

Die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch öffentlich-rechtliche Normen – zugleich eine Kommentierung von § 8 AT ZGB

FENG Jieyu¹

Abstract

Im aus § 7 AGZ und § 7 VG stammenden § 8 AT ZGB sind Gesetzeswidrigkeit und Sittenverstoß vorgesehen. Im Vergleich zum deutschen BGB liegt eine Besonderheit des § 8 AT ZGB darin, dass das Verbotsgesetz und die Sittenwidrigkeit im gleichen Paragraph geregelt sind. Das spiegelt die Diskussion in China über das Verhältnis zwischen Verbotsgesetz und Sittenwidrigkeit wider. Als ein Grundsatz wird § 8 AT ZGB im Bereich des Vertragsrechtes durch § 52 Nr. 4 und 5 VG konkretisiert. In der Rechtsanwendung bereitet die Auslegung des Begriffes der „Gesetze“ i.S.v. § 8 AT ZGB und § 52 Nr. 5 VG Probleme. Die Lehre und die justiziellen Auslegungen in China versuchen, den Umfang der Verbotsgesetze zu beschränken. Um die Wirksamkeit eines Vertrages zu bewerten, baut die jüngste Lehre in China ein bewegliches System auf, das aus acht Bewertungselementen z.B. dem Erfüllungsstand des Vertrages besteht.

I. Einleitung

1. Entstehungsgeschichte des § 8 AT ZGB

In § 8 „Allgemeiner Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China“ (AT ZGB)² ist der allgemeine Grundsatz normiert, dass jede Zivilrechtsaktivität einschließlich des Rechtsgeschäftes (wörtlich: jede „Zivilrechtsaktivität“) mit dem Gesetz, der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten vereinbar sein muss. Diese Vorschrift geht auf § 7 „Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China“ (AGZ)³ von 1987 und § 7 „Vertragsgesetz der Volksrepublik China“ (VG)⁴ aus dem Jahre 1999 zurück.

Nach § 7 AGZ (1987) müssen Zivilrechtsaktivitäten einschließlich des Rechtsgeschäftes im Einklang mit der allgemeinen gesellschaftlichen Moral stehen und dürfen den allgemeinen gesellschaftlichen Interessen, dem staatlichen Wirtschaftsplan und der sozioökonomischen Ordnung nicht zuwiderlaufen. Am Wortlaut der Norm ist der Einfluss des sowjetischen Zivilrechts auf die chinesische Kodifikation deutlich sichtbar. Sowohl die wirtschaftliche Ordnung als auch der staatliche Wirtschaftsplan müssen nach dieser Vorschrift beachtet werden, obwohl der Ausdruck des staatlichen Wirtschaftsplans seit 2009 gestrichen ist. Dies ist nicht

überraschend, da vor Erlass der AGZ der Regelungsgegenstand von Zivil- und Wirtschaftsrecht umstritten war. Im Kern stellte sich die Frage, ob nur das Erb- und Familienrecht oder ob auch das Schuld- und Sachenrecht Materien des Zivilrechts sein sollten. Nach der traditionellen chinesischen Rechtslehre hatte der Staat die Kompetenz, die wirtschaftlichen Aktivitäten seiner Bürger durch einen staatlichen Wirtschaftsplan zu regeln. Statt eines Zivilrechts, in welchem dem Bürger Privatautonomie zukommt, sollte ein Wirtschaftsrecht geschaffen werden, in welchem der Staat die wirtschaftlichen Aktivitäten des Bürgers reguliert. § 2 AGZ setzte diesem Streit ein Ende, indem der Anwendungsbereich des AGZ nicht nur auf Personenbeziehungen (Familienrecht und Erbrecht) beschränkt, sondern auch auf Vermögensbeziehungen erstreckt wird. Dennoch fanden sich im AGZ Überbleibsel der alten Lehre.⁵ Die Begriffe der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung des heutigen § 8 AT ZGB waren in § 7 AGZ noch nicht vorgesehen. Nach der h. L. war der Begriff der allgemeinen gesellschaftlichen Moral aus § 7 AGZ (1987) aber diesen Begriffen gleichzusetzen.⁶

Gemäß der Nachfolgevorschrift in § 7 VG (1999) müssen die Parteien bei der Errichtung und Erfüllung von Verträgen Gesetze und verwaltungsrechtliche Bestimmungen einhalten und die gesellschaftliche öffentliche Moral achten und dürfen durch sie weder die sozioökonomische Ordnung stören noch die gesellschaftlichen öffentlichen Interessen verletzen. Im Vergleich zu § 7 AGZ ergänzte und konkretisierte der Gesetzgeber die

¹ Assistenz-Professor Dr.; Universität Nanjing. Er bedankt sich für die Unterstützung durch die Alexander-von-Humboldt-Stiftung bei Professorin Meier und Herrn Caspar von Hülsen. E-Mail: <jieyufeng@nju.edu.cn>.

² 中华人民共和国民法总则 v. 15.3.2017, Volkszeitung (人民日报) v. 19.3.2017, S. 1, deutsche Übersetzung von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Piffler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff. Der Allgemeine Teil des Zivilrechts wird nach dem Gesetzgebungsplan der Allgemeine Teil des Zivilgesetzbuchs sein und wird daher hier als AT ZGB abgekürzt.

³ 中华人民共和国民法通则, v. 12.4.1986, geändert am 27.8.2009, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 1986, Nr. 12, S. 371 ff.; deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht, 12.4.86/1.

⁴ Vertragsgesetz, 中华人民共和国合同法, erlassen am 15.3.1999, chinesische Fassung siehe New Law and Regulations Monthly (新法规月刊) 1999, Nr. 4, S. 4 ff., deutsche Fassung siehe <<http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm>>, eingesehen am 10.05.2019.

⁵ Ein weiteres Beispiel dazu bilden die Regelungen über die Forderungsübertragung. Nach § 91 AGZ setzt die Übertragung eines Vertrags (einschließlich der Forderung und der Schuld) die Zustimmung der anderen Partei voraus. Darüber hinaus darf eine Partei nicht durch die Übertragung profitieren. Im Vergleich zum § 398 BGB spiegelt § 91 AGZ die Kontrolle der Abtretung aufgrund des Wirtschaftsplans wider.

⁶ Vgl. YU Fei (于飞), Kommentar zu § 8 AT ZGB (民法总则第8条评注), in: CHENG Su (陈甦) (Hrsg.) Commentary on General Principles of the Civil Code (民法总则评注), 1. Auflage, Beijing 2017, S. 56.

