

# Handelsbräuche als autonomes kaufmännisches Recht aus praktischer Sicht

Eine Untersuchung zur Bestimmung der rechtlichen Reichweite der Handelsbräuche

von  
Olav Selke

1. Auflage

Handelsbräuche als autonomes kaufmännisches Recht aus praktischer Sicht – Selke

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

ibidem 2001

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 89821 146 8

## Inhaltsverzeichnis

### **Einleitung: Einführung in die Problematik und Themenabgrenzung**

I. Gegenstand und Ziel der Arbeit .....	1
1. Gegenstand: Der Handelsbrauch .....	1
2. Ziel der Arbeit .....	4
II. Gang der Untersuchung .....	4
1. Erster Teil .....	4
2. Zweiter Teil .....	5

### **Teil 1**

#### **Phänomenologie der Handelsbräuche Handelsbräuche im deutschen Recht**

##### **1. Kapitel: Handelsbräuche als Teil unserer Rechtsordnung**

I. Begriff des Handelsbrauchs .....	9
1. Definition .....	9
a) Etymologie .....	9
b) Kodifizierte Definitionen .....	11
c) Praktische Abgrenzungen .....	12
2. Kodifizierte Handelsbräuche .....	13
3. Abgrenzung zu weiteren ähnlichen Begriffen .....	14
a) Usance .....	14
b) Geschäftsgebrauch .....	15

4. Handelsübung .....	16
5. Reine Gepflogenheiten .....	16
6. Sonstige gesellschaftliche Anschauungen .....	17
7. Ergebnis .....	18
II. Handelsbräuche in der Praxis .....	18
1. Entwicklung aus der Praxis .....	18
2. Regelungsbereich .....	19
3. Heutige Bedeutung der Handelsbräuche .....	20
a) Kritik an den Handelsbräuchen .....	20
b) Widerlegung der Kritik .....	20
4. Bedeutung von Gutachten zur Feststellung von Handelsbräuchen .....	23
III. Weitere ähnliche Regelungen im deutschen Recht .....	25
IV. Entwicklung der Handelsbräuche .....	28
1. Ausgangspunkt Handelsgewohnheit .....	29
2. Herausbildung eines Sonderrechts der Kaufleute .....	31
a) Anfänge .....	31
b) Bedeutung des Messewesens .....	32
c) Eigeninitiative des Handelsstands .....	34
d) Standesrecht der Kaufleute .....	34
3. Ansätze einer Kodifikation .....	37
a) Ausgangslage .....	37
b) Interessen des Handelsstands .....	38
c) Die politische Situation .....	39
4. Weitere kaufmännische Besonderheiten, insbesondere die internationale Schiedsgerichtsbarkeit .....	41
5. Kodifikation der Transformationsklauseln .....	46

## **2. Kapitel: Entstehung und Wirkungsweise von Handelsbräuchen**

I. Zur Feststellung eines Handelsbrauchs .....	51
1. Die tatsächliche Übung der Beteiligten .....	51
a) Ein beobachtetes Verhalten .....	52
b) Persönlicher Geltungsbereich: unter Kaufleuten .....	53
c) Örtlicher und sachlicher Geltungsbereich .....	56
d) Häufigkeit des Verhaltens .....	58
e) Keine Rationalität erforderlich .....	60
2. Die Zustimmung der beteiligten Verkehrskreise .....	63
a) Befolgung als verpflichtende Regel .....	63
b) Freiwilligkeit .....	64
c) Mehrheitliche Übung und Überzeugung .....	65
d) Keine Kenntnis erforderlich .....	67
e) Vertragliche Vereinbarung .....	72
f) Keine Rechtsüberzeugung und kein Rechtsgeltungswille .....	73
3. Ein angemessener Zeitraum .....	73
a) Festlegung des zeitlichen Umfangs .....	74
b) Erlöschen des Handelsbrauchs .....	75
c) Rechtsfolge eines Handelsbrauchs .....	77
4. Zusammenfassendes Ergebnis .....	79
II. Distanzgeschäfte .....	80
1. Deutsches Recht ohne UN-Kaufrecht .....	81
2. UN-Kaufrecht .....	84
a) Allgemeines .....	84
b) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben .....	87
3. Die Kenntnis des Handelsbrauchs bei regionalen Unterschieden sowie bei internationalen Distanzgeschäften .....	88
III. Verhältnis von Handelsbräuchen zum Gesetz .....	91

