

TAGUNGSBERICHTE

Die Kodifikation der Vertragsfreiheit im chinesischen, deutschen und europäischen Zivilrecht: Tagungsbericht zur 6. Deutsch-Chinesischen Tagung am 26./27. Juli 2018 in Freiburg i. Br.

Vincent Winkler¹

Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuchs hat 2017 mit dem Allgemeinen Teil (ATZR) begonnen und wird 2020 durch die Kodifikation der Bücher zum Vertragsrecht, Deliktsrecht, Sachenrecht, Familien- und Erbrecht fortgesetzt. Im Allgemeinen Teil hat der chinesische Gesetzgeber grundlegende Prinzipien für das chinesische Privatrecht, insbesondere das Vertragsrecht, gefasst, die die weitere Ausgestaltung des Privatrechts prägen können.

Die Deutsch-Chinesische Tagung am 26. und 27. Juli 2018 in Freiburg hat daher diese Grundprinzipien und ihre Bedeutung für das Vertragsrecht in den Mittelpunkt einer rechtsvergleichenden Auseinandersetzung gerückt. An der Tagung beteiligten sich Vertreter der chinesischen und der deutschen Rechtswissenschaft. Organisiert wurde sie gemeinsam von Prof. Dr. Claudia Schubert, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Ruhr-Universität Bochum, Prof. Dr. Jan von Hein, Inhaber des Lehrstuhls für ausländisches und internationales Privatrecht und Prof. Dr. Yuanshi BU, LL.M. (Harvard), Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien, beide an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Die chinesische Delegation leiteten Prof. Dr. HUANG Hui von der Universität für Luft- und Raumfahrt Peking und Prof. Dr. ZHANG Shuanggen von der Peking-Universität. Die Tagung zielt auf eine Verstärkung des wissenschaftlichen Austauschs zwischen deutschen und chinesischen Zivilrechtswissenschaftlern und wurde durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft und das Konfuzius-Institut gefördert.

1. Sitzung: Einleitung und Grundlagen

I. Entwicklung der Zivilrechtsverhältnisse im Einklang mit der Verfassungs-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, § 1 ATZR

Zur Eröffnung der Tagung wurde ein Referat von Prof. SUN Xianzhong (CASS) über die Entwicklung der Zivilrechtsverhältnisse im Einklang mit der Verfassungs-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung verlesen. In diesem machte SUN deutlich, dass die Kodifikation des ATZR nur der erste Teil eines bis

2020 dauernden Kodifikationsprozesses ist, an dessen Ende sechs verschiedene Bücher stehen werden, und gab einen Rückblick über die Zivilrechtsgesetzgebung der letzten Jahre. Ein Meilenstein war dabei das pragmatisch gestaltete Vertragsgesetz (VG) aus dem Jahr 1999,² das zum Vorbild für den ATZR wurde. Verbesserungspotential sah er vor allem in der fehlenden Differenzierung des VG zwischen absoluten und relativen Rechten.³ Prof. SUN befürwortet im Anschluss an seine Studien in Deutschland die Einführung des Abstraktionsprinzips in das chinesische Privatrecht. Mehrheitlich favorisiert die chinesische Lehre derzeit allerdings nur die Einführung des Trennungsprinzips. Zudem hält Prof. SUN es für ein Problem der Zivilrechtskodifikation, dass es an einem Allgemeinen Teil des Schuldrechts fehlt. Dies erkläre sich vor allem historisch, weil ein solcher nach der damaligen Rechtslehre als Ausdruck einer kapitalistischen Gesellschaft galt. Nach der Öffnung Chinas durch DENG Xiaoping mussten zunächst vertragliche Rechte und Pflichten geregelt werden, sodass die Normierung eines Allgemeinen Teils des Schuldrechts nicht im Vordergrund stand.

Für die Gesetzgebung regte Prof. SUN an, Sicherungsrechte zugunsten einer besseren Übersichtlichkeit im Vertragsrecht aufzunehmen. Insgesamt solle die Zahl normierter Vertragstypen ungefähr 20 betragen, wobei dies lediglich eine Mindestanzahl sei. Offene Fragen sieht er bei Verträgen über Pfandrechte, gemischten Verträgen wie dem Reisevertrag sowie bei der Regelung des E-Commerce. Prof. SUN betonte die Wichtigkeit der Kodifikation und warnte vor einem überhasteten Vorgehen.

