

# Neue Regeln des Obersten Volksgerichts zum Internationalen Vertragsrecht der Volksrepublik China

Knut B. Pißler<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

Das Oberste Volksgericht (OVG) hat am 23. Juli 2007 „Bestimmungen zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Vertragsstreitigkeiten mit Außenberührung“<sup>2</sup> (OVG-Bestimmungen) bekannt gemacht, die am 8. August 2007 in Kraft getreten sind. Die OVG-Bestimmungen stellen eine neue wichtige Rechtsquelle des internationalen Vertragsrechts der Volksrepublik China dar.

Bislang richtete sich die Frage, welches Recht auf Verträge mit Außenbeziehung angewendet wird, nach § 145 „Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China“<sup>3</sup> (AGZR) aus dem Jahr 1986 und § 126 des 1999 verabschiedeten „Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“<sup>4</sup> (Vertragsgesetz). Einige weitere Fragen des Kollisionsrechts beantwortete eine justizielle Interpretation des OVG zu den AGZR<sup>5</sup> (OVG-AGZR-Ansichten) aus dem Jahr 1988.<sup>6</sup> Der chinesische Gesetzgeber beschäftigt sich gegenwärtig mit dem Entwurf zu

einem umfassenden chinesischen Kollisionsrecht, welches als 9. Buch eines chinesischen Zivilgesetzes bis 2010 verabschiedet werden soll und im Jahr 2006 bereits Gegenstand von Diskussionen mit ausländischen IPR-Experten war.<sup>7</sup> Die chinesische Rechtswissenschaft hat ebenfalls in den Jahren 2000 und 2006 zwei Entwürfe vorgelegt.<sup>8</sup>

Nach geltender Rechtslage ist es grundsätzlich den Vertragsparteien überlassen, bei einem Vertrag mit Außenbeziehung das Recht zu wählen, welches auf den Vertrag Anwendung finden soll. Eine Ausnahme von dieser Rechtswahlfreiheit gilt für bestimmte Verträge, auf die zwingend chinesisches Recht anzuwenden ist.<sup>9</sup> Fehlt eine Rechtswahl, wird das Recht des Staates mit der engsten Verbin-

<sup>1</sup> Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (pissler@mpipriv.de). Der Autor ist Herr Dr. Kurt Siehr, emeritierter Professor der Universität Zürich, jetzt freier wissenschaftlicher Mitarbeiter am Hamburger Max-Planck-Institut, für zahlreiche Diskussionen und wertvolle Hinweise sehr zu Dank verpflichtet. Herrn Christoph Schröder der Kanzlei CMS Hasche Sigle in Hamburg danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts, durch die einige vermeidbare Fehler korrigiert werden konnten.

<sup>2</sup> Chinesisch-deutsch in diesem Heft, S. 359; chinesisch-englisch in: *China Law and Practice*, Vol. 21 (2007), Nr. 7, S. 18 ff.; englisch außerdem im Anhang zu *Marcel Barth/Gary Lock*, Die aktuelle Auslegung des Obersten Volksgerichts zum internationalen Vertragsrecht in China, in: *RIW* 2007, S. 820 ff.

<sup>3</sup> Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China [ *中华人民共和国民法通则* ] vom 12.04.1986; chinesisch in: *Amtsblatt des Staatsrates* [ *国务院公报* ] 1986, S. 371 ff.; deutsch in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht*, 12.4.86/1.

<sup>4</sup> Vertragsgesetz der Volksrepublik China [ *中华人民共和国合同法* ] vom 15.03.1999; chinesisch in: *人民日报* [ *People's Daily* ] vom 22.3.1999, S. 2 f.; deutsch in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht*, 15.3.99/1.

<sup>5</sup> Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China“ (versuchsweise durchgeführt) [ *最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 ( 试行 )* ] vom 26.01.1988; chinesisch in: *Amtsblatt des Staatsrates* [ *国务院公报* ] 1988, S. 65 ff.; deutsch in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht*, 12.4.86/1.

<sup>6</sup> Eine Übersicht über sonstige justizielle Interpretationen des Obersten Volksgerichts auf dem Gebiet des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts gibt *Baoshi Wang*, Neue Entwicklung im IPR der VR China, in: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2007, S. 363 ff.

<sup>7</sup> Einen Entwurf des 9. Buches haben Mitglieder des Zivilrechtsbüros des Rechtsordnungsarbeitsausschusses des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses [ *全国人大常委会法制工作委员会民法室* ] unter der Leitung von Frau *YAO Hong* [ *姚红* ] mit deutschen Experten im Oktober 2006 im Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht diskutiert. Der Entwurf basiert auf einem früheren Entwurf, der im Dezember 2002 auf der 31. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 9. Nationalen Volkskongresses beraten und vom Rechtsordnungsarbeitsausschuss kurze Zeit im Internet veröffentlicht worden war. Diesen Entwurf hat *Frank Münzel* ins Deutsche übersetzt, aber nicht veröffentlicht. Der Entwurf und die Übersetzung von *Frank Münzel* liegen dem Verfasser vor und können bei Interesse angefordert werden.

<sup>8</sup> *Chinesische Akademische Vereinigung für Internationales Privatrecht* [ *中国国际私法学会* ], *Modelgesetz für ein chinesisches Gesetz über das internationale Privatrecht* [ *中华人民共和国国际私法示范法* ], Beijing 2000; *ZHAO Xianglin/DU Xinli* und andere [ *赵相林 / 杜新丽* 等著 ] *Gesetzgeberische Prinzipien für ein Gesetz über die Rechtsanwendung bei internationalen Zivil- und Handelsbeziehungen* [ *国际民商事关系法律适用法立法原理* ], Beijing 2006.

derung zum Vertrag angewandt. Das geltende chinesische Kollisionsrecht ließ bislang die Fragen offen, in welcher Form eine Rechtswahl zu treffen ist, wie die engste Verbindung mangels einer Rechtswahl festzustellen ist, ob bei einer Verweisung auf das ausländische Recht eine Rück- und Weiterverweisung zu beachten ist und welche Folgen sich aus der Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts ergeben. Einige dieser Fragen waren bereits durch das OVG in einer früheren justiziellen Interpretation zum „Außenwirtschaftsvertragsgesetz“<sup>10</sup> (OVG-AWVG-Erläuterung) aus dem Jahr 1987 beantwortet worden, das jedoch mit Inkrafttreten des Vertragsgesetzes aufgehoben worden ist.<sup>11</sup> Im Dezember 2005 hatte das OVG außerdem in einer Mitteilung an die Untergerichte ein „Protokoll der zweiten Arbeitssitzung zur Rechtsprechung im Handels- und Seerecht mit Außenberührung“<sup>12</sup> (OVG-Protokoll) weitergeleitet, in dem sich schon die Lösung einiger der nun in den OVG-Bestimmungen geregelten Probleme des internationalen Vertragsrechts abzeichnete.

Mit den neuen OVG-Bestimmungen werden nun einige der im geltenden Recht offenen Fragen beantwortet. Hierbei greift das OVG zum Teil auch auf die alten Lösungen nach der OVG-AWVG-Erläuterung zurück. Im Folgenden sollen die Neuerungen aufgezeigt werden, wobei teilweise auch grundsätzliche Probleme des chinesischen Kollisionsrechts angesprochen und eine Bewertung der OVG-Bestimmungen vorgenommen wird.

## 2. Verträge mit Außenbeziehung

Die Frage, welches Recht auf einen Vertrag angewendet wird, stellt sich nur bei Verträgen mit Außenbeziehung. Das OVG hat in den OVG-AGZRAnsichten festgelegt, wann eine Rechtsbeziehung eine Außenbeziehung aufweist, nämlich nur,

- wenn bei einer Zivilbeziehung eine oder beide Seiten Ausländer, Staatenlose oder ausländische juristische Personen sind,
- wenn sich der Gegenstand der Zivilbeziehung im Ausland befindet, oder
- wenn Rechtstatsachen der Entstehung, der Änderung oder des Erlöschens von Zivilbeziehungen mit Rechten und Pflichten im Ausland eintreten.<sup>13</sup>

Insbesondere Verträge zwischen einem chinesischen Tochterunternehmen ausländischer Gesellschaften (wholly foreign owned enterprise, WFOE) oder einem chinesischen Unternehmen mit ausländischer Beteiligung (equity joint venture, EJV, oder contractual joint venture, CJV) auf der einen Seite und einem rein chinesischen Unternehmen oder chinesischen natürlichen Personen auf der anderen Seite, weisen keine Außenbeziehung auf, da es sich bei den zuerst genannten Unternehmen um juristische Personen des chinesischen Rechts handelt.