1. Der rechtliche Charakter und das Verhältnis zum Gewohnheitsrecht .....	92
a) Bisherige Auffassungen über den rechtlichen Charakter .....	92
b) Verhältnis zum Gewohnheitsrecht .....	96
c) Zwischenergebnis .....	100
2. Das Verhältnis zum zwingenden Recht und zur Parteivereinbarung .....	100
a) Vorrang des zwingenden Rechts .....	100
b) Vorrang der Parteivereinbarung .....	102
3. Handelsbräuche und nachgiebiges Recht .....	104
4. Sittenkonformität .....	107
a) Maßstab .....	107
b) Zeitpunkt .....	109
aa) § 138 Abs. 1 BGB .....	110
bb) Handelsbräuche .....	111
c) Gesetzeszweck .....	113
d) Zwischenergebnis .....	117
e) Art und Weise des Geltungsausschlusses .....	117
f) Konsequenzen .....	118
5. Zusammenfassendes Ergebnis .....	119
 IV. Handelsbräuche und Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	120
1. Allgemeines - Allgemeine Geschäftsbedingungen	
als Vertragsbestandteil .....	120
a) Gemeinsamkeiten .....	120
b) Unterschiede .....	121
2. Wechsel der Rechtsqualität .....	123
3. Die Regelung des § 24 S. 2 Hs. 2 AGBG und Handelsbräuche .....	128
a) Differenzierung nach Anwendbereich .....	129
b) Inhaltskontrolle .....	130
4. Einbeziehung von AGB kraft Handelsbrauchs .....	132
5. Wettbewerbsregeln .....	136
6. Zusammenfassendes Ergebnis .....	138

V. Prozessuale Besonderheiten .....	139
1. Allgemeines .....	139
2. Beweislast .....	140
3. Gerichtliche Feststellung von Handelsbräuchen und Beweiserhebung .....	142
4. Kritik an der praktischen Beweiserhebung .....	145
5. Revisionsrecht .....	147
a) Grundsätzlicher Ausschluß der Revision .....	147
b) Gesetzesverletzung im Sinne von § 549 Abs. 1 Alt. 2 ZPO .....	150
c) Anforderungen an das sachverständige Gutachten .....	153
d) Verhältnis der nationalen Rechtsprechung zum EuGH bei Feststellung eines Handelsbrauchs .....	154
e) Auslegung der Willenserklärung .....	155
f) Zwischenergebnis .....	155
6. Vereinbarung einer Schiedsklausel .....	156
a) Altes Recht .....	156
b) Neues Recht .....	158
7. Die Prorogationsregelung des Art. 17 Abs. 1 S. 2 lit. c) EuGVÜ .....	160
8. Zusammenfassendes Ergebnis .....	165
 VI. Handelsbräuche und Irrtumsanfechtung .....	166
1. Anfechtung der Willenserklärung - Meinungsstand .....	167
a) Rechtsprechung .....	167
b) Befürwortendes Schrifttum .....	168
c) Ablehnendes Schrifttum .....	169
d) Vermittelnde Ansicht .....	170
e) Stellungnahme .....	171
f) Abgrenzungen .....	171
2. Fiktion einer bestimmten Erklärung - Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben und anschließende Anfechtung .....	172
a) Irrtum über die Rechtsfolge des Schweigens .....	174
b) Täuschung und Drohung .....	176
c) Sonstiger Irrtum .....	176

d) Fahrlässiger Irrtum .....	178
e) Analoge Anwendung des § 119 BGB .....	179
3. Zusammenfassendes Ergebnis .....	180
VII. Handelsklauseln .....	180
1. Entwicklung .....	182
2. Regelungsinhalt .....	183
a) Regelungsinhalt der Incoterms im Speziellen .....	185
b) Anpassung an die veränderten Umstände .....	186
c) Rechtsnatur der Incoterms .....	187
3. Handelsklauseln als handelsgebräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	188
4. Handelsklauseln und ihre Auslegung .....	188
5. Handelsklauseln und Irrtumsanfechtung .....	190
VIII. Spezielle kaufmännische Verhaltensweisen im Handelsrecht .....	191
1. Der Ortsgebrauch .....	192
2. Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns .....	192
3. Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns .....	195
4. Ähnliche normative Verhaltensanforderungen an den Kaufmann .....	195
5. Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung .....	197
a) Anwendungsbereich .....	198
b) Rechtsnatur .....	199
<b>3. Kapitel: Zusammenfassung des ersten Teils .....</b>	<b>203</b>

## **Teil 2**

### **Die Ermächtigung zur autonomen Regelungssetzung mittels Satzung und Vertrag**

#### **Erkenntnisse für das Wesen der Handelsbräuche**

##### **1. Kapitel: Kennzeichnung der Prüfungsfrage in Bezug auf die Handelsbräuche**

I. Ausgangslage .....	206
II. Frühere vergleichbare Ansätze .....	207
III. Gang der Untersuchung .....	211
IV. Hypothesen .....	214