Prof. Dr. Dr. Dres. h. c. Franz Jürgen Säcker (Freie Universität Berlin) setzte sich in seinem Referat mit Struktur und Aufgaben eines Allgemeinen Teils des chinesischen ZGB auseinander und verglich die Regelungen des deutschen BGB mit entsprechenden Vorschriften des ATZR. Mit Ausnahme der allgemeinen Grundsätze (§§ 1–12 ATZR) und der im Allgemeinen Teil des BGB normierten sachenrechtlichen Vorschriften, die sich ohnehin besser im Sachenrecht platzieren ließen, stimmten beide Teile im Aufbau weitgehend überein. Sie seien geprägt von einem freiheitlichen Grundverständnis, konkretisiert durch das *principle of free will* als fundamentaler Bestandteil des Zivilrechts. Dieses wird begrenzt durch das Fairnessprinzip und den Grundsatz von Treu und Glauben als interne Schranken und den *ordre public* als externe Schranke, wobei die Gefahr einer ausufernden Freiheitsbeschränkung aufgrund moralischer Ordnungsvorstellungen besteht.

² Verabschiedet am 15.03.1999, in Kraft getreten am 01.10.1999.

³ Beispielsweise soll nach § 133 VG bei Abschluss des Kaufvertrags der Vertragsgegenstand dem Käufer gehören; die fehlende Konturierung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Geschäft zeigt sich auch in der schwebenden Unwirksamkeit bei Verfügungen ohne Verfügungsmacht, vgl. § 51 VG.

¹ Der Verfasser ist wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Prof. Säcker sieht im ATZR insgesamt ein sehr modernes Gesetzbuch. Die grundlegenden wirtschaftlichen Unterschiede zwischen China und Deutschland führten nicht zu elementaren Gegensätzen. Die unterschiedliche Lösung von Rechtsfragen durch die Anwendung von Generalklauseln exemplifizierte er am Beispiel des Wuchers, der in Deutschland zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ex lege führe, während das chinesische Recht dem Bewucherten ein Recht zur Anfechtung des Vertrages vor Gericht einräume. Es bleibe aber die Frage, ob bei besonders krassen Fällen eine Nichtigkeit kraft Gesetzes wegen Sittenwidrigkeit auch im chinesischen Zivilrecht gelte. Dies ähnele dem Zusammenspiel von § 123 Abs. 1 und § 138 Abs. 1 BGB. Hieran zeige sich, dass auch moderne Zivilrechtskodifikationen nicht ohne Interpretationsschwierigkeiten auskommen, was der rechtswissenschaftlichen Debatte weiteren Stoff liefere.

Im Rahmen des Vortrags ging er auch auf die aktuelle Diskussion zur Gesetzesauslegung in der V.R. China ein, in der sich die in den USA ausgebildeten chinesischen Juristen, die sog. *leading cases* präferieren, und insbesondere die in Deutschland ausgebildeten Juristen, die sich am Sinn der einzelnen Tatbestandsmerkmale orientieren, gegenüberstünden. Gegen die Entwicklung eines Fallrechts spreche der damit einhergehende Bedeutungsverlust der Kodifikation, auch wenn die Einführung von Mischsystemen denkbar sei.

In der Diskussion erläuterte *Prof. HUANG*, dass seit etwa 20 Jahren ein Gremium, als sog. *office for case guidance* vom Obersten Volksgericht gegründet, *leading cases* der Gerichte aller Instanzen auswähle und deren Bindungswirkung feststelle. Problematisch sei hieran, dass die Verantwortlichen zum Teil falsche Gerichtsentscheidungen für bindend erklärten, was Raum für Willkür eröffne. Unklar sei auch das Verhältnis der *leading cases* zur Gesetzgebung. Zwar seien diese nach dem Richtergesetz bindend, dies werde aber nicht einheitlich so verstanden. In der Diskussion wird festgestellt, dass das Prinzip der *leading cases* wohl auch eine Folge der in der V.R. China fehlenden Kommentarliteratur sei. *Prof. BU* betonte, dass die Entwicklung der Kommentarliteratur derzeit einen hohen Stellenwert in der rechtswissenschaftlichen Diskussion in China habe.

Gegenstand der Diskussion war auch die rechtliche Einordnung der sog. Programmsätze, wie sie in den §§ 1–12 ATZR enthalten sind. *Prof. Säcker* verwies darauf, dass in Deutschland vor allem die Grundrechte als subjektive Rechte der Interpretation der Generalklauseln dienen. Das sei in der V.R. China mangels Verleihung solcher subjektiver Rechte nicht möglich. Diese Leitbildfunktion müssten die Programmsätze in den §§ 1–12 ATZR übernehmen, weshalb er die Konzeption des ATZR für sehr gelungen erachte. *Prof. ZHANG* wies auf die Vorteile abstrakter Regelungen, wie sie im BGB enthalten seien, hin. Die §§ 1–12 ATZR seien anfällig für Diskriminierungstendenzen. *Prof. Säcker* erwiderte, dass die Schaffung dieser Programmsätze wegen der

fehlenden verfassungsrechtlichen Regelungen eine gute Entscheidung sei.

