr, werden heute regelmäßig der bloßen Verkehrssitte im Sinne von § 346 HGB zugeordnet und eine Abgrenzung zum Handelsgewohnheitsrecht meist gar nicht in Erwägung gezogen. Die objektive ergänzende Auslegung der Handelsgeschäfte nach Maßgabe der Handelsusancen, die den Parteien nicht einmal bekannt sein müssen, hat also mehr zum Absterben des Handelsgewohnheitsrechts beigetragen als jedes gesetzliche Verbot es vermocht hätte. Etwas überspitzt könnte man formulieren: Das Handelsgewohnheitsrecht ist tot – es lebe die Verkehrssitte⁵⁴).

⁵³) Vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, §§ 1 III 2, 3 II 2, 19 III 1. Die Zuordnung solcher letztlich durch Rechtsprechung perpetuierten Regeln zum Handelsgewohnheitsrecht ist freilich nicht unumstritten, vgl. nur *P. Raisch*, Zur Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Zivil- und Handelsrecht, in: ZHR 150 (1986), 117–140, 125 f, 139 f.

⁵⁴) Hier ist nicht der Raum, um näher auf die Folgefrage einzugehen, inwiefern die Handelsbräuche iSv § 346 HGB in ihrer praktischen Relevanz wiederum zunehmend von Allgemeinen Geschäftsbedingungen verdrängt werden, wie zum Teil vermutet wird (vgl. *J. Basedow*, Handelsbräuche und AGB-Gesetz, in: ZHR 150 (1986), 469–491). Von einer funktionalen Äquivalenz kann jedenfalls nur sehr bedingt gesprochen werden, weil die Handelsbräuche unabhängig von einer bewussten Einbeziehung im Einzelfall zur Anwendung kommen, nicht einseitig von einer Vertragspartei gestellt werden und auf einer freiwilligen Anerkennung durch die beteiligten Verkehrskreise (nicht nur durch einzelne Vertragsparteien) beruhen. Die Unterschiede werden auch daran deutlich, dass Handelsbräuche selbst nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen, sondern umgekehrt Beurteilungsmaßstab für die Inhaltskontrolle von AGB sind (§ 310 I 2 BGB). *Basedow* formuliert daher auch vorsichtiger: „§ 346 HGB ist ja aus dem Rennen gar nicht ausgeschieden, läuft gleichsam im Windschatten der AGB immer noch mit. Die neuere Judikatur zu dieser Vorschrift erweckt sogar den Eindruck, als gewönne die Berufung auf Handelsbrauch in dem Maße an Bedeutung, wie sich die richterliche und gesetzliche Kontrolle der AGB verschärft hat.“ (ebda, 480).