## 3. Rechtswahl

Für das internationale Vertragsrecht bedeutet dies eine erhebliche Einschränkung der Rechtswahlfreiheit: Nur bei Verträgen mit einer Außenbeziehung, welche die vom OVG aufgestellten Bedingungen erfüllen, räumt das chinesische Recht den Parteien eine Rechtswahl ein.<sup>14</sup> Dieses Ergebnis erscheint insbesondere unbillig in Fällen, in denen Verträge zwischen zwei chinesischen Tochterunter-

<sup>9</sup> Siehe hierzu unten unter 5.

<sup>10</sup> „Mitteilung des OVG zum Druck und zur Verteilung der ‚Erläuterung einiger Fragen zur Anwendung des Außenwirtschaftsgesetzes‘“ [最高人民法院印发《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》的通知] vom 19.10.1987; chinesisch in: Amtsblatt des Obersten Volksgerichts [最高人民法院公报] 1987, Nr. 4, S. 3 ff.; deutsch in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 1989, S. 109 ff.

<sup>11</sup> § 428 Vertragsgesetz. Teile der Literatur sprachen sich ausdrücklich dafür aus, die OVG-AWVG-Erläuterungen bei der Auslegung des § 126 Vertragsgesetz heranzuziehen, siehe HUANG Jin [黄进], Internationales Privatrecht [国际私法], 2. Aufl., Beijing 2005, S. 313; ZHANG Hui/LONG Yanyan [张辉/龙燕燕], Zur Verbesserung des Systems der Rechtsanwendung bei Verträgen mit Außenberührung [浅论我国涉外合同法律适用制度完善], in: Journal der politischen und juristischen Akademie für Verwaltungskader in Guangxi [广西政法管理干部学院学报] 2005, Nr. 3, S. 109 ff. (111). Eine Wiederherstellung der Rechtslage unter den OVG-AWVG-Erläuterungen verlangen im Hinblick auf die dortigen Vermutungsregelungen zur engsten Verbindung bestimmter Verträge ZHANG Jihong/QI Zhongming [张继红/漆仲明], Prinzipien der Rechtsanwendung bei Verträgen mit Außenberührung in unserem Land [我国涉外合同的法律适用原则], Akademisches Journal von West-Anhui [皖西学院学报] 2005, Nr. 1, S. 23 ff. (25).

<sup>12</sup> „Mitteilung des OVG zum Druck und zur Verteilung des ‚Protokolls der zweiten Arbeitssitzung zur Rechtsprechung im Handels- und Seerecht mit Außenberührung‘ (Fafa [2005] Nr. 26)“ [最高人民法院关于印发《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》的通知 (法发 [2005]26号)] vom 26.12.2005, abgedruckt in: Anleitung zur Rechtsprechung in handels- und seehandelsrechtlichen Fällen mit Außenberührung [涉外商事海事审判指导] 2005, Nr. 2, S. 23 ff.

<sup>13</sup> Ziffer 178 OVG-AGZRAnsichten.

<sup>14</sup> So z.B. auch ausdrücklich John Shi/Richard Feller, New Rules on the Choice of Law for Foreign-related Contracts, in: China Law and Practice, Vol. 21 (2007), Nr. 7, S. 15; Baoshi Wang (Fn. 6), S. 368; so wohl auch Lutz-Christian Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2005, S. 36. Dies ergibt sich aus § 145 AGZR: „Die Beteiligten an Verträgen mit Auslandsberührung können, [...], das Recht wählen, das zur Regelung von Vertragsstreitigkeiten angewandt wird.“ Sowie aus § 126 Vertragsgesetz: „Die Parteien eines Vertrags mit Auslandsbezug können das bei der Regelung von Vertragsstreitigkeiten anzuwendende Recht wählen, [...]“ In der chinesischen Literatur gibt es, soweit ersichtlich, keine Stellungnahme dazu, ob eine Rechtswahlklausel für ausreichend erachtet wird, um eine Außenberührung anzunehmen. Um festzustellen, ob ein Vertrag eine Außenberührung hat, wird meist nur die Bestimmung des § 178 OVG-AGZRAnsichten zitiert; z.B. Li Shuangyuan und andere [李双元等著], Allgemeine Diskussion des chinesischen internationalen Privatrechts [中国国际私法通论], 3. Aufl., Beijing 2007, S. 319; DING Wei (Hrsg.) [丁伟主编], Über das Kollisionsrecht [冲突法论], 2. Aufl., Beijing 2005, S. 146; QU Guangqing [屈广清], Instruierende Diskussion zum internationalen Privatrecht [国际私法导论], 2. Aufl., Beijing 2005, S. 290. Allerdings führen die Autoren bei ihren Ausführungen zu den Voraussetzungen und Schranken einer Rechtswahl nicht explizit das Erfordernis an, dass es sich um einen Vertrag mit Außenberührung handeln muss, sondern setzen dies offensichtlich als selbstverständlich voraus.

nehmen ausländischer Gesellschaften abgeschlossen werden. Auch die neuen OVG-Bestimmungen haben in dieser Hinsicht keine Veränderung mit sich gebracht.

Wie zuvor bereits in der OVG-AWVG-Erläuterung aus dem Jahr 1987<sup>15</sup> legt § 3 OVG-Bestimmungen zur Rechtswahl nur fest, dass die Rechtswahl oder die Änderung der Rechtswahl ausdrücklich erfolgen muss. Eine Schriftform ist nicht erforderlich,<sup>16</sup> in der Praxis aber zu empfehlen. Eine stillschweigende Rechtswahl wird hingegen grundsätzlich nicht anerkannt.<sup>17</sup>

Außerdem klären die OVG-Bestimmungen in § 4 Abs. 1 den Zeitpunkt, bis zu dem die Parteien eine Rechtswahl vereinbaren können: Während bislang mit Hinweis auf die OVG-AWVG-Erläuterung aus dem Jahr 1987 davon ausgegangen worden war, dass eine Rechtswahl nur bei Vertragschluss oder später bis zur Eröffnung der mündlichen Verhandlung getroffen werden könne<sup>18</sup>, verschieben die OVG-Bestimmungen diesen Zeitpunkt nun nach hinten auf die Beendigung der streitigen Verhandlung in erster Instanz.<sup>19</sup> Diese Neuerung ist uneingeschränkt zu begrüßen. Interessanterweise wurde eine (dem Art. 27 Abs. 2 Satz 2 EGBGB ähnliche) Klausel, nach der Rechte Dritter durch die nachträgliche Rechtswahl nicht geschädigt werden dürfen, nicht aus dem OVG-Protokoll aus dem Jahr 2005 in die OVG-Bestimmungen übernommen.<sup>20</sup>

Neben der ausdrücklichen Rechtswahl lassen die OVG-Bestimmungen auch eine konkludente Rechtswahl zu, wenn die Parteien durchgängig auf das Recht eines Staates oder Gebietes Bezug genommen und keinen Einwand gegen die Anwendung dieses Rechts erhoben haben. Es ist fraglich, ob diese konkludente Rechtswahl nur im gerichtlichen Verfahren oder auch außerhalb des Prozesses möglich sein soll. Dafür, dass die konkludente Rechtswahl nur im gerichtlichen Verfahren gestattet ist, spricht die systematische Stellung des einschlägigen § 4 Abs. 2 OVG-Bestimmungen innerhalb der Vorschrift zum Zeitpunkt der Rechtswahl im Prozess. Auch die Ausführungen eines namentlich nicht näher gekennzeichneten „Verantwortlichen des OVG“ zum Erlass der OVG-Bestimmungen in den Medien stützen dieses Verständnis: Er erläutert die konkludente Rechtswahl nach § 4 Abs. 2 OVG-Bestimmungen anhand eines