II. Grundsatz der Rechtsgleichheit aller Zivilrechtssubjekte, § 2 ATZR

Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner (Universität Freiburg) referierte über den Gleichheitssatz im Zivilrecht im Rahmen des § 2 ATZR unter besonderer Konzentration auf die Vertragsfreiheit. Die Bedeutung der Gleichheit reiche zurück bis in das kanonische Recht, sei aber stets anfällig für Ideologien. Seine Darstellung der Entwicklung des deutschen Rechts und seiner Verzahnung mit der EMRK und dem Unionsrecht illustrierte er abschließend durch Beispiele zur Gleichheit im Zivilrecht. Diese verwirklichte sich einerseits in zwingenden Normen, z. B. im Scheidungsrecht, andererseits im Benachteiligungsverbot des AGG, das eine gerichtliche Kontrolle privatrechtlichen Handelns erlaubt. Schließlich befürwortete er die Schaffung von Programmsätzen. Veränderungen sollten, ähnlich wie bei der Einwirkung der Grundrechte in Deutschland, stets aus dem Inneren einer Rechtsordnung resultieren.

Anschließend betonte *Prof. BU* (Universität Freiburg) in ihrem Referat über den Gleichheitssatz in § 2 ATZR, dass die gleichrangige Rechtsbeziehung zwischen Zivilrechtssubjekten ein wichtiger Grundsatz sei. In der V.R. China bestehe nach wie vor eine unterschiedliche Behandlung z. B. ländlicher und städtischer Einwohner, von inhaftierten Soldaten und Zivilisten oder von Gesunden und Kranken. Im Gesetzgebungsverfahren sei daher vehement diskutiert worden, ob die Notwendigkeit bestehe, einen Gleichheitssatz ebenso wie in Zivilrechtskodifikationen anderer Rechtsordnungen⁴ zu normieren. Den Regelungsgrund sah *Prof. BU* darin, dass die Einführung einer zivilrechtlichen Rechtsgleichheit – historisch betrachtet – die Autonomie des Zivilrechts verdeutliche. Zur Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsrecht wurde daher die Beibehaltung dieser Regelung gefordert. *Prof. BU* hält diese Abgrenzung – von Verwaltungsverträgen abgesehen – für unproblematisch. § 2 ATZR sei daher nutzlos, allerdings auch harmlos. § 2 ATZR stelle die Dreiteilung der Rechtssubjekte in natürliche und juristische Personen sowie in sog. Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit klar. Praktische Bedeutung erlange die Rechtsgleichheit bei der Konkretisierung von Gesetzen sowie in der Anwendung durch die Gerichte. In der Zukunft wird den §§ 2, 4 ATZR hauptsächlich wohl die Aufgabe zukommen, ein Antidiskriminierungsrecht in das chinesische Privatrecht zu integrieren.

Die Diskussion setzte sich vor allem mit der Existenzberechtigung der §§ 2, 4 ATZR auseinander. *Prof. Säcker* ging davon aus, dass die derzeit geringe Bedeutung des § 2 ATZR dadurch erweitert werde, dass er einen Schutz vor Diskriminierung übernimmt. *Prof. BU* gab zu bedenken, dass die Herstellung ziviler Gleichheit keine Aufgabe des ZGB sei. *Prof. Stürner* kritisierte

⁴ Allein § 1 ABGB des österreichischen Zivilgesetzbuchs weist eine vergleichbare Vorschrift auf.

darauf die mangelnde Klarheit darüber, welches Ziel mit § 2 ATZR verfolgt werde.

In der Diskussion äußerte sich *Prof. Lieder* kritisch zur Dreiteilung der Rechtssubjekte in natürliche und juristische Personen sowie Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit und präferierte eine Zweiteilung in natürliche und juristische Personen. In Reaktion hierauf wurde klargestellt, dass letztere die Parallele zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 705 BGB sei, deren Rechtsfähigkeit in § 102 ATZR geregelt sei.