Anforderungen an privatrechtliche Rechtsgeschäfte also dahingehend, dass diese mit dem Gesetz und den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen vereinbar sein müssen.⁷

Anders das deutsche Recht, welches für Verstöße gegen Verbotsgesetz und Sittenverstöße in den §§ 134, 138 BGB zwei getrennte Tatbestände enthält, erfasst § 7 VG beide Fälle. Aus diesem Grund wurde in der Literatur diskutiert, in welchem Verhältnis im Rahmen des § 7 VG die Verbotswidrigkeit zur Sittenwidrigkeit stehe. Diese Diskussion spiegelte sich auch in der Entstehungsgeschichte des § 8 AT ZGB wider: So wurde im Vorschlag der Chinesischen Akademie der Sozialwissenschaften zum AT ZGB die Verbotswidrigkeit noch in verschiedenen Vorschriften geregelt (§§ 8, 143, 144).⁸ Der Vorschlag der Renmin-Universität zum AT ZGB sah hingegen eine einheitliche Regelung vor (§ 7).⁹

Mit § 8 AT ZGB entschied man sich schließlich für eine einheitliche Regelung. Nach h. M. werden die Verbotsgesetze durch die guten Sitten ergänzt und sind daher ihnen gegenüber spezieller.¹⁰ Vorrangig ist somit immer ein Verstoß gegen gesetzliche Verbote zu prüfen. Nur wenn kein gesetzliches Verbot einschlägig ist, kommt ein Verstoß gegen die guten Sitten in Betracht.¹¹

2. Systematik, Normzweck und Konkretisierung

In systematischer Hinsicht ist § 8 AT ZGB im ersten Kapitel des AT ZGB verortet. Das darin formulierte allgemeine Rechtsprinzip, dass privatrechtliche Rechtsgeschäfte mit dem Gesetz, der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten vereinbar sein müssen, gilt somit für das gesamte Zivilrecht. Sein Anwendungsbereich ist daher nicht auf Rechtsgeschäfte beschränkt, sondern erstreckt sich auf jede zivilrechtliche Rechtshandlung.

Die Generalklausel ermöglicht es, das kodifizierte Recht an den Stellen, an denen es lückenhaft oder zu unflexibel ist, fortzubilden. Daher wird § 8 AT ZGB unter Einfluss der Lehre von *Canaris* auch als Auslegungsnorm angesehen.¹²

⁷ Vgl. HAN *Shiyuan* (韩世远), Allgemeiner Teil des Vertragsrechtes (合同法总论), 3. Auflage, Beijing 2011, S. 42.

⁸ § 8 dieses Vorschlages regelt nur das Prinzip der öffentlichen Ordnung und die guten Sitten. § 143 schreibt die Nichtigkeit der verbotsgesetzwidrigen Rechtsgeschäfte vor. Dagegen ist die Rechtsfolge des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten in § 144 geregelt. <<http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=49193>>, eingesehen am 31.10.2018.

⁹ Nach § 7 dieses Vorschlages darf die Zivilrechtsaktivität nicht gegen zwingende Normen oder die öffentliche Ordnung und die guten Sitten verstoßen. Vgl. XIONG *Xulong* (熊谓龙), § 8 Die öffentliche Ordnung und die guten Sitten (第七条公序良俗原则), in: WANG *Liming* (王利明) (Hrsg.), Vorschlag der Wissenschaftler zum Zivilgesetzbuch der VR China und Motiven – Allgemeiner Teil (中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编), Beijing 2005, S. 18.

¹⁰ Vgl. YU *Fei* (Fn. 6), S. 59.

¹¹ Vgl. YU *Fei* (Fn. 6), S. 59.

¹² *SU Yongqin* stellte in seiner Monographie die Lehre von *Canaris* und *Westphal* vor. Anhand des § 71 des taiwanesischen ZGB, welcher die Vertragsnichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz regelt, synthetisierte *SU Yongqin* die deutsche Lehre von der Verweisklausel und von der Auslegungsnorm. Wenn das betreffende Verbotsgesetz ausdrücklich eine Rechtsfolge für das

Darüber hinaus fungiert das in § 8 AT ZGB normierte Prinzip als Leitlinie für die Gesetzgebung der anderen Zivilgesetze. Spezialvorschriften zu § 8 AT ZGB finden sich etwa in § 7 des chinesischen Sachenrechtsgesetzes¹³ oder in § 52 Nr. 4, 5 VG, deren Anwendungsbereiche auf das Sachenrecht oder die Wirksamkeit eines Vertrages beschränkt sind.

Als allgemeines Rechtsprinzip muss § 8 AT ZGB für die Rechtsanwendung konkretisiert werden. Die von der öffentlichen Ordnung umfassten Normen können danach kategorisiert werden, wie sie sich auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis, das gegen diese Normen verstößt, auswirken. Die Rechtsfolge eines Verstoßes kann entweder die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes oder lediglich die Annahme eines Leistungshindernisses sein. Letzteres ist insbesondere bei Verstößen gegen verwaltungsrechtliche Mitteilungen¹⁴ zum Beispiel gegen verwaltungsrechtliche Beschränkungen von Grundstückskäufen, der Fall. Dies illustriert die Entscheidung *Yu Jianfei vs. China Resources Land Ltd. (Ningbo)*, in welcher ein Grundstückskaufvertrag gegen eine verwaltungsrechtliche Mitteilung der Stadtverwaltung verstieß. Der Verstoß führte zwar nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, weil verwaltungsrechtliche Mitteilungen keine Verbotsgesetze sind.¹⁵ Allerdings trat rechtliche Unmöglichkeit hinsichtlich der Grundstücksübertragungspflicht aus dem Kaufvertrag ein.

Die meisten Normen führen jedoch zur Nichtigkeit des Vertrages. Für diese Normen spielt § 52 Nr. 5 VG als Spezialvorschrift zu § 8 AT ZGB eine zentrale Rolle. Danach ist ein Vertrag nichtig, wenn zwingende Bestimmungen aus Gesetzen oder Verwaltungsnormen (行政法规) verletzt werden. Im Vergleich zu § 8 AT ZGB ist § 52 Nr. 5 VG die speziellere Regelung. Einerseits ist der Anwendungsbereich von § 52 Nr. 5 VG auf Verträge beschränkt. Andererseits beschränkt § 52

betreffende Rechtsgeschäft bestimmt, ist § 71 ZGB Taiwan eine Verweisungsnorm. Wenn das nicht der Fall ist, ermächtigt § 71 ZGB Taiwan das Gericht, nach eigenem Ermessen über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu entscheiden. Damit ist § 71 ZGB Taiwan zugleich eine Auslegungsnorm. Daher ist *SU* der Auffassung, dass § 71 ZGB Taiwan eine Generalklausel ist, vgl. *SU Yongqin* (苏永钦), Das zwingende oder verbotsgesetzwidrige Rechtsgeschäft (违反强制或禁止规定的法律行为), in: *SU Yongqin* (苏永钦), Die ökonomische Rationalität in der Privatautonomie (私法自治中的经济理性), Beijing 2004, S. 41 f. Wegen der Sprache ist der Meinung von *SU* in China weiter akzeptiert. Die h. L. in China stellt § 52 Nr. 5 VG dem § 71 des taiwanesischen ZGB gleich. Deshalb spielt die Meinung von *SU* bei der Auslegung von § 8 AT ZGB und § 52 Nr. 5 VG eine wichtige Rolle. Siehe z. B. *ZHU Qingyu*, der in seinem Aufsatz über die Kommentierung zu § 52 Nr. 5 VG die Meinung von *SU* zitiert. Vgl. *ZHU Qinyu* (朱庆育), Kommentar zu § 52 Nr. 5 VG (《合同法》第52条第5项评注), Faxuejia (法学家) 2016, Nr. 3, S. 154.