Beispiels, in dem ein „Kläger“ seinen Klaganspruch auf das Recht eines bestimmten Staates stützt und der betreffende „Beklagte“ keine Einwände erhebt.<sup>21</sup> Nach diesem Verständnis würde bei Verträgen, in denen auf materiellrechtliche Vorschriften eines Staates Bezug genommen wird (z.B. „bei Verzug, Schadenersatz nach § 280 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 286 BGB“), für sich gesehen keine konkludente Rechtswahl vorliegen. Dies kann indessen vom OVG nicht ernsthaft gewollt sein.<sup>22</sup>

Geht man aber davon aus, dass die konkludente Rechtswahl nur im gerichtlichen Verfahren zulässig ist, stellt sich die weitere Frage, ob diese Rechtswahl (wie in Deutschland<sup>23</sup>) einen „beiderseitigen Gestaltungswillen“ und damit das Bewusstsein der Parteien voraussetzt, dass ein Außenbezug und infolgedessen ein international privatrechtlicher Fall vorliegt. Bejahendenfalls wäre weiter fraglich, ob eine richterliche Hinweispflicht besteht, wenn die Parteien ohne ein solches Bewusstsein beispielsweise durchgängig auf chinesisches Recht Bezug nehmen. Eine Stellungnahme hierzu liegt nicht vor; es ist aber auf Grund des im chinesischen Kollisionsrecht festzustellenden Heimwärtsstrebens der Volksgerichte<sup>24</sup> sehr wahrscheinlich, dass in dem angeführten Beispielfall chinesisches Recht zur Anwendung kommen würde; das Gericht also keine Hinweispflicht hat, um einen „beiderseitigen

<sup>17</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9; so auch die Meinung der Literatur vor Erlass der OVG-Bestimmungen, siehe nur LI Shuangyuan und andere (Fn. 14), S. 320; DAI Qiong [戴琼], Zu einigen Problemen bei der Rechtsanwendung auf Verträge mit Außenberührung [浅谈涉外合同法律适用的几个问题], in: Akademisches Journal für Politik und Recht [政法学刊] 2000, Nr. 2, S. 34 ff. (36); überwiegend befürwortet die chinesische Literatur jedoch heute die Anerkennung einer stillschweigenden Rechtswahl; siehe HUANG Jin (Fn. 11), S. 314; LI Wang [李旺], Probleme bei der Willensautonomie der Parteien bei der Rechtsanwendung auf Verträge mit Außenberührung [涉外合同的法律适用及当事人意思自治原则所存在的问题], in: Akademische Zeitschrift der Tsinghua Universität (Ausgabe für Philosophie und Sozialwissenschaften) [清华大学学报(哲学社会科学版)] 2004, Nr. 6, S. 29 ff. (32); derselbe, Zu einigen Problemen bei der Bedeutung der engsten Verbindung im internationalen Privatrecht – Das Beispiel von § 145 Abs. 2 AGZR und § 126 Vertragsgesetz [论国际私法中最密切联系原则的意义及存在的问题一以《民法通则》第 145 条第 2 款和《合同法》第 126 条为例], in: Akademische Zeitschrift der Tsinghua Universität (Ausgabe für Philosophie und Sozialwissenschaften) [清华大学学报(哲学社会科学版)] 2003, Nr. 5, S. 57 ff. (58 f.) und jüngst HU Xiujuan [胡秀娟], Die Entwicklung der Willensautonomie der Parteien bei der Rechtsanwendung auf internationale Verträge – Zugleich eine Kritik der Bestimmungen zur Rechtsanwendung auf Verträge mit Außenberührung im 9. Buch des Entwurfes eines Zivilgesetzes [论当事人意思自治在国际合同法律适用中的发展—兼评民法《草案》第 9 编涉外合同法律适用的规定], in: Akademische Zeitschrift der Rundfunk- und Fernstudienuniversität Hubei [湖北广播电视大学学报] 2007 Nr. 7, S. 85 ff. (87). Der gesetzgeberische Entwurf eines 9. Buches zum IPR schreibt eine ausdrückliche Rechtswahl nur für den Fall vor, dass „internationale Wohnheiten“ gewählt werden, § 4 Abs. 1 des Entwurfs (Fn. 7). In der Literatur wird daraus gefolgert, dass eine stillschweigende Wahl ausländischen Rechts damit anerkannt wird. So FU Zhigang [付志刚], Evaluation des Prinzips der Willensautonomie bei der Rechtsanwendung auf Verträge mit Außenberührung in China [我国涉外合同法律适用中意思自治原则的价格取向], in: Rechtswissenschaftliche Zeitschrift [法学杂志] 2007, Nr. 4, S. 124 ff. (126). Siehe zur konkludenten Rechtswahl nach § 4 Abs. 2 OVG-Bestimmungen sogleich im Text.

<sup>15</sup> 2. Abschnitt, Ziffer 2, Satz 3 OVG-AWVG-Erläuterung.

<sup>16</sup> YUAN Dingbo [袁定波], Der zuständige Verantwortliche des Obersten Volksgerichts beantwortet Fragen der Journalisten zum Erscheinen der „Bestimmungen zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Vertragsstreitigkeiten mit Außenberührung“ [《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》出台最高人民法院有关负责人答记者问], Legal Daily [法制日报] vom 12.08.2007, S. 9.

Gestaltungswillen“ der Parteien für die Rechtswahl annehmen zu können.

#### 4. Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

Wenn die Vertragsparteien das anwendbare Recht nicht gewählt haben, wird nach der bisherigen Rechtslage das Recht des Staates oder Gebiets mit der engsten Verbindung zum Vertrag angewandt.<sup>25</sup> Diese Regelung wird in § 5 Abs. 1 OVG-Bestimmungen bestätigt.

Neu ist jedoch, dass die justizielle Interpretation den Volksgerichten vorgibt, wie sie die engste Verbindung zum Vertrag festzustellen haben: Erstens stellt § 5 Abs. 2 OVG-Bestimmungen bei der Feststellung der engsten Verbindung abstrakt insbesondere darauf ab, welche Partei die charakteristische Leistung erbringt. Zweitens listet § 5 Abs. 2 OVG-Bestimmungen siebzehn Vertragstypen auf und stellt für diese eine nach § 5 Abs. 3 OVG-Bestimmungen widerlegbare Vermutung der engsten Verbindung auf. Hierbei knüpft das OVG zum Teil an die Regelungen an, die es in der OVG-AWVG-Erläuterung aus dem Jahr 1987 aufgestellt<sup>26</sup> und im OVG-Protokoll aus dem Jahr 2005 bereits wieder reaktiviert hatte<sup>27</sup>.

Das OVG hat sich bei der Aufstellung der Vermutungsregelungen in § 5 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 17 OVG-Bestimmungen von dem Prinzip leiten lassen, dass überwiegend auf das Recht des Staates verwiesen wird, in dem die Partei ihren Sitz hat, die eine Natural-(Nichtgeld-) Leistung zu erbringen hat<sup>28</sup>:

- Auf Werkverträge (processing and assembly agreements) wird das Recht des Sitzes des Werkunternehmers angewandt;<sup>29</sup>
- wird bewegliches Vermögen gemietet bzw. gepachtet, kommt das Recht am Sitz des Vermieters bzw. Verpächters zur Anwendung;<sup>30</sup>
- auf Lagerverträge und Verwahrungsverträge wird das Recht am Sitz des Lagerhalters oder Verwahrers angewandt;<sup>31</sup>
- auf Geschäftsbesorgungsverträge wird das Recht am Sitz des Auftragnehmers angewandt;<sup>32</sup>
- auf Kommissionsverträge wird das Recht am Sitz des Kommissionärs angewandt;<sup>33</sup>
- auf Maklerverträge wird das Recht am Sitz des Maklers angewandt.<sup>34</sup>

Auch bei Kaufverträgen über bewegliches Vermögen findet sich dieses Prinzip wieder: Gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 OVG-Bestimmungen wird grundsätzlich das Recht des Ortes angewandt, an dem der Verkäufer bei Vertragsschluss seinen Sitz hat. Das Recht am Sitz des Käufers wird hingegen angewandt, wenn der Vertrag am Sitz des Käufers verhandelt und geschlossen wurde, oder wenn im Vertrag ausdrücklich bestimmt ist, dass der Verkäufer die Pflicht zur Übergabe der Kaufsache am Sitz des Käufers zu erfüllen hat.<sup>35</sup> Damit folgt das chinesische internationale Kaufrecht praktisch der Regelung in Art. 8 des Haager „Übereinkommens über das auf internationale Warenkaufverträge anwendbare Recht“<sup>36</sup> vom 22.12.1986, welches jedoch noch nicht in Kraft getreten ist.<sup>37</sup>

Bei sino-ausländischen Kaufverträgen über Waren ist zu beachten, dass China seit dem

<sup>18</sup> Siehe *LI Shuangyuan* (Fn. 14), S. 320; *YUAN Dingbo* (Fn. 16), S. 9; *John Shi/Richard Feller* (Fn. 14), S. 16.