2. Sitzung: Gerechtigkeit und Fairness als immanente Schranken der Vertragsfreiheit

I. Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien, §§ 5, 6 ATZR

Den zweiten Teil der Tagung leitete *Prof. Dr. Andreas Engert, LL. M. (Chicago)* von der Universität Mannheim mit einem Vortrag über die Prinzipien von Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit ein. Vor dem Hintergrund der Vertragstheorie *Schmidt-Rimpler* sieht er die Vertragsfreiheit als Mittel zur Verwirklichung der Austauschgerechtigkeit und mithin als Instrument, von der Rechts- und Sozialgemeinschaft als richtig und zweckmäßig empfundene Vertragsverhältnisse herzustellen. Diese Vertragsgerechtigkeit werde durch die Mitwirkung der Vertragsparteien am Vertragsschluss und das damit verbundene Interessengleichgewicht bewirkt. Praktisch bestehe aber die Gefahr, dass Informationsasymmetrie, Rationalitätsdefizite, Verhandlungs- und Regelungskosten sowie eine einseitige Verhandlungsmacht die Richtigkeitsgewähr stark beeinträchtigen. Dies mache ein gerichtliches Eingreifen erforderlich, das Rechtsunsicherheit hervorrufen könne. Im Grundsatz seien ungerechte Verträge hinzunehmen, so dass sich Eingriffe auf Mängel des Vertragsschlusses sowie evidente und regelhafte Gerechtigkeitsverstöße beschränken sollten, wobei Richterrecht Rechtssicherheit schaffe.

Anschließend leuchtete *Prof. Ji* (Ostchinesische Universität für Politikwissenschaft und Recht) die Kriterien der Fairness und der Vertragsfreiheit aus chinesischer Sicht aus. Das Fairnessprinzip habe erst nach dem Ende der Klassengesellschaft in den *Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts* 1986 Aufnahme gefunden, um die Äquivalenz beim Warenaustausch sicherzustellen. *Prof. Ji* erachtet es grundsätzlich für die richterliche Rechtsfortbildung als hilfreich, aber für zu unkonkret. Seine direkte Anwendung sei nicht möglich. Zudem sei fraglich, ob es sich um eine Tatbestands- oder eine Rechtsfolgenfrage handle. Schließlich sei nicht ohne weiteres erkennbar, ob sich § 6 ATZR auf Rechtsgeschäfte beschränke oder an alle Rechtssubjekte richte. *Prof. Ji* sieht im Fairnessprinzip einen allgemeinen Grundsatz, der weder auf Rechtsgeschäfte noch auf konkrete Rechtssubjekte beschränkt sei, und sich vornehmlich an Richter und Gesetzgeber, weniger an einzelne Rechtssubjekte, richte. Es verstärke die anderen zivilrechtlichen Programmsätze und stelle ein

ausgewogenes Verhältnis von Freiheit und Gleichheit sicher.

Über das Verhältnis von Fairness und Gerechtigkeit referierte anschließend *Prof. Dr. HE Xuxu* der ostchinesischen Universität für Politikwissenschaft und Recht. Gerechtigkeit i. S. des ATZR sei der Maßstab für individuelles menschliches Verhalten, wobei das Prinzip die Gleichbehandlung von Gleichem und die Ungleichbehandlung von Ungleichem erfasse und das Prinzip der Fairness die Gerechtigkeit i. e. S. verkörpere. Dieses Verständnis verdeutlichte sie anhand der AGB-Kontrolle. In China gebe es einen von der Rechtsprechung entwickelten und den §§ 307 ff. BGB vergleichbaren Katalog, der die Vereinbarungen der Parteien den Grenzen der Angemessenheit unterwirft. Eine dem deutschen Recht entsprechende Regelung zur unangemessenen Benachteiligung liege vor, wenn die Regelung mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sei und wesentliche vertragliche Rechte aufhebe oder einschränke.

In der sich anschließenden Diskussion betonte *Prof. Hellgardt*, dass Privatautonomie stets einer Rechtsordnung bedürfe. Sie könne nicht unbeschränkt bestehen, was wiederum politische Entscheidungsspielräume eröffne. *Prof. Engert* verwies darauf, dass darin der Kern des Ansatzes von *Schmidt-Rimpler* liege. Der Vertragsfreiheit bleibe dennoch ein großer Spielraum. Eine vollständige Kontrolle der Verträge würde die Privatautonomie – ergänzte *Prof. Ji* – aushöhlen.

II. Grundsatz von Treu und Glauben, §§ 6, 7 ATZR

Prof. Dr. ZHUANG Shuanggen der Peking-Universität machte in seinem folgenden Vortrag deutlich, dass der Grundsatz von Treu und Glauben bereits seit dreißig Jahren in der chinesischen Zivilrechtswissenschaft verankert sei. Anders als im deutschen Recht bestehe jedoch für weite Bereiche noch keine Rechtsprechung. Daher sei strittig, ob das chinesische Recht eine Sonderbeziehung für die Anwendung von Treu und Glauben voraussetze. Zudem sei offen, ob ein objektives oder subjektives Verständnis von Treu und Glauben maßgebend sei. Die überwiegende Meinung in der Literatur verlange für eine Treuwidrigkeit sowohl ein objektives als auch ein subjektives Element.