¹³ Sachenrechtsgesetz, 中华人民共和国物权法, erlassen am 16.3.2007, chinesische Fassung siehe *New Law and Regulations Monthly* [新法规月刊] 2007, Nr. 1, S. 12 ff., deutsche Fassung in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2007, S. 78 ff.

¹⁴ Die verwaltungsrechtliche Mitteilung (行政通知) ist eine besondere Form der chinesischen Verwaltung, die, anders als deutsche Verwaltungsvorschriften, Außenwirkung hat. Diese Außenwirkung ist allerdings in der Literatur stark umstritten.

¹⁵ *Yu Jianfei vs. China Resources Land Ltd. (Ningbo)* (俞建飞诉华润置地(宁波)发展有限公司商品房销售合同纠纷案), Urteil des Mittleren Volksggerichts in Ningbo, Zhejiang v. 10.10.2014, Az. (2014) Zhe Yong Min Er Zhong Zi No. 559 ([2014] 浙甬民二终字第 559 号).

Nr. 5 VG den Kreis der Verbotsgesetze und der Verwaltungsrechtsnormen, die zur Vertragsnichtigkeit führen können, auf *zwingende* Bestimmungen, während nach § 8 AT ZGB grundsätzlich jede Verwaltungsrechtsnorm die Wirksamkeit eines Vertrags beeinflussen kann, weil der Begriff des Gesetzes in § 8 AT ZGB weit verstanden wird. Er erfasst nicht nur Gesetze, die vom Nationalen Volkskongress oder von dessen Ständigem Ausschuss verabschiedet wurden, sondern alle Rechtsnormen. Aufgrund seiner zentralen Bedeutung für die Rechtsanwendung beschränken sich die folgenden Ausführungen auf § 52 Nr. 5 VG.

II. Der traditionelle Gesetzesbegriff

Um die Einheit der Rechtsordnung zu gewährleisten, werden über § 52 Nr. 5 VG und § 8 AT ZGB Wertungen, die sich aus anderen Gesetzen oder aus der gesellschaftlichen Ordnung ergeben, ins Zivilrecht übertragen.¹⁶ Seit Aufhebung der *Qi-Yuling*-Entscheidung ist die Verfassung im Zivilrecht nicht direkt anwendbar.¹⁷ Damit können öffentliche Interessen nur über Verweisungsnormen im Zivilrecht durchgesetzt werden. Dies sind in der Regel Gesetze, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Nach dem Wortlaut des § 52 Nr. 5 VG sind diese jedoch nur dann als Verbotsgesetz zu qualifizieren, wenn sie zwingende Bestimmungen enthalten. Obwohl damit der Begriff des Verbotsgesetzes schon eingeschränkt ist, ist er in der Rechtsdogmatik und Rechtspolitik weiterhin umstritten.

1. Gesetzesbegriff des § 52 Nr. 5 VG und die Justiziellen Auslegungen des Obersten Volksgerichts (OVG)

Nach § 52 Nr. 5 VG ist ein Vertrag nichtig, wenn er ein zwingendes Gesetz verletzt. Im Vergleich zu den Vorschriften in den AGZ hat der Gesetzgeber in § 52 Nr. 5 VG den Kreis der Verbotsgesetze beschränkt. Zu ihnen gehören alle vom Nationalen Volkskongress und seinem Ständigen Ausschuss erlassenen Gesetze und vom Staatsrat erlassenen Verwaltungsrechtsnormen. Dem Willen des Gesetzgebers entsprechend sind die Territorialen Rechtsnormen keine Verbotsgesetze.¹⁸ Der Grund dürfte darin liegen, dass es in China eine sehr umfassende Verwaltungskontrolle gibt und viele Rechtsgeschäfte einer verwaltungsrechtlichen Genehmigung bedürfen. In der Rechtspraxis wurden jedoch alle Vorschriften, die eine Verwaltungskontrolle oder Verbote mit Erlaubnisvorbehalt vorsehen, ohne Weiteres als Verbotsgesetze betrachtet.

Das OVG bekräftigt diese Einschränkung durch § 4 der Ersten Justiziellen Auslegung betreffend einige Fragen zur Anwendung des Vertragsgesetzes aus dem Jahr 1999.¹⁹ § 4 der Ersten Justiziellen Auslegung betont

noch einmal, dass nur die vom Nationalen Volkskongress und seinem Ständigen Ausschuss erlassenen Gesetze und die vom Staatsrat erlassenen Verwaltungsanordnungen als ein Grund für die Nichtigkeit eines Vertrags im Sinne von § 52 Nr. 5 VG betrachtet werden könnten.²⁰ Der Ausschluss der Rechtsnormen und Verwaltungssatzungen lokalen Charakters trägt auch dem Bedürfnis der Marktwirtschaft nach Rechtseinheit im gesamten Geltungsgebiet des VG Rechnung.²¹

§ 52 Nr. 5 VG ist in der Rechtsanwendung ein bedeutender Nichtigkeitsgrund. In 84,23 % der Fälle, in denen § 52 Nr. 5 VG in Gerichtsurteilen zitiert wird, wird der Vertrag für nichtig erklärt.²²

Das OVG schränkt den Tatbestand des § 52 Nr. 5 VG ein. 2007 erklärte der damalige Vizedirektor des OVG in einer Rede die Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsvorschriften. Nur wenn der Vertrag eine Wirkungsnorm verletzt, ist dieser gem. § 52 Nr. 5 VG nichtig.²³ 2009 veröffentlichte das OVG die Zweite Justizielle Auslegung betreffend einige Fragen zur Anwendung des Vertragsgesetzes (im Folgenden: Zweite Justizielle Auslegung).²⁴ Nach § 14 dieser Zweiten Justiziellen Auslegung sind zwingende Gesetze im Sinne von § 52 Nr. 5 VG nur Wirkungsnormen. Mit diesem Ausdruck bestätigte das OVG die Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und bloßen Ordnungsvorschriften. In 86,61 % der Fälle, in denen die Rechtsprechung zu dem Ergebnis kam, dass der Vertrag nicht nichtig ist, zitierte sie § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung.²⁵

Im Jahr 2009 änderte das OVG jedoch seine Auffassung durch Ziffer 15 der „Anleitungsansicht des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation“ (im Folgen-

deutsch Übersetzung mit Quellenangabe in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht*, 15.3.99/1.

