

ZChinR

Zeitschrift für Chinesisches Recht

Herausgegeben von der
Deutsch-Chinesischen
Juristenvereinigung e.V.

In Verbindung mit dem
Deutsch-Chinesischen Institut
für Rechtswissenschaft

Und dem Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales
Privatrecht

Sonderheft

Die Kodifikation der Vertragsfreiheit im
chinesischen, deutschen und europäischen
Zivilrecht

Beiträge der 6. Deutsch-Chinesischen Tagung
am 26./27. Juli 2018 in Freiburg i. Br.

Heft 1/2019

26. Jahrgang, S. 1–116





Handbuch des chinesischen Zivilprozessrechts

Analyse und Materialien

Herausgegeben von Knut Benjamin Pißler

Das Werk behandelt erstmals umfassend das Zivilprozessrecht der Volksrepublik China in deutscher Sprache. Berücksichtigt werden nicht nur die gesetzlichen Regelungen, sondern auch einschlägige justizielle Interpretationen des Obersten Volksgerichts und die Rechtsprechung der Untergerichte. Die Autoren sind ausgewiesene Kenner des chinesischen Rechts aus Wissenschaft und Praxis. Nach eingehenden Beiträgen zu den Prozessvoraussetzungen, dem Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren sowie den Besonderheiten in Verfahren mit Auslandsbezug enthält der Anhang des Bandes das Zivilprozessgesetz in der Fassung von 2017, die Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zum Zivilprozessgesetz aus 2015 sowie weitere wichtige Justizauslegungen, jeweils im chinesischen Original und in deutscher Übersetzung. Ein einleitendes Kapitel zu der Entwicklung des Zivilprozessrechts, den Verfahrensgrundsätzen und der Gerichtsverfassung in China mit einem Fokus auf der Zivilrechtsprechungspraxis rundet die Arbeit ab.

Inhaltsübersicht:

1. Kapitel

Knut Benjamin Pißler: Einleitung

2. Kapitel: Prozessvoraussetzungen

Nils Pelzer: Verfahrenseröffnung – *Nils Pelzer:* Zuständigkeitsordnung – *Mario Feuerstein:* Prozessbeteiligte

3. Kapitel: Weiteres Verfahren

Nils Klages: Gewöhnliches Verfahren in erster Instanz – *Simon Werthwein:* Beweisrecht – *Nils Pelzer:* Schlichtung – *Nils Pelzer:* Vereinfachtes Verfahren und Verfahren mit geringem Streitwert – *Yuanshi Bu:* Berufungsverfahren

4. Kapitel: Besondere Verfahrensarten

Yuanshi Bu: Drittanfechtungsklage – *Mario Feuerstein:* Klagen im öffentlichen Interesse – *Patrick Alois Hübner:* Einstweiliger Rechtsschutz – *Knut Benjamin Pißler:* Wiederaufnahmeverfahren

5. Kapitel: Vollstreckungsverfahren

Knut Benjamin Pißler: Voraussetzungen und Verfahren – *Nils Pelzer:* Einzelne Vollstreckungsmaßnahmen – *Yue Siebel:* Vollstreckungseinwände

6. Kapitel: Verfahren mit Auslandsbezug

Nils Pelzer: Allgemeine Voraussetzungen – *Nils Klages:* Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen und Schiedssprüchen

2018. XXXII, 869 Seiten
(Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 55).

Leinen
ISBN 978-3-16-156288-4;
eBook
ISBN 978-3-16-156289-1
€ 119,-

Das Zivilprozessrecht der Volksrepublik China wird nun erstmals in deutscher Sprache erörtert. Dieses Werk ermöglicht so einen Zugang zu Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren in China unter Berücksichtigung der Besonderheiten in Verfahren mit Auslandsbezug. Ausgewiesene Kenner aus Wissenschaft und Praxis berücksichtigen hierfür die zusätzlich abgedruckten einschlägigen Gesetze und justiziellen Interpretationen sowie die aktuelle Rechtsprechung.



Mohr Siebeck

Tübingen

info@mohrsiebeck.com

mohrsiebeck.com

Informationen zum eBook-Angebot: mohrsiebeck.com/ebooks

| | |
|---------|---|
| Vorwort | 5 |
|---------|---|

AUFSÄTZE

| | |
|--|-----|
| <i>Franz Jürgen Säcker</i> , Die Entwicklung des Zivilrechts im Einklang mit der Verfassungs- und Wirtschaftsordnung (§ 1 AT ZGB) | 6 |
| <i>BU Yuanshi</i> , Der Grundsatz der Rechtsgleichheit aller Zivilrechtssubjekte | 13 |
| <i>Andreas Engert</i> , Der Vertrag zwischen Freiheit und Gerechtigkeit – §§ 5, 6 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China | 21 |
| <i>ZHANG Shuanggen</i> , Der Grundsatz von Treu und Glauben im chinesischen Zivilrecht – zur Bearbeitung eines chinesischen Gesetzeskommentars | 29 |
| <i>Claudia Schubert</i> , Der Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 6, 7 AT ZGB) | 34 |
| <i>FENG Jieyu</i> , Die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch öffentlich-rechtliche Normen – zugleich eine Kommentierung von § 8 AT ZGB | 42 |
| <i>WANG Hongliang</i> , Sittenwidrigkeit und Vertragsstrafe | 50 |
| <i>Jan Lieder / Philipp Pordzik</i> , Der Schutz der Umwelt als Grenze der Vertragsfreiheit | 58 |
| <i>HE Jian</i> , Das Grüne Prinzip und die Rechtsökonomie im chinesischen Zivilrecht | 67 |
| <i>Phillip Hellwege</i> , Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 AT ZGB aus deutscher und europäischer Perspektive | 72 |
| <i>ZHUANG Jiayuan</i> , Probekomentierung zu § 79 Vertragsgesetz – Auszug | 84 |
| <i>Jan von Hein</i> , Grenzen der Vertragsfreiheit im Internationalen Privatrecht (§ 12 AT ZGB) | 94 |
| <i>ZHU Xiaozhe</i> , Die Parteiautonomie und deren Beschränkung bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für die zivilen Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug | 107 |

ADRESSEN

| | |
|---|-----|
| Kanzleien mit einer Mitgliedschaft in der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V. | 113 |
|---|-----|

„Bereits der erste Band macht deutlich, dass den Herausgebern und Autoren ein großer Wurf gelungen ist. Das Buch lädt Praktiker wie Wissenschaftler förmlich zur vertiefenden Beschäftigung mit Rechtsfragen des chinesischen Zivilrechts ein.“

Prof. Dr. Manfred Wandt in VersR 2016 Heft 5



- **Ergänzung zu Band 1 (erschienen 2015)**
- Vertiefung der Grundlagen des chinesischen Wirtschaftsrechts
- Wissenschaftliche Grundlegung und praktische Orientierungshilfe für deutsche Unternehmen und Wirtschaftskanzleien durch die Zusammenarbeit von Wissenschaftlern und Praktikern
- **Schwerpunkte Band 2:** Chinesisches Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, Arbeitsrecht, Mechanismen der Rechtsdurchsetzung, Bank- und Kapitalmarktrecht, Recht des geistigen Eigentums
- Systematische Einführung in die grundlegenden Rechtsbereiche für Geschäftstätigkeiten in China: u.a. allgemeines und besonderes Schuldrecht, Sachenrecht, Internationales Privatrecht
- Einstiegshilfe für den chinesischen Markt für deutsche Unternehmen und Wirtschaftskanzleien sowie für Studierende als ersten Einblick in das chinesische Zivilrecht
- Autorenteam von chinesischen und deutschen Experten mit mehrjähriger Erfahrung im Umgang mit dem chinesischen Recht

Ja, ich bestelle – per Fax unter 08581 754 oder auf www.shop.ruw.de

- Expl. **Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht Band 2 – Schwerpunkt Wirtschaftsrecht**
2016, 634 Seiten, Geb., ISBN: 978-3-8005-1619-3, € 199,-
- Expl. **Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht Band 1 – Schwerpunkt Zivilrecht**
2015, 362 Seiten, Geb., ISBN: 978-3-8005-1585-1, € 179,-
- Expl. **Paket Bd. 1 und 2**
ISBN: 978-3-8005-1660-5
Vorzugspreis bei Gesamtabnahme: € 339,- statt € 378,- bei Abnahme der Einzelbände
Preisvorteil: € 39,- gegenüber Einzelbezug

Name | Firma | Kanzlei _____

E-Mail _____

Straße | Postfach _____

PLZ | Ort _____

Datum | Unterschrift _____

Vorwort

Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuchs hat 2017 mit dem Allgemeinen Teil begonnen und wird 2020 durch die Kodifikation der Bücher zum Vertragsrecht, Deliktsrecht, Sachenrecht, Familien- und Erbrecht sowie zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht fortgesetzt. Der chinesische Gesetzgeber hat dem Allgemeinen Teil grundlegende Prinzipien für das chinesische Privatrecht (§§ 1–12), insbesondere das Vertragsrecht, vorangestellt, die die weitere Ausgestaltung des Privatrechts prägen können. Sie zielen auf eine Entwicklung des Zivilrechts im Einklang mit der Verfassungs-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung und erfassen grundlegende Aussagen über das Verhältnis der Privatrechtssubjekte (Rechtsgleichheit, Vertragsfreiheit, Gerechtigkeit zwischen den Vertragspartnern und Treu und Glauben) und die Wahrung der Außengrenzen privatrechtlichen Handelns (Schutz der öffentlichen Ordnung, der Umwelt und Dritter sowie der Verkehrssitte und Handelsbräuche).

Die dem vorliegenden Sonderheft zugrundeliegende Deutsch-Chinesische Tagung am 26. und 27. Juli 2018 in Freiburg hat diese Grundprinzipien und ihre Bedeutung für das Vertragsrecht in den Mittelpunkt einer rechtsvergleichenden Auseinandersetzung gerückt. Organisiert wurde sie gemeinsam von *Prof. Dr. Claudia Schubert*, damals Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Ruhr-Universität Bochum, *Prof. Dr. Jan von Hein*, Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Freiburg, Abt. III, und *Prof. Dr. Yuanshi BU*, LL.M. (Harvard), Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. An der Tagung beteiligten sich Vertreter der chinesischen und der deutschen Rechtswissenschaft. Die chinesische Delegation leiteten *Prof. Dr. HUANG Hui*, damals Beihang University in 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 großzügig gefördert, wofür wir an dieser Stelle herzlich danken möchten.

Wir bedanken uns ferner bei der Zeitschrift für Chinesisches Recht für die Aufnahme der Beiträge, die aus den Referaten der Tagung entstanden sind. Sie setzen sich entweder mit der chinesischen Rechtsentwicklung auseinander oder analysieren, vergleichend mit dem deutschen Recht, einzelne Rechtsprinzipien des Allgemeinen Teils des zukünftigen ZGB. Vor dem Hintergrund dieser Prinzipien wird in der Zukunft die Kohärenz der chinesischen Privatrechtsordnung beurteilt werden können. Insbesondere werden Maßstäbe entwickelt, deren Verwirklichung sich in den besonderen Büchern eines chinesischen Zivilgesetzbuchs zeigen müssen.

Prof. Dr. Claudia Schubert

Prof. Dr. Jan von Hein

AUFSÄTZE

Die Entwicklung des Zivilrechts im Einklang mit der Verfassungs- und Wirtschaftsordnung (§ 1 AT ZGB)

Franz Jürgen Säcker¹

Abstract

Der Aufsatz vergleicht den Allgemeinen Teil des deutschen BGB mit dem Allgemeinen Teil des chinesischen ZGB. Der Verfasser lobt die grundrechtsähnlichen Bestimmungen an der Spitze des ZGB als ideelle Leitprinzipien für die Auslegung und begrüßt die Aufnahme von Wille und Schuld als maßgebliche Obligierungsgründe. Aufbau und System des Allgemeinen Teils des ZGB weisen große Ähnlichkeiten zum deutschen BGB auf. Rechtliche Unsicherheiten und Zweifelsfragen verbleiben aber auch hier, wie am Beispiel der den Wucher betreffenden Bestimmungen gezeigt wird.

I. Struktur und Aufgaben eines Allgemeinen Teils

1. Sinn eines Allgemeinen Teils

Am 1.10.2017 ist der Allgemeine Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)² in Kraft getreten. Er ist damit 117 Jahre jünger als der Allgemeine Teil des deutschen Zivilgesetzbuches. Der Allgemeine Teil des ZGB ist 15 Jahre lang vorbereitet worden. Das BGB ist doppelt so lange – fast 30 Jahre – beraten worden. Die Grundprinzipien des Allgemeinen Teils des BGB gelten aber immer noch und bilden nach wie vor das Herzstück des BGB.³ Ein Vergleich des „jungen“ chinesischen AT ZGB mit dem „alten“ Allgemeinen Teil des BGB verspricht daher spannende Einsichten, und zwar in doppelter Hinsicht:

1. Gibt es entwicklungsgeschichtliche Differenzen zwischen einer alten und einer neuen Kodifikation?
2. Gibt es kulturelle Differenzen zwischen einer europäischen und einer chinesischen Kodifikation des Zivilrechts?

Unter Zivilrecht (Bürgerlichem Recht, Privatrecht) verstehen wir bei rechtsvergleichender Betrachtung das Vermögensrecht (Schuldrecht, Sachenrecht) und – bereits umstritten – das Familien- und Erbrecht. Die Normen, die diese Rechtsgebiete regeln, gelten unterschiedslos für alle Privatrechtssubjekte, das heißt für

alle Bürger (ebenso § 2 und 4 AT ZGB). In dieser Gleichheit spiegelt sich das Pathos der französischen Revolution von 1789, die alle standes- und zunftrechtlichen Regelungen hinwegfegte, die den Grad der Rechtsfähigkeit an dem gesellschaftlichen Rang (Geistliche, Adel, Bürger, Arbeiter) anknüpften.⁴

Die Entwicklungsgeschichte in Deutschland hin zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist dafür ein typisches Beispiel. Die Entwicklung zu einem einheitlichen Handelsrecht in Europa war relativ einfach, weil es in Europa eine Lex mercatoria mit einem vom römischen Recht geprägten Kanon von Vorschriften gab, an die das Handelsrecht anknüpfen konnte. Das Handelsrecht war das flexible Organisationsrecht für Kaufleute, das nicht in das für alle geltende Zivilgesetzbuch gepasst hätte. Ein gleiches Problem stellte sich für das Arbeitsrecht, das in den Zivilgesetzbüchern gleichfalls nicht geregelt wurde, weil es ein spezifisches Schutzrecht für die Arbeitnehmer sein sollte.

Es ist umstritten, ob das Verständnis der zivilgesetzlichen Kodifikation als das Recht, das für alle gilt, noch aufrechterhalten werden kann, seitdem das Verbraucherschutzrecht in Deutschland in das allgemeine Zivilrecht aufgenommen worden ist.⁵ Die liberale Gleichheitsphilosophie wollte das Verbraucherschutzrecht außerhalb des Zivilgesetzbuchs in speziellen Konsumentenschutzgesetzen regeln. Diese liberale Position hätte allerdings dazu geführt, dass das für die große Mehrheit des Volkes einschlägige Verbraucherschutzrecht nicht mehr in der zivilrechtlichen Kodifikation enthalten gewesen wäre. Für die sozialistische Rechtsphilosophie war die Aufnahme des Verbraucherschutz-

¹ Prof. Dr. Dr. Dres. h. c.; Freie Universität Berlin.

² S. deutsche Übersetzung von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pfeiffer in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

³ Vgl. dazu Franz Jürgen Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 24 ff.; F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 26 ff.; Joachim Rückert, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, 2003, vor § 1 Rn. 31 ff.

⁴ Vgl. dazu Stefan Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014; Florian Röhl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015.

⁵ Näher Franz Jürgen Säcker a. a. O. (Fn. 3) Rn. 244 ff.; Martin Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 2017, S. 252 ff.; Joseph Unger, ZEuP 2012, S. 270 ff.; Stefan Grundmann, JZ 2013, S. 53 ff.; Jürgen Basedow, AcP 200 (2000), S. 445 ff.

rechts ein Akt der Auffüllung des BGB mit „sozialem Öl“. Diese Position setzte sich dann in Deutschland durch.

2. Regelungsgegenstände des Allgemeinen Teils

Ob es sinnvoll ist, den Kerngebieten des Zivilrechts, also dem Sachenrecht, dem Vertragsrecht, dem Deliktsrecht, dem Ehe-, Familien- und Erbrecht einen Allgemeinen Teil voranzustellen, ist gesetzgebungspolitisch umstritten. Ohne allgemeinen Teil (Beispiel: allgemeines preußisches Landrecht von 1794) benötigt eine Kodifikation deutlich mehr Paragraphen, da Verweisungen auf einen Allgemeinen Teil nicht möglich sind. Das deutsche und chinesische Recht haben sich daher zu einem Allgemeinen Teil entschlossen. Die oben stehende Übersicht zeigt den Aufbau der beiden Allgemeinen Teile.

Der Überblick zeigt: Das chinesische ZGB stimmt, von einem einleitenden Kapitel mit allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen (§§ 1–12) abgesehen, im Aufbau mit dem deutschen Recht weitgehend überein. Das zweite Kapitel behandelt das Recht der natürlichen Personen und ihre Rechts- und Geschäftsfähigkeit und erfasst zusätzlich die Vormundschaft über nicht geschäftsfähige Personen. Letztere ist in Deutschland im Familienrecht mitgeregelt. In den Kapiteln 3 und 4 werden die juristischen Personen geregelt, und zwar in der Weise, dass allgemeine Grundsätze für juristische Personen aufgestellt werden, deren Aufbauorganisation (Vorstand, Aufsichtsrat und Mitgliederversammlung) sowie deren Handlungs- und Haftungsorganisation geregelt werden (§ 80 ff. AT ZGB), da sie anders als natürliche Personen über keine eigene Handlungsfähigkeit verfügen. Dabei wird der Mitgliederversammlung generell die Rolle des obersten Organs zugewiesen. Die Unterschiede zum deutschen Recht ergeben sich daraus, dass im deutschen BGB (Ausnahme: § 22 BGB für genehmigungspflichtige Wirtschaftsvereine, die in Deutschland praktisch keine Rolle spielen) nur rechtsfähige und nichtrechtsfähige Idealvereine behandelt werden, nicht aber Wirtschaftsvereine. Diese werden in eigenen Gesetzen (zum Beispiel AktG, GmbHG) geregelt.⁶

Im deutschen Recht schließt sich ein kurzes Kapitel über Rechtsobjekte (Sachen) an. Dieser Abschnitt ist im deutschen Recht missglückt. Er ist hier überflüssig und gehört ins Sachenrecht. Offenbar hat das ästhetische Bedürfnis des deutschen Gesetzgebers, neben Rechtssubjekten auch Rechtsobjekte im Allgemeinen Teil zu regeln, dazu Anlass gegeben, diese Normen nicht im Sachenrecht, sondern im Allgemeinen Teil zu platzieren.⁷ Es ist daher sachgerecht gewesen, dass der chinesische Gesetzgeber auf einen solchen Abschnitt im Allgemeinen Teil verzichtet hat.