Daran anschließend stellte *Prof. Schubert* zunächst klar, dass Treu und Glauben ein wesentlicher Grundsatz des deutschen Zivilrechts sei, der sowohl existierende Rechte beschränke als auch Rechte begründe. Zudem gelte Treu und Glauben in beiden Rechtsordnungen als wesentlicher Grundsatz des Zivilrechts, der sowohl als Ermächtigungsnorm für den Richter als auch als Verhaltensnorm für Rechtssubjekte fungiere. Die Bindung der Richter an das Gesetz habe aber zur Folge, dass er subsidiär und lediglich lückenfüllend sei. Besondere Vorsicht müsse daher beim Rückgriff auf den sog. institutionellen Rechtsmissbrauch walten, der das Gesetz dort korrigiere, wo es seinen Zweck nicht erreicht und eine Rechtsfortbildung ausgeschlossen

sei. Im chinesischen Recht sei diese Form des Rechtsmissbrauchs eher nicht von Bedeutung, weil keine vergleichbare Gewaltenteilung bestehe und das OVG im Wege der justiziellen Auslegung vorgehen könne.

In beiden Rechtsordnungen wolle das Prinzip von Treu und Glauben Einzelfallgerechtigkeit anhand einer umfassenden Interessenabwägung bewirken, in die höherrangiges Recht sowie moralische Wertungen miteinzubeziehen seien. Damit werden die Generalklauseln zum Einfallstor für höherrangiges Recht und außerrechtliche Wertungen. Im Rahmen der Abwägung erlangen das Verschulden oder die Arglist Indizcharakter. Schließlich appellierte *Prof. Schubert* an die chinesische Rechtswissenschaft, die anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben gelösten Fälle zu systematisieren und zu bewerten, um Willkürentscheidungen zu vermeiden sowie Sicherheit und Vertrauen im Geschäftsverkehr sicherzustellen.

Prof. Engert fragte in der folgenden Diskussion, inwieweit die Prinzipien des Rechtsmissbrauchs und des Treu und Glaubens abzugrenzen seien. *Prof. Schubert* sah den Rechtsmissbrauch als Teilbereich von Treu und Glauben an, der im Rechtsmissbrauchsverbot Konkretisierung gefunden habe. *Prof. BU* wies schließlich darauf hin, dass auch in den Vorgängerkodifikationen derartige Überschneidungen vorhanden waren und Vertrauen im Geschäftsverkehr ein wesentliches Element sei, das der Stärkung bedürfe.

III. Round Table: Probekomentierung I

Die Weiterentwicklung der Gesetzeskomentierung als Literaturgattung ist seit langem ein Interesse der Zivilrechtswissenschaftler der V.R. China. Im Rahmen der Tagung wurde eine Probekomentierung zu Art. 79 VG von *Prof. Dr. ZHUANG Jiayuan* von der Jiaotong-Universität Shanghai vorgestellt. Kern der Kommentierung war die Unterscheidung zwischen Abtretung und Abtretungsvertrag, was insbesondere zu einer ausführlichen Erörterung des Umgangs der chinesischen Rechtslehre mit dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip führte.

Der Aufbau der Kommentierung und die Einbeziehung internationaler Normenwerke, wenn und solange noch kein ausreichend fundiertes nationales Anschauungsmaterial existiert, wurden intensiv diskutiert. Der Rückgriff auf deren Fallgruppen als Anknüpfungspunkt für die Diskussion des nationalen Rechts wurde für sinnvoll erachtet. *Prof. Ji* riet an, insbesondere die Entwicklung der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts aufzunehmen, während *Prof. ZHUANG* in der Kommentarliteratur eine Inspirationsquelle für den chinesischen Gesetzgeber sah. Eine offene Frage blieb das Verhältnis der Kommentarliteratur zu den sog. *leading cases*, die im Sinne einer *case guidance* von einem Ausschuss ausgewählt wurden, deren Auswahl aber auch von Zufälligkeiten geprägt sei.