²⁰ In der Literatur wird diskutiert, ob dieser Ausschluss von Rechtsnormen und Verwaltungssatzungen lokalen Charakters konsequent durchgehalten werden kann. Im modernen Sozialstaat können nicht alle verwaltungsrechtlichen Kontrollvorschriften durch den Staatsrat beschlossen werden. Entscheidend ist daher nicht die Normenhierarchie, sondern die Eigenschaft und der Zweck der Normen, vgl. *GENG Lin* (耿林), *Zwingende Norm und Wirkung des Vertrages (强制规范与合同效力)*, Beijing 2009, S. 313, 316.

²¹ Vgl. *HAN Shiyuan* (韩世远), *Allgemeiner Teil des Vertragsrechtes (合同法总论)*, 4. Auflage, Beijing 2018, S. 232.

²² Vgl. *YE Minyi* (叶名怡), *Empirische Forschung zur Nichtigkeit von gesetzeswidrigen Verträgen in unserem Land (我国违法合同无效制度的实证研究)*, *Falü Kexue* (法律科学) 2015, Nr. 6, S. 122.

²³ Vgl. *XI Xiaoming* (奚晓明), *Einige zu bemerkende Fragen der Rechtsanwendung zur Behandlung von Streitfällen zum Zivil- und Handelsrecht in der gegenwärtigen Situation (当前民事审判工作应当注意的几个法律适用问题)*, *Falü Shiyong* (法律适用) 2007, Nr. 7, S. 3.

²⁴ Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des „Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“ (Teil 2) (最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)) v. 9.2.2009, chinesisch-deutsch in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2009, S. 288 ff.

²⁵ Vgl. *YAO Mingbin* (姚明斌), *Die Prüfung und Kritik des Begriffs „Wirkungsnorm“ („效力性“强制规范裁判之考察与检讨)*, *Zhongwai Faxue* (中外法学) 2016, Nr. 5, S. 1264 f.

¹⁶ Vgl. *YU Fei* (Fn. 6), S. 58.

¹⁷ Vgl. *YU Fei* (Fn. 6), S. 65.

¹⁸ *HU Kangsheng* (胡康生), *Explanation of Chinese Contract Law (中华人民共和国合同法释义)*, 3. Auflage, Beijing 2013, S. 105.

¹⁹ Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des „Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“ (Teil 1) (最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)) v. 19.12.1999,

den: Anleitungsansicht).²⁶ Im Gegensatz zu der Rede des Vizedirektors des OVG soll demnach die Wirksamkeit eines ordnungsvorschriftwidrigen Vertrages anhand der konkreten Umstände festgestellt werden. Deshalb gibt es nach Ziffer 15 noch die Möglichkeit, dass auch ein Verstoß gegen Ordnungsvorschriften zur Unwirksamkeit des Vertrages führt.²⁷ Bislang gibt es noch keine Gerichtsentscheidung zu dieser Regelung. Dass das OVG seine Auffassung innerhalb von zwei Jahren geändert hat, ist überraschend. Die einzige Erklärung liegt vermutlich darin, dass das OVG selbst auch an der Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsvorschriften zweifelt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 52 Nr. 5 VG in der Rechtsprechung einen bedeutenden Nichtigkeitsgrund darstellt, dessen Tatbestand durch § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung wichtige Einschränkungen erfährt. Trotzdem fungiert § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung in der Rechtsprechung als ein Rechtfertigungsgrund für einen wirksamen Vertrag. Wenn § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung in der Rechtsprechung Anwendung findet, ist der Vertrag grundsätzlich wirksam. Seit Erlass des § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung besteht in China eine Tendenz, in weniger Fällen von einer Vertragsnichtigkeit auszugehen. Diese Tendenz und die Frage des Einflusses von Ordnungsvorschriften auf die Wirksamkeit von Verträgen werden vom OVG seit Erlass seiner Anleitungsansicht aus dem Jahr 2009 jedoch wieder neu überdacht. Die Unterscheidung zwischen Wirkungsnorm und Ordnungsvorschrift wird in der „Anleitungsansicht“ angezweifelt. „Darüber hinaus ist die Lehre in China versucht, den Begriff des Gesetzes zu erweitern, weil die Beschränkung in § 52 Nr. 5 VG zu eng ist. Die jüngste Lehre spricht sich dafür aus, dass territoriale Rechtsnormen oder Regeln der Abteilungen auch Gesetze im Sinne von § 52 Nr. 5 VG sind, wenn nachrangiges Recht in den territorialen Rechtsnormen oder Regeln der Abteilungen eine Konkretisierung der Bestimmungen des höherrangigen Rechts sind“²⁸

2. Die Rezeption der deutschen Normzwecklehre

Die Auslegungen des OVG wurden zuerst von der Wissenschaft begrüßt,²⁹ sie konnten aber in der Praxis nicht immer überzeugen. So müssen zum Beispiel nach § 3 der Verwaltungsmaßnahme zur Bewertung des

staatseigenen Vermögens³⁰ Aktien vor Veräußerung bewertet werden. Obwohl diese verwaltungsrechtliche Norm ein zwingendes Gebot enthält, ist sie nach der Entscheidung *Lianda-Konzern vs. Anhui Autobahn-Konzern*³¹ eine bloße Ordnungsvorschrift, die keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Vertrags hat. Eine Begründung hierfür enthält die Entscheidung des OVG nicht.

In der Tat wird in der Rechtsprechung häufig eine Norm als bloße Ordnungsvorschrift eingeordnet, wenn das Gericht aus Billigkeitsgründen die Wirksamkeit des Vertrages aufrechterhalten will. Aus diesem Grund ist die Rechtsprechung häufig widersprüchlich. § 1 Nr. 1 der Justiziellen Auslegung zu Bauausführungsverträgen³² sieht beispielsweise vor, dass ein Bauunternehmer eine verwaltungsbehördlich erteilte berufliche Qualifikation benötigt, sonst ist sein Bauausführungsvertrag nach § 52 Nr. 5 VG nichtig. Wegen der klaren Rechtsfolge wird diese Norm als Wirkungsnorm angesehen. Andererseits wird das Erfordernis einer Vorverkaufsgenehmigung des Immobilienentwicklers in der Rechtsprechung für eine bloße Ordnungsvorschrift gehalten.³³

Deshalb streiten sich die Literatur und das OVG in seinen Zweiten Justiziellen Auslegungen um die Frage, nach welchen Auslegungskriterien eine Norm als Wirkungsnorm oder als Ordnungsvorschrift zu qualifizieren ist.