<sup>19</sup> § 4 Abs. 1 OVG-Bestimmungen.

<sup>20</sup> Ziffer 47 OVG-Protokoll.

<sup>21</sup> *YUAN Dingbo* (Fn. 16), S. 9.

<sup>22</sup> In der chinesischen Literatur wird dementsprechend befürwortet, eine stillschweigende Rechtswahl anzuerkennen. Siehe Fn. 17. Auch eine entsprechende Anfrage des Autors bei einer RichterIn der für internationales Privatrecht zuständigen 4. Kammer des Obersten Volksgerichts ergab, dass die konkludente Rechtswahl nach § 4 Abs. 2 OVG-Bestimmungen auch außerhalb des Prozesses möglich sei. Die Vorschrift sei systematisch richtigerweise als Abs. 2 in § 3 OVG-Bestimmungen zu sehen.

<sup>23</sup> Münchener Kommentar zum BGB (*Martiny*), Band 10, 4. Aufl., München 2006, EGBGB Art. 27 Rn. 53 ff.

<sup>24</sup> Siehe *Baoshi Wang* (Fn. 6), S. 366, der die Tatsache, dass Volksgerichte in den Jahren 2001 bis 2005 bei Zivilsachen mit Auslandsberührung in den meisten Fällen chinesisches Recht angewendet haben, statistisch belegt, und als Grund hierfür anführt, dass die Gerichte bei der Ermittlung des ausländischen Rechts auf „große Schwierigkeiten“ stoßen. *Baoshi Wang* führt ebenda (S. 368) auch ein Beispiel aus der Praxis an, in dem das Obergericht Tianjin trotz einer Rechtswahl der Parteien zur Anwendung chinesischen Rechts mit der Begründung gelangte, dass „die Parteien im Prozess ihre Ansprüche auf der Grundlage des chinesischen Rechts geltend gemacht [haben]; zudem hat weder der Kläger noch der Beklagte die Anwendung ausländischen Rechts verlangt [...]“.

<sup>25</sup> § 145 Abs. 2 AGZR; § 126 Satz 2 Vertragsgesetz.

<sup>26</sup> Siehe 2. Abschnitt, Ziffer 6 OVG-AWVG-Erläuterung 1987.

<sup>27</sup> Ziffer 56 OVG-Protokoll.

<sup>28</sup> So auch ausdrücklich *YUAN Dingbo* (Fn. 16), S. 9.

<sup>29</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 2 OVG-Bestimmungen. Aus der Formulierung des § 5 Abs. 2 Nr. 2 OVG-Bestimmungen („Werkverträge, bei denen angeliefertes Material bearbeitet oder angelieferte Bestandteile zusammengesetzt werden, und bei anderen Werkverträgen, bei denen [Material] bearbeitet wird“) ist wohl zu schließen, dass Werklieferungsverträge nach der Regelung über Kaufverträge in § 5 Abs. 2 Nr. 1 OVG-Bestimmungen zu behandeln sind. Freilich wird man aber auch hier grundsätzlich zu dem Ergebnis kommen, dass das Recht des Ortes angewendet wird, an dem der Werkunternehmer bzw. der Verkäufer seinen Sitz hat.

<sup>30</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 5 OVG-Bestimmungen.

<sup>31</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 11 OVG-Bestimmungen.

<sup>32</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 13 OVG-Bestimmungen.

<sup>33</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 16 OVG-Bestimmungen.

<sup>34</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 17 OVG-Bestimmungen.

<sup>35</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 1, 2. Halbsatz OVG-Bestimmungen. Nicht übernommen wurde die Regelung im 2. Abschnitt, Ziffer 6, Nr. 1 OVG-AWVG-Erläuterung 1987, nach der das Recht am Sitz des Käufers auch dann anzuwenden ist, wenn der Vertrag hauptsächlich nach vom Käufer bestimmten Bedingungen und auf Grund einer Ausschreibung des Käufers geschlossen wurde.

<sup>36</sup> Französischer und englischer Text in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ), Band 51 (1987), 196 ff.

<sup>37</sup> Siehe Münchener Kommentar zum BGB (*Martiny*), Band 10, 4. Aufl., München 2006, EGBGB Art. 28 Rn. 133 f.

11.12.1986 Vertragstaat des „Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf“ (UN-Kaufrecht) vom 11.04.1980 ist. Das UN-Kaufrecht gilt für China seit dem 01.01.1988 und geht gemäß § 142 Abs. 2 AGZR materiellem chinesischem Kaufrecht vor. Es verdrängt insoweit auch das einschlägige Kollisionsrecht.

Für Kaufverträge über unbewegliches Vermögen verweist § 5 Abs. 2 Nr. 4 OVG-Bestimmungen auf die *lex rei sitae*. Das Recht des Belegenheitsortes findet nach dieser Vorschrift auch Anwendung auf Miet- bzw. Pachtverträge und Hypothekenverträge über unbewegliches Vermögen.

Bei Darlehensverträgen wird auf das Recht am Sitz des Darlehensgebers verwiesen.<sup>38</sup> Insofern ist schlüssig, dass bei Pfandverträgen das Recht am Sitz des Pfandrechtsinhabers angewendet wird,<sup>39</sup> da dieser in der Regel auch Darlehensgeber sein wird. Ist das Darlehen hingegen durch eine Hypothek an unbeweglichen Vermögen gesichert, kann es dazu kommen, dass Darlehenvertrag (Recht am Sitz des Darlehensgebers) und Hypothekenvertrag (*lex rei sitae*) unterschiedlichen Rechten unterworfen sind. Hier sollte man aber im Einzelfall eine engere Verbindung nach § 5 Abs. 3 OVG-Bestimmungen annehmen können und auch auf das hypothekarisch gesicherte Darlehen das Recht des Belegenheitsortes anwenden. Die Regelung, für Bürgschaftsverträge auf das Recht am Sitz des Bürgen abzustellen,<sup>40</sup> ist nicht zu beanstanden, da dieser die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt.

Gut vertretbar ist auch die Regelung zu Versicherungsverträgen in § 5 Abs. 2 Nr. 8 OVG-Bestimmungen, wonach das Recht am Sitz des Versicherers maßgeblich ist, da der Versicherer die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat (Risikotragung und Deckung in vereinbarter Höhe nach Eintritt des Versicherungsfalls), während die Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers als Gegenleistung für den Versicherungsschutz demgegenüber uncharakteristisch ist.<sup>41</sup>

Die Kollisionsnorm zu „Versteigerungsverträgen“ in § 5 Abs. 2 Nr. 15 OVG-Bestimmungen, nach der auf diese Verträge das Recht des Ortes Anwendung findet, wo die Versteigerung abgehalten wird, macht Sinn, wenn mit „Versteigerungsverträ-

gen“ das Vertragsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Versteigerer (und nicht etwa zwischen dem Käufer und dem mit der Versteigerung beauftragenden Verkäufer) gemeint ist.<sup>42</sup> Dann geht es hier nämlich um die Frage, welchem Recht die Vollmacht für Geschäfte auf Versteigerungen unterliegt, so dass die chinesische Antwort der des – nicht ratifizierten – Haager Stellvertretungsabkommens entsprechen würde.<sup>43</sup>

Wenig überzeugend ist hingegen die Regelung zu Finanzierungsleasingverträgen in § 5 Abs. 2 Nr. 9 OVG-Bestimmungen. Hiernach soll der Vertrag zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer dem Recht am Sitz des Leasingnehmers unterstehen. Dies ist nicht plausibel, weil der Leasingnehmer in dem Vertragsverhältnis die Funktion eines Mieters einer vom Leasinggeber – typischerweise einer Bank – von einem Dritten gekauften Sache hat.<sup>44</sup> Die vertragscharakteristische Leistung erbringt damit der Leasinggeber,<sup>45</sup> an dessen Sitz in seiner Funktion als Vermieter auch nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 OVG-Bestimmungen anzuknüpfen wäre. Hier ist also ein Widerspruch bei der Feststellung der vertragscharakteristischen Leistung durch das OVG zu erkennen. Da sich diese Regelung so bereits in den OVG-Protokoll aus dem Jahr 2005 fand,<sup>46</sup> kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um ein Redaktionsversehen des OVG handelt.<sup>47</sup>