3. Sitzung: Externe Schranken der Vertragsfreiheit

I. Schutz der öffentlichen Ordnung, § 8 ATZR

Die zweite Hälfte der Tagung begann mit einem Referat von *Prof. Dr. Alexander Hellgardt, LL. M. (Harvard)* von der Universität Regensburg über die öffentliche Ordnung als externe Schranke der Vertragsfreiheit (§ 8 ATZR). Diese sei im Gegensatz zu den systemimmanenten Schranken von politischen Entscheidungen geprägt. Die Schranke der öffentlichen Ordnung solle daher nur zum Tragen kommen, wenn eine Regelung ganz oder überwiegend darauf abzielt, öffentliche Rechte durchzusetzen und nicht nur die Vertragsparteien zu schützen (wie z. B. das Arbeitsrecht). Die öffentliche Ordnung könne sowohl Abschluss-, Formals auch die Inhaltsfreiheit begrenzen. Im Mittelpunkt stehe die Begrenzung der Inhaltsfreiheit nach §§ 134, 138 BGB. Bei der Anwendung des § 134 BGB sei zu ermitteln, ob ein Verstoß gegen zwingendes Recht notwendig sei oder bereits ein Verstoß gegen Ordnungsvorschriften zur Begründung der Nichtigkeit ausreiche. Letztlich bestehe die Gefahr, dass die Letztentscheidungsmacht der Legislative über das Vorliegen öffentlicher Interessen relativiert werde. Aus Sicht *Prof. Hellgardts* sei es Aufgabe des Gesetzgebers, konkreten politischen Zielen durch Einzelbestimmungen, z. B. § 536 Abs. 1a BGB, Geltung zu verschaffen. Das Privatrecht erscheine hierfür aufgrund seines Einflusses in viele Lebensbereiche besonders attraktiv. Insgesamt sieht *Prof. Hellgardt* die öffentliche Ordnung nicht nur als eine externe Schranke der Vertragsfreiheit an, vielmehr ver helfe das Privatrecht öffentlichen Interessen zum Durchbruch.

Im Anschluss referierte *Prof. Dr. WANG Hongliang* der Tsinghua-Universität über das Prinzip der guten Sitten und der Vertragsstrafe in China. Dabei stellte er klar, dass eine Vereinbarung über Vertragsstrafen im Rahmen der Privatautonomie ohne weiteres zulässig sei. Die herrschende Meinung unterscheide zwei Funktionen einer Vertragsstrafe: eine Sanktionsfunktion und eine Schadensersatzfunktion. Streit herrsche darüber, wie die Funktion, die die jeweilige Vertragsstrafe verfolge, zu bestimmen sei. Einerseits ließe sich der Wortlaut der Vereinbarung heranziehen, andererseits auf die Höhe der Vertragsstrafe oder auf den Zweck der Vereinbarung abstellen. Die Vertragsstrafe diene als Druckmittel, um die andere Partei zur Leistung anzuhalten und künftige Konflikte zu unterbinden. Sie könne nicht nur herabgesetzt, sondern auch um einen angemessenen Betrag erhöht werden, sofern sie objektiv unverhältnismäßig sei. Eine Erhöhung könne vor dem Volksgericht in der Regel verlangt werden, wenn die vereinbarte Vertragsstrafe niedriger sei als der zu ersetzende Schaden.

Zu § 8 ATZR referierte schließlich *Dr. FENG Jieyu* von der Universität Nanjing über die Beschränkung von Verträgen durch verwaltungsrechtliche Normen. Der ATZR enthalte, anders als das VG, in § 8 eine Regelung, die

gesetzliche sowie verwaltungsrechtliche Bestimmungen als Schranke der Privatrechtsordnung erfasse. Fraglich sei allerdings die Abgrenzung der Normen, die einerseits zur Nichtigkeit, andererseits zur Eröffnung des Leistungsstörungenrechts führen können. Nach § 52 Nr. 5 VG als *lex specialis* zu § 8 ATZR ist der Vertrag nichtig, wenn er gegen zwingende gesetzliche oder verwaltungsrechtliche Bestimmungen verstößt. Die überbordende Zahl verwaltungsrechtlicher Genehmigungen habe zur Folge, dass der Vertrag in 87 % der Fälle nichtig gewesen sei. Nach einer Auslegung des OVG aus dem Jahr 2009 sei deshalb zwischen Wirkungsnormen und bloßen Ordnungsnormen zu differenzieren. Für letztere sei das Leistungsstörungenrecht einschlägig. Die Abgrenzung der Wirkungsnorm solle durch eine Abwägung der verschiedenen Rechtsinteressen, der Transaktionsicherheit und des Vertragsgegenstands erfolgen. In der gerichtlichen Praxis habe dies zur Folge, dass eine Ordnungsnorm dann vorliege, wenn der Richter den Vertrag für gerecht erachte. Dies kritisierte FENG als Zirkelschluss und forderte klarere Abgrenzungskriterien zwischen Wirkungs- und Ordnungsnormen. In der Literatur wird hierfür bereits die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, eines Auslegungskanons mit verschiedenen Kriterien sowie eine flexiblere Anpassung der Rechtsfolge befürwortet, wobei zwischen der Nichtigkeit, der relativen Nichtigkeit, der relativen Unwirksamkeit, der einseitigen Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit unterschieden werde.