##### **2. Kapitel: Satzungen und Verträge als Teil der Rechtsordnung**

I. Begriffserklärung .....	217
1. Begriff der Satzung .....	217
2. Begriff der Autonomie .....	217
a) Formen .....	218
b) Etymologie .....	218
c) Autonomie in der Gesellschaft .....	220
II. Privatrechtliche Satzungen und vertragliche Regelungen .....	221
1. Der verfassungsrechtliche Hintergrund .....	221
a) Grundrecht der Vereinsfreiheit .....	221
b) Grundrecht der Koalitionsfreiheit .....	223
c) Reichweite der Privatautonomie .....	224
aa) Privatautonomie und Zweckerreichung .....	224
bb) Bestandsschutz der Privatautonomie .....	226
cc) Privatautonomie und Vereinsautonomie .....	228

2. Arten von privatrechtlichen Satzungen und Regelungen .....	228
a) Vereinssatzung .....	229
aa) Der Inhalt des § 25 BGB .....	230
(1) Begriff .....	230
(a) Vereinsverfassung .....	230
(b) Satzung .....	233
(c) Vereinsordnung .....	233
(d) Außenbeziehungen .....	235
(2) Rechtsnatur .....	235
(a) Vertragstheorie .....	237
(b) Normentheorie .....	239
(c) Modifizierte Normentheorie .....	240
(d) Theorie des Gesamtaktes .....	243
(e) Weitere Ansichten .....	244
(f) Stellungnahme .....	246
(3) Grenzen des Satzungsrechts .....	250
(4) Rechtswirkungen .....	251
(a) Rechtswirkungen für Mitglieder .....	252
(b) Rechtswirkungen für Dritte .....	253
(c) Legitimationsgrundlage .....	255
(5) Zwischenergebnis .....	255
bb) Vergleich zum Handelsbrauch .....	256
(1) Ausgangslage .....	256
(2) Geltungsbefehl, Regelungsintensität der Vereinbarungen im Verein und unter den Kaufleuten sowie Sanktionsfähigkeit ..	259
(a) Geltungsbefehl .....	259
(b) Regelungsintensität und Sanktionsfähigkeit .....	260
(3) Begrenzung durch das Erfordernis der Sittenkonformität .....	264
(4) Vergleich der Transformationsklausel .....	266
(a) Regelungssetzung durch Vereine .....	268

(b) Regelungssetzung durch Kaufleute -	
§ 346 HGB als Duldungsnorm .....	269
(5) Ergebnis zum Vergleich Vereinssatzung -	
Handelsbrauch .....	271
b) Gesellschaftsverträge .....	272
aa) Begriff .....	272
bb) Prägendes Merkmal: Der Vertrag .....	274
cc) Personengesellschaft .....	276
dd) Publikumsgesellschaft .....	277
ee) Körperschaftlich organisierte Gesellschaften .....	279
ff) Vergleich zum Handelsbrauch .....	279
c) Stiftungen des Privatrechts .....	281
d) Tarifautonomie .....	281
aa) Begriff .....	282
bb) Entwicklung .....	286
cc) Bedeutung .....	290
dd) Zustandekommen .....	291
ee) Rechtsnatur .....	291
ff) Ansatzpunkt des Vergleichs Tarifvertrag - Handelsbrauch .....	295
gg) Vergleich der Transformationsnormen .....	296
hh) Ergebnis .....	304
e) Schiedsgerichtsbarkeit .....	305
aa) Allgemeines .....	305
bb) Begriff .....	308
cc) Legitimation .....	309
dd) Rechtsnatur .....	311
ee) Freiwillige Vereinbarung .....	312
ff) Grundzüge einer autonomen Regelungssetzung und der Vergleich zum Handelsbrauch .....	313
gg) Ergebnis .....	318
f) Freie Rechtswahl .....	320
aa) Befugnisse der Parteien .....	320

bb) Art. 27 EGBGB .....	321
cc) Rechtswahl und Schiedsvertrag .....	323
dd) Ansätze einer autonomen Rechtsetzung .....	325
ee) Ergebnis .....	328
4. Zusammenfassendes Ergebnis zu den privatrechtlichen Satzungen und vertraglichen Regelungen .....	328

### **3. Kapitel: Rechtliche Reichweite der Handelsbräuche**

I. Ausgangspunkt: Vergleich zum Handelsgewohnheitsrecht .....	331
II. Handelsstand als Rechtsinteressenverband .....	332
III. Verstoß gegen einen Handelsbrauch und § 1 UWG .....	336
IV. Befolgung technischer Normen als Verkehrssitte .....	338
V. Prozeßrechtliche Behandlung der Handelsbräuche .....	341

### **Teil 3**

#### **Ergebnis und Perspektiven**

Ergebnis .....	345
Perspektiven .....	347
I. Rückblick .....	347
II. Ausblick .....	349