⁶ Auch im chinesischen Recht ist die Schaffung von eigenständigen Kapitalgesellschaftsrechten für AG und GmbH unvermeidbar.

⁷ Vgl. dazu Kissinger, ZEuP 2016, S. 201 ff.; Jürgen Basedow, ZEuP 2016, S. 573 ff.; Jens Thomas Füller, Eigenständiges Sachenrecht, 2006, S. 526 ff.

Im Zentrum des Allgemeinen Teils steht das Kapitel über Voraussetzungen, Abschluss und Inhalt von Rechtsgeschäften. Das chinesische Recht enthält genauso wie der deutsche AT ein Bekenntnis zum freien Willen als Grundvoraussetzung für gültige Rechtsgeschäfte. Er erkennt Wille und Schuld als die beiden zentralen Zurechnungsgründe des Privatrechts an (vgl. §§ 133 AT ZGB).⁸

Das deutsche Recht hat aufgrund des historischen Versagens der kapitalistischen Wirtschaftsordnung bzgl. der Verteilungsgerechtigkeit die Aufgabe, bei Marktversagen durch freiheitsgewährleistende und freiheitsschützende Gesetze wie dem Wettbewerbsrecht Beeinträchtigungen der Vertragsfreiheit zu verhindern. Das Vertragsrecht hat im modernen Staat nicht mehr lediglich die formale Übereinstimmung der Willenserklärungen als Voraussetzung für einen gültigen Vertrag festzustellen, sondern es hat einen fairen Interessenausgleich bei erheblich gestörter Vertragsparität durch Kontrolle des Vertrages zu ermöglichen.⁹ Diese Sicherung der Freiheit für alle ist eine Aufgabe des modernen Sozialstaates. Das chinesische Wirtschaftsrecht hat gleichfalls die Schaffung einer sozialistischen Marktwirtschaft zum Ziel. Für den Wettbewerbsrechtler ist diese Freiheitssicherungsaufgabe heute ganz selbstverständlich, und zwar auch deshalb, weil durch den Schutz der freien Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen das Gemeinwohl für alle am ehesten und schnellsten verwirklicht werden kann.¹⁰

Das Marktversagen, das heißt bei Monopol- und Oligopol-situationen bestehende strukturelle Ungleichgewicht, kann konzeptionell nicht nur durch Normen, die wirtschaftliche Übermacht begrenzen, sondern auch durch Normen, die auf Herstellung von mehr Gleichheit gerichtet sind, reguliert werden. Der erste Weg ist der Weg, der dem Gedankengut des Liberalismus verpflichtet ist; der zweite Weg ist der eines paternalistischen Sozialismus, der immer mehr personale Gleichheiten durch Gesetze fordert. Wer immer mehr staatliche Kontrolle zur Herstellung von Gleichheit fordert, schafft allerdings dafür die Gefahr, dass die Freiheit des Einzelnen zur „staatlich verwalteten Freiheit“ wird.¹¹

Die EU ist durch die Regelungen des Verbraucherschutzrechts und des Allgemeinen Gleichheitsgesetzes ein Stück von dem herkömmlichen Bild einer liberalen Marktwirtschaft abgerückt. Die Orientierung an der Autonomie des Individuums sollte aber auch im Sozialstaat die oberste Leitidee des Privatrechts bleiben.¹² Freiheit ist ein fundamentaler Bestandteil der Ordnung des Gemeinwohls. Es ist deshalb von großer Bedeutung, dass rechtliche Vorschriften wie die guten Sitten

⁸ Vgl. näher Franz Jürgen Säcker, in: Festschrift für Schmidt-Preuß, 2018, S. 403 ff.

⁹ Vgl. dazu Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 482 ff.

¹⁰ Vgl. Dieter Reuter, AcP 189 (1989), S. 199 ff.

¹¹ Vgl. Hans-W. Micklitz, Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?, 1996, ferner die Autoren in Fn. 4.

¹² Näher Franz Jürgen Säcker, Macht im Zivilrecht, in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2012, 2013, S. 9 ff.

| Kapitel | Chinesischer AT ZGB v. 1.10.2017 | Deutscher AT BGB v. 1.1.1900 |
|---------|---|---|
| 1 | Allgemeine Grundsätze (§§ 1–12) | — |
| 2 | Natürliche Personen (§§ 13–56) — Abschnitt I: Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit (§§ 13–25) — Abschnitt II: Vormundschaft (§§ 26–39) — Abschnitt III: Verschollenheitserklärung und Todeserklärung (§§ 40–53) — Abschnitt IV: Einzelgewerbetreibende und dörfliche Übernahmbetreiber (§§ 54–56) | Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer (§§ 1–20), Rechtsfähigkeit, Verschollenheit |
| 3 | Juristische Personen (§§ 57–101) — Abschnitt I: Allgemeine Vorschriften (§§ 57–75) — Abschnitt II: Gewinnorientierte juristische Personen (§§ 76–86) — Abschnitt III: Nichtgewinnorientierte juristische Personen (§§ 87–95) — Abschnitt IV: Besondere juristische Personen (§§ 96–101) | Juristische Personen (§§ 21–89) — Untertitel I: Vereine (§§ 21–79) — Untertitel II: Stiftungen (§§ 80–88) — Untertitel III: Juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 89) |
| 4 | Organisationen, die keine juristischen Personen sind (§§ 102–108) — | Das BGB lässt auch nicht rechtsfähige Vereine und Gesellschaften (in §§ 705 ff. geregelt) zu. Sachen und Tiere (§§ 90–103) |
| 5 | Zivile Rechte (§§ 109–132) | — |
| 6 | Rechtsgeschäfte (§§ 133–160) — Abschnitt I: Allgemeine Vorschriften (§§ 133–136) — Abschnitt II: Willenserklärung (§§ 137–142) — Abschnitt III: Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (§§ 143–157) — Abschnitt IV: Bedingung und Befristung (§§ 158–160) | Rechtsgeschäfte (§§ 104–185) — Titel I: Geschäftsfähigkeit (§§ 104–115) — Titel II: Willenserklärung (§§ 116–144) — Titel III: Vertrag (§§ 145–157) — Titel IV: Bedingung und Befristung (§§ 158–163) |
| 7 | Stellvertretung (§§ 161–175) | Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181), Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185) |
| 8 | Zivile Haftung (§§ 176–187) | In Deutschland im Deliktrecht geregelt. |
| 9 | Verjährung (§§ 188–199) | Verjährung (§§ 194–225) |
| 10 | Fristen und Termine (§§ 200–204) | Fristen und Termine (§§ 186–193) |
| 11 | Nebenbestimmungen (§§ 205–206) — | Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe (§§ 226–231) Sicherheitsleistung (§§ 232–240) |

oder der *ordre public* die Freiheit nicht mehr einschränken. Die Generalklausel der guten Sitten darf nicht dazu führen, das Privatrecht durch freiheitsverkürzende ethisch begründete Verhaltenspflichten allzu sehr einzuschränken.¹³

Auch das Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht darf nicht aus dem engen Zusammenhang zum Privatrecht gelöst werden. Es dient der Verwirklichung privatrechtlicher Ansprüche. Deshalb gehören Dispositionsmaxime und Tatsachenbeibringungsgrundsatz zum deutschen Zivilprozessrecht.¹⁴ Die Partei allein für die Beibringung des Sachverhalts verantwortlich,

¹³ Vgl. dazu *Hermann Krause*, JuS 1970, S. 318 ff.; *Dietmar Willoweit*, JuS 1977, S. 292 ff.; *Jan Schröder*, in: Nörr, Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, 1994, S. 335 ff.

¹⁴ Vgl. dazu *Wilhelm Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny, 1965; *Bruno Rimmelspacher*, Materielle rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsproblem im Zivilprozess, 1970, *Ludwig Häsemeyer*, ZZP 108 (1995), S. 289 ff.

den sie in den Prozess einführt. Das Bild des souverän agierenden Richters, der sich über den Willen der Beteiligten hinwegsetzt, ist unvereinbar mit dem Leitbild eines freiheitlichen Privatrechts. Dazu gehört, dass der Richter, wie dies auch § 10 des AT ZGB ausdrückt, an das Gesetz gebunden ist, damit das Recht berechenbar bleibt. Nur, wenn das Gesetz schweigt, kann der Richter den gesetzlich nicht geregelten Fall unter Beachtung des Zusammenhangs mit der bestehenden Rechtsordnung entscheiden, ohne gegen Gesetzesnormen zu verstoßen. Das Gesetz ist anhand seines Wortlauts und des Sinnzusammenhangs auszulegen; denn die Auslegung darf nicht in das Belieben des Interpreten gestellt werden.¹⁵

Sehr eingehend ist die Vertretung als unmittelbare rechtsgeschäftliche Stellvertretung modifiziert. Die Anscheinsvollmacht, die im BGB nicht geregelt ist,

¹⁵ Näher *Franz Jürgen Säcker* a. a. O. (Fn. 3) Rn 75 ff.

ist – inhaltlich übereinstimmend mit der deutschen Rechtsprechung – in § 172 AT ZGB positiviert. Die Vorschriften über die Stellvertretung stimmen in beiden Rechtsordnungen nahezu vollständig überein.

3. Die Grenzen der Privatautonomie – Verbindung von Rechten und Pflichten

Neu in den allgemeinen Teil des chinesischen ZGB wurde § 9 aufgenommen, der dazu verpflichtet, die Ressourcen der Erde zu schonen und die Umwelt zu schützen (§ 9: „Wenn Zivilsubjekte Zivilaktivitäten unternehmen, müssen sie zur Schonung von Ressourcen beitragen [und] die ökologische Umwelt schützen.“). Da diese Norm in den späteren Bestimmungen des AT ZGB nicht mehr aufgegriffen wird, handelt es sich hierbei um einen Programmsatz, der an die Beteiligten appelliert, sich möglichst umweltschonend zu verhalten. Es ist kein verbindliches einklagbares Rechtsprinzip, das Verträge dann unwirksam macht, wenn bei anderer Gestaltung ein besserer Umweltschutz oder eine höhere Ressourcenschonung die Folge wäre. Es ist insoweit mit § 20 Abs. 4 GG vergleichbar. Aber auch in der eingeschränkten Funktion als Programmsatz hat § 9 AT ZGB große Bedeutung; denn er stellt klar, dass die Ressourcen dieser Erde nicht unendlich sind und die Umwelt des Schutzes bedarf.¹⁶

Die nachfolgenden drei Paragraphen der allgemeinen Grundsätze statuieren wichtige Prinzipien der juristischen Methodenlehre: § 10 stellt fest, dass bei Rechtsstreitigkeiten diese gemäß dem Gesetz gelöst werden müssen; nur wenn das Gesetz schweigt („so weit das Gesetz keine Bestimmungen enthält“), soll nach dem Brauch (im deutschen Handelsrecht sprechen wir vom Handelsbrauch) entschieden werden, allerdings nicht entgegen dem Gesetz und den guten Sitten. Diese Norm schafft eine Grundlage für die richterliche Kompetenz zur Rechtsfortbildung bei Lücken im Gesetz. Genauso verfahren auch die Richter auf dem europäischen Kontinent.¹⁷ § 11 AT ZGB verankert den Grundsatz „Lex specialis derogat legi generali“, und § 12 AT ZGB stellt klar, dass das chinesische Recht auf alle Zivilstreitigkeiten anzuwenden ist, die sich auf chinesischem Territorium ereignen, es sei denn, dass durch ein spezielles Gesetz anderes angeordnet ist. Wenn man diese Bestimmungen knapp zusammenfasst, so enthalten sie die Essenz eines modernen Zivilgesetzbuchs:

1. Gleichheit der Rechtssubjekte
2. Autonome Selbstgestaltung der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien
3. Innere Schranken der Autonomie der Privatrechtssubjekte durch die Prinzipien der Fairness, von Treu und Glauben und ehrenhaftem Verhalten

¹⁶ Vgl. dazu Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães, Energieversorgungssicherheit im Europarecht mittels der Förderung erneuerbarer Energien und der Interkonnektion der Netze, 2018, S. 259 ff.

¹⁷ Näher Franz Jürgen Säcker a. a. O. (Fn. 3) Rn. 125 ff., 146 ff.

4. Äußere Schranken der Autonomie durch die Gesetze des *ordre public* und die guten Sitten.

Diese vier Prinzipien sind normative Leitideen der Einzelvorschriften des AT ZGB. Aus diesen vier Prinzipien lässt sich allerdings nicht in Form der Deduktion ableiten, in welchen Fällen ein Vertrag gültig oder nichtig (beziehungsweise teilnichtig) ist und wann eine Anfechtung gerechtfertigt ist. Diese Entscheidungen lassen sich nur aus den Einzelvorschriften ableiten. Die vorangestellten Prinzipien haben aber die Bedeutung von Auslegungsmaßstäben für die einzelnen Vorschriften. Diese sind im Licht der §§ 1 ff. AT ZGB zu interpretieren und kommen bei der Lückenschließung zur unmittelbaren Anwendung. Wo das Gesetz schweigt, verlangt die rechtliche Entscheidung durch diese Prinzipien einen klaren, normativ verbindlichen Rahmen, nach dem zu entscheiden ist.

Der chinesische Gesetzgeber hat damit eine sehr moderne Kodifikation des Allgemeinen Teils geschaffen, auf der die nachfolgenden einzelnen Teile des Zivilgesetzbuches aufbauen können. Die hohe Übereinstimmung der Inhalte des Allgemeinen Teils in der deutschen und chinesischen Kodifikation zeigt, dass Zivilrecht in einer sozialen Marktwirtschaft keinen wesentlich anderen Inhalt hat als in einer sozialistischen Marktwirtschaft. Das Zivilrecht sichert Verträge unter freien Gleichen und schafft einen Rahmen für einen fairen Austausch von Gütern durch Verträge. Allerdings ist das Zivilrecht kein Ort, wo materielle Gerechtigkeit im Wege der *justitia distributiva* hergestellt wird. Dies ist Aufgabe des Sozialstaats.¹⁸

Würdigt man den Allgemeinen Teil des chinesischen Gesetzbuchs mit den Augen des Rechtsvergleichers, so muss man feststellen, dass das AT ZGB in seiner Konzeption sehr gut gelungen ist. Die allgemeinen Normen über juristische Personen im AT ZGB können bei lückenhaften Vorschriften über Handelsgesellschaften eine nicht unerhebliche Rolle bei der Lückenschließung spielen. Sie werden aber in Zukunft durch *leges posteriores* im Aktien- und GmbH-Gesetz überrollt werden, weil die detaillierten Normen des Gesellschaftsrechts in den konkreten Kapitalgesellschaften sich aufgrund ihrer Detailliertheit gegenüber den allgemeinen Vorschriften durchsetzen.

4. Die Bedeutung der allgemeinen Grundsätze im AT ZGB (§§ 1–12)

Besonderes Augenmerk möchte ich im Folgenden auf die allgemeinen Grundsätze der §§ 1–12 werfen. Das BGB hat seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1900 eine lange Tradition. Es galt für den zivilen Rechtsverkehr unter dem deutschen Kaiserreich bis 1918, dann in der Weimarer Zeit (1918–1933), dann in der verbrecherischen Hitler-Zeit (1935–1945) und gilt bis heute unter einer freiheitlichen Verfassung, dem Grundgesetz.¹⁹ Da das BGB – anders als der AT ZGB – keine allgemei-

¹⁸ Vgl. dazu Florian Rödl a. a. O. (Fn. 4).

¹⁹ Vgl. dazu Knut Wolfgang Nörr, Zwischen den Mühlsteinen, 1988.

ne Werteordnung enthält, war es in seiner Anwendung sehr elastisch, war aber, wie das Hitlerregime gezeigt hat, missbrauchsanfällig für Diskriminierungen und Fremdenverachtung.²⁰ Der chinesische Gesetzgeber hat dies besser gemacht. Der AT ZGB stellt in § 1 an die Spitze, dass das Zivilgesetzbuch nicht nur zivile Rechtsinteressen zu schützen, sondern auch die Entwicklung des Sozialismus mit chinesischen Charakteristiken voranzutreiben hat. Deutschland hat sich mit dem Grundgesetz 1949 – und das gilt auch für die EU (Art. 3 Abs. 3 EUV) – für eine kompetitive soziale Marktwirtschaft entschieden.²¹

§ 1 AT ZGB findet seine Entsprechung in den Artikeln 1 und 2 der deutschen Verfassung. In dieser ist auch das Gleichheitsgebot verankert (Artikel 3 GG) (dem entsprechen § 2 und § 4 des chinesischen AT ZGB). Das BGB ist auf der Grundlage der Verfassung anzuwenden. Dies ist juristisch eine Selbstverständlichkeit, denn ohne Anerkennung der gleichberechtigten Stellung aller Bürger lässt sich eine moderne Privatrechtsordnung nicht aufbauen. Der chinesische AT ZGB verankert in Übereinstimmung mit dem BGB das „Prinzip der Freiwilligkeit“ für alle Rechtsgeschäfte. Bei wesentlichen Irrtümern (§§ 137 ff. AT ZGB) kann daher das Geschäft angefochten werden. Der Grundsatz „Wenn Zivilsubjekte Zivilaktivitäten unternehmen, müssen sie den Grundsatz der Freiwilligkeit befolgen und gemäß ihrem eigenen Willen Zivilrechtsbeziehungen begründen, ändern [oder] beenden.“ ist die Grundlage jeder modernen freiheitlichen Privatrechtsordnung, die dem Bürger das Recht zur autonomen Selbstgestaltung seiner Rechtsverhältnisse gibt.