Abschließend referierte Prof. HUANG Hui der Universität für Luft- und Raumfahrt Peking über Beschränkungen von Verträgen durch das Verfassungsrecht. Sie gab zunächst einen kurzen Überblick über die Geschichte der verfassungskonformen Auslegung und zeigte dann einige Beispiele der Rechtspraxis auf. Sie monierte, dass die Richter im Urteil meist nicht explizit auf die Verfassung verweisen. Daher sei die Ermittlung der einschlägigen Entscheidungen außerordentlich erschwert.

Prof. Hellgardt gab in der Diskussion zu bedenken, dass das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei der Bestimmung der Nichtigkeitsfolge neue Kriterien schaffe. Dagegen wandte FENG ein, dass eine Verhältnismäßigkeitskontrolle eher einen Vergleich der Interessen der Vertragsparteien ermögliche und somit Ähnlichkeit mit der Vertragsauslegung habe. Assistant Prof. HE fragte nach der konkreten Rechtfertigung dafür, dass der Staat privatautonome Rechtsgeschäfte für nichtig erkläre. Prof. Engert verwies insoweit auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Letztlich sei jedes Rechtsgeschäft daraufhin zu prüfen, ob seine Nichtigkeit erforderlich sei, um einem Verbot zur Wirksamkeit zu verhelfen.

II. Schutz der Umwelt und Dritter als Grenzen der Vertragsfreiheit, § 9 ATZR

Als weitere externe Schranke anerkennt § 9 ATZR den Schutz der Umwelt, die Prof. Dr. Jan Lieder, LL. M. (Harvard) der Universität Freiburg in seinem Referat

beleuchtete. Die gegenwärtige Umweltverschmutzung in China begründe rechtspolitisch einen Bedarf nach einer solchen Regelung. Eine vergleichbare Vorschrift fehle im deutschen Zivilrecht. Daher untersuchte er die subjektiv-rechtliche Dimension des Art. 20a GG als offene und konkretisierungsbedürftige Staatszielbestimmung und dessen Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln. Eine Mindermeinung leite zwar aus Art. 20a GG eine direkte Rechtspflicht zur optimalen Wärmeversorgung ab, überwiegend sei die Norm indes nur bei der Auslegung in den Grenzen des natürlichen Wortsinns zu berücksichtigen. Zudem könne § 138 Abs. 1 BGB verfassungskonform ausgelegt werden, so dass ein Vertrag sittenwidrig und damit nichtig sei, wenn er keinen anderen Zweck verfolge als die Schädigung der Umwelt. Auch in § 9 ATZR sah Prof. Lieder nur ein Wertungsprinzip, das zwar weitergehe als die Staatszielbestimmung in Art. 20a GG, aber gleichfalls lediglich als Auslegungskriterium heranzuziehen sei. Für einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 153 Abs. 2 ATZR müsse die Schädigung der Umwelt evidenter Hauptzweck des Vertrags sein.

Assistant Prof. Dr. HE Jian der Peking-Universität verstand hingegen § 9 ATZR nicht als vorrangiges Mittel zum Umweltschutz. § 9 ATZR solle vielmehr zu einen sparsamen Umgang mit Ressourcen anhalten. Diese Auffassung bestätigten die Entscheidungen des OVG. 60 % der Urteile verwendeten dieses Prinzip im Sinne einer Minimierung des Ressourceneinsatzes, was gesellschaftliche Kosten senke und somit das gesellschaftliche Vermögen stärke. Dass nicht ausschließlich der Umweltschutz gemeint sein kann, bestätige bereits Art. 26 des Umweltschutzgesetzes, wonach jede Partei zum Schutz der Umwelt verpflichtet sei.