Auch die Vorschrift zu Verträgen über die Ausgabe, den Absatz und die Übertragung von Schuldverschreibungen leuchtet nur bedingt ein. Hier soll gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 14 OVG-Bestimmungen jeweils getrennt das Recht des Ortes maßgeblich sein, an dem die betreffenden Schuldverschreibungen ausgegeben, abgesetzt und übertragen werden. Fraglich ist bereits, warum das OVG diese Regelung speziell für Schuldverschreibungen vorsieht und sie nicht auf (die in der Praxis wichtigeren<sup>48</sup>)

<sup>42</sup> Siehe § 42 Satz 2 „Versteigerungsgesetz der Volksrepublik China“ [ 中华人民共和国拍卖法 ] vom 05.07.1996 (deutsch mit Quellenangabe in: Frank Münzel, Chinas Recht, 5.7.96/1) in der Fassung vom 28.08.2004 (Beschluss zur Revision und Neuverkündung des Gesetzes abgedruckt in: Amtsblatt des Staatsrates [ 国务院公报 ] 2005, Nr. 1, S. 14). Nach dieser Vorschrift haben der Versteigerer und der Verkäufer (Auftraggeber) einen „Vertrag über den Auftrag zur Versteigerung“ zu schließen.

<sup>43</sup> Art. 11 Abs. 2 lit. c Haager Stellvertretungsabkommen vom 14.03.1978.

<sup>44</sup> Siehe die Regelungen zum Finanzierungsleasing in den §§ 237 bis 250 Vertragsgesetz.

<sup>45</sup> So auch die Meinung in Deutschland, siehe nur Münchener Kommentar zum BGB (*Martiny*), Band 10, 4. Aufl., München 2006, EGBGB Art. 28 Rn. 173 f.

<sup>46</sup> Ziffer 56 Nr. 10 OVG-Protokoll.

<sup>47</sup> Die chinesische Literatur hat sich mit dem internationalen Finanzierungsleasingvertragsrecht – soweit ersichtlich – noch nicht auseinander gesetzt. Im rechtswissenschaftlichen Entwurf aus dem Jahr 2006 ist für Finanzierungsleasingverträge vorgesehen, dass das Recht des Ortes maßgeblich ist, an dem sich die Finanzierungsleasingsache befindet. Siehe § 38 des Entwurfes bei ZHAO Xianglin/DU Xinli und andere (Fn. 8), S. 649. Diese Regelung wird in dem Buch jedoch leider nicht weiter erläutert.

<sup>38</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 7 OVG-Bestimmungen.

<sup>39</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 6 OVG-Bestimmungen.

<sup>40</sup> § 5 Abs. 2 Nr. 12 OVG-Bestimmungen.

<sup>41</sup> Dies entspricht der h.M. in Deutschland, wobei für Versicherungsverträge weitgehend besondere Kollisionsregeln (Art. 7 ff. EGVVG) und die Ausschlussvorschrift des Art. 37 Nr. 4 EGBGB gelten; siehe Staudinger-Magnus, 13. Bearbeitung, Berlin 2002, EGBGB Art. 28, Rn. 483 ff.

Aktien oder insgesamt auf Wertpapiere Anwendung finden soll.<sup>49</sup> Anlass könnte sein, dass seit einiger Zeit multinationale Banken und Konzerne in China Schuldverschreibungen in der Landeswährung (RMB Yuan) ausgeben können (so genannte „panda bonds“).<sup>50</sup> Bei den in § 5 Abs. 2 Nr. 14 OVG-Bestimmungen genannten drei Vertragstypen handelt es sich der Sache nach wohl erstens um einen Kaufvertrag über Schuldverschreibungen zwischen dem Emittenten und dem Anleger, zweitens um einen Vertrag über den Vertrieb der Schuldverschreibungen zwischen dem Emittenten und der den Vertrieb übernehmenden Bank (Übernahmevertrag) und drittens um einen weiteren Kaufvertrag über bereits emittierte Schuldverschreibungen zwischen zwei Anlegern. Geht man davon aus, dass das OVG beim Entwurf dieser Vorschrift an die „panda bonds“ gedacht hat, macht die Regelung einen gewissen Sinn: Dann wäre auf diese Verträge mangels Rechtswahl chinesisches Recht anwendbar, da Ausgabe, Absatz und Handel („Übertragung“) in China stattfinden. Bei einer Anknüpfung an die vertragscharakteristische Leistung wäre hingegen bei den Kaufverträgen das Recht am Sitz des jeweiligen Verkäufers der Schuldverschreibungen und beim Übernahmevertrag das Recht am Sitz der den Vertrieb übernehmenden Bank maßgeblich.<sup>51</sup> Der Kaufvertrag bei der Ausgabe der Anleihen würde dann mangels Rechtswahl ausländischem Recht unterliegen und auch für den Übernahmevertrag ist nicht auszuschließen, dass mangels Rechtswahl ausländisches Recht Anwendung finden würde.

Anachronistisch erscheinen schließlich die Vorschriften zum Anlagenvertrag (turnkey contract) in § 5 Abs. 2 Nr. 3 OVG-Bestimmungen und zu Bauverträgen in § 5 Abs. 2 Nr. 10 OVG-Bestimmungen, die so bereits in der OVG-AWVG-Erläuterung aus dem Jahr 1987 standen.<sup>52</sup> Auf diese Verträge wird demnach das Recht des Ortes angewandt, wo die Anlage montiert bzw. die Bauleistung erbracht wird. 1987 durfte man noch davon ausgehen, dass man bei Anwendung dieser Regelung typischer-

weise auf das chinesische Recht verwiesen wurde. Inzwischen investiert China jedoch ebenfalls kräftig im Ausland, insbesondere in Afrika. Ob es im Sinne der Volksgerichte ist, beispielsweise das kongolesische Recht auf den Bau und Betrieb einer Zementfabrik durch Chinesen in der Republik Kongo<sup>53</sup> anzuwenden, ist zweifelhaft. Um das vom OVG offensichtlich verfolgte Ziel zu erreichen, solche Verträge dem chinesischen Recht zu unterwerfen, hätte es sich angesichts der veränderten Umstände angeboten, sie in die Liste der Verträge aufzunehmen, auf die nach § 8 OVG-Bestimmungen zwingend chinesisches Recht angewendet wird.

Die OVG-Bestimmungen verzichten aus unbekanntem Gründen auf eine Regelung zu Schenkungsverträgen. Das OVG-Protokoll aus dem Jahr 2005 hatte für die engste Verbindung dieser Verträge auf das Recht am Sitz des Schenkers verwiesen.<sup>54</sup>

## 5. Zwingende Anwendung chinesischen Rechts

Wie bereits eingangs erwähnt, sieht das chinesische Recht vor, dass auf bestimmte Verträge zwingend chinesisches Recht anzuwenden ist. § 126 Satz 3 Vertragsgesetz legt hierzu fest, dass auf die in China zu erfüllenden Verträge über chinesische Unternehmen mit ausländischer Beteiligung (EJV und CJV) und über chinesisch-ausländische gemeinsame Erschließung und Ausbeutung natürlicher Ressourcen zwingend chinesisches Recht Anwendung findet.<sup>55</sup> Diese Regelung wird in § 8 Nr. 1 bis 3 OVG-Bestimmungen wiederholt.

§ 8 Nr. 4 bis 8 OVG-Bestimmungen „ergänzt“<sup>56</sup> die Liste der Verträge, auf die zwingend chinesisches Recht anzuwenden ist, um weitere fünf Verträge:

- Verträge über die Übertragung von Anteilen an chinesischen Unternehmen mit ausländischer Beteiligung (EJV und CJV) und

<sup>48</sup> Obwohl inzwischen chinesische Unternehmen zumindest planen, im Ausland Schuldverschreibungen zu emittieren. Siehe „State banks to sell first yuan bonds in HK“, South China Morning Post vom 3.4.2007; „CCB may tap bond market for 40b yuan to strengthen capital“, South China Morning Post vom 28.04.2007.