§ 6 AT ZGB fügt dann das grundlegende Prinzip der personalen Würde als Wert in das Privatrecht ein. In § 109 (Freiheits- und Persönlichkeitsrechte natürlicher Personen) wird dieses ethische Prinzip weiter verdeutlicht. Jede natürliche Person ist in ihrem Recht auf Freiheit und Menschenwürde auch vom Privatrecht zu schützen. Dazu gehört nach § 111 auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ich wünschte mir, dass diese Normen auch im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten wären. Sie sind hier nur ansatzweise in §§ 823 ff. BGB durch den Schutz absoluter Rechte mit Hilfe des Deliktsrechts enthalten.²²

Das chinesische Recht enthält genauso die Vorgabe, dass Zivilrechtsbeziehungen nicht gegen die Public Order (*ordre public*) und gegen die guten Sitten verstoßen dürfen. § 143 Nr. 3 und § 153 Abs. 2 AT ZGB ziehen daraus die Konsequenz und erklären Verträge, die gegen diese Prinzipien verstoßen, für unwirksam. Auch das deutsche BGB enthält den Grundsatz, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt, null und nichtig ist (§§ 134, 138 BGB). Entscheidend ist die Frage, wann ein Verstoß gegen den *ordre public* beziehungsweise gegen die guten Sitten vorliegt. Die

Interpretation dieser Begriffe ist schwierig. Hierbei ist zu beachten, dass es sich um Grenznormen handelt, die den Bereich der Freiheit nicht zu sehr einengen dürfen. Die guten Sitten dürfen keine Richtnormen sein, die jede Willenserklärung am *ordre public* messen und die Gültigkeit jedes Vertrages den moralischen Vorstellungen des Richters unterwerfen.²³ Je freiheitlicher eine Gesellschaft ist, umso weniger verbindliche gute Sitten existieren, weil angesichts der Pluralität der Wertungen in einer modernen Gesellschaft ein Verstoß gegen die für alle geltenden guten Sitten nur in seltenen Fällen angenommen werden kann. Hinzu kommt, dass der Inhalt der guten Sitten sich im Zeitablauf ändern kann. Im 19. Jahrhundert war es in Europa erlaubt, Schweine auf der Straße zu treiben. Aber es war verboten, auf der Straße Zigaretten zu rauchen. Heute ist es umgekehrt.

II. Konkrete Anwendungsfragen zur Vorschrift über sittenwidrige Rechtsgeschäfte

Anhand eines Beispiels („Wucher“) möchte ich im Folgenden zeigen, wie eng die Lösungen unserer beiden Rechtsordnungen selbst bei einem so schwierigen Wertungsproblem beieinanderliegen.

1. Definition der wucherischen Rechtsgeschäfte

Das Modell der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung kennt Grenzen, die unterlegene Parteien schützen sollen. Fehlt einer Partei individuell die Fähigkeit zur freien Willensbildung oder wird sie fremdbestimmt, soll sie für ihr Handeln nicht verantwortlich sein.²⁴ Es ist die Aufgabe des Rechts, die unterlegene Partei vor den Folgen ihres Handelns zu schützen, etwa durch die Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit und zum Wucher.²⁵ Unter einem wucherischen Rechtsgeschäft wird ein Rechtsgeschäft verstanden, bei dem ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Beim Tatbestand des Wuchers kommen ferner subjektive Voraussetzungen hinzu, nämlich die Ausbeutung einer Zwangslage, die Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche und als externer Faktor die Ausnutzung dieser Situation durch den Wucherer. Viele Rechtsordnungen stellen Regeln gegen Wucher auf. Auch die UNIDROIT-Grundregeln für Internationale Handelsverträge kennen einen solchen Tatbestand.

²⁰ Vgl. Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1968.

²¹ Näher Franz Jürgen Säcker, in: Festschrift für R. Scholz, 2007, S. 151 ff.

²² Vgl. dazu Roland Rixecker, in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, Bd. I, AllgPersönlR Rn 99 ff.

²³ Vgl. dazu Johannes Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 34 ff.; Gerhard Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S. 61 ff.

²⁴ Vgl. Michael Schwimann, Die Institution der Geschäftsfähigkeit, 1965, S. 99 ff.; Raiser, JZ 1958, S. 1 ff.

²⁵ Näher dazu Christian Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 143 ff.

2. Verhältnis des Wuchertatbestands zum allgemeinen Verbot der Sittenwidrigkeit

a) Regelung im AT ZGB

In Allgemeinen Teils des Zivilrechts Chinas kann wucherischen Rechtsgeschäften durch zwei verschiedene Regelungen begegnet werden:

§ 151 AT ZGB räumt der geschädigten Partei die Möglichkeit ein, beim Volksgericht die Aufhebung zu verlangen. Hierfür muss eine Partei eine bei der anderen Partei bestehende Situation wie eine Notlage oder einen Mangel an Urteilsvermögen ausgenutzt haben und infolgedessen das Zivilrechtsgeschäft im Zeitpunkt seines Zustandekommens deutlich ungerecht geworden sein. Folge ist die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts.

Andererseits kommt bei Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten (engl. *good morals*) die Anwendung von § 153 Abs. 2 AT ZGB in Betracht. Bei Anwendung der Generalklausel der Sittenwidrigkeit wäre die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Rechtsfolge. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit von § 153 Abs. 2 AT ZGB ist für die geschädigte Partei günstiger, da sie ihr Recht nicht erst vor Gericht geltend machen muss. Das Anfechtungsbegehren nach § 151 AT ZG ist dagegen wegen des Gangs zu Gericht mit einer finanziellen Belastung und Rechtsunsicherheiten verbunden. Außerdem muss die Anfechtung innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen.

Deshalb stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Normen. Bei einer Anwendung von § 153 Abs. 2 AT ZGB auf alle wucherischen Rechtsgeschäfte bliebe für § 151 AT ZGB kein Anwendungsbereich mehr. Diese Auslegung kann deshalb nicht überzeugen. Insbesondere, wenn das Rechtsgeschäft nicht eindeutig wucherisch ist, stellt sich die Frage, ob die Ablehnung von § 151 AT ZGB nach der *lex-specialis* Regel den Rückgriff auf § 153 Abs. 2 AT ZGB sperrt. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf die allgemeine Sittenwidrigkeitsklausel in § 153 Abs. 2 AT ZGB mit der günstigeren Rechtsfolge würde § 151 AT ZGB des Anwendungsbereichs berauben.

b) Die deutsche Regelung

Im deutschen Recht bildet der Wucher eine besondere Fallgruppe des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts. Gem. § 138 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen, nichtig. In § 138 Abs. 1 BGB ist dagegen die Generalklausel der Sittenwidrigkeit normiert, nach der ein sittenwidriges Rechtsgeschäft nichtig ist.²⁶

Auch im deutschen Recht ist das Verhältnis der Normen nicht vollkommen klar. Die Rechtsprechung lässt den Rückgriff auf die Generalklausel zu, wenn ein Wuchertatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Sie verlangt für die Bejahung der Sittenwidrigkeit dann ein weiteres, außerhalb des Tatbestandsmerkmals des Wuchers liegendes Element der Sittenwidrigkeit, zum Beispiel die verwerfliche Gesinnung, die dem Gesamtgeschäft ein anstößiges Gepräge gibt. § 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sind daher nebeneinander anwendbar, soweit die speziellen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies ist überzeugend, da der deutsche Gesetzgeber den Wuchertatbestand zur Konkretisierung und nicht zur Einschränkung der Generalklausel eingefügt hat.

Bei sogenannten wucherähnlichen Rechtsgeschäften wendet die Rechtsprechung daher neben § 138 Abs. 2 BGB auch Abs. 1 an und schließt vom objektiven Missverhältnis auf die verwerfliche Gesinnung. Das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes wird sogar widerleglich vermutet.

c) Vergleich

Für die Rechtsanwendung im chinesischen Recht stellt sich eine ähnliche Abgrenzungsfrage wie im deutschen Recht. Es erscheint sinnvoll, bei Ablehnung von § 151 AT ZGB den Rückgriff auf § 153 Abs. 2 AT ZGB zuzulassen, um einen effektiven Rechtsschutz gegen wucherische Rechtsgeschäfte zu statuieren. Es ist wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen Aufgabe der Gerichte, die Anwendungsbereiche der Normen abzugrenzen, damit der Wuchertatbestand einen eigenständigen Anwendungsbereich behält, da das chinesische Recht mit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Teils unterschiedliche Rechtsfolgen an Wucher und Sittenwidrigkeit knüpft.

Zutreffend erscheint die Anwendung der Sittenwidrigkeit mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit *ex tunc*, wenn ein besonders großes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt. Die Vorgängerregelung (§ 59 Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts²⁷) hatte noch zusätzlich verlangt, dass der Inhalt des Rechtsgeschäfts „deutlich ungerecht“ sein müsse. Das wurde aber bereits dann bejaht, wenn die Ausnutzung einer „Übermacht oder der mangelnden Erfahrung der anderen Seite“ einen Hinweis auf ein „deutlich ungerechtes“ Rechtsgeschäft ergebe. Mit dem zusätzlichen Kriterium der offensichtlichen Ungerechtigkeit wurde der Wuchertatbestand im Ergebnis wie ein Unterfall des sittenwidrigen Vertrages behandelt.²⁸

Es stellt sich daher die Frage nach dem rechtlichen Schicksal der wucherischen Verträge. § 156 AT ZGB ordnet für den Fall, dass die teilweise Unwirksamkeit eines Rechtsaktes die Wirksamkeit des anderen Teils nicht beeinflusst, an, dass der verbleibende Teil wirk-

²⁷ 中华人民共和国民法通则 v. 12.4.1986, zuletzt mit Wirkung zum 27.8.2009 geändert, 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.

²⁸ Vgl. Rolf Sack/Philipp Fischinger, in: Staudinger, BGB, 2017, § 138 Rn. 161 ff., 236 m. w. N.

²⁶ Dazu Christian Armbrüster a. a. O. (Fn. 25) Rn. 4.

sam bleibt. Die Nichtigkeitsfolge erfasst im Wege der geltungserhaltenden Reduktion folglich nicht das gesamte Rechtsgeschäft. Dieses soll mit einem den guten Sitten entsprechenden Inhalt erhalten bleiben. Die Anwendung des § 153 AT ZGB hätte dagegen den Vorteil, dass die Rechtsfolge der Anfechtung durch das Gericht eindeutig festgestellt werden kann, so dass die Parteien Rechtssicherheit über das Schicksal ihres Vertrages erhalten. Es wird spannend sein zu beobachten, wie das Oberste Volksgericht diese Frage eines Tages entscheiden wird.

* * *

The Development of Civil Law in Accordance with the Constitutional and Economic Order (§ 1 General Part of the Chinese Civil Code)

The article compares the General Part of the German Civil Code with the General Part of the Chinese Civil Code. The author positively assesses the fundamental-rights-related provisions at the top of the Chinese Civil Code, their serving as ideal guiding principles on interpretative matters. Further, he welcomes the inclusion of intention and fault as relevant bases of obligations. The structure and system of the General Part of the Chinese Civil Code is very similar to that of the German Civil Code. However, legal uncertainties and doubts remain here as well, as shown by the example of regulations on usury.

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit aller Zivilrechtssubjekte

BU Yuanshi¹

Abstract

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit aller Zivilrechtssubjekte in China hat in § 2 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China seinen Niederschlag gefunden. Die Bedeutung der Kodifikation des § 2 AT ZGB wird durch eine Nachzeichnung der Schwierigkeiten in der Konsens- und Wortwahlfindung des Kodifizierungsprozesses des § 2 AT ZGB einerseits und §§ 4 und 113 AT ZGB andererseits deutlich. Zweck und Inhalt der Normierung wird durch einen Vergleich mit den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts besonders verständlich. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit wurde bereits dort festgehalten, sodass § 2 AT ZGB vor allem eine Festigungsfunktion zukommt. Eine solche Funktion erscheint auch vor dem geschichtlichen Hintergrund der Rechtssetzung Chinas von größerer Bedeutung zu sein. Kritisch wird die Kodifikation des § 2 AT ZGB vor dem Hintergrund der Trennung von Zivil- und Verwaltungsrecht gesehen, wohingegen ein Vergleich mit ausländischen Kodifikationen eine solche rechtfertigt. Die eigentliche Bedeutung des § 2 AT ZGB spiegelt sich zum einen in seinen Ausstrahlungswirkungen auf andere Kodifikationen, zum anderen in seiner Justiziabilität wider. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit hat Eingang in verschiedene Gesetze gefunden, wohingegen die Anwendung des Gleichheitsprinzips durch die Gerichte in der Literatur umstritten ist. Nichtsdestotrotz findet sich das Prinzip als Urteilsgrundlage in einigen Judikationen, welche zum Teil vom OVG selbst getroffen worden sind.

I. Einleitung

Bei der Rechtsgleichheit handelt es sich um einen wichtigen Grundsatz im Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)². Dies zeigt sich nicht nur darin, dass dieser Grundsatz insgesamt an vier Stellen, nämlich in den §§ 2, 4, 14, 113 AT ZGB erwähnt wird, sondern auch darin, dass die Formulierung der entsprechenden Normen im Gesetzgebungsverfahren mehrfach geändert wurde. Bei dieser außerordentlichen Betonung des Gleichheitsprinzips hat man den Eindruck, dass China wohl ein Gleichheitsproblem hat. Ansonsten wäre die überproportional intensive Auseinandersetzung mit diesem Thema im AT ZGB nicht nötig gewesen. In der Tat sind sowohl die Erforderlichkeit des Gleichheitsgrundsatzes im AT ZGB als auch dessen Anwendung in der Praxis nicht unumstritten, was sich in den regen öffentlichen Anmerkungen zu den Entwürfen niedergeschlagen hat. In diesem Beitrag werde ich zunächst die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Normen aufzeigen, anschließend den Zweck des Gleichheitsgebots erläutern und schlussendlich auf dessen Anwendungsmöglichkeiten in der Praxis eingehen.

II. Schwierige Konsensbildung im Gesetzgebungsverfahren

1. Änderungen der einschlägigen Paragraphen des AT ZGB

Die Konkretisierungen des Gleichheitsgrundsatzes in den fünf offiziellen Entwürfen und in der endgültigen Fassung des AT ZGB werden in der folgenden Tabelle zusammengestellt. Ein Teil dieser Normen wird im Schrifttum eingeordnet als Gegenstand des Zivilrechts (§ 2 AT ZGB), Grundsätze der gleichberechtigten Stellung (§ 4 AT ZGB) und gleichberechtigte Rechtsfähigkeit (§ 13 AT ZGB).³

Wie die folgende Tabelle zeigt, wurden am Wortlaut der einschlägigen Paragraphen subtile Änderungen vorgenommen, abgesehen von der Anpassung der Nummerierungen. Obwohl die Mehrheit dieser fünf Vorschriften nur Symbolcharakter hat, ist die passende Wortwahl gerade für die Symbolwirkung wichtig, so dass eine genaue Betrachtung der Hintergründe der sprachlichen Korrektur geboten ist. Dazu werden zwei Quellen herangezogen, welche den Gesetzgebungsprozess des AT ZGB abgebildet haben, nämlich der Sammelband „Geburt der Allgemeinen Regeln des Zivilrechts – wichtige Entwürfe und Gesetzgebungshintergrund“⁴ und der Sammelband „Allgemeine Regeln des Zivilrechts – Gesetzgebungshintergrund und

¹ Prof. Dr.; Universität Freiburg.

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 Pfister, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

³ XU Guodong (徐国栋), Bewertung der Gleichheitsbestimmungen in den drei Entwürfen des AT ZGB (评析三个民法总则草案中的平等规定), Jinan Journal (Philosophy and Social Sciences) (暨南大学学报 (哲学社会科学版)) 2015, Nr. 7, S. 24 f.

⁴ DU Tao (杜涛), (民法总则的诞生民法: 总则重要草稿及立法过程背景介绍), Beijing 2017.

| 1. Entwurf vom 5.7.2016 | 2. Entwurf vom 18.11.2016 | 3. Entwurf vom 27.12.2016 | Entwurf für den NVK | AT ZGB |
|---|---|--|---|--|
| § 2: <i>Zivilgesetze</i> regeln die Personen- und Vermögensverhältnisse zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen <i>und Organisationen, die nicht juristische Personen sind</i> , als gleichberechtigte <i>zivile</i> Subjekte. | § 2: Zivilgesetze regeln die Personen- und Vermögensverhältnisse zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und Organisationen, die nicht juristische Personen sind, als gleichberechtigte zivile Subjekte. | § 2: <i>Das Zivilrecht</i> regelt die Personen- und Vermögensverhältnisse zwischen gleichberechtigten Subjekten der natürlichen Personen, juristischen Personen und Organisationen, die nicht juristische Personen sind. | § 2: Wortlaut unverändert. | § 2: Wortlaut unverändert. |
| § 3: Die rechtliche Stellung der zivilen Subjekte ist ausnahmslos gleichberechtigt. | § 3: Die rechtliche Stellung der zivilen Subjekte ist <i>in zivilen Tätigkeiten</i> ausnahmslos gleichberechtigt. | § 3: Wortlaut unverändert. | § 3: Wortlaut unverändert. | § 4: Wortlaut unverändert. |
| § 14: Die Zivilrechtsfähigkeit natürlicher Personen ist ausnahmslos gleichberechtigt. | § 14: Wortlaut unverändert. | § 13: Wortlaut unverändert. | § 13: Wortlaut unverändert. | § 14: Wortlaut unverändert. |
| – | § 114: Dingliche Rechte der zivilen Subjekte werden rechtlich gleich geschützt und dürfen von keiner Organisation und keinem Individuum beeinträchtigt werden. | § 114: Dingliche Rechte der zivilen Subjekte werden rechtlich gleich geschützt und dürfen von keiner Organisation <i>oder</i> keinem Individuum beeinträchtigt werden. | § 116: <i>Vermögensrechte</i> der zivilen Subjekte werden rechtlich gleich geschützt. | § 113: Vermögensrechte der zivilen Subjekte werden rechtlich gleich geschützt. |
| § 111: Sieht das Gesetz besonderen Schutz für zivile Rechte von Minderjährigen, Älteren, Behinderten, Frauen und Verbrauchern vor, gilt diese Bestimmung. | § 125: Wortlaut unverändert wie § 111 der vorigen Fassung. | § 129: Wortlaut unverändert wie § 125 der vorigen Fassung. | § 129: Wortlaut unverändert. | § 128 Wortlaut unverändert wie § 129 der vorigen Fassung. |

Sammlung der Ansichten“⁵. Auch wenn die Dokumentation unvollständig ist, weil grundsätzlich nicht genannt wird, wer und aus welchem Grund die einzelnen Vorschläge unterbreitet hat, kann man jedenfalls mit Hilfe dieser allgemein zugänglichen Quellen die sich hinter den Änderungen verbergenden Überlegungen nachvollziehen, ohne zwingend auf Insiderwissen der an den offiziellen Beratungen teilnehmenden Experten zurückgreifen zu müssen.