Das OVG stellte hierzu positive und negative Kriterien auf, aufgrund derer eine Norm als Wirkungsnorm qualifiziert werden könne. Vorrangiges positives Kriterium sei die von der Norm ausdrücklich angeordnete Rechtsfolge. Eine Norm könne aber auch ohne ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung eine Wirkungsnorm sein, wenn eine Durchführung des Vertrages die Interessen des Staates schädigen würde oder sozial-schädlich wäre. Dagegen sei eine Norm eine bloße Ordnungsvorschrift, wenn sie lediglich Parteiinteressen diene oder das Verwaltungsmanagement betreffe. Eine Norm sei eine Ordnungsvorschrift, wenn sie nach ihrem Sinn und Zweck nicht den Inhalt des Rechtsgeschäftes regeln wolle. Schließlich sei in der Regel eine Ordnungsvorschrift anzunehmen, wenn diese An-

²⁶ 最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见 v. 07.07.2009, Amtsblatt des Obersten Volksgerichts (最高人民法院公报) 2009, Nr. 8, S. 25 ff.; deutsche Übersetzung in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2009, Nr. 3, S. 296 ff.

²⁷ Vgl. ZHU Qinyu (朱庆育), (Fn. 12), S. 168.

²⁸ ZHANG Cheng, Die Tatbestände gegen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes aus Perspektive der Lehre von den Grundrechten (从基本权理论看法律行为之阻却生效要件), Faxue Yanjiu (法学研究) 2019 Nr. 2, S. 30 f.

²⁹ Z. B. in 2011 sah HAN § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung als einen Fortschritt, vgl. HAN Shiyuan (Fn. 7), S. 177. Aber HAN streicht in der neuen Auflage den entsprechenden Ausdruck, vgl. HAN Shiyuan (Fn. 21), S. 233.

³⁰ 国有资产评估管理办法 v. 16. 11. 1991, People's Republic of China State Council Order No. 91 (中华人民共和国国务院令 91 号).

³¹ Lianda-Konzern vs. Anhui Autobahn-Konzern (联大集团有限公司与安徽省高速公路控股集团有限公司股权转让纠纷上诉案), Urteil des Obersten Volksgerichts v. 28.11.2013, Az: (2013) Min Er Zhong Zi No. 33 ([2013] 民二终字第 33 号). Vgl. auch YAO Mingbin (Fn. 25), S. 1265.

³² Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen aus Bauausführungsverträgen (最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释) v. 29.9.2004, chinesisch-deutsch in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2011, S. 60 ff.

³³ Hubei Changsheng Immobilienentwickler GmbH vs. He Guoyun (湖北昌盛房地产开发有限公司与何国云确权纠纷再审民事判决书), Urteil des Obersten Volksgerichts v. 25.6.2013, Az: (2012) Min Kang Zi No. 17 ([2012] 民抗字第 17 号民事判决书). Vgl. auch YAO Mingbin (Fn. 25), S. 1278.

forderungen an die Qualifikation der Rechtssubjekte enthalte.³⁴

Nach § 16 der „Anleitungsansicht des OVG zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation“ ist innerhalb der Wirkungsnormen weiter zu differenzieren: „Die Volksgerichte müssen unter Berücksichtigung des Zwecks des Gesetzes bzw. der Rechtsnorm und durch Abwägung der im Konflikt stehenden gegenseitigen Rechtsinteressen wie (1) die Art der Rechtsinteressen, (2) die Transaktionssicherheit und (3) das [in dem Gesetz bzw. in der Rechtsnorm] geregelte Objekt in einer Gesamtschau den Typ der zwingenden Bestimmung feststellen. Wenn sich die zwingende Bestimmung auf die Vertragshandlung (合同行为) selbst bezieht, müssen die Volksgerichte die Unwirksamkeit des Vertrags nur dann feststellen, wenn die Ausführung der Vertragshandlung absolut staatliche oder öffentliche Interessen schädigt. Wenn sich die zwingende Bestimmung auf die Qualifikation der Parteien für einen ‚Marktzugang‘ und nicht auf einen bestimmten Typ einer Vertragshandlung bezieht oder wenn sie die Erfüllungshandlung eines bestimmten Vertrags und nicht eine bestimmte Vertragshandlung erfasst, müssen die Volksgerichte die Feststellung der Wirksamkeit dieses Vertrag umsichtig vornehmen; ist dies notwendig, müssen [die Volksgerichte] die Ansicht der betreffenden rechtssetzenden Abteilung einholen oder um die Instruktion des nächsthöheren Volksgerichts bitten.“³⁵

Damit ist der Normzweck nach dem Verständnis des OVG für die Beantwortung der Frage, ob die Norm die Wirksamkeit eines Vertrages berührt, maßgeblich. Die betroffenen Rechtsinteressen, der Verkehrsschutz und der Regelungsgegenstand der Vorschrift, sind dabei besonders zu berücksichtigen. Insbesondere unterscheidet das OVG nach dem Gegenstand des Verbotes, nämlich danach, ob es sich gegen die vertragliche Verpflichtung, die Marktzugangsberechtigung der Parteien oder die Erfüllungshandlung richtet. Mit anderen Worten stellen die Verbotsgesetze eine gesetzliche Inhaltskontrolle des Vertrages dar. Die Auffassung des OVG erinnert an die deutsche Normzwecklehre. Gelangt danach die Auslegung zu dem Ergebnis, dass das Verbot nicht bezweckt, das Geschäft als solches zu untersagen, sondern sich lediglich gegen die Umstände seines Zustandekommens wendet, so handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift und nicht um ein Verbotsgesetz.³⁶ Auch *Bork* unterscheidet Verbotsgesetze danach, ob sie sich gegen den Inhalt oder

die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder gegen die Umstände seines Zustandekommens richten.³⁷ Ein Ansatz in der Literatur versucht daher, die Lehre von der Wirkungsnorm mit der Normzwecklehre zu kombinieren.³⁸

Die Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsvorschriften wird jedoch von der h. L. in China stark kritisiert, da sie weitestgehend unklar geblieben ist und im Ergebnis als falsch bezeichnet werden muss. Durch sie wird nämlich fälschlicherweise suggeriert, dass alle zwingenden Normen entweder Wirkungs- oder Ordnungsvorschriften wären. Auch Regelungen etwa über die Geschäftsfähigkeit oder die Verfügungsmacht wären demnach als Wirkungsnormen zu bezeichnen.³⁹ Zudem ist die Unterscheidung überflüssig geworden, nachdem das OVG seine Auffassung hinsichtlich der Ordnungsvorschriften geändert hat und auch Verträge, die Ordnungsvorschriften zuwiderlaufen, nichtig sein können.⁴⁰

Schließlich sind die Kriterien des OVG zu abstrakt, um in der Praxis handhabbar zu sein, und führen zu zirkelschlüssigen Begründungen in den Entscheidungen. Im Ergebnis ordnet das Gericht die in Rede stehende Norm nach Gerechtigkeits- und Billigkeitsgesichtspunkten der einen oder anderen Kategorie zu.⁴¹ Hierbei helfen ihm die vom OVG aufgestellten Kriterien nicht, da diese in sich widersprüchlich, nicht praktikabel oder überholt sind.⁴²

Die h. L. ist daher bestrebt, eigene Kriterien zu entwickeln. Dabei wird ein Rechtsvergleich des § 52 Nr. 5 VG mit dem deutschen § 134 BGB fruchtbar gemacht. Beide Vorschriften sind sich grundsätzlich sehr ähnlich, unterscheiden sich aber dahingehend, dass § 52 Nr. 5 VG keinen Normzweckvorbehalt wie § 134 BGB enthält. Aufgrund dieser Ähnlichkeit versucht die h. L. in China, die deutsche Rechtsdogmatik zu § 134 BGB zu rezipieren.⁴³ Im Detail gibt es hierzu in der Literatur unterschiedliche Auffassungen, die der h. L. aber im Ergebnis beipflichten, dass die deutsche Normzwecklehre die bessere Lösung gegenüber der Lösung des OVG sei und die daher eine Rezeption befürworten.⁴⁴

In einem ersten Schritt fügt die h. L. im Wege der teleologischen Reduktion § 52 Nr. 5 VG einen Normzweckvorbehalt hinzu.⁴⁵

³⁷ *Reinhard Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016, S. 429 f.