In die anschließende Diskussion führte Prof. BU mit dem Hinweis ein, dass § 9 ATZR noch weitestgehend unerforscht sei, obwohl es sich um eine der größten Innovationen der neuen Kodifikation handle. Prof. Hellgardt gab gegenüber Assistant Prof. HE zu bedenken, dass die Einhaltung volkswirtschaftlicher Ziele nicht im Interesse der Parteien sei. Zwar sei der Umweltschutz als Ziel unproblematisch, jedoch sei fraglich, ob das Vertragsrecht hierfür ein geeignetes Instrumentarium biete, zumal kein effizienter Durchsetzungsmechanismus bestehe und die Norm zu allgemein formuliert sei. Prof. Lieder verwies auf die vorrangig rechtspolitische Wirkung des § 9 ATZR, die er begrüßte. Angesichts der dogmatischen Schwierigkeiten zweifelte er indes an dessen Strahlkraft.

4. Sitzung: Außerrechtliche und ausländische Normen im Rahmen und als Grenze der Vertragsfreiheit

I. Beachtung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen, § 10 ATZR

Die Sitzung leitete das Referat von Prof. Dr. Phillip Hellwege, M. Jur. (Oxford), Universität Augsburg, über

die Beachtung der Verkehrssitte und von Handelsbräuchen ein. Er arbeitete heraus, dass ein Heranziehen der Verkehrssitte und von Bräuchen im Falle einer Gesetzeslücke nach § 10 ATZR nicht mit den entsprechenden Regelungen in § 157 BGB und § 346 HGB vergleichbar sei. Eher entspreche er dem Prinzip von Treu und Glauben nach § 242 BGB. § 10 ATZR habe unterschiedliche Funktionen. So helfe er bei der Auslegung und Konkretisierung von Angemessenheits- und Gerechtigkeitskriterien und finde bei der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen Anwendung. Was unter Gewohnheiten, Gebräuchen und Sitten konkret zu verstehen sei, müsse eigens für jede Rechtsordnung bestimmt werden. § 10 ATZR sei nach der Gesetzesbegründung Art. 1 S. 2 des schweizerischen ZGB nachempfunden, wonach bei Rechtslücken auf das Gewohnheitsrecht zurückzugreifen sei. Ob § 10 ATZR zur Heranziehung von Gewohnheiten oder aber von Gewohnheitsrecht führe und welcher Zweck damit verfolgt werde, sei allerdings nicht klar erkennbar.

Prof. Dr. TIAN Shiyong von der Chinesischen Universität für Politikwissenschaft und Recht erläuterte in seinem Vortrag zunächst die Voraussetzungen zur Bestimmung von Gewohnheitsrecht. Es handle sich um eine aufgrund häufiger Anwendung zur Norm verdichtete Übung, die dem Vertragspartner bekannt oder aufgrund von Fahrlässigkeit nicht bekannt sei und die bei Lücken im Gesetz und bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung Anwendung findet. § 10 ATZR erstrecke sich angesichts des Wortlauts, der von Gewohnheiten und somit bloßen Tatsachen spricht, aber nicht auf *leading cases*. Die anschließende Diskussion erörterte, ob § 10 ATZR auch Rechtsgrundlage für den Richter sei, Entscheidungen nach Gewohnheitsrecht zu fällen.

II. Grenzen der Vertragsfreiheit im Internationalen Privatrecht, § 12 ATZR

Im letzten Teil der Tagung beleuchtete *Prof. v. Hein* die Grenzen der Vertragsfreiheit im Internationalen Privatrecht nach § 12 ATZR. Danach gelten für alle Zivilrechtsaktivitäten im Hoheitsgebiet der V.R. China dessen Gesetze. Die konkreten Ausprägungen dieses Prinzips im IPR-Gesetz verglich er mit den Vorgaben der Rom I-Verordnung und den Haager Prinzipien in Bezug auf die Rechtswahl, das wählbare Recht, den Schutz der schwächeren Parteien, die Eingriffsnormen und den *ordre public*. Im Ergebnis bestehe ein hohes Maß an Übereinstimmung zwischen deutschem und chinesischem Recht. Inhaltliche Differenzen bestünden insbesondere beim Arbeitnehmerschutz, der in der V.R. China viel restriktiver sei und keine Rechtswahl zulasse.

Prof. Dr. ZHU Xiaozhe von der Universität für Finanzwesen und Wirtschaft Shanghai verdeutlichte nach einem historischen Überblick, dass § 12 ATZR den Zweck verfolge, dass grundsätzlich das chinesische Zivilrecht und nach dem IPRG nur ausnahmsweise ausländische Rechtsquellen anzuwenden seien. Sodann referierte er

vor allem über die Voraussetzungen, die Form, den Zeitpunkt und den Umfang der Rechtswahl nach § 3 IPRG sowie über deren Beschränkung durch Eingriffsnormen, den *ordre public* und den Verbraucherschutz.