2. Streitfragen im Gesetzgebungsprozess

Bei den Änderungen ging es hauptsächlich um die folgenden Fragen:

a) Zu § 2 AT ZGB

Erstens war es fraglich, ob die Gleichrangigkeit der zivilen Subjekte als wesensbestimmter Charakter des

Zivilrechts überhaupt Eingang in den AT ZGB finden soll. Es wurde vorgeschlagen, § 2 AT ZGB ersatzlos zu streichen, weil Zivilgesetzbücher anderer Länder in der Regel keine vergleichbare Vorschrift über den Regelungsgegenstand kennen; alternativ könnte „Personen- und Vermögensbeziehungen zwischen gleichberechtigten Subjekten“ in „Verhältnis zwischen den Bürgern“ umformuliert werden.⁶ Hiergegen wurde eingewandt, dass diese Vorschrift erforderlich sei, um den Unterschied zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht klarzustellen, und zudem die Frage zu beantworten, ob das Zivilrecht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar ist, wenn diese Personen zivilrechtliche Tätigkeiten betreiben.⁷

Zweitens wurde diskutiert, ob die Erwähnung „gleichberechtigt“ wegfallen soll. Dieser Vorschlag fand keine Zustimmung, weil eine Streichung zum Missverständnis führen könne, dass nicht gleichberechtigte Personen- und Vermögensverhältnisse mit-

⁵ Redaktionsgruppe der Allgemeinen Regeln des Zivilrechts – Gesetzgebungshintergrund und Sammlung der Ansichten (《民法总则立法背景与观点全集》编写组), (民法总则立法背景与观点全集), Beijing 2017 (nachfolgend abgekürzt als Redaktionsgruppe).

⁶ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

⁷ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

erfasst seien.⁸ Manche waren sogar der Ansicht, dass die Formulierung „gleichberechtigte Subjekte“ das Highlight der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ)⁹, dem Vorgänger des AT ZGB, sei, welches das Verhältnis zwischen dem Zivil-, Wirtschafts- und Verwaltungsrecht unterscheiden konnte und die Gleichheit als eine Wertung betonte.¹⁰ Nach dieser Auffassung sei die Rechtsgleichheit im Ausland unproblematisch, in China jedoch nicht selbstverständlich.¹¹

Drittens war die Reihenfolge der Behandlung von Personenverhältnissen und Vermögensverhältnissen in der Vergangenheit Gegenstand einer heftigen Debatte in der Zivilrechtslehre. Aus diesem Grund wurde die Fortsetzung der Regelung in den AGZ mit der Erwähnung der „Vermögensverhältnisse“ vor derjenigen der „Personenverhältnisse“ befürwortet, weil sich noch kein Konsens gebildet habe, dass diese hergebrachte Reihenfolge unpassend sei.¹² Die Gegenansicht brachte drei Argumente vor: (1) Die Betonung der Personen und Personenrechte entspreche der Tendenz des 21. Jahrhunderts und daher sollten „Personenverhältnisse“ an erster Stelle stehen; (2) es bestehe eigentlich kein materieller Unterschied, ob Personenverhältnisse oder Vermögensverhältnisse an erster Stelle genannt würden. Allerdings habe das Deliktshaftungsgesetz¹³ den Schutzgegenstand in die Reihenfolge „Personen- und Vermögensrechte“ gebracht; (3) es bestehe Konsens darüber, dass „Personenverhältnisse“ an erster Stelle erwähnt werden, weil mehrere akademische Entwürfe dieser Vorgehensweise gefolgt seien und die innere Logik des AT ZGB verlange, dass die Personenverhältnisse vorrangig vor den Vermögensverhältnissen geregelt werden müssten.¹⁴ Diese neue Reihenfolge zwischen den Personen- und Vermögensverhältnissen in § 2 AT ZGB kann von den Gegnern der Rezeption des deutschen BGB, welche sich von dem AT ZGB eine geringere Pandektenlastigkeit wünschten, als ein Erfolg verbucht werden, weil aus ihrer Sicht das Sachenrecht nicht vor dem Familien- und Erbrecht untergebracht werden sollte.¹⁵

b) Zu § 4 AT ZGB

Was § 4 AT ZGB anbelangt, findet sich offiziell lediglich eine Änderung im Laufe des Gesetzgebungs-

verfahrens. Seit dem Entwurf vom 2.11.2016 wurde in § 4 AT ZGB das Attribut „Zivilaktivitäten“ hinzugefügt und die Ergänzung wurde bis in die Schlussfassung beibehalten.¹⁶ Dieses Element wurde jedoch wegen der Unvollständigkeit kritisiert, weil die gleichberechtigte rechtliche Stellung nicht nur die dynamische Gleichberechtigung, sondern auch die statische Gleichberechtigung erfassen müsse, so dass es besser sei, statt der Formulierung „zivile Tätigkeiten“, die Formulierung „zivile Beziehung“ zu nehmen oder die Formulierung „zivile Tätigkeiten“ wieder zu löschen.¹⁷

Die Debatte um § 4 AT ZGB war allerdings viel breiter als man sie anhand der sprachlichen Änderung erschließen kann. Denn mehrere Verbesserungsvorschläge wurden abgelehnt und haben keinen Niederschlag in den Entwürfen gefunden.¹⁸

- Nach einem Vorschlag sollte § 4 AT ZGB um den folgenden Satz ergänzt werden: „Die rechtliche Stellung ziviler Subjekte ist ausnahmslos gleichberechtigt; sieht das Recht besonderen Schutz oder besondere Einschränkung bezüglich ziviler Subjekte vor, gilt diese Bestimmung.“
- Nach einem anderen Vorschlag sollte § 4 AT ZGB um einen Absatz ergänzt werden „Der Staat oder die staatlichen Organe haben die gleichberechtigte rechtliche Stellung, wenn sie am zivilen Rechtsverkehr teilnehmen.“
- Der dritte Vorschlag wollte § 128 AT ZGB als zweiten Absatz in § 4 AT ZGB aufnehmen.

Bei dieser Diskussion ging es im Kern um die Wahl zwischen zwei Konzepten. Das erste Konzept ist die Trennung zwischen § 4 und § 128 AT ZGB und das zweite das genaue Gegenteil, nämlich die Zusammenlegung der beiden Normen. Dahinter verbirgt sich die zentrale Frage: handelt es sich bei der „rechtlichen Stellung“ und der „Rechtsfähigkeit“ um dieselbe Sache?¹⁹ Wenn ja, wie ist der Widerspruch zu erklären, dass nur natürliche Personen die gleiche Rechtsfähigkeit haben, juristische Personen und Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit jedoch nicht? Nach einer Ansicht kann man diesen Widerspruch auflösen, indem die rechtliche Stellung als Rechtspersönlichkeit interpretiert wird.²⁰ Nach einer anderen Ansicht ist die gleiche Rechtsstellung nicht mit der gleichen Verteilung der Rechte und Pflichten gleichzusetzen²¹ und die Gleichberechtigung bedeute vielmehr abstrakte, pauschale und gesamte Gleichberechtigung.²² Im Endergebnis obsiegte das Konzept der Trennung, bei welchem der besondere Schutz für sozial schwächere Parteien zwar beibehalten, aber in einer eigenständigen Norm untergebracht wird.

⁸ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

⁹ 中华人民共和国民法通则 v. 12.4.1986, zuletzt mit Wirkung zum 27.8.2009 geändert, 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.

¹⁰ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

¹¹ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

¹² Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

¹³ Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung v. 01.7.2010, deutsche Übersetzung v. LIU Xiaoxiao/Knut Benjamin Piffler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2010, S. 41 ff.

¹⁴ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 199.

¹⁵ XU Guodong (Fn. 3), S. 24; zur Debatte vgl. ZHANG Gu (张谷), Questioning “New Humanism” Reflected in the Drafting of Civil Laws (质疑民法起草中的“新人文主义”——评徐国栋《两种民法起草思路：新人文主义对物文主义》), Journal of Shanghai Normal University (Philosophy & Social Sciences Edition) (上海师范大学学报 (哲学社会科学版)) 2007, Nr. 4, 46 ff.

¹⁶ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 270.

¹⁷ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 200.

¹⁸ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 364.

¹⁹ XU Guodong (Fn. 3), S. 31.

²⁰ XU Guodong (Fn. 3), S. 32.

²¹ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 239.

²² Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 200.

Ferner wurde erörtert, wie die rechtlich ungleiche Stellung zwischen Inländern und Ausländern sowie die zwischen natürlichen und juristischen Personen darzustellen sei. Zwei Vorschläge wurden in dieser Hinsicht unterbreitet: So sollte entweder ein neuer Absatz „Ausländer, Staatenlose, ausländische juristische Personen und sonstige Organisationen genießen Nationalbehandlung.“ oder „chinesische Bürger haben die gleiche Rechtspersönlichkeit; Ausländer und Staatslose haben dieselbe Rechtspersönlichkeit gemäß dem Gegenseitigkeitsprinzip“ ergänzt werden.²³ Diese Vorschläge stießen jedoch auf Kritik, weil chinesische und ausländische Bürger bzw. Staatenlose nicht gleichbehandelt werden, weil Ausländer beispielsweise nicht ohne weiteres in China Erwerbstätigkeiten nachgehen dürfen.²⁴

Darüber hinaus wird bemängelt, dass die Rechtsfähigkeit zwischen Bauern und städtischen Bewohnern, zwischen inhaftierten Personen und freien Menschen, zwischen Menschen, denen keine Rechte entzogen sind, und Menschen, deren Rechte zum Teil entzogen sind (zum Beispiel Ausschluss von Vorstandstätigkeiten), zwischen Soldaten und Zivilisten, zwischen Geistlichen und Säkularen, zwischen gesunden und kranken Menschen (Menschen mit bestimmten Krankheiten dürfen nicht heiraten) ebenfalls unterschiedlich ist.²⁵ Davon ausgehend sei gerade die ungleiche Behandlung des Gesetzgebers erforderlich. Wenn im Regelfall zwischen den Parteien in Zivilrechtsbeziehungen Abhängigkeit oder Unterwerfung (民事屈从关系)²⁶ wie zum Beispiel im Verhältnis zwischen Kindern und Eltern, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, zwischen Mieter und Vermieter herrsche, sei der staatliche Eingriff erforderlich, um die Gleichberechtigung herzustellen. In diesem Sinne seien das Verbot der Eheschließung bei Menschen mit unheilbar ansteckenden oder vererbaren Krankheiten und Einschränkung des Erwerbs von Immobilien von ortsfremden chinesischen Bürgern gerechtfertigt, um die Allgemeinheit zu schützen.²⁷

Darüber hinaus wird die Streichung des § 4 AT ZGB gefordert, mit dem Argument, dass § 4 bloß eine Wiederholung von § 2 und § 14 AT ZGB sei²⁸ oder dass die Gleichbehandlung ein Verfassungsprinzip und kein Zivilrechtsprinzip sei, und daher im AT ZGB nichts zu suchen habe.²⁹

c) Zu § 113 AT ZGB

Der gleiche Schutz für *dingliche* Rechte wurde bei der zweiten Lesung eingefügt. Dies wurde damit begründet, dass das Kapitel über subjektive Rechte zu

dünn und noch ausbaubedürftig sei.³⁰ Später wurde der Begriff „dingliche Rechte“ durch den weiteren Begriff „Vermögensrechte“ ersetzt.³¹

III. Zweck der Rechtsgleichheit

Die Aufarbeitung der im Gesetzgebungsverfahren vorgenommenen Änderungen soll dazu beitragen, den Zweck des Gleichheitsgrundsatzes zu erschließen. Es zeigt sich, dass der Gesetzgeber mit den §§ 2, 4, 14 AT ZGB primär den bereits durch die AGZ eingeführten Grundsatz der Rechtsgleichheit zu verfestigen beabsichtigte. Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich zwischen den einschlägigen Vorschriften des AT ZGB und der AGZ, wo die Abweichungen mehrheitlich gering sind.

| AT ZGB | AGZ |
|---|---|
| § 2: Das Zivilrecht regelt die Personenbeziehungen und Vermögensbeziehungen zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit als gleichberechtigte Subjekte. | § 2: Das Zivilrecht der VR China regelt die Vermögensbeziehungen und die Personenbeziehungen zwischen Bürgern, zwischen juristischen Personen und zwischen Bürgern und juristischen Personen, als gleichberechtigten Subjekten. |
| § 4: Die rechtliche Stellung der zivilen Subjekte ist in zivilen Tätigkeiten ausnahmslos gleichberechtigt. | § 3: Die Stellung der Beteiligten bei Zivilgeschäften ist gleichberechtigt. |
| § 14: Die Zivilrechtsfähigkeit natürlicher Personen ist ausnahmslos gleich. | § 10: Die Zivilrechtsfähigkeit der Bürger ist ausnahmslos gleich. |

1. Festlegung der Rechtsgleichheit für die Autonomie des Zivilrechts

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, weshalb in die AGZ ursprünglich die drei Paragraphen aufgenommen wurden. Es mag sein, dass die Ansicht vertreten wird, der Grund liege in der mangelnden Tradition der Gleichbehandlung in China.³² In der traditionellen Kultur Chinas wird in der Tat auf Hierarchien geachtet. Die Gesellschaft ist auf einer bestimmten Ordnung aufgebaut, in der jeder seine eigene Stellung hat. Im Entwurf des Zivilgesetzbuches der Qing-Dynastie waren Frauen noch benachteiligt. Allerdings wurde diese Diskriminierung bereits im Zivilgesetzbuch der Republik China aus den 1920iger Jahren beseitigt³³ und die Volksrepublik legte, wie

²³ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 292 f.

²⁴ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 200.

²⁵ XU Guodong (Fn. 3), S. 25 ff.

²⁶ XU Guodong (徐国栋), A Discussion on Civil Subjection Relationship (论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心), China Legal Science (中国法学) 2011, Nr. 5, 167 ff.

²⁷ XU Guodong (Fn. 3), S. 29.

²⁸ Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 293.

²⁹ XU Guodong (Fn. 3), S. 33 f.

³⁰ DU Tao (Hrsg.) (Fn. 4), S. 173.

³¹ DU Tao (Hrsg.) (Fn. 4), S. 341.

³² Redaktionsgruppe (Fn. 5), S. 200.

³³ ZHU Yong (朱勇), Privatrechtliche Prinzipien und die Modernisierung des chinesischen Zivilrechts (私法原则与中国民法近代化), Chinese Journal of Law (法学研究) 2005, Nr. 6, S. 149 f.

sonstige sozialistische Länder, besonderen Wert auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Deshalb war die traditionelle hierarchische Gesellschaftsstruktur kein ausschlaggebender Grund für die Entstehung von § 2 AGZ.

Vielmehr sind die Nennung des Regelungsgegenstandes des Zivilrechts und die Erwähnung der Rechtsgleichheit in der betreffenden Vorschrift häufig in Zivilgesetzbüchern der ehemaligen sozialistischen Länder zu finden, die lange Zeit Vorbilder für das chinesische Zivilrecht waren.³⁴ Chinesische Zivilisten sind auch geprägt von diesem Gleichheitskomplex. Dies zeigt sich darin, dass mehrere akademische Entwürfe des ZGB vergleichbare Vorschrift zu § 2 AT ZGB bzw. § 2 AGZ kennen.³⁵

Die ausdrückliche Erwähnung der Rechtsgleichheit in § 2 AGZ hat in China noch einen besonderen Grund. Zu Beginn der Gründung der Volksrepublik wurde dem Privatrecht die Existenzberechtigung als eigenständiges Rechtsgebiet abgesprochen. Um die Anerkennung des Zivilrechts als ein eigenständiges Fach zu erkämpfen, entfachte in den 1980er Jahren eine heftige Debatte über den Unterschied zwischen dem Zivil- und Wirtschaftsrecht.³⁶ Erst nachdem eine Einigung zustande kam, dass sich das Zivilrecht auf die Rechtsbeziehungen zwischen gleichberechtigten Subjekten beschränkt, konnte sich das Zivilrecht vom Wirtschaftsrecht beziehungsweise Verwaltungsrecht verselbstständigen.³⁷ Insofern kann man sagen, dass der Festlegung des Gleichheitsgebotes in den AGZ historisch gesehen eine epochale Bedeutung zukommt.

2. Abgrenzung zwischen dem Zivil- und Verwaltungsrecht

Heute wird die Autonomie des Zivilrechts nicht mehr bezweifelt, weshalb die Rechtfertigung für das Beibehalten von § 2 AT ZGB fraglich erscheint. Dennoch wird befürchtet, dass man ohne die ausdrückliche Nennung des Regelungsgegenstandes des ZGB das Zivil- und Verwaltungsrecht nicht mehr voneinander

abgrenzen könne,³⁸ so dass die gesamte Systematik des chinesischen Rechts wieder in Chaos versinken würde.³⁹ Daher solle man äußerst vorsichtig und verantwortungsbewusst handeln und nicht überstürzt den Regelungsgegenstand aus dem ZGB streichen.⁴⁰ Im Kreis der Verwaltungsrechtslehre wird dieses Bedenken nicht geteilt.⁴¹ Außer bei Verwaltungsverträgen ist die Abgrenzung zwischen dem Zivil- und Verwaltungsrecht meines Erachtens grundsätzlich unproblematisch, da die Abgrenzung der zivil- und verwaltungsrechtlichen Gerichtsbarkeit bereits durch das Verwaltungsprozessgesetz und die entsprechenden justiziellen Auslegungen eingehend geregelt ist.⁴² Im Kreis der Zivilrechtslehre wird ebenfalls in Frage gestellt, ob die Formulierung „gleichberechtigte Subjekte“ tatsächlich als Abgrenzungskriterium taugt.⁴³

In diesem Zusammenhang wird argumentiert, dass weder die Rechtssubjekte noch die Rechtsbeziehungen faktisch jemals gleichberechtigt seien, so dass in § 2 AT ZGB stehen solle, dass das Zivilrecht Rechtsbeziehungen zwischen ungleichberechtigten Subjekten regelt.⁴⁴ In diesem Moment erscheint die Diskussion eine zynische Gestaltung angenommen zu haben. In den Augen der Kritiker ist § 2 AT ZGB nutzlos, aber auch harmlos. Als Ausweg wird vorgeschlagen, zunächst den Regelungsgegenstand des öffentlichen Rechts festzustellen, denn was nicht zum öffentlichen Recht gehört, falle unter das Zivilrecht.⁴⁵

3. Unterstützung aus rechtsvergleichender Perspektive

Aufwind für die Normierung allgemeiner Grundsätze und speziell der Gleichbehandlung gibt der DCFR (Draft Common Frame of Reference),⁴⁶ welcher oft als zukunftssträchtiges Modell angeführt wird.⁴⁷ Ebenfalls wird sich darauf berufen, dass auch das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch⁴⁸, ein nicht sozialistisches ZGB, eine Vorschrift in dieser Richtung kenne. § 1

³⁴ XU Guodong (徐国栋), Gleichheitsgrundsatz – Grundatz des Verfassungsrechts oder Zivilrechts? (平等原则——宪法原则还是民法原则), Law Science (法学) 2009, Nr. 3, S. 64 f.; ders., The Ups and Downs of the Sovietic-Style Definition of Object of Civil Law (苏式民法调整对象定义的沉浮), Chinese Law Science (中国法学) 2008, Nr. 5, S. 146 ff.