<sup>49</sup> Der rechtswissenschaftliche Entwurf aus dem Jahr 2006 sah eine entsprechende Regelung vor, die jedoch für alle Wertpapiere ( 证券 ) gelten sollte. Siehe ZHAO Xianglin/DU Xinli und andere (Fn. 8), S. 650.

<sup>50</sup> „Ford's yuan bond sale a foreign first“, South China Morning Post vom 3.11.2006; „IFC seeks 870m yuan from bond sale“, South China Morning Post vom 10.11.2006.

<sup>51</sup> So zum deutschen Recht Grundmann in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., München 2007, § 112 Rn. 81 ff.

<sup>52</sup> 2. Abschnitt, Ziffer 6, Nr. 6 und Nr. 9 OVG-AWVG-Erläuterung 1987. Auch der rechtswissenschaftliche Entwurf aus dem Jahr 2006 sieht in § 38 Nr. 3 und Nr. 16 entsprechende Regelungen vor, siehe ZHAO Xianglin/DU Xinli und andere (Fn. 8), S. 649 f.

<sup>53</sup> Siehe „Gains and labour pains at mainland-run Congo factory“, South China Morning Post v. 07.05.2007.

<sup>54</sup> Ziffer 56 Nr. 8 OVG-Protokoll.

<sup>55</sup> Entsprechende Regelungen finden sich auch in den chinesischen Gesetzen über ausländische Direktinvestitionen. Zum Teil zitiert die chinesische Literatur auch die Regelung des § 81 Detaillierte Durchführungsregeln zum Gesetz der Volksrepublik China über Unternehmen mit ausschließlich ausländischer Kapitalbeteiligung [ 中华人民共和国外资企业法实施细则 ], chinesisch-englisch in: CCH Asia Pacific (Hrsg.): CCH China Laws for Foreign Business - Business Regulation, Volume 1-6, Hong Kong 1985 ff. ¶13-507, als Ausnahme vom Grundsatz der Rechtswahlfreiheit an, siehe HUANG Jin (Fn. 11), S. 315. Dort wird bestimmt, dass auf Verträge, die chinesische Tochterunternehmen ausländischer Gesellschaften (WFOE) mit anderen Gesellschaften, Unternehmen, wirtschaftlichen Organisationen und Einzelpersonen abschließen, das Vertragsgesetz der Volksrepublik China Anwendung findet.

<sup>56</sup> So der namentlich nicht gekennzeichnete Verantwortliche des OVG bei YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

an chinesischen Tochterunternehmen ausländischer Gesellschaften (WFOE);

- Verträge über die Übernahme der Betreuung von chinesischen Unternehmen mit ausländischer Beteiligung (EJV und CJV) durch Ausländer;
- Verträge über den Erwerb von Beteiligungen an rein chinesischen Unternehmen durch Ausländer;
- Verträge über die Zeichnung einer Kapitalerhöhung bei rein chinesischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften durch Ausländer; und
- Verträge über den Erwerb von Vermögen (so genannter „asset deal“) eines rein chinesischen Unternehmens durch Ausländer.

Zur Begründung dieser Regelung macht der „Verantwortliche des OVG“ geltend, dass ansonsten zwingende Genehmigungserfordernisse umgangen werden könnten, die das chinesische Recht vorsieht.<sup>57</sup> Diese Begründung wirft Fragen auf. Zunächst ist zweifelhaft, ob § 8 OVG-Bestimmungen sicherzustellen vermag, dass die Genehmigungserfordernisse des chinesischen Rechts eingehalten werden. Bei einer Streitigkeit über die betreffenden Verträge vor einem ausländischen Gericht oder Schiedsgericht werden die Regeln des chinesischen Kollisionsrechts und damit § 8 OVG-Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen. Denn jedes Gericht und Schiedsgericht wendet das Kollisionsrecht der *lex fori an*. Es verhält sich vielmehr gerade umgekehrt: Das (öffentlich-rechtliche) Genehmigungserfordernis wird als Mittel dazu dienen, die in § 8 OVG-Bestimmungen angeordnete zwingende Anwendung chinesischen Rechts auf die genannten (privatrechtlichen) Verträge durchzusetzen, indem die zuständigen Behörden die Genehmigung verweigern, wenn die Parteien ein ausländisches Recht vereinbaren.<sup>58</sup> Dann erschließt sich die Frage, warum die Anwendung zwingenden öffentlichen Rechts der Volksrepublik China erforderlich machen soll, dass ein privatrechtlicher Vertrag dem chinesischen Rechts unterworfen ist, allerdings nur, wenn man dem OVG unterstellt, dass es (etwa aus Angst vor „ausländischer Überfremdung“) Ausländer am chinesischen Recht festhalten wolle. Dies wäre allerdings eine

rückständige Einstellung, da inzwischen auch chinesische Unternehmen international agieren.<sup>59</sup> Dies gilt insbesondere für die neu hinzugekommenen Verträge. Für die in § 126 Satz 3 Vertragsgesetz genannten Verträge ließe sich argumentieren, dass nur durch die zwingende Anwendung chinesischen Rechts gewährleistet ist, dass Unternehmen in China der vom chinesischen Recht geforderten Organisationsverfassung entsprechen. Bei den neu durch § 8 Nr. 4 bis 8 OVG-Bestimmungen hinzugekommenen Verträgen geht es hingegen um die Übernahme bestehender Unternehmen oder ihrer Vermögen, so dass dieses Argument nicht mehr greift.

## 6. Umgehungsverbot und *ordre public*

§ 6 OVG-Bestimmungen beantwortet Fragen, die das OVG bei der Festlegung eines Umgehungsverbots in den OVG-AGZR-Ansichten aus dem Jahr 1988 offen gelassen hatte.<sup>60</sup> Dort hatte das OVG bestimmt, dass Handlungen, mit denen die Beteiligten chinesische Rechtsnormen mit zwingendem oder Verbotscharakter entgehen wollen, nicht zur Anwendung ausländischen Rechts führen. Es hatte jedoch keinen Hinweis auf die Rechtsfolgen der Gesetzesumgehung gegeben, insbesondere welches Recht stattdessen maßgeblich sein soll oder wie ein Ersatzrecht zu ermitteln ist. In § 6 OVG-Bestimmungen heißt es nun, dass in diesem Fall chinesisches Recht angewandt wird.

Auch diese Vorschrift ist problematisch. Zunächst stellt sich die Frage, welche Normen umfasst sind. Wie soll außerdem festgestellt werden, ob eine Bestimmung zwingend ist?<sup>61</sup> Muss die Bestimmung international zwingend sein oder reicht aus, wenn sie national zwingend ist? Schließlich ist fraglich, ob für die Erfüllung des Umgehungstatbestandes eine Umgehungsabsicht erforderlich ist. Falls eine Umgehungsabsicht gefordert wird,<sup>62</sup> stellt sich das Problem, dass eine solche Absicht nur schwer zu beweisen sein dürfte.<sup>63</sup> Als Kriterium erscheint die Absicht außerdem nicht geeignet, da ansonsten der Dumme belohnt wird, der zufällig das zwingende Recht umgeht, während

<sup>57</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9. Erwähnt werden die Genehmigungserfordernisse in den Vorschriften für Unternehmen mit ausländischer Beteiligung (EJV und CJV) und für chinesische Tochterunternehmen ausländischer Gesellschaften (WFOE), einer Vorschrift über die Übernahme der Betreuung von chinesischen Unternehmen mit ausländischer Beteiligung (EJV und CJV) aus dem Jahr 1990 und der Vorschrift zur Übernahme chinesischer Unternehmen durch ausländische Investoren aus dem Jahr 2006.

<sup>58</sup> So auch Marcel Barth/Gary Lock (Fn. 2), S. 822.

<sup>59</sup> Insbesondere bei internationalen Unternehmensübernahmen, die nicht nur auf den Erwerb von Unternehmensanteilen oder -vermögen in China beschränkt sind, liegt es nahe, den gesamten Erwerbsvorgang einem einheitlichen Recht zu unterstellen.

<sup>60</sup> Ziffer 194 OVG-AGZR-Ansichten.