³⁸ Vgl. *HAN Shiyuan* (Fn. 7), S. 177. Aber *HAN* gibt in der neuen Auflage die Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsvorschriften tatsächlich auf. Er betont vielmehr den Normzweck. Vgl. *HAN Shiyuan* (Fn. 21), S. 234, 236.

³⁹ Vgl. *YAO Mingbin* (Fn. 25), S. 1267 ff. Unter dem Einfluss des deutschen Rechts unterscheidet *YAO* zwischen dem rechtlichen „Dürfen“ und dem rechtlichen „Können“.

⁴⁰ Vgl. *ZHU Qingyu* (Fn. 12), S. 159.

⁴¹ *YAO Mingbin* (Fn. 25), S. 1271.

⁴² Ausführlich vgl. *ZHU Qingyu* (Fn. 12), S. 159.

⁴³ § 52 Nr. 5 VG ist dem österreichischen § 879 Abs. 1 ABGB zwar ähnlicher als § 134 BGB. § 879 Abs. 1 ABGB wird jedoch genauso wie § 134 BGB ausgelegt. Vgl. *GENG Lin* (Fn. 20), S. 99 f.

⁴⁴ Beispielsweise zitiert *HAN Shiyuan* das Reichsgericht (RGZ 60, 273, 276) als Argument, vgl. *HAN Shiyuan* (Fn. 21), S. 234.

⁴⁵ *GENG Lin* (Fn. 20), S. 202.

³⁴ *SHEN Deyong/XI Xiaoming* (沈德咏、奚晓明) (Hrsg.), Verstehen und Anwenden der „Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes der Volksrepublik China (Teil 2)“ (最高人民法院关于合同法司法解释(二)的理解与适用), 1. Auflage, Beijing 2009, S. 112 f. Vgl. auch *HAN Shiyuan* (Fn. 7), S. 178.

³⁵ 最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见 v. 7.7.2009, Amtsblatt des Obersten Volksgerichts (最高人民法院公报) 2009, Nr. 8, S. 25 ff.; deutsche Übersetzung in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2009, Nr. 3, S. 296 ff.

³⁶ *Christian Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2018, § 134 Rn. 42.

Ferner rezipiert die chinesische Lehre den deutschen Kanon der Auslegungsmethoden von Normen und unterteilt diesen in formelle und materielle Auslegungsmethoden. Dabei ist zu beachten, dass einige Auslegungsmethoden nicht unbesehen auf chinesische Normen anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die grammatikalische Auslegung. Danach sprechen Formulierungen, die Negationen ausdrücken sollen, für die Annahme, dass ein Verbotsgesetz vorliegt. Ein Beispiel bildet die Formulierung „不得“, die der deutschen Negation „darf nicht“ entspricht. Problematisch ist zunächst, dass man sich nicht sicher sein kann, ob der chinesische Gesetzgeber negative Formulierungen bewusst gewählt hat, um Verbotsgesetze zu kennzeichnen. Das OVG akzeptierte sogar die Möglichkeit, dass es sich hierbei auch um einen Fehler der Gesetzgebung handeln könnte.⁴⁶ Zudem funktioniert die chinesische Grammatik anders als die deutsche Grammatik. Schließlich hat die grammatikalische Auslegung auch in Deutschland nur einen begrenzten Aussagegehalt und ist nur eine von mehreren Methoden, um den Norminhalt zu ermitteln. Im Ergebnis hat daher die grammatische Auslegung nur eine begrenzte Funktion.⁴⁷

Schließlich wird im Wege der teleologischen Auslegung ermittelt, ob die Versagung der Wirksamkeit des Vertrages notwendig ist, um das mit der Norm verfolgte gesetzgeberische Ziel effektiv zu verwirklichen.⁴⁸ Hierfür ist eine einzelfallbezogene Interessenabwägung unter Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorzunehmen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt zwar ursprünglich aus dem öffentlichen Recht, wird aber in immer stärkerem Maße auch analog im Zivilrecht angewendet, um Gerechtigkeit herzustellen und dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen.⁴⁹ In seinem Aufsatz stellt *Zheng* das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht dar. Grundsätzlich kann demnach ein Vertrag trotz Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz wirksam bleiben, wenn die öffentlich-rechtliche Haftung genügt, den Zweck der Norm zu erreichen. Beispielsweise ist ein Sparkontovertrag, den ein Verbraucher im fremden Namen mit der Bank abgeschlossen hat, wirksam, obwohl er gegen § 17 Nr. 1 des Personalausweisgesetzes⁵⁰ verstößt, da die öffentlich-rechtliche Haftung genügt, um

dem Personalausweisgesetz zur effektiven Wirksamkeit zu verhelfen.⁵¹

III. Das bewegliche System als die neueste Lösung

1. Kritik an der herrschenden Lehre und den Justiziellen Auslegungen des OVG

Die Kritik der h. L. an der Unterscheidung des OVG zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsvorschriften überzeugt nur teilweise. Zutreffend ist, dass die Unterscheidung dadurch überflüssig wurde, dass nunmehr das OVG davon ausgeht, dass auch Ordnungsvorschriften zur Unwirksamkeit von Verträgen führen können. Um diese Verwirrung zu beseitigen, ist nach h. L. die Unterscheidung aufzugeben und direkt vom Normzweck auszugehen.

Sie übersieht bei ihrer Kritik am OVG jedoch, dass auch bei der Unterscheidung zwischen Wirkungs- und Ordnungsvorschrift im Ausgangspunkt der Normzweck maßgeblich ist. Die Auffassung des OVG geht maßgeblich auf *SHI Shangkuan* zurück, dessen Lehre von der japanischen und deutschen Lehre geprägt ist. Ein Richter des OVG (*Cao Shouye*) zitierte in einem Aufsatz über die zweite Auslegung zum Vertrag die Lehre von *SHI*.⁵² Dieser greift zur Einordnung einer Norm als Wirkungsnorm oder Ordnungsvorschrift ebenfalls auf den Normzweck zurück. Eine Wirkungsnorm liege vor, wenn der Normzweck nur durch Nichtigkeit des Vertrages erreicht werden kann.⁵³ In diesem Sinne haben Wirkungsnormen nach Ansicht von *SHI* die gleiche Wirkung wie Verbotsgesetze. Die Zuordnungskriterien des OVG stellen einen Versuch dar, auf diese Lehre zurückzugreifen.