³⁵ XU Guodong (Fn. 3), S. 25.

³⁶ BI Honghai (毕洪海), Reflektion über die die Natur des verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses – Beobachtung auf der Grundlage der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und Privatrecht (行政法律关系性质的反思——基于公私法关系区分的考察), (北京社会科学) 2017, Nr. 6, S. 119; CAI Lidong (蔡立东), The Theory of Equal Subject Relations: Its Abandonment and Persistence – Choice of the Future Civil Code on the Subject Matter of Regulation (“平等主体关系说”的弃与留——未来《民法典》调整对象条款之抉择), Legal Forum (法学论坛) 2015, Nr. 2, 18, weist darauf hin, dass zu damaliger Zeit die Diskussion um die Unterscheidung zwischen dem Privatrecht und öffentlichen Recht Tabu war, weil nach der sowjetischen Theorie beide Rechtsgebiete Früchte des Klassenkampfes und subjektive Rechte ebenfalls Rechte des öffentlichen Rechts seien; SUN Ying (孙莹)/TAN Qiping (谭启平), Research on Determination and Expression of Adjustment Object in Civil Codeification of China, Law Magazine (法学杂志) 2015, Nr. 10, S. 55.

³⁷ BI Honghai (Fn. 36), S. 119.

³⁸ XU Guodong (Fn. 26), S. 175.

³⁹ XU Guodong (Fn. 3), S. 33.

⁴⁰ XU Guodong (Fn. 26), S. 175.

⁴¹ BI Honghai (Fn. 36), S. 119.

⁴² BU Yuanshi, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl., 2017, § 9 Rn. 14 ff.; Die neuste justizielle Auslegung ist die Auslegung des OVG über die Anwendung des Verwaltungsprozessgesetzes (最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释), erlassen am 6.2.2018 und in Kraft getreten am 8.2.2018.

⁴³ CHEN Su (陈甦) (Hrsg.), Commentary on the GRCL (民法总则评注), Beijing 2017, S. 17 f.

⁴⁴ WANG Shenbo (王森波), Ein juristisches Dilemma des gesunden Menschenverstandes: Erneute Überlegungen über „gleichberechtigte Subjekte“ (“常识性”法学难题:对“平等主体”的再思考), Hubei Social Sciences (湖北社会科学) 2014, Nr. 8, S. 155–162; CAI Lidong (Fn. 36), S. 17.

⁴⁵ CHEN Su (Hrsg.) (Fn. 43), S. 18.

⁴⁶ Schulze, Rainer, Common frame of reference and existing EC contract law, München, 2008.

⁴⁷ LONG Weiqiu (龙为球), Development of the Basic Principles of China's Civil Law and a New Outlook on Civil Law System: Focusing on Articles 3–9 of the GRCL (我国民法基本原则的内容嬗变与体系化意义——关于《民法总则》第一章第3–9条的重点解读), Law and Modernization (法治现代化研究) 2017/2, S. 35.

⁴⁸ Koziol, Helmut/Apathy, Peter/Bydlinsky, Peter/Bollenberger, Raimund, Kurzkomentar zum ABGB, Wien, 2014.

ABGB besagt „Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privat-Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Recht in demselben aus.“⁴⁹

4. Sonstige Funktionen

In einigen Kommentaren wird angemerkt, dass § 2 AT ZGB zur Klarstellung dienen könne, dass das Zivil- und Handelsrecht in China ein monistisches System bilden.⁵⁰ Ebenfalls hat § 2 AT ZGB die Dreiteilung der Rechtssubjekte in natürliche, juristische Personen und Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit bestätigt.⁵¹

IV. Anwendung in der Praxis

Zum Schluss soll noch untersucht werden, ob die Rechtsgleichheit außer der symbolischen Wirkung noch eine praktische Funktion hat. Die praktische Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes wird in zweierlei Hinsicht festgestellt: Es ist allgemein anerkannt, dass die Rechtsgleichheit sowohl als ein Prinzip der Gesetzgebung als auch als ein Prinzip der Rechtsprechung dient.⁵²

1. Konkretisierung in Gesetzen

In erster Hinsicht wird das Prinzip der Gleichheit in folgenden zivilrechtlichen Gesetzen erwähnt beziehungsweise konkretisiert:

- § 2 Ehegesetz⁵³: „*Gleichberechtigung* von Mann und Frau.“
- § 4 Sachenrechtsgesetz⁵⁴: „Dingliche Rechte des Staates, der Kollektiven, der Privatpersonen und anderer Rechtsinhaber werden rechtlich geschützt; keine Einheit oder Privatperson darf dies verletzen.“
- § 5 Vertragsgesetz⁵⁵: „Vertragsparteien haben *gleichberechtigte* rechtliche Stellung, keine Partei darf den eigenen Willen der anderen Partei aufzwingen.“

— § 2 Adoptionsgesetz⁵⁶: „Adoption soll ... das Prinzip der *Gleichberechtigung* und Freiwilligkeit befolgen.“

— § 5 Gesetz über Partnerschaftsunternehmen⁵⁷: „Der Abschluss der Partnerschaftsvereinbarung bzw. Errichtung eines Partnerschaftsunternehmens soll den Grundsatz der Freiwilligkeit, *Gleichberechtigung*, Fairness und Treu und Glauben befolgen.“

— § 5 Gesetz über kommerzielle Banken⁵⁸: „Der Geschäftsverkehr zwischen kommerziellen Banken und Kunden soll den Grundsatz der Freiwilligkeit, *Gleichberechtigung*, Fairness und Treu und Glauben befolgen.“

— § 4 Wertpapiergesetz⁵⁹: „Die an der Ausgabe von Wertpapieren und dem Handel mit ihnen Beteiligten haben eine *gleichberechtigte* Rechtsstellung.“

— § 2 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb⁶⁰: „Unternehmer müssen im Marktverkehr die Prinzipien der Freiwilligkeit, *Gleichheit*, Gerechtigkeit und von Treu und Glauben achten und die allgemein anerkannte Moral des Handels wahren.“

— § 4 Verbraucherschutzgesetz⁶¹: „Gewerbetreibende müssen im Verkehr mit Verbrauchern die Prinzipien der Freiwilligkeit, *Gleichheit*, Gerechtigkeit und von Treu und Glauben achten.“

— § 3 Abs. 3 Gesetz über den Schutz von Minderjährigen⁶²: „Minderjährige genießen unabhängig von Geschlecht, Nationalität, Rasse, Familienvermögensumständen, Glauben *gleichberechtigt* Rechte gemäß dem Gesetz.“

— § 3 Abs. 1 Gesetz über den Schutz von Behinderten⁶³: „Behinderte genießen hinsichtlich der Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Familienleben *gleiche* Rechte wie andere Bürger.“

⁴⁹ WANG Liming (王利明) (Hrsg.), General Principles of the Civil Law of the PRC (中华人民共和国民法总则详解), S. 15.

⁵⁰ WANG Liming (Hrsg.) (Fn. 49), S. 15.

⁵¹ LI Shishi (李适时) (Hrsg.), Interpretation des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der VR China (中华人民共和国民法总则释义), Beijing 2017, S. 11.

⁵² XU Guodong (Fn. 2), S. 34; WANG Lei (王雷), Independent Legal Personality and Equality Principle in Civil Law (民法中的独立人格与平等原则), Journal of Hangzhou Normal University (Social Sciences) (杭州师范大学学报(社会科学版)) 2013, Nr. 5, S. 100 ff.

⁵³ 中华人民共和国婚姻法 v. 10.09.1980, zuletzt mit Wirkung zum 28.04.2001 geändert; deutsche Übersetzung Frank Münzel, Chinas Recht, 10.09.80/1.

⁵⁴ 中华人民共和国物权法 v. 16.03.2007; deutsche Übersetzung von ZHOU/QI/Lohsse/LIU, ZChinR 2007 S. 78 ff.

⁵⁵ 中华人民共和国合同法 v. 15.03.1999; deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht, 15.3.1999/1.

⁵⁶ 中华人民共和国收养法 v. 29.12.1991, zuletzt mit Wirkung zum 01.04.1999 geändert; deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht, 04.11.98/1.

⁵⁷ zhs 中华人民共和国合伙企业法 v. 23.08.1997, zuletzt mit Wirkung zum 01.06.2007 geändert; deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht, 27.8.06/1.

⁵⁸ 中华人民共和国商业银行法 v. 10.05.1995, zuletzt mit Wirkung zum 01.10.2015 geändert.

⁵⁹ 中华人民共和国证券法 v. 29.12.1998, zuletzt mit Wirkung zum 31.08.2014 geändert; deutsche Übersetzung der alten Fassung von Frank Münzel, Chinas Recht, 27.10.05/2.

⁶⁰ 反不正当竞争法 v. 02.09.1993, zuletzt mit Wirkung zum 01.01.2018 geändert; deutsche Übersetzung der alten Fassung von Frank Münzel, Chinas Recht, 2.9.93/1.

⁶¹ 中华人民共和国消费者权益保护法 v. 31.10.1993, zuletzt mit Wirkung zum 15.03.2014 geändert; deutsche Übersetzung von Gresbrand et al., Zeitschrift für chinesisches Recht 2014, S. 69 ff.

⁶² 中华人民共和国未成年人保护法 v. 04.09.1991, zuletzt mit Wirkung zum 01.01.2013 geändert.

⁶³ 中华人民共和国残疾人保障法 v. 28.12.1990, zuletzt mit Wirkung zum 26.10.2018 geändert.

- § 2 Gesetz über den Schutz von Frauen⁶⁴: „Frauen genießen hinsichtlich des politischen, wirtschaftlichen, kulturellen, gesellschaftlichen und familiären Lebens gleiche Rechte wie Männer.“
- § 6 Gesetz über die Übernahme des Landes⁶⁵: „Bei der Übernahme des Bodens auf dem Land haben Frauen die gleichen Rechte wie Männer.“
- § 8 Zivilprozessgesetz⁶⁶: „Parteien des Zivilverfahrens haben die gleichen Prozessrechte.“

2. Anwendung durch die Gerichte

Die Anwendung des Gleichheitsprinzips durch Gerichte ist umstritten. Die Mehrheit der Lehrmeinungen spricht sich gegen die unmittelbare Anwendung der Rechtsgleichheit durch Gerichte aus.⁶⁷ Eine Mindermeinung hält es für zulässig, die Rechtsgleichheit zur Lückenfüllung und bei der Auslegung von Gesetzen heranzuziehen und so mittelbar als Urteilsgrundlage zu nutzen.⁶⁸ Sucht man unter dem Stichwort „Rechtsgleichheit“ in der offiziellen Urteilsdatenbank des OVG, ergeben sich 3.409 Treffer für Zivilstreitigkeiten (Stand 23.7.2018). Betroffen sind alle möglichen Bereiche des Zivilrechts, vom Persönlichkeitsrecht, Vertragsrecht, Deliktsrecht, Arbeitsrecht bis hin zum Immaterialgüterrecht.

Davon sind elf Entscheidungen vom OVG ergangen. Die Gegenstände dieser Entscheidungen sind wie folgt: Gleichbehandlung im Zivilprozess,⁶⁹ Gleichbehandlung von Forderungen,⁷⁰ die Übernahme der Hauptverantwortung für die Nichtigkeit eines Vertrags,⁷¹ Gleichbehandlung vor Gesetzen und ungleiche Beweislastverteilung,⁷² einseitige Verlängerung des Franchising-Vertrags durch den Franchisenehmer,⁷³ Mitteilung an den Gläubiger in Form der öffentlichen Bekanntmachung bei der Veräußerung von Forderungen und somit eine Verletzung des Verfassungsgrundsatzes,⁷⁴ Verlängerung eines Mietvertrags

unter gleichen Bedingungen,⁷⁵ Verschuldensgrad und Umfang der Haftung bei Vertragsverletzung,⁷⁶ Ablehnung besseren Schutzes für staatseigene Unternehmen im Vertragsrecht.⁷⁷ Allerdings wird die Rechtsgleichheit niemals als die einzige und unmittelbare Rechtsgrundlage verwendet, sondern oft als ein zusätzliches Argument und vermengt mit dem Gerechtigkeitsprinzip zitiert.

Im Schrifttum wurden noch folgende Beispielfälle genannt:⁷⁸ (1) Rabatte einer Gaststätte für Dozenten und Studenten wurden für vereinbar mit dem Gleichbehandlungsprinzip gehalten; (2) die Unterhaltungspflicht gegenüber nichtehelichen Kindern wurde, gestützt auf die Gleichbehandlung ehelicher und unehelicher Kinder, bejaht; (3) die Diskriminierung gegen Frauen bei der Anstellung von Arbeitnehmern wurde untersagt; (4) das Recht auf Gewinnausschüttung von Bäuerinnen, im Dorfkollektiv, bei denen Männer eingeheliratet sind, wurde bejaht; (5) kein Zwang auf Vertragsschluss nach der Zahlung einer Seriositätsprämie; (6) bei der Höhe des Schadensersatzes bei einem Unfall. Diese könnte man noch als echte Fälle der Rechtsgleichheit bezeichnen.

3. Erweiterung um die Antidiskriminierungsfunktion

Aus der Entstehungsgeschichte des § 2 AT ZGB wird klar, dass die Antidiskriminierung noch nicht als Aufgabe des ZGB betrachtet wird. Da die Gleichbehandlung bereits vielfach in einfachen Zivilgesetzen verankert ist, erübrigt sich der Rückgriff auf das allgemeine Prinzip. Allerdings haben die §§ 2, 4 AT ZGB durchaus das Potential, eine Antidiskriminierungsfunktion zu übernehmen.

In der Lehre wurde bereits zum Nachdenken aufgerufen, ob sich der chinesische Gesetzgeber nicht besser von den klassischen Zivilgesetzbüchern, geprägt von der Privatautonomie, verabschieden und zu einer zeitgemäßen Kodifikation übergehen solle.⁷⁹ In dieser Hinsicht solle man gerade die Erfahrungen in Deutschland im Auge behalten, um zu überlegen, weshalb die Einführung des Gleichbehandlungsgebots ins Privatrecht in Deutschland auf vehementen Widerstand gestoßen ist. Ist dies eine Verweigerung des Fortschritts oder berechtigte Befürchtung um die Gefährdung des Kerns des Privatrechts?⁸⁰

⁶⁴ 中华人民共和国妇女权益保障法 v. 03.04.1992, zuletzt mit Wirkung zum 26.10.2018 geändert.

⁶⁵ 中华人民共和国土地承包法 v. 29.8.2002, zuletzt mit Wirkung zum 1.1.2019 geändert.

⁶⁶ 中华人民共和国民事诉讼法 v. 09.04.1991, zuletzt mit Wirkung zum 01.07.2017 geändert; deutsche Übersetzung der Überarbeitung von 2012 von Caspar Heinrichowski/Knut Benjamin Pijlsler, Zeitschrift für chinesisches Recht 2012, S. 307 ff.

⁶⁷ Zum Diskussionsstand vgl. BU Yuanshi, Chinese Civil Code – The General Part (im Erscheinen), 2019, chap. 2 at 6.

⁶⁸ WANG Lei (Fn. 52), S. 102.

⁶⁹ OVG 20.3.2017, (2016) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 2460 ([2016] 最高法民申 2460 号); OVG 28.6.2016, (2016) Zui Gao Fa Min Zai ([2016] 最高法民再 86 号); OVG 20.10.2014, (2014) Min Shen Zi Nr. 1305 ([2014] 民申字第 1305 号).

⁷⁰ OVG 4.12.2015, (2015) Min Shen Nr 21744 ([2015] 民申字 2174 号).

⁷¹ OVG 26.26.2017, (2017) Zui Gao Fa Min Zhong Nr. 200 ([2017] 最高法民终 200 号).

⁷² OVG 30.10.2015, (2015) Min Shen Nr. 1233 ([2015] 民申字第 1233 号).

⁷³ OVG 25.10.2017, (2017) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 3344 ([2017] 最高法民申 3344 号).

⁷⁴ OVG 21.6.2013, (2013) Min Shen Zi Nr. 693 ([2013] 民申字第 693 号).

⁷⁵ OVG 20.12.2013, (2013) Min Shen Zi Nr. 1384 ([2013] 民申字第 1384 号).

⁷⁶ OVG 14.8.2016, (2014) Min Yi Zhong Zi Nr. 258 ([2014] 民一终字第 258 号).

⁷⁷ OVG 26.12.2017, (2017) Zui Gao Fa Min Shen Nr. 4335 ([2017] 最高法民申 4335 号).

⁷⁸ WANG Lei (Fn. 52), S. 102; Gerichtliche Anwendung des Gleichheitsprinzips (平等原则的司法适用), <http://www.sohu.com/a/233649784_169411> eingesehen am 14.10.2018.

⁷⁹ LIU Zhengfeng (刘征峰): Reform der Ideen des modernen Zivilrechts aus der Perspektive des Eingangs des Antidiskriminierungsgrundsatzes in die Zivilrechtsbeziehung (从反歧视原则进入民事交易关系观察当代民法理念的革新), Law and Social Development (法制与社会发展) 2017, Nr. 1, S. 67.

⁸⁰ LIU Zhengfeng (Fn. 79), S. 66.

V. Fazit

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Rechtsgleichheit, so wie sie in § 2 AT ZGB normiert ist, in erster Linie die Existenzberechtigung des Zivilrechts begründet und bereits durch § 2 AGZ eingeführt wurde. Heute soll sie primär dazu dienen, das Terrain des Zivilrechts vom Verwaltungsrecht abzugrenzen. Fraglich ist, ob § 2 AT ZGB dieser Aufgabe gewachsen ist.