<sup>61</sup> Dieses Problem erkennt für das chinesische Kollisionsrecht bereits Martina Violetta Jung, Rechtswahlfreiheit im chinesischen Außenwirtschaftsvertragsgesetz, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 91 (1992), S. 465 ff. (467).

<sup>62</sup> So zur älteren Literatur Renbert Süß, Grundzüge des chinesischen Internationalen Privatrechts, Köln etc. 1991, S. 76.

<sup>63</sup> Siehe Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 159.

der Kluge, der planmäßig die Anwendung eines anderen Rechts anstrebt, bestraft wird.

Hinzukommt, dass die Normierung des Umgehungsverbots neben der Vorbehaltsklausel zum *ordre public* in § 7 OVG-Bestimmungen, die sich in der Form bereits in § 150 AGZR findet, in vielen Fällen überflüssig sein dürfte, jedenfalls soweit es um die Erschleichung ausländischen Rechtes geht.<sup>64</sup> Die Vorbehaltsklausel zum *ordre public* ermöglicht nämlich bereits die Nichtanwendung eines ausländischen Gesetzes und zwar unabhängig von der Absicht der Beteiligten, „wenn die Anwendung ausländischen Rechts gegen die allgemeinen gesellschaftlichen Interessen der Volksrepublik China verstoßen“.<sup>65</sup> Der gesetzgeberische Entwurf eines chinesischen Gesetzes über das internationale Privatrecht sieht folgerichtig auch keine Regelung über ein allgemeines Umgehungsverbot vor.<sup>66</sup> Die Rechtswissenschaft befürwortet hingegen eine entsprechende Regelung.<sup>67</sup>

## 7. Reichweite des Vertragsstatuts

Mit dem Anwendungsbereich des Vertragsstatuts beschäftigt sich § 2 OVG-Bestimmungen: Danach sind die von den Bestimmungen erfassten Vertragsstreitigkeiten „Streitigkeiten über die Errichtung, Wirksamkeit, Erfüllung, Änderung, Übertragung und Beendigung von Verträgen sowie über die Haftung wegen Vertragsverletzung und anderer [Fragen]“. Eine ähnliche Regelung fand sich bereits in der OVG-AWVG-Erläuterung aus dem Jahr 1987.<sup>68</sup>

Weitgehend unklar ist, welche in § 2 OVG-Bestimmungen nicht ausdrücklich genannten weiteren Fragen vom Vertragsstatut erfasst sind. Zu der Reichweite des Vertragsstatuts in der justiziellen Interpretation aus dem Jahr 1987 wurde vertre-

ten, dass das Vertragsstatut das gesamte Vertragsverhältnis beherrscht.<sup>69</sup> Den Ausführungen des „Verantwortlichen des OVG“ ist zu entnehmen, dass zumindest Fragen der Beweislast dem Vertragsstatut unterliegen sollen.<sup>70</sup> Das OVG hatte außerdem in den OVG-AGZR-Ansichten festgelegt, dass für die Verjährung das auf den betreffenden Vertrag anwendbare Recht gilt.<sup>71</sup> Ob jedoch auch weitere Fragen wie beispielsweise die Aufrechnung dem Vertragsstatut unterliegen, kann nicht mit Gewissheit beantwortet werden.<sup>72</sup>

## 8. Ausschluss des ausländischen Kollisions- und Verfahrensrechts

Kommt man nach den Regelungen im chinesischen Kollisionsrecht schließlich zur Anwendung ausländischen Rechts, ist gemäß § 1 OVG-Bestimmungen nur das ausländische Sachrecht des betreffenden Staates anzuwenden. Ein *Renvoi* durch das ausländische Kollisionsrecht auf das chinesische Recht oder eine Weiterverweisung auf das Recht eines dritten Staates ist damit ausgeschlossen. Dies ist im internationalen Vertragsrecht angemessen, da auf diese Weise einerseits eine gegebenenfalls vereinbarte Rechtswahl der Parteien honoriert wird. Andererseits erscheint es auch bei einer objektiven Anknüpfung mangels Rechtswahl richtig, die Ermittlung des anwendbaren Rechts in der Hand des Kollisionsrechts der *lex fori*, d.h. hier des chinesischen Rechts, zu belassen, da hiernach ja bereits die Rechtsordnung festgestellt wurde, zu welcher der Vertrag die engste Beziehung aufweist.

Der Wortlaut des § 1 OVG-Bestimmungen wirft indessen ein Problem auf: Nimmt man die Formulierung „Recht, welches bei zivil- und handelsrechtlichen Verträgen mit Außenberührung angewandt werden muss, ist das materielle Recht des betreffenden Staates oder Gebiets [...]“ ernst, kann das ausländische Kollisionsrecht auch nicht bei der Anknüpfung von Vorfragen angewendet werden. Wenn also das chinesische Kollisionsrecht auslän-

<sup>64</sup> Vgl. Jan Kropholler (Fn. 63), S. 158; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004, S. 494, gegen eine „Lehre der Gesetzesumgehung“ generell Kurt Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 598 („Durch das Privatrecht und deren Ausübung ist noch kein Staat auch nur in die Nähe eines Abgrundes geraten. Sogenannte Gesetzesumgehungen gingen in der Vergangenheit einer Gesetzeserneuerung voraus und der Gesetzgeber holte später nach, was die Parteien schon vorher auf Schleichwegen erreicht hatten.“). Eine ausdrückliche Regelung fordert hingegen in China HU Xiujuan (Fn. 17), S. 87.

<sup>65</sup> Die erneute Normierung der Vorbehaltsklausel zum *ordre public* in § 7 OVG-Bestimmungen wird für erforderlich gehalten, um klarzustellen, dass statt des gegen den *ordre public* verstoßende ausländische Rechts das Recht der Volksrepublik China zur Anwendung kommt. YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

<sup>66</sup> Ein Umgehungsverbot wird in dem Entwurf (Fn. 7) in § 61 Abs. 2 nur für im Ausland geschlossene Ehen angeordnet, wenn die Parteien mit der Eheschließung im Ausland „vorsätzlich zwingende oder verbietende Gesetzesbestimmungen der Volksrepublik China umgehen.“

<sup>67</sup> Siehe § 13 des Entwurfs aus dem Jahr 2000 (Chinesische Akademische Vereinigung für Internationales Privatrecht [Fn. 8], S. 6) und § 7 des Entwurfs aus dem Jahr 2006 (ZHAO Xianglin/DU Xinli und andere [Fn. 8], S. 643).

<sup>68</sup> 2. Abschnitt, Ziffer 1 OVG-AWVG-Erläuterung 1987.

<sup>69</sup> Harro von Senger/XU Guojian, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China, Zürich 1994, S. 282; Katrin Seitz, Grundprinzipien der Rechtsanwendung im Außenwirtschaftsvertragsrecht der Volksrepublik China, Hamburg 1994, S. 49.

<sup>70</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

<sup>71</sup> Ziffer 195 OVG-AGZR-Ansichten: „Die Klageverjährung bei Zivilbeziehungen mit Auslandsbezug wird nach dem Recht bestimmt, das nach den Kollisionsrechtsnormen für die Zivilrechtsbeziehung gilt.“

<sup>72</sup> In der Literatur wird die Frage der Reichweite des Vertragsstatuts im Rahmen der Rechtswahl erörtert. Dort heißt es dann, dass Parteien alle Streitigkeiten aus dem Vertrag einem gewählten Recht unterstellen können bis auf die Fragen betreffend die Form des Vertrags und die Abschlussfähigkeit der Parteien, also deren Geschäftsfähigkeit. So übereinstimmend LI Shuangyuan (Fn. 14), S. 320; HAN Depei (Hrsg.) [韩德培主编], Internationales Privatrecht [国际私法], 2. Aufl., Beijing 2007, S. 208; LIU Renshan (Hrsg.) [刘仁山主编], Internationales Privatrecht [国际私法], 2. Aufl., Beijing 2007, S. 213 f.; ZHANG Zhongbo (Hrsg.) [张仲伯主编], Rechtswissenschaft des internationalen Privatrechts [国际私法学], Beijing 2002, S. 178 f.



disches Recht auf einen bestimmten Kaufvertrag für anwendbar erklärt, wäre diese Rechtsordnung auch dazu berufen über die Vorfrage beispielsweise der Eigentümerstellung des Verkäufers oder der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft als Käufer zu entscheiden, ohne zu prüfen, ob das ausländische Kollisionsrecht im Hinblick auf diese Vorfrage auf chinesisches Recht zurückverweist. Zu diesem Problem findet sich keine Stellungnahme, so dass wohl davon auszugehen ist, dass das OVG die Frage übersehen hat.