Die Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welche im Rahmen der Ermittlung des Normzwecks nach h. L. vorzunehmen ist, findet sich ebenfalls in den Zweiten Justiziellen Auslegungen des OVG wieder.

Allerdings ist festzustellen, dass die untergerichtliche Rechtsprechung mittlerweile auf die Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsvorschriften verzichtet, obwohl OVG offiziell noch an der Unterscheidung festhält. Ein Beispiel dafür bildet die Entscheidung *Shanghai Saiqiang Gusswerkstoff Ltd. vs. Shanghai Xianqiao Dekorationsmaterialien Ltd.*, in welcher das Gericht sogar ausdrücklich auf die Zuordnung der streitgegenständlichen Normen verzichtet.⁵⁴

⁴⁶ Richtige Behandlung von Streitfällen zum Vertrag, Schutz der ungehinderten Verkehrsordnung des Marktes (妥善审理合同纠纷案件维护市场正常交易秩序), Zeitung des Volksgerichts (人民法院报) 14.7.2009.

⁴⁷ Vgl. *ZHU Qingyu* (Fn. 12), S. 170; *GENG Lin* (Fn. 20), S. 187–194.

⁴⁸ *HAN Shiyuan* (Fn. 21), S. 235.

⁴⁹ Vgl. *ZHENG Xiaojian* (郑晓剑), Die Anwendbarkeit und Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Zivilrecht (比例原则在民商法上的适用及展开), *Zhongguo Faxue* (中国法学) 2016, Nr. 2, S. 149 ff.

⁵⁰ Bürgerliches Personalausweisgesetz, 中华人民共和国居民身份证法, erlassen am 28.6.2003, revidiert am 29.10.2011, Order of the President of the People's Republic of China Nr. 51 (中华人民共和国主席令 第 51 号) 2011.

⁵¹ Vgl. *XIE Hongfei* (谢鸿飞), Diskussion der „gesetzmäßigen Norm“ für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes (论法律行为生效的“适法规范”), *Zhongguo Shehui Kexue* (中国社会科学) 2007, Nr. 6, S. 134.

⁵² *SHI Shangkuan* (史尚宽), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (民法总论), 1. Auflage, Beijing 2000, S. 330. *CAO Shouye* (曹守晔), Verstehen und Anwendung der „Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“ (《关于适用合同法若干问题的解释(二)》的理解与适用), *Renminsifa Yingyong* (人民司法·应用) 2009, Nr. 13, S. 43.

⁵³ *SHI Shangkuan* (Fn. 52), S. 330 f.

⁵⁴ Vgl. Richterkommentar zur Rechtsprechung, *Shanghai Saiqiang Gusswerkstoff Ltd. vs. Shanghai Xianqiao Dekorationsmaterialien*

Wenn man damit zu der Feststellung gelangt, dass die Zweiten Justiziellen Auslegungen des OVG und die Normzwecklehre zu gleichen Ergebnissen kommen, stellt sich die Frage, ob die Normzwecklehre der Entwicklung der chinesischen Sozialordnung noch in ausreichendem Maße Rechnung trägt und insbesondere ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den neuen Entwicklungen in der Sozialregulierung entspricht. Hinter der analogen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zivilrecht stand ursprünglich die Bemühung, den Einfluss des öffentlichen Rechts auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse einzudämmen. Auch die Unterscheidung zwischen Wirkungs- und Ordnungsvorschriften sowie die Normzwecklehre spiegeln diese Bemühungen wider. Sie waren sinnvoll, als China von der Plan- zur Marktwirtschaft überging. Nachdem dieser Übergang vollzogen ist, muss aber darüber nachgedacht werden, auf welche Weise die Ziele des Gesetzgebers besser umgesetzt werden können.

2. Die Schaffung eines beweglichen Systems

Die Normzwecklehre entstand vor 80 Jahren. Sie blieb in China dogmatisch wenig durchdrungen, so dass ihre Voraussetzungen zu abstrakt geblieben sind. Ein neuer Ansatz in der Literatur versucht, ein bewegliches System durch Fallgruppenanalyse aufzubauen, um praktisch besser handhabbare Kriterien und gerechtere Ergebnisse zu erhalten. Das von *Wilburg* begründete sogenannte bewegliche System wird in China als ein Ausweg aus der Starrheit der Begriffsjurisprudenz angesehen.

Eine Lehre analysiert die Rechtsprechungen unter acht Bewertungselementen: die geschützten Rechtsgüter, der Schutzzweck, der Anwendungsbereich und der Regelungsgegenstand, die Rechtsnatur, die Kontrolldichte, das Kontrollinstrument und, abhängig von der Stufe der Vertragserfüllung, die Kontrolleffizienz. Denkbar ist nach diesem Ansatz als Rechtsfolge nicht nur die Nichtigkeit des Vertrages, sondern auch eine relative Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit.⁵⁵

Eine andere Ansicht systematisiert die Kriterien, die das OVG in Ziffer 16 seiner *Anleitungsansicht* aufgestellt hat, neu⁵⁶ und unterteilt sie in innere und äußere Elemente. Die inneren Elemente betreffen den materiellen Regelungsgehalt der Normen. Dazu gehören alle in § 16 ausdrücklich genannten Kriterien, das heißt der Vertragsinhalt, die Qualifikation der Parteien und die Erfüllungshandlung. Dabei wird unter jedem Kriterium eine mögliche Verbotswidrigkeit der Normen weiter geprüft. Beispielsweise kann eine Norm, die einen bestimmten Vertragsinhalt verbietet, sich gegen die Veräußerung des Vertragsgegenstandes oder lediglich

gegen die Benutzung des durch Vertrag veräußerten Gegenstands richten. Nur ein Veräußerungsverbot führt zur Nichtigkeit des Vertrages. Beispielsweise ist die Veräußerung von Fangquoten gemäß § 23 des chinesischen Fischereigesetzes⁵⁷ nichtig. Danach kann „die Fischereilizenz [...] nicht gekauft, vermietet oder auf andere Weise übertragen werden“. Die Fangquoten sind wesentlicher Bestandteil der Fischereilizenz, sodass ein Übertragungsvertrag nichtig sein muss.

Unter den äußeren Elementen werden die Umstände des Einzelfalls verstanden, aufgrund derer die Nichtigkeit des Vertrages notwendig und gerecht erscheint. Die Notwendigkeit der Nichtigkeit kann sich dabei auch aus der Verbotswidrigkeit der Erfüllungshandlung ergeben, während sich die Nichtigkeit aus Gerechtigkeitsgründen normalerweise daraus ergibt, dass die Parteien bewusst gesetzeswidrig handeln.