Der Gleichbehandlungsgedanke wurde mit der Zeit durch mehrere Gesetze konkretisiert. In der Rechtsprechung dient er ebenfalls dazu, Urteile zu begründen. Obwohl § 2 AT ZGB gegenwärtig nicht die Funktion hat, einen Antidiskriminierungsschutz zu begründen, ist nicht auszuschließen, dass dieses Potential künftig entdeckt und ausgeschöpft wird. Dafür spricht, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot zwar in der chinesischen Verfassung verankert, aber vom Rechtsschutz ausgeschlossen ist.⁸¹

⁸¹ BU Yuanshi (Fn. 42), § 6 Rn. 34.

* * *

The Principle of Legal Equality

The legal equality of all civil law subjects in China has been codified in § 2 of the General Part of the People's Republic of China's Civil Code. The article conveys the significance of the codification by detailing the difficulties in finding a consensus and agreeing upon a choice of words for § 2 GPCL on the one hand and §§ 4 and 113 GPCL on the other. The purpose and content of the codification are clarified in particular by a comparison to the earlier General Principles of Civil Law. Since the principle of legal equality was already entailed in the General Principles of Civil Law, the main function of § 2 GPCL is one of consolidation. Such a function also appears to be of greater significance in light of China's legislative history. The codification of § 2 GPCL is criticized with regard to the separation of civil and administrative law. However, a comparison to foreign codifications justifies such a separation. The true significance of § 2 GPCL lays in both its "ripple effect" on other codifications as well as in its justiciability. The principle of legal equality has penetrated into various laws, whereas the application of the principle of equality by courts is still debated in legal literature. Nonetheless, the principle has served as grounds for various judgements, some of which were announced by the SPC itself.

Der Vertrag zwischen Freiheit und Gerechtigkeit – §§ 5, 6 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China

Andreas Engert¹

Abstract

Der Beitrag beleuchtet das Verhältnis zwischen den Prinzipien der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, wie sie im neuen Allgemeinen Teil des chinesischen Zivilrechts verankert sind. Dazu wird die Vertragstheorie des deutschen Juristen Walter Schmidt-Rimpler herangezogen. Die Vertragsfreiheit ist danach ein bloßes Mittel, um eine „richtige“ (gerechte) Regelung für den Austausch zwischen den Parteien zu erreichen. Allerdings bietet das freie Aushandeln des Vertrags keine vollständige Gewähr für die Gerechtigkeit der getroffenen Regelung. Auf den ersten Blick liegt es deshalb nahe, die vereinbarte Regelungen einer umfassenden gerichtlichen Inhaltskontrolle zu unterwerfen. Solchen weitreichenden Eingriffen hielt bereits Schmidt-Rimpler entgegen, sie gefährdeten die Rechtssicherheit. Der Beitrag arbeitet diesen Einwand genauer heraus. Er liefert damit eine Begründung, weshalb eine Gerechtigkeitskontrolle des privatautonom geschlossenen Vertrags sogar dann eng begrenzt bleiben muss, wenn man die Vertragsfreiheit der Vertragsgerechtigkeit dienend unterordnet.

I. Problemstellung

Die Rückkehr Chinas zu einer marktwirtschaftlichen Privatrechtsordnung fand einen deutlichen gesetzlichen Niederschlag in den 1986 verabschiedeten Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts.² In deren § 4 AGZ stellte der Gesetzgeber gleich vier Prinzipien für „Zivilgeschäfte“ nebeneinander: „Freiwilligkeit“, „Gerechtigkeit“, „wertgemäße Entgeltlichkeit“ und „Treu und Glauben“. Dreißig Jahre später lässt der neue Allgemeine Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)³ die „wertgemäße Entgeltlichkeit“ in der „Gerechtigkeit“ aufgehen, hält aber an den verbleibenden drei Prinzipien fest, nunmehr verteilt auf die drei Vorschriften §§ 5–7 AT ZGB. Während der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 7 AT ZGB) als wechselseitige Grenze privater Freiheitssphären zu verstehen ist, stehen die anderen beiden Prinzipien – Freiwilligkeit und Gerechtigkeit – wenn nicht in scharfem Gegensatz, so doch in einem Spannungsverhältnis: Die Freiheit, „gemäß [...] eigene[m] Willen Zivilrechtsbeziehungen begründen, ändern oder beenden“ zu können (§ 5 AT ZGB), ist empfindlich beschränkt, wenn der Einzelne sie nur nach Maßgabe der Gerechtigkeit (Fairness⁴) ausüben darf und „die Rechte und Pflichten aller Parteien“ „vernünftig“ regeln soll (§ 6 AT ZGB).⁵

Der Beitrag beleuchtet das Spannungsverhältnis der beiden Prinzipien und wählt dazu eine reduktionistische Perspektive: Mit Schmidt-Rimpler wird die Vertragsfreiheit auf die Gerechtigkeit als umfassendes Grundprinzip der Rechtsordnung zurückgeführt (Abschnitt II). Obgleich die Freiheit dabei der Gerechtigkeit untergeordnet wird, erweist es sich, dass eine richterliche Kontrolle der von den Parteien getroffenen Regelung aus Gerechtigkeitsgründen begrenzt bleiben muss (Abschnitt III). Diese Analyse führt zu konkreten Folgerungen für die gesetzlichen Schranken und damit – positiv gewendet – die Reichweite der Privatautonomie (Abschnitt IV).

Die Überlegungen beschränken sich auf die Gerechtigkeit im Verhältnis der Vertragsparteien. Interessen der Allgemeinheit und des Staates sind nicht dem Gerechtigkeitsgebot zuzuordnen, sondern den in §§ 8, 9 AT ZGB aufgestellten Prinzipien der Gesetzmäßigkeit, öffentlichen Ordnung, guten Sitten und des Umweltschutzes. Private Belange nicht am Vertrag beteiligter Dritter dürften ebenfalls nicht in § 6 AT ZGB zu erfassen sein, sondern über die Wahrung der Gesetze und der guten Sitten nach § 8 AT ZGB.

II. Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus: Vertragsfreiheit als Ausprägung der Vertragsgerechtigkeit

In der deutschen Rechtswissenschaft steht Schmidt-Rimplers Lehre von der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ für den Versuch, das Nebeneinander von Vertragsgerechtigkeit und Privatautonomie von der Gerechtigkeit her aufzulösen. Entwickelt hat Schmidt-Rimpler diesen Ansatz als Mitglied der Akademie für deutsches Recht während des Nationalsozialismus.⁶ In seiner grundlegenden Abhandlung aus dem

¹ Prof. Dr., LL.M. (Univ. Chicago); Universität Mannheim.

² 中华人民共和国民法通则, v. 12.4.1986, geändert am 27.8.2009 geändert, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 1986, Nr. 12, S. 371 ff.; deutsche Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 12.4.86/1.

³ 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 Pijfeler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

⁴ So die englische Übersetzung von Wolters Kluwer, China Law & Reference (kostenpflichtige Datenbank).

⁵ Die um Genauigkeit bemühte deutsche Übersetzung (Fn. 3) „müssen“ klingt an dieser Stelle schief; vgl. die neutralere englische Übersetzung (Fn. 4) „shall“.

⁶ Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: Archiv für die civilistische Praxis 147 (1941), S. 130, 130 Fn. 1.

Jahre 1941 spiegeln manche Formulierungen die antiliberalen, kollektivistischen Stoßrichtung des nationalsozialistischen Rechtsdenkens wider.⁷ Die Bezugnahme auf den rechtspolitischen Zeitgeist mindert indes die Bedeutung und Leistung der *Schmidt-Rimplers* Lehre nicht.⁸ Hierfür sprechen unter anderem die auffallenden Parallelen zum liberalen Ökonomen *von Hayek*, der um dieselbe Zeit die dezentrale, individuelle Entscheidungsfindung im Markt mit ihren gesamtwirtschaftlichen Allokationsvorteilen rechtfertigte und damit gegen die zeitgenössische Tendenz zur Zentralplanung verteidigte.⁹

Schmidt-Rimplers Vertragstheorie ist reduktionistisch, indem sie die Anerkennung des Vertrags aus einem einzigen Prinzip ableitet. Der Privatautonomie als Freiheit zur rechtlichen Selbstregelung billigt er keinen eigenständigen Wert zu.¹⁰ Dass die Rechtsordnung die Vereinbarung der Parteien verbindlich gelten lässt, folge allein aus deren zu erwartender „Richtigkeit“, worunter *Schmidt-Rimpler* sowohl die Gerechtigkeit im engeren Sinne als auch die Zweckmäßigkeit verstand.¹¹ Beides fasst der vorliegende Beitrag in einem weiten Begriff der Gerechtigkeit zusammen; welche Gerechtigkeitstheorie dafür heranzuziehen ist, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden.¹² Mit *Schmidt-Rimplers* Worten ist „der Vertrag [...] ein

Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung in begrenztem Rahmen eine richtige Regelung auch gegen unrichtigen Willen herbeizuführen, weil immer der durch die Unrichtigkeit Betroffene zustimmen muß.“¹³ In dieser Überlegung lässt sich leicht die ökonomische Figur der Internalisierung von externen Effekten erkennen: Um die andere Seite zum Vertragsabschluss zu bewegen, muss man sie für die von ihr zu übernehmenden Verpflichtungen entschädigen; die dem Partner verursachten Kosten macht der Vertrag zu eigenen Kosten und „internalisiert“ sie damit. Belastungen werden nur auferlegt und übernommen, wenn die daraus folgenden Vorteile sie mindestens aufwiegen. Dies gewährleistet die ökonomische Effizienz des Vertrags als Richtigkeitsgebot. Für die gerechte Verteilung des so maximierten Vertragsgewinns gilt sodann *Schmidt-Rimplers* Beobachtung, „niemals“ habe man „ein feineres Gerechtigkeitsgefühl [...], als wenn es um eigene Nachteile oder Lasten geht.“¹⁴

Dem Reduktionismus *Schmidt-Rimplers* ist entgegengehalten worden, die Privatautonomie bedürfe keiner Rechtfertigung, sondern gründe in sich selbst: „stat pro ratione voluntas“.¹⁵ *Schmidt-Rimplers* Analyse behält ihren Wert aber selbst dann, wenn man auf einer Gleichordnung der beiden Prinzipien der Freiheit und Gerechtigkeit beharrt. Sofern sich nämlich die Privatautonomie auch als Gerechtigkeitspostulat erweisen lässt, stehen die Prinzipien nicht in Konflikt und bedarf es keiner Vorrangentscheidung. Der Vertrag als präsumtiv gerechte Regelung liefert eine Begründung für die (Mindest-) Reichweite der Privatautonomie. Nur soweit der Vertragsmechanismus die Richtigkeit privatautonomer Regelungen nicht gewährleistet, könnte sich überhaupt die Frage stellen, ob der privaten Willkür der Vorrang vor der inhaltlichen Richtigkeit zukommt.

Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus bezeichnet freilich nur den Ausgangspunkt, um die Reichweite und Grenzen der Privatautonomie zu bestimmen. Die weitere Ausarbeitung verlangt breite theoretische und empirische Erkenntnisse über das Zustandekommen von Verträgen und wie gut die Parteien dabei ihre Interessen zum Tragen bringen können.¹⁶ Aus heutiger Sicht ist damit das Forschungsprogramm der Informations- und Verhaltensökonomik angesprochen.¹⁷ Streiten lässt sich ferner über die normativen

⁷ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 157 („alles andere als liberal oder gar liberalistisch“), S. 170 (nicht „als liberalistisch und individualistisch abzulehnen“), S. 172 (gegen „Triumph der Willensherrschaft im liberalistischen Sinne“); auch der durchweg gebrauchte nationalsozialistische Ausdruck „Volksgenosse“ irritiert aus heutiger Sicht.

⁸ Verbreitet wird *Schmidt-Rimpler* als politisch geschickter Verteidiger der Vertragsfreiheit gedeutet, so von *Jutta Limbach*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen: Eine Rezensionsabhandlung in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1986, S. 165 ff., 176; ferner *Klaus Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, S. 2467, 2468; *Andreas Thier*, *Schmidt-Rimpler, Walter*, in: *Otto zu Stolberg-Wernigerode* (Hrsg.), *Neue deutsche Biographie*, Band 23, München 2007, S. 223, 224 (allerdings kritisch gegen die Instrumentalisierbarkeit der „Richtigkeit“); nicht zuletzt *Schmidt-Rimpler* selbst in *Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff* (Hrsg.), *Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen 1974, S. 3 ff., 9. Zur möglichen Zuordnung *Schmidt-Rimplers* zu einem „nationalkonservativen, bildungsbürgerlichen Lager“ und politischen Bedenken gegen ihn aus nationalsozialistischer Sicht *Christian Kirschke*, *Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe*, Berlin 2009, S. 47 ff.; zu seiner Biographie dort ausführlich S. 19 ff.

⁹ *Friedrich August von Hayek*, *The Use of Knowledge in Society*, in: *American Economic Review* 35 (1945), S. 519, 524 ff.; *Friedrich August von Hayek*, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: *Freiburger Studien*, 2. Auflage, Tübingen 1994, S. 249 ff. Vgl. ferner etwa *Franz Böhm*, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Tübingen 1950, S. 26 („sinnfälliger Gerechtigkeitsgehalt“ eines Wettbewerbsmarktes). Vgl. damit die Erwägungen zum für eine „richtige“ Güterzuordnung erforderlichen Wissen der Beteiligten bei *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 151 f., 168 f.

¹⁰ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 156; zur Ablehnung des Begriffs „Privatautonomie“, S. 159 ff.

¹¹ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 132 f. („ethische Gerechtigkeit im engeren Sinne“ und „von der Gemeinschaft aus gesehene Zweckmäßigkeit“); Monographisch zu *Schmidt-Rimplers* Richtigkeitsbegriff und seiner Entwicklung *Christian Kirschke* (Fn. 8), S. 19 ff.

¹² Als Gegenbeispiel zu einer solchen monistischen Konzeption einer einzigen Gerechtigkeits- oder Richtigkeitsidee siehe die „deliberative“ Vertragstheorie auf Grundlage der vier Prinzipien Freiheit, Sicherheit, Nutzen und Gerechtigkeit von *Bertram Lomfeld*, *Die Gründe des Vertrages*, Tübingen 2015.

¹³ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 156 (Hervorhebungen weggelassen).

¹⁴ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 151.

¹⁵ „Der Wille ersetzt die Vernunft“, *Werner Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, 4. Auflage, Hamburg 1992, S. 6.

¹⁶ Ein Beispiel extremer Anforderungen an die Selbstbestimmung der Vertragsparteien bietet *Manfred Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen 1970, S. 156 ff. Grundlegende Kritik an der Vorstellung einer Selbstbestimmung von Verbrauchern etwa bei *Norbert Reich*, *Markt und Recht*, Köln 1977, S. 179 ff., 214 ff.

¹⁷ Nur zur Illustration des Gemeintenen, nicht als repräsentativer Nachweis: *George Loewenstein/Cass R. Sunstein/Russell Golman*, *Disclosure: Psychology Changes Everything*, in: *Annual Review of Economics* 2014, S. 391 ff. Zu denken ist weiter an die Unvollständigkeit von Verträgen aufgrund von Verhandlungs- und Regelungskosten.

Anforderungen an die Richtigkeit des Vertrags, etwa an einen gerechten Interessenausgleich, an ökonomische Effizienz oder eine gerechte Verteilung des Vertragsgewinns.

Schmidt-Rimpler selbst hielt die Richtigkeitsgewähr für „eine sehr begrenzte“.¹⁸ Diese Diagnose scheint der Vertragsfreiheit wenig Raum zu geben, doch ist die Analyse damit noch nicht abgeschlossen. Ebenso wichtig wie das Maß an Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus ist das der allein möglichen Alternative, nämlich der „hoheitlichen Gestaltung“.¹⁹ Eine vollständige hoheitliche Planung und Regelung liefe dabei auf die Abschaffung von Märkten hinaus. Diese Möglichkeit scheidet wegen der unlösbaren Informationsprobleme einer Zentralverwaltungswirtschaft aus,²⁰ zumal nach den historischen Erfahrungen Deutschlands, Chinas und zahlloser anderer Länder. Eher vorstellbar erscheint eine behördliche oder gerichtliche Kontrolle von am Markt geschlossenen Verträgen: Nachdem private Initiative wirtschaftlich gewinnträchtige Transaktionen aufgespürt und eine Gestaltung entworfen hat, könnte eine hoheitliche Kontrolle verbleibende Fehler abstellen. Aus Sicht des Gerechtigkeitsprinzips sieht es so aus, als könne eine umfassende staatliche Überprüfung – zusätzlich zur begrenzten Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus – nicht schaden, aber die Richtigkeitschance des Vertrags erhöhen.

III. Beschränkung der richterlichen Gerechtigkeitskontrolle

Die Rückführung der Vertragsfreiheit auf die Gerechtigkeit scheint so geradewegs auf eine unumschränkte richterliche Vertragskontrolle hinauszulaufen. Das dürfte nicht nur Anhänger der Privatautonomie unbefriedigt lassen, sondern auch den §§ 5, 6 AT ZGB zuwiderlaufen: Wenn die Parteivereinbarung stets hinter Gerechtigkeitsauffassungen der Gerichte zurückstehen soll, bleibt dem Freiwilligkeitsprinzip des § 5 AT ZGB keine eigenständige Bedeutung. Indes ist der Freiheitsgehalt der Gerechtigkeit noch nicht ausgeschöpft. Auch hierfür liefert *Schmidt-Rimpler* den entscheidenden Ansatzpunkt. Auf einen Satz gebracht lautet seine Begründung, dass es „besser [ist], in einzelnen Fällen [...] weniger schwerwiegende Unrichtigkeiten in Kauf zu nehmen, als die Sicherheit der Ordnung

als Ganzen [sic!] zu gefährden.“²¹ Die Gerechtigkeit verlangt, begrenzte Ungerechtigkeiten hinzunehmen, um dafür Bestimmtheit zu gewinnen: „menschliche Ordnung [kann] nicht schlechthin richtig sein“.²² Dies ist im Folgenden zu entfalten.