§ 1 OVG-Bestimmungen schließt auch die Anwendung ausländischen Prozessrechts aus. Für Fragen der Beweislastverteilung soll ausländisches Recht nur dann maßgeblich sein, wenn sich die einschlägigen Regelungen im materiellen Recht des betreffenden Staates finden.<sup>73</sup>

### 9. Ermittlung des ausländischen Rechts

Die §§ 9 und 10 OVG-Bestimmungen regeln Fragen der Ermittlung des ausländischen Rechts. Sie ergänzen insofern Ziffer 193 OVG-AGZR-Ansichten aus dem Jahre 1988, in der die Mittel aufgezählt werden, die zur Ermittlung des ausländischen Rechts dienen, und die als Ersatzrecht bei der Nichtfeststellbarkeit des ausländischen Rechts das chinesische Recht bestimmen. Offen war bislang die Frage, wem die Ermittlung des ausländischen Rechts obliegt.

Hier unterscheidet § 9 Abs. 1 und 2 OVG-Bestimmungen und geht damit völlig neue Wege:<sup>74</sup> Ist ausländisches Recht maßgeblich, weil die Parteien eine Rechtswahl vorgenommen haben, obliegt die Ermittlung dieses ausländischen Rechts den Parteien. Wenn das ausländische Recht hingegen anwendbar ist, weil der Vertrag die engste Verbindung mit dem betreffenden Staat aufweist, kann das Gericht das ausländische Recht von Amts wegen ermitteln. Das Gericht kann aber auch die Parteien auffordern, das ausländische Recht zu ermitteln. Die Ermittlung ausländischen Rechts ist im letzteren Fall nach dem namentlich nicht näher gekennzeichneten „Verantwortlichen des OVG“

dahingehend zu verstehen, dass grundsätzlich das Gericht das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln hat, die Parteien aber zugleich eine Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung haben,<sup>75</sup> wie dies aus dem schweizerischen Kollisionsrecht bekannt<sup>76</sup> und neuerdings auch im koreanischen internationalen Privatrecht normiert ist.<sup>77</sup>

Die Unterscheidung zwischen der Pflicht der Parteien, das ausländische Recht zu ermitteln, soweit sie eine Rechtswahl getroffen haben, und dem Grundsatz der ex officio-Ermittlung durch das Gericht mangels Rechtswahl rechtfertigt der „Verantwortliche des OVG“ mit folgender nachvollziehbarer Argumentation: Die Rechtswahl weise darauf hin, dass sich die Parteien vor der Wahl mit diesem ausländischen Recht und den Risiken einer Anwendung des betreffenden ausländischen Recht auseinandergesetzt haben. Den Parteien sei es daher möglich und zuzumuten, dieses gewählte ausländische Recht zu ermitteln.<sup>78</sup>

Welcher Mittel sich das Gericht oder die Parteien bedienen können, um das ausländische Recht zu ermitteln, lässt das OVG bewusst offen. Der „Verantwortliche des OVG“ legt dar, dass man neben den fünf Methoden, die in Ziffer 193 OVG-AGZR-Ansichten aus dem Jahre 1988 aufgelisteten sind<sup>79</sup>, den Gerichten und den Parteien alle Möglichkeiten offen halten will, die sie zur Ermittlung des ausländischen Rechts für aussichtsreich erachten.<sup>80</sup>

Im Hinblick auf die Folge bei der Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts hat sich im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nichts geändert: § 9 Abs. 3 OVG-Bestimmungen sieht wie bereits Ziffer 193 Satz 2 OVG-AGZR-Ansichten in einem solchen Fall das chinesische Recht als Ersatzrecht vor.

§ 10 OVG-Bestimmungen soll schließlich verhindern, dass das Gericht ausländisches Recht deswegen nicht anwendet, weil eine der Parteien mit dem ermittelten Recht (oder vielmehr mit den hieraus resultierenden Rechtsfolgen) nicht einverstanden

<sup>73</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

<sup>74</sup> Nach dem 2. Abschnitt, Ziffer 11 OVG-AWVG-Erläuterung aus dem Jahr 1987 oblag die Ermittlung des ausländischen Rechts dem Gericht, das aber bei seiner Ermittlung auf von den Parteien zur Verfügung gestellte Informationen zurückgreifen konnte. So auch der Ansatz in Ziffer 193 OVG-AGZR-Ansichten aus dem Jahr 1988. Ziffer 51 OVG-Protokoll sah vor, dass die Parteien ausländisches Recht zu ermitteln haben, bei Gericht aber beantragen können, dass das Gericht das ausländische Recht ermittelt. Der gesetzgeberische Entwurf (Fn. 7) sieht in seinem § 12 vor, dass Gerichte den Parteien auferlegen können, das ausländische Recht zu ermitteln; die Gerichte können aber auch von Amts wegen das ausländische Recht ermitteln. Dies entspricht den akademischen Entwürfen aus dem Jahr 2000 (dort § 12, siehe *Chinesische Akademische Vereinigung für Internationales Privatrecht* [Fn. 8], S. 6) und aus dem Jahr 2006 (dort § 11, siehe ZHAO Xianglin/DU Xinli und andere [Fn. 8], S. 644).

<sup>75</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

<sup>76</sup> Art. 16 Abs. 1 Satz 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987.

<sup>77</sup> § 5 Gesetz über das Internationale Privatrecht der Republik Korea vom 7.4.2001; deutsche Übersetzung in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ), Band 70 (2006), S. 342 ff.

<sup>78</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

<sup>79</sup> Hiernach kann das ausländische Recht auf folgenden Wegen ermittelt werden: 1. durch von den Parteien zur Verfügung gestellte Informationen; 2. durch von den Zentralbehörden von Vertragspartnern, die mit China Justizhilfeabkommen abgeschlossen haben, zur Verfügung gestellte Informationen; 3. durch von den chinesischen Botschaften und Konsulaten in jenem Lande zur Verfügung gestellte Informationen; 4. durch von der ausländischen Botschaft in China zur Verfügung gestellte Informationen; und 5. durch von chinesischen und ausländischen juristischen Experten zur Verfügung gestellte Informationen.

<sup>80</sup> YUAN Dingbo (Fn. 16), S. 9.

den ist: Das Gericht ist in diesem Fall verpflichtet, das ermittelte Recht dennoch anzuwenden. Es darf das ausländische Recht nicht etwa als nicht bewiesen nicht anwenden.

## **10. Zusammenfassung**

Die neuen OVG-Bestimmungen zum chinesischen internationalen Vertragsrecht sind im Hinblick auf die nunmehr geklärten Fragen zu begrüßen. Dies betrifft die Form, in der eine Rechtswahl zu treffen ist und die Feststellung der engsten Verbindung mangels einer Rechtswahl, wobei die Vermutungsregelung zur vertragscharakteristischen Leistung bei einigen Vertragstypen nur begrenzt nachvollziehbar ist und offensichtlich vom OVG teilweise nicht vor dem Hintergrund des veränderten Wirtschaftsstatus Chinas in der Welt durchdacht worden ist. Positiv ist auch, dass nunmehr eine nachträgliche Rechtswahl noch bis zur Beendigung der streitigen Verhandlung in erster Instanz möglich ist. Nicht zeitgemäß erscheinen die Regelungen zur zwingenden Anwendung chinesischen Rechts auf Verträge zur Übernahme von Beteiligungen an chinesischen Gesellschaften oder von deren Vermögen sowie das Umgehungsverbot.

Der Ausschluss eines Renvoi im Kollisionsrecht der Verträge und die Anordnung der Nichtanwendbarkeit ausländischen Verfahrensrechts sind unproblematisch. Hier ergeben sich jedoch einige Folgefragen, die einer weiteren Untersuchung bedürfen.

Lobenswert sind die Regelungen des OVG zur Ermittlung ausländischen Rechts und zu den Folgen bei dessen Nichtermittelbarkeit. Hier hat man eine plausible Lösung gefunden, welche sich an den Interessen der Beteiligten orientiert.