Die äußeren und inneren Elemente können auch kombiniert werden und die Rechtsfolge kann auch im Einzelfall von der Nichtigkeit abweichen.

Ein fallgruppenbasiertes bewegliches System ist grundsätzlich am besten geeignet, um ein Zusammenwirken von Privatrecht und öffentlichem Recht zu verwirklichen. Ein bewegliches System besteht aus Bewertungskriterien und verschiedenen Bewertungselemente,⁵⁸ mit denen das bewegliche System nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch Ermessensfreiheit gewährt.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob es die Grenzen der Auslegung des § 52 VG überschreitet, neben der Nichtigkeit auch andere Rechtsfolgen anzunehmen, wenn die Norm ausdrücklich nur die Nichtigkeit vorsieht. Außerdem bleibt zweifelhaft, ob die aus der Rechtsprechung entwickelten Elemente geeignete Kriterien zur Beurteilung der Wirkung eines Vertrages sind.

IV. Ergebnis: Von der Trennung zum Zusammenwirken von Privatrecht und öffentlichem Recht

Die Frage der Auslegung des § 52 Nr. 5 VG wirft auch die Frage auf, wo die Grenze zwischen Privatautonomie und dem öffentlichen Interesse liegt. Ihre Beantwortung hängt von der Idee oder der Rolle des Privatrechts ab. Die Entwicklung des Privatrechts in China hat vier Stufen durchlaufen.⁵⁹

Die erste Stufe umfasst die Zeit von 1978 bis zum Erlass der AGZ im Jahr 1987. In dieser Zeit stand China noch unter dem Einfluss der Planwirtschaft. Nach dem damaligen Wirtschaftsvertragsgesetz oblag es der

Ltd. (上海赛强铸造材料有限公司与上海桥仙装潢材料有限公司码头出租合同纠纷上诉案), Urteil des Zweiten Mittleren Volksgerichts Shanghai, (2008) Hu Yi Zhong Min Er (Min) Zhong No. 1062 ([2008]沪一中民二(民)终字第1062号).

⁵⁵ Vgl. *SU Yongqin* (苏永钦), Die Kontrolle des privaten Vertrages durch öffentlich-rechtliche Normen (以公法规范控制私法契约), *Renda Falü Pinglun* (人大法律评论) 2010, S. 14 ff.

⁵⁶ *YAO Mingbin* (Fn. 25), S. 1276 ff.

⁵⁷ Fischereigesetz, 中华人民共和国渔业法, erlassen am 20.1.1986, revidiert am 28.12.2013, Order of the President of the People's Republic of China Nr. 8 (中华人民共和国主席令第8号) 2013.

⁵⁸ *Xie Gen/Ban Tianke* (解亘、班天可), das missverständliche und überschätzte bewegliche System (被误解和被高估的动态体系论), *Faxueyanjiu* (法学研究) 2017, Nr. 2, S. 47–51.

⁵⁹ Die ausführliche Darstellung von der ersten Stufe bis zu der dritten Stufe, vgl. *XIE Gen* (解亘), Diskussion der Wirksamkeit des zwingend-normwidrigen Vertrages (论违反强制性规定契约之效力), *Zhongwaifaxue* (中外法学) 2003, Nr. 1, S. 49.

Regierung, Verträge zu überwachen. Ob ein Zivilrecht überhaupt notwendig war, war umstritten. Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht war noch nicht allgemein akzeptiert. Der Erlass der AGZ beendete diesen Streit.

Die zweite Stufe betrifft den Zeitraum ab 1987 bis zu DENGs Reise in den Süden Chinas (1992). Die Privatautonomie wurde gestärkt. Allerdings spielten die Wirtschaftsordnung und andere öffentliche Regelungen weiterhin eine wichtige Rolle bei der Wirksamkeitskontrolle von Verträgen. Das lag an der weiterhin nicht klaren Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Es überrascht daher nicht, dass die AGZ so viele Vorschriften zur staatlichen Regulierung enthält. Nach den §§ 7, 58 AGZ kommt nicht nur das Gesetz, sondern auch die Wirtschaftsordnung als Nichtigkeitsgrund in Betracht.

Die dritte Stufe beginnt mit DENGs Reise und endet im Jahr 2009. Eine strikte Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht sowie zwischen Zivil- und Wirtschaftsrecht war nun weitgehend akzeptiert. Aus diesem Grund versuchten die Zweiten Justiziellen Auslegungen des OVG und die Lehre, den Einfluss des öffentlichen Rechts auf das Zivilrecht zu begrenzen. § 14 der Zweiten Justiziellen Auslegung des OVG aus dem Jahr 2009 ist ein gutes Beispiel dafür. Danach sind nur Verträge, die Wirkungsnormen verletzen, nichtig. Damit berührten viele zwingende Regelungen des öffentlichen Rechts die Wirksamkeit der Verträge nicht mehr und die Privatautonomie wurde gestärkt.

Die vierte Stufe begann 2009 und dauert bis heute fort. Seit 2009 wird das Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht vom OVG und von der Lehre neu diskutiert. Mit der Entwicklung des Sozialstaates betonen Gesetzgeber und Lehre, dass beide Rechtsgebiete zusammenwirken. Insbesondere das Wirtschaftsrecht gewinnt an Bedeutung und nimmt in seinem Umfang massiv zu. Ein Beispiel hierzu stellt die Einführung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb⁶⁰ dar. Es wird erkannt, dass viele privatrechtliche Verträge zu sozialen Problemen führen. Es bleibt eine der drängendsten Fragen der Zeit, wie man diese Probleme in möglichst effizienter Weise löst.

⁶⁰ Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, 中华人民共和国反不正当竞争法, erlassen am 2.9.1993, revidiert am 4.11.2017, chinesische Fassung siehe Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报) 2017, Nr. 6, S. 806 ff., deutsche Fassung in: Chinas Recht VIII.1, 2.9.93/1, <www.chinas-recht.de>, eingesehen am 13.06.2019.

* * *

Public Law Limitations on the Freedom of Contract – A Commentary on § 8 General Part of the Chinese Civil Code

In § 8 of the General Part of the Chinese Civil Code (GPCC), which originated from § 8 of the General Principles of Chinese Civil Law and § 7 of the Contract Law, illegality and public morality are regulated. Compared to the German BGB, it is a special feature of § 8 GPCC that illegality and immorality are regulated in the same paragraph. This reflects the discussion in China about the relationship between prohibitive legal rules and public morality. As a principle, § 8 GPCC is specified in the field of contract law by § 52 No. 4 and 5 Contract Law. The interpretation of “law” in the sense of § 8 GPCC and § 52 No. 5 Contract Law encountered problems in the application of law. Legal theory and legal interpretations in China seek to limit the scope of legal prohibitions. In order to assess the validity of a contract, recent Chinese theory creates a flexible system comprising eight evaluative elements, e.g. the degree to which a contract has been fulfilled.