Von der „Sicherheit der Ordnung“ – der Rechtssicherheit – zu unterscheiden ist die andere Erwägung, Gerichte verfügten nicht über die nötigen Kenntnisse, um die Gerechtigkeit von Verträgen zu beurteilen. In der Tat dürften staatliche Stellen in der Regel weniger als die Parteien über deren Interessen und Anreize, die Marktbedingungen sowie die förderlichste Ausgestaltung der jeweiligen Transaktion wissen. Wenig glaubwürdig erscheint aber die Annahme, am Markt zustande gekommene Verträge seien typischerweise *in jeder Hinsicht* gerechter als die Korrekturen eines einigermaßen kundigen und unparteiischen Richters. So lässt sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen manchmal kein nachvollziehbarer Grund finden, weshalb der Verwender die Interessen seiner Vertragspartner im Geringsten beachten sollte;²³ (in einer großen Stichprobe potentieller Käufer auf Software-Verkaufsseiten im Internet öffnete nur ein Anteil im Promillebereich die Seite mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Bereits die Regierungsbegründung zum deutschen AGB-Gesetz (heute §§ 305 ff. BGB) begründete die AGB-Kontrolle mit einer Informations- und Rationalitätsasymmetrie zwischen Verwender und Kunde, Bundestag-Drucksache. 7/3919, S. 13 („organisatorische[r] Vorsprung“ des Verwenders aufgrund „sorgfältige[r] Analyse der wirtschaftlichen Geschäftsrisiken“ sowie mangelnde Fähigkeit des Vertragspartners, die „rechtliche Tragweite [...] voll zu überblicken“; nur daneben sei der Kunde „nicht selten [...] wirtschaftlich schwächer oder intellektuell unterlegen“). eine Verstärkung der Kundenrechte dürfte die vertragliche Regelung dann häufig effizienter und damit gerechter machen. Ein weiteres wichtiges Beispiel ist die nachträgliche Vervollständigung des Vertrags, wenn die Parteien eine Regelung getroffen haben würden, sofern sie die später eingetretene Situation bedacht hätten. Mitunter mögen zwar Richter ihre Fähigkeiten überschätzen, sich zu Unrecht einmischen und damit die vertragliche Regelung vom Gerechtigkeitsideal entfernen. Sofern man Fälle richterlicher Selbstüberhebung systematisch erfassen kann, sollte man sie von der Gerechtigkeitskontrolle ausnehmen. Indes wäre es eine kühne Annahme, darin eher die Regel als die Ausnahme zu sehen.

1. Gerechtigkeitskontrolle als Ursache von Rechtsunsicherheit

Da eine richterliche Gerechtigkeitskontrolle den Vertrag tendenziell dem Gerechtigkeitsideal näherbringt, bleibt immer noch der Einwand, dass eine solche

¹⁸ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 165 mit Verweis auf eine weitere Abhandlung, die allerdings nie erschien, obwohl sie auf S. 130, Fn. 1, als „im wesentlichen abgeschlossen“ bezeichnet wurde; seine unvollendeten Vorarbeiten ließ *Schmidt-Rimpler* nach seinem Tod vernichten, dazu *Fritz Rittner*, *Walter Schmidt-Rimpler*, in: *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 1, Berlin 2007, S. 261 ff., 269.

¹⁹ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 165 ff. Damit vermeidet *Schmidt-Rimpler*, was Ökonomen später als Nirwana-Vergleich bezeichnet haben: die Gegenüberstellung einer realen Institution mit einem unerreichbaren Ideal, dazu *Harold Demsetz*, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, in: *The Journal of Law and Economics* 12 (1969), S. 1.

²⁰ Oben Fn. 9. *Schmidt-Rimpler* betont daneben die Förderung persönlicher Initiative und Verantwortungsfreude, *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 170.

²¹ *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 168.

²² *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 167.

²³ Vgl. *Yannis Bakos/Florencia Marotta-Wurgler/David R. Trossen*, *Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard-form contracts*, in: *The Journal of Legal Studies* 43 (2014), S. 1 ff.

Kontrolle Unsicherheit über die vertraglich geregelten Rechte und Pflichten hervorruft. Wüssten die Parteien sicher, welche Gestaltung die aus richterlicher Sicht gebotene ist, könnten sie sich darauf einstellen, und es bestünde kein Gerechtigkeitsgrund, eine davon abweichende, weniger gerechte Vereinbarung als verbindlich anzuerkennen. Schwierigkeiten erzeugt erst die Ungewissheit, welche vertragliche Regelung *in concreto* gerecht ist oder wäre. Diese Unsicherheit kann auf fehlender Kenntnis der tatsächlichen Umstände, des normativen Gehalts des Gerechtigkeitsprinzips oder beider beruhen. Es ergibt auch keinen wesentlichen Unterschied, ob es nur den Parteien, dem Gericht oder allen Seiten an Wissen mangelt – in jedem Falle können die Parteien die gerichtliche Beurteilung nicht sicher vorhersagen.²⁴ In der Sprache der ökonomischen Entscheidungstheorie: Die Gerechtigkeit einer bestimmten Vertragsgestaltung steht nicht fest, sondern weist – aus Sicht der Vertragsparteien – eine subjektive Wahrscheinlichkeit zwischen null und eins auf.²⁵ Die Unsicherheit ist umso größer, je weiter entfernt die geschätzte Wahrscheinlichkeit von sowohl null als auch eins ist und je näher sie 0,5 kommt.

Wenn die Rechtsordnung Verträge uneingeschränkt auf deren Gerechtigkeit überprüft, so knüpft sie damit Rechtsfolgen an schwer zu beantwortende Gerechtigkeitsfragen. Die Rechtslage wird dadurch auch in häufig auftretenden, gewöhnlichen Fällen unsicher. So wäre bei nahezu jedem Vertrag die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung fraglich, wenn das Gericht seine eigene Bewertung an die Stelle der Preisfindung zwischen den Parteien setzen sollte.²⁶ Bei anderen Geschäften wäre anzuzweifeln, ob sie überhaupt geschlossen werden sollten.²⁷ Ein Beispiel ist die nach geltendem Recht unproblematische Bürgschaft eines Alleingeschafters für seine Kapitalgesellschaft. Die persönliche Bürgenhaftung belastet den Gesellschafter mit hohen Risiken, wäre aber vielleicht für eine

effiziente Kreditfinanzierung nicht erforderlich,²⁸ in diesem Falle wäre die Bürgschaft wohl auch ungerecht.²⁹ Ist das geschlossene Geschäft grundsätzlich anzuerkennen, lässt sich in der Ausgestaltung beinahe jede Anreizgebung und Risikoverteilung als ungerecht angreifen. Erhöhen sich zum Beispiel bei einem längerfristigen Ölliefervertrag zu einem Festpreis die Beschaffungskosten um 20 %, 50 %, 100 % oder gar um 516 %, ³⁰ so spricht viel dafür, dass die Gerechtigkeit eine Anpassung des Vertrags verlangt: Vermutlich könnte der Käufer den Verbrauch des wertvoller gewordenen Öls verringern, so dass die Liefermenge gekürzt werden sollte. Darüber hinaus kann man es für geboten halten, den Käufer an den entstehenden Verlusten zu beteiligen, um einen Zufallsgewinn des Käufers³¹ und ein Klumpenrisiko des Verkäufers aus einer Vielzahl von Lieferverträgen zu vermeiden.³² Im Ergebnis wäre gerechterweise auch der Preis anzupassen – und zwar nicht nur bei „untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nicht zumutbaren Ergebnisse[n]“, wie sie der BGH verlangte.³³

2. Folgen von Rechtsunsicherheit

In dem zuletzt skizzierten Fall hat der BGH trotz des extremen Preisanstiegs eine Anpassung des Vertrages abgelehnt.³⁴ Zu erklären ist dieses Ergebnis damit, dass die Preisbestimmung keiner umfassenden Gerechtigkeitskontrolle unterworfen, sondern in ihrer (begrenzten) Fehlerhaftigkeit hingenommen wird. Dogmatisch kann man diese Zurückhaltung mit der „überragenden Bedeutung [... des] Grundsatz[es] der Vertragstreue“ begründen.³⁵ Funktional geht es darum, die nachteiligen Folgen von Rechtsunsicherheit für den Vertrag zu verringern.

²⁴ Sieht man die Forderungen der Gerechtigkeit in einem bestimmten Vertragsfall nicht als Gegenstand möglichen objektiven „Wissens“, wäre von unterschiedlichen „Auffassungen“ zwischen Parteien und Gericht zu sprechen; an der mangelnden Vorhersehbarkeit ändert das nichts.

²⁵ Zum hier entwickelten Verständnis von (Rechts-)Unsicherheit näher *Andreas Engert*, *The bad man revisited: Rechtsunsicherheit in der Verschuldenshaftung*, in: *Wulf A. Kaal/Matthias Schmidt/Andreas Schwartze* (Hrsg.), *Festschrift Kirchner*, Tübingen 2014, S. 735 ff., 737 ff.; *Andreas Engert*, *The bad man revisited: Rechtsunsicherheit in der Verschuldenshaftung*, in: *Stefan Arnold/Stephan Lorenz* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift Unberath*, München 2015, S. 91 ff., 95 ff.; *Andreas Engert*, *Sollten Fondsverwalter für fehlerhafte Anlageentscheidungen haften?*, in: *Matthias Casper/Lars Klöhn/Wulf-Henning Roth/Christian Schmies* (Hrsg.), *Festschrift Köndgen*, Köln 2016, S. 167 ff., 174.

²⁶ Richtigerweise müsste sich ein Gericht allerdings häufig deshalb zurückhalten, weil seine Einsicht in die gesamtwirtschaftliche Güterknappheit nicht ausreicht, um den Preis gerechter als der Markt zu bestimmen, also aus dem oben behandelten Grund (Absatz zu Fn. 23 f.).

²⁷ Vgl. *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 168: „vielleicht ist es schon unrichtig, daß gerade dieser Käufer knappe Stoffe erhält, da er sie gar nicht gemeinschaftswichtig ausnutzen kann, daß er jetzt solche erwirbt, obgleich er genügend Vorräte hat, daß er diese Menge erwirbt, daß er von dieser Person erwirbt usw.“.

²⁸ Anders wäre es, wenn die Bürgschaft einen ineffizienten Risikoanreiz des Gesellschafters verringert, Nachweise dazu bei *Andreas Engert*, *Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber* in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2012, S. 835 ff., 850 f.

²⁹ Persönliche Sicherheiten können sich am Markt trotz Wettbewerbs unter Kreditgebern durchsetzen, selbst wenn sie ineffizient sind, weil sie als (ineffizientes!) Signal für Kreditwürdigkeit aufgefasst werden, dazu *Ian Ayres*, *The Possibility of Inefficient Corporate Contracts*, in: *University of Cincinnati Law Review* 60 (1991), S. 387 ff., 392 ff.

³⁰ So der höchste Preisausschlag von ursprünglich 99,50 DM auf 613 DM im „Ölpreisfall“, Bundesgerichtshof, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235 f.

³¹ Vgl. *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Auflage, Hamburg 2012, S. 470 ff., wo die Mehrbelastung des Verkäufers durch die nach Meinung der Autoren gebotene Risikoabsicherung auf 5 bis 25 % der Beschaffungskosten beziffert wird.

³² Letzteres wäre erneut ein ökonomisches Effizienzargument, nämlich die Senkung der Risikotragungskosten der Parteien.

³³ BGH 8.2.1978 – VIII ZR 221/76, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235 f., 236. Vergleiche dazu nun § 313 Abs. 1 BGB.

³⁴ BGH 8.2.1978 – VIII ZR 221/76, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235.

³⁵ BGH 8.2.1978 – VIII ZR 221/76, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235 f., 236.

a) Gefährdung des Vertragszwecks

Eine Anreizüberlegung verdeutlicht, weshalb es den Vertragszweck beeinträchtigen kann, wenn die Pflichtenlage für die Beteiligten unsicher wird. Auf die rechtliche Verbindlichkeit eines Vertrags kommt es an, wenn der Leistungsaustausch nicht (mehr) im Interesse beider Parteien liegt. Erfüllt der Schuldner nicht, wird der Gläubiger seine Forderung in der Regel nicht in Natur durchsetzen, sondern über Rücktritt und Schadensersatz geltend machen.³⁶ Aus Effizienz- wie Gerechtigkeitsgründen sollten diese Rechtsfolgen den Schuldner zur Leistung anhalten, solange sein Erfüllungsaufwand geringer als der Nichterfüllungsschaden des Gläubigers ist.³⁷ Rückgewähr- und Schadensersatzansprüche genügen dieser Anforderung grundsätzlich.³⁸ Liegt der bereits entrichtete Preis bei 80 Euro und der Nichterfüllungsschaden bei 100 Euro (Surrogationsmethode) beziehungsweise 20 Euro (Differenzmethode), so wird der Schuldner seine Leistung erbringen, solange ihn dies weniger als 100 Euro kostet. Diese Bindung an das Gläubigerinteresse lockert sich, wenn die Leistungspflicht aus Sicht des Schuldners rechtlich unsicher wird: Sieht der Schuldner eine Chance von 20 % (oder gar von 50 %), dass der Vertrag und damit seine Verpflichtung einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält, so sinkt der Erwartungswert seiner Haftung von 100 Euro auf 96 Euro (beziehungsweise 90 Euro).³⁹ Leisten würde er nur noch, wenn seine Kosten geringer als dieser Wert wären.⁴⁰ Dies schwächt die Verlässlichkeit des Vertrags für den Gläubiger. Die Rechtsunsicherheit trifft damit die Kernfunktion des Vertragsrechts, den Schutz des Vertrauens in die wechselseitige Erfüllung. Nimmt die Rechtsunsicherheit zu, müssen sich die Parteien stärker auf die außerrechtlichen Durchsetzung mittels langfristiger Beziehungen (Relationalität) und Marktrepputation stützen; dies schmälert tendenziell das Potential für wertschöpfende Kooperation.

Entsprechende Folgen sind selbst dann zu gewährleisten, wenn nicht die Wirksamkeit des Vertrags in Frage gestellt, sondern nur in seinen Inhalt eingegrif-

³⁶ Empirische Belege für diese verbreitete Annahme sind spärlich, siehe aber *Yonathan A. Arbel*, Contract Remedies in Action: Specific Performance, in: *West Virginia Law Review* 118 (2015), S. 100 ff., 117 („plaintiffs opt-out of specific performance in what seems like many cases“).

³⁷ Ob der Schuldner auch darüber hinaus zur Leistung gezwungen werden sollte, ist Gegenstand der bekannten Diskussion über einen „effizienten Vertragsbruch“, dazu überblicksweise *Ariel Porat*, Remedies, in: *Francesco Parisi* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Law and Economics*, Band 2, Oxford 2017, S. 308 ff., 313 ff.

³⁸ Anders natürlich, wenn aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht der volle Schaden des Gläubigers ausgeglichen wird, dazu etwa *Anthony T. Kronman*, Specific Performance, in: *University of Chicago Law Review* 45 (1978), S. 351 ff., 359 ff.

³⁹ Den erhaltenen Preis muss der Schuldner in jedem Fall erstatten, auch wenn er sich von dem unerwünschten Vertrag befreien kann. Damit berechnet sich der Erwartungswert seiner Haftung mit $80 \text{ Euro} + 0,8 \times 20 \text{ Euro} = 96 \text{ Euro}$ bzw. $80 \text{ Euro} + 0,5 \times 20 \text{ Euro} = 90 \text{ Euro}$.

⁴⁰ Zur Vereinfachung außen vor bleiben die Kosten eines Rechtsstreits (dazu sogleich unter III. 2.b), Risikoaversion und besondere Präferenzen (z. B. für die Einhaltung von Versprechen).

fen wird.⁴¹ So mag der Schuldner im Öllieferungsfall eine Erhöhung des Lieferpreises wegen gestiegener Beschaffungskosten verlangen. Wenn sich der Gläubiger darauf nicht einlässt, die Rechtslage aber unsicher ist, entsprechen die Anreize des Schuldners denen bei einer möglichen Unwirksamkeit des Vertrags: Erweist sich sein Erhöhungsbegehren als berechtigt, schuldet er keinen Schadensersatz, wenn er die Erfüllung wegen der ablehnenden Haltung des Gläubigers verweigert.⁴² Wiederum kann also Rechtsunsicherheit den Schuldner zur Nichterfüllung veranlassen, obwohl die Leistungserbringung weiterhin effizient und gerecht ist.

Bemerkenswert ist dabei, dass sich die Unsicherheit gar nicht auf die Frage der Erfüllung beziehen muss, sondern andere Gesichtspunkte wie die Höhe der Gegenleistung betreffen kann. Die Nichtleistung des Schuldners ist dann eindeutig ineffizient und widerspricht für sich genommen dem Gerechtigkeitsgebot, ergibt sich aber als rechtliche Nebenfolge aus der möglicherweise gebotenen Preisanpassung. Zwingend ist dieses „Weiterfressen“ der Rechtsunsicherheit im Vertragsgefüge indes nicht. Man könnte die Leistungspflicht des Schuldners vom Streit über die Gegenleistung entkoppeln, indem man ihm keine Einrede gewährt und ihn stattdessen darauf verweist, den höheren Preis einzuklagen. Dieser Lösungsansatz lässt sich verallgemeinern: Immer, wenn die richterliche Gerechtigkeitskontrolle nicht Inhalt oder Art und Weise der Sachleistung betrifft, könnten sich ihre Rechtsfolgen auf einen finanziellen Ausgleich beschränken, der gegebenenfalls nachträglich zu erbringen wäre und die Durchführung des Vertrages sonst nicht beeinflussen würde. Dies würde den Vertragszweck gegen die entstandene Rechtsunsicherheit abschotten.

b) Streitkosten

Als weiterer Grund für eine Beschränkung der Gerechtigkeitskontrolle bleiben aber in jedem Fall die Kosten rechtlicher Auseinandersetzungen. Soweit Gerechtigkeitsfragen zu Rechtsfragen erhoben werden, können die Parteien sie als Rechtsstreit austragen. Dies verursacht erhebliche Kosten. Dazu zählen Ausgaben für Gerichte und Rechtsanwälte, ebenso aber die von den Beteiligten eingesetzte Zeit und Aufmerksamkeit. Bereits die direkt messbaren finanziellen Kosten sind erheblich und können einen nennenswerten Teil der Streitsumme ausmachen.⁴³ Der Aufwand der Parteien dürfte typischerweise mit dem Streitwert und der

⁴¹ Zu einer Milderung der Rechtsfolgen bereits *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 158 f.

⁴² Im deutschen Recht wäre die Anpassung – wenn überhaupt – auf § 313 Abs. 1 BGB zu stützen; der Schuldner müsste dann nur Zug um Zug gegen den erhöhten Preis leisten, dazu *Florian Loyal*, in: *Archiv für die zivilistische Praxis* 214 (2014), S. 746 ff., 767 (Einrede aufgrund § 242 BGB); *Thomas Finkenauer*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, München 2016, § 313 BGB Rn. 126 (Einrede aus §§ 273, 320 BGB).

⁴³ Vgl. *Christopher J.S. Hodges/Stefan Vogenauer/Magdalena Tulibacka*, The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective, München 2010, S. 172 ff. (schwierige vertragsrechtliche Streitigkeit über 5 Millionen Euro entgangene Gewinne verursacht

Schwierigkeit des Falles – der Unsicherheit der Rechtslage – steigen.

Streitkosten verringern zum einen den Zugewinn an Gerechtigkeit, den eine umfassende gerichtliche Kontrolle des Vertrags erreichen soll. Wird beispielsweise dem Verkäufer im Öllieferungsfall ein höherer Preis zugewilligt, so mindert der Aufwand zu seiner Erstreitung diesen Vorteil, ja kann ihn ganz aufzehren und sogar übertreffen.⁴⁴ Eine mögliche Erstattung von Prozesskosten deckt die finanziellen Ausgaben nur teilweise und den Zeitverbrauch überhaupt nicht. Zudem könnte für das erstrebte Gerechtigkeitsziel der *Erwartungswert* der Prozesskosten maßgeblich sein. In diesem Fall wäre die Gefahr des Unterliegens zu berücksichtigen, so dass die prozessuale Kostenerstattung die zu begünstigende Partei entweder weniger entlasten oder sogar zusätzlich belasten würde.⁴⁵

Zum anderen schmälern die bei Vertragsschluss zu erwartenden Streitkosten den Wert des Vertrags insgesamt. Besteht ein Recht möglicherweise, wird die begünstigte Partei es geltend machen, sobald ihr dies individuell vorteilhaft erscheint. Zusammengenommen haben beide Parteien jedoch ein Interesse, die Streit anfälligkeit des Vertrags gering zu halten. Selbst wenn bestimmte Gerechtigkeitsforderungen – wie eine Anpassung des Preises an gestiegenen Leistungsaufwand – nur eine Seite begünstigen, würde diese häufig gegen andere Zugeständnisse bei Vertragsschluss darauf verzichten.⁴⁶ Bündelt man unsichere Gerechtigkeitsfragen über verschiedene Bereiche hinweg, dürfte ein Ausschluss auch ohne besondere Konzessionen beiden Parteien nützen, weil sich die materiellrechtlichen Vor- und Nachteile ausgleichen und die erwarteten Streitkosten beide Seiten belasten.⁴⁷ Eine gerichtliche Überprüfung dieser Fragen widerspräche dann den materiellen Interessen der Vertragsparteien. Eine Verabsolutierung von Richtigkeitsanforderungen an den Vertrag wäre ihrerseits nicht zu rechtfertigen. Das Gerechtigkeitsprinzip selbst verlangt deshalb, die gerichtliche Kontrolle des Vertrags zu beschränken.

IV. Folgerungen

Das Gerechtigkeitsgebot des § 6 AT ZGB ist ein Grund- und Programmsatz für die Gesetzgebung und

geschätzte Prozesskosten von 3 Millionen US-Dollar in England, 770.000 US-Dollar in China und 240.000 US-Dollar in Deutschland).

⁴⁴ Zu einem Rechtsstreit kommt es nur, wenn der Erwartungswert der Durchsetzung für den (vermeintlich) Berechtigten anfänglich positiv ist. Dabei berücksichtigt er nur die eigenen Streitkosten, so dass die Summe der Streitkosten den Streitwert durchaus übersteigen kann. Soweit die Streitkosten abschreckend wirken und die Zahl der Streitfälle verringern, mindern sie zugleich die Relevanz der erstrebten Gerechtigkeitskontrolle.

⁴⁵ Bei erstattungsfähigen Prozesskosten des Klägers und Beklagten in gleicher Höhe und einer Wahrscheinlichkeit des Obsiegens von 50 % entspricht der Erwartungswert genau der Situation ohne Prozesskostenerstattung.

⁴⁶ Ob es wirklich zu einem Ausgleich zum Beispiel beim Preis kommt, wenn die Rechtsordnung auf eine umfassende Gerechtigkeitskontrolle verzichtet, lässt sich indes nur schwer nachweisen.

⁴⁷ Vgl. Alan Schwartz/Robert E. Scott, Contract Interpretation Redux, in: The Yale Law Journal 119 (2010), S. 926 ff., 946 (Streitkosten als Argument für eine Bindung der Vertragsauslegung an den Wortlaut).

Gesetzesauslegung.⁴⁸ Unmittelbare Rechtsfolgen ergeben sich erst aus Rechtssätzen wie den Regeln über die Anfechtung (§§ 147 ff. AT ZGB, § 54 Vertragsgesetz [VG]⁴⁹), Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 39 ff. VG) oder die Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten (§ 153 Abs. 2 AT ZGB). Zum Teil sind diese Regelungen allerdings kaum bestimmter als die Forderung des § 6 AT ZGB nach „Gerechtigkeit“ und Vernünftigkeit. So verlangt § 39 VG umstandslos, Allgemeine Geschäftsbedingungen müssten „sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten“.⁵⁰ Die vorstehend entworfene Begründung für die Beschränkung der Gerechtigkeitskontrolle kann dazu beitragen, derartige Generalklauseln sachgerecht einzugrenzen. Diese praktisch-juristischen Folgerungen sollen zum Abschluss angerissen werden.

1. Prozedurale Elemente des Gerechtigkeitsverstoßes

Der Begründungsgedanke der Richtigkeitsgewähr legt es nahe, die richterliche Gerechtigkeitskontrolle vor allem dort eingreifen zu lassen, wo eine Partei ihre Interessen bei den Vertragsverhandlungen nicht gut zum Tragen bringen konnte. Diese Erwägung hat sich in vielen gesetzlichen Regelungen niedergeschlagen, insbesondere der Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung, Drohung (§§ 147–150 AT ZGB), aber auch wegen der Ungerechtigkeit eines aufgrund Notlage, mangelnder Entscheidungsfähigkeit oder sonstiger Umstände zustande gekommenen Zivilrechtsgeschäfts (§ 151 AT ZGB; vgl. § 138 Abs. 2 BGB). Ähnlich ist die besondere Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen mit der typischen Informations- und Rationalitätsasymmetrie zwischen Verwender und Kunden zu begründen.⁵¹ Diese und weitere Tatbestände enthalten jeweils ein prozedurales Element, das eine Schwächung oder Ausschaltung der Richtigkeitsgewähr aufgreift. Die Gerechtigkeitskontrolle wird so in vielen Fällen eingegrenzt und zugleich für die Parteien vorhersehbarer, weil sich die tatbestandlich umschriebenen Mängel des Verhandlungsprozesses häufig erkennen und vermeiden lassen.

2. Bestimmtheit des Gerechtigkeitsverstoßes

Nach der hier entwickelten Begründung ist die Gerechtigkeitskontrolle zu beschränken, um Rechtsunsicherheit und deren destruktive Folgen einzudämmen. Die Abwägung zwischen Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit erhält so einen spezifischen Akzent: Die Vereinbarung der Parteien sollte möglichst nur in Frage

⁴⁸ Dass die Parteien den Grundsatz der Gerechtigkeit befolgen „müssen“, ist als Übersetzung insoweit nicht ganz glücklich, dazu bereits oben Fn. 5.

⁴⁹ 中华人民共和国合同法, vom Volkskongress am 15.3.1999 verabschiedet, in Kraft getreten am 1.10.1999; deutsche Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 15.3.1999/1.

⁵⁰ Kaum eindeutiger § 307 Abs. 1 S. 1 BGB: „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“

⁵¹ Vgl. oben Fn. 23.

gestellt werden, wenn dies für die Parteien vorhersehbar ist, also wenig Rechtsunsicherheit hervorruft.

a) Evidenz des Gerechtigkeitsverstößes

Je weiter sich die vertragliche Regelung von der Gerechtigkeit entfernt, umso eher werden nicht nur das urteilende Gericht, sondern auch die Parteien einen Gerechtigkeitsverstoß erkennen. Gesetzliche Regelungen verlangen deshalb zum Beispiel ein „auffällige[s]“ Missverhältnis (§ 138 Abs. 2 BGB),⁵² ein „deutlich“ ungerechtes Geschäft (§ 151 AT ZGB, § 54 Abs. 1 Nr. 2 VG) oder „schwerwiegend[e]“ Änderungen, die ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar machen (§ 313 Abs. 1 BGB).⁵³ Man kann derartige Qualifizierungen als Abwägung deuten: Nur bei drastischen Verstößen verdient die Gerechtigkeit den Vorzug, während bei weniger schwerwiegenden die Privatautonomie vorgeht. Die Vermeidung von Rechtsunsicherheit liefert eine weitere Erklärung: Schwere Gerechtigkeitsverstöße sind für die Beteiligten eher erkennbar als geringfügige.

b) Regelhaftigkeit des Gerechtigkeitsverstößes

Gerichte nutzen Generalklauseln wie die guten Sitten nicht nur, wenn die von ihnen erkannte Ungerechtigkeit für jedermann offenkundig ist. Ein Beispiel bietet die deutsche Rechtsprechung zu Personalsicherheiten naher Angehöriger. Die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts erklärte eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 100.000 DM der 21 Jahre alten, „überwiegend arbeitslos[en]“ Tochter eines Immobilienmaklers für dessen Bankkredit als „ungewöhnlich belastend und [...] offensichtlich unangemessen“.⁵⁴ Dagegen hatte der Bankenverband – immerhin bedenkenwert – eingewandt, die Mithaftung von Angehörigen solle drohende Vermögensverschiebungen verhindern und dem Schuldner einen stärkeren Anreiz geben, seine Solvenz zu erhalten.⁵⁵ Der Bundesgerichtshof hatte die Bürgschaft zuvor für wirksam erklärt.⁵⁶ An der Evidenz des Gerechtig-

keitsverstößes kann man deshalb mit Fug und Recht zweifeln.⁵⁷

Dennoch lässt sich die „Bürgschaftsrechtsprechung“ mit einer beschränkten Gerechtigkeitskontrolle vereinbaren: Rechtssicherheit besteht nicht nur, wenn die Gerechtigkeitsanforderungen an den Vertrag von vornherein allgemein einsichtig sind. Die nötige Bestimmtheit kann daneben durch rechtliche Setzung erreicht werden. Die Macht zu einem solchen juristischen *fiat* kommt dem Gesetzgeber zu, wenn er der Privatautonomie gesetzliche Grenzen zieht. Aber auch die Rechtsprechung kann für die Zukunft klarstellen, welche (nicht evidenten) Gerechtigkeitsverstöße mit Rechtsfolgen sanktioniert werden. Dies setzt voraus, dass Gerichte die Gerechtigkeitskontrolle nicht nach individuellem Dafürhalten ausüben, sondern von anderen – insbesondere höheren – Gerichten aufgestellte Rechtssätze anwenden. Entwickelt werden diese Rechtssätze anhand von Einzelfällen. Die ersten Entscheidungen zur Schöpfung solcher Regeln sind nicht sicher vorhersehbar – die Ungerechtigkeit ist eben nicht offenkundig. Hinnehmbar wird die von dieser Möglichkeit hervorgerufene Unsicherheit nur, wenn eine solche Rechtsfortbildung an Bedingungen geknüpft ist. Gefordert ist die Entwicklung abstrakt-genereller Rechtssätze über den entschiedenen Einzelfall hinaus. Diese müssen in einer erheblichen Zahl wirklich zu erwartender, künftiger Sachverhalte die Rechtslage einigermaßen sicher festlegen, also subsumtionsfähig sein. In seinem Bürgschaftsbeschluss hat das Bundesverfassungsgericht dies ausdrücklich anerkannt, indem es grundrechtliche Schutzpflichten „[s]chon aus Gründen der Rechtssicherheit“ nur bei einer „typisierbare[n] Fallgestaltung“ bejahte.⁵⁸ In der Tat handelte es sich bei den Bürgschaftsfällen um eine verbreitete Praxis, und der BGH hat dafür in den Folgejahren einigermaßen rechtssichere Prüfungskriterien entwickelt.⁵⁹

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die beiden vertragsrechtlichen Prinzipien der Vertragsfreiheit (§ 5 AT ZGB) und der Gerechtigkeit (§ 6 AT ZGB) sind nach der Lehre *Schmidt-Rimplers* nicht gleichgeordnet, sondern stehen in einem Ableitungsverhältnis: Die Vertragsfreiheit hat keinen eigenständigen Wert, sondern ist ein Mittel, um gerechte („richtige“) Regelungen zu erreichen. Vertragsgerechtigkeit impliziert also Vertragsfreiheit.

⁵² Allgemein sollen die guten Sitten nach der in Deutschland vorherrschenden Ansicht nur das „sozialethische Minimum“ gewährleisten, Diskussionsstand bei *Rolf Sack/Philipp Fischinger*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 138 BGB Rn. 71 ff.

⁵³ Vgl. oben Text zu Fn. 33.

⁵⁴ BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, in: *Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 89, S. 214 ff., 234.

⁵⁵ BVerfG (Fn. 54), S. 225. Für das Verhältnis zwischen Ehegatten folgte der BGH diesem Argument sogar noch nach dem Bürgschaftsbeschluss des BVerfG, BGH, in: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* 151, S. 230 ff., 234 ff.

⁵⁶ BGH 16.3.1989 – IX ZR 171/88, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, S. 1605. Allerdings hatte das Schrifttum die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kritisiert, siehe die Nachweise in BVerfG (Fn. 54), S. 217; ferner später (und trotz grundsätzlicher Einwände gegen das Bundesverfassungsgericht) *Klaus Adomeit* (Fn. 8), S. 2467; *Uwe Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück juristischer Methodenlehre, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 198 (1998), S. 171 ff., 247; zweifelnd *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 196 (1996), S. 1. ff., 3 f. Eine soziologische Begründung des Gerechtigkeitsverstößes als Übergriff des Ökonomischen in die Eigenlogik familiärer Beziehungen gibt

Gunther Teubner, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 83 (2000), S. 388 ff., 390 ff.

⁵⁷ „Evidenz“ verlangt freilich nur, dass sich nahezu alle unvoreingenommenen Beobachter über die Beurteilung einig sind, nicht hingegen, dass sie – gleichsam als Evidenz zweiter Ordnung – diese Beurteilung für zweifelsfrei halten.

⁵⁸ BVerfG (Fn. 54), S. 232.

⁵⁹ Vergleiche etwa BGH 14.5.2002 – XI ZR 50/01, in: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* 151, S. 34 ff., 36 ff.; BGH 24.2.1994 – IX ZR 93/93, in: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* 125, S. 206 ff., 210 ff.; zusammenfassend *Rolf Sack/Philipp Fischinger* (Fn. 51), S. 405 ff.

2. Der erste Schritt zur Begründung dieses Ableitungszusammenhangs besteht in der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“. Weil sämtliche Parteien am Vertragsschluss mitwirken, ist grundsätzlich zu erwarten, dass der Vertrag die betroffenen Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringt. Allerdings unterliegt die Richtigkeitsgewähr vielen gewichtigen Einschränkungen. Dies legt eine umfassende hoheitliche Überprüfung geschlossener Verträge nahe, so dass für echte Vertragsfreiheit wenig Raum bliebe.
3. Im zweiten Begründungsschritt ist deshalb zu erweisen, weshalb eine schrankenlose Gerechtigkeitskontrolle dem Gerechtigkeitsprinzip zuwiderliefe: Da die Anforderungen der Vertragsgerechtigkeit häufig nicht eindeutig sind, erzeugt die Möglichkeit gerichtlicher Eingriffe erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies beeinträchtigt die Steuerungsfunktion des Vertrags und gefährdet den Vertragszweck. Zudem belastet es die Vertragsparteien mit Streitkosten. Eine solche Entwertung des Vertrags widerspricht der Gerechtigkeit.
4. Bereits aus dem Gerechtigkeitsprinzip folgt somit, dass die Rechtsordnung die von den Parteien getroffene Regelung grundsätzlich unverändert respektieren sollte. Eingriffe in die Vertragsfreiheit müssen beschränkt bleiben auf (a) Mängel des Vertragsschlusses selbst, (b) offensichtliche Gerechtigkeitsverstöße und (c) regelhafte Gerechtigkeitsverstöße, die sich in einer Vielzahl von Fällen anhand zu entwickelnder subsumtionsfähiger Tatbestände einigermaßen sicher feststellen lassen.

* * *

Contractual Freedom vs. Contractual Justice – §§ 5 and 6 of the General Part of the Civil Code of the People's Republic of China

The article examines the relationship between the principles of contractual freedom and justice as enshrined in the new General Part of the Chinese Civil Code. To this end, it considers the contract theory of German legal scholar Walter Schmidt-Rimpler. According to this theory, contractual freedom is merely a means of creating a “correct” (just) regulation of a contractual exchange between parties. However, the free bargaining process does not guarantee that the resulting contract will be perfectly just. Therefore, it seems obvious at first glance that the contract should be subject to comprehensive judicial review. Schmidt-Rimpler objected to such far-reaching interventions as a serious threat to legal certainty. The article elaborates on this claim in more detail. It thus provides a reason why judicial review of a contract must remain narrowly limited even if freedom of contract is only a means to the end of contractual justice.

Der Grundsatz von Treu und Glauben im chinesischen Zivilrecht – zur Bearbeitung eines chinesischen Gesetzeskommentars

ZHANG Shuanggen¹

Abstract

Der Beitrag konzentriert sich auf zwei Aspekte: Auf der einen Seite wird der Stand der aktuellen Kommentarliteratur zum chinesischen ATZR kurz dargestellt und im Vergleich zum deutschen Standard des Gesetzeskommentars bewertet. Zum anderen werden die einzelnen Fragen behandelt, die bei der Kommentierung des § 7 ATZR über den Grundsatz von Treu und Glauben möglicherweise zu erwarten sind, wie z. B., ob eine „Sonderrechtsbeziehung“ Voraussetzung für die Anwendung des § 7 ATZR ist und in welchem Verhältnis der Grundsatz von Treu und Glauben und die einzelnen Rechtsinstitute zueinander stehen.

Der nachstehende Beitrag wendet sich einerseits dem Stand der aktuellen Kommentarliteratur zum chinesischen Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)², andererseits den möglicherweise auftretenden Problemen bei der Kommentierung des § 7 AT ZGB über den Grundsatz von Treu und Glauben zu. Während sich der erste Teil mit dem Aufbau und der Form eines Gesetzeskommentars befasst, wendet sich der letzte Teil einzelnen Fragen zum normativen Gehalt des § 7 AT ZGB zu.

I. Bewertung der aktuell veröffentlichten Kommentare zum AT ZGB

Die Veröffentlichung mehrerer Gesetzeskommentare, neben Lehrbüchern und Monographien, ist für das chinesische Privatrecht ein neues Phänomen, das sich – im Vergleich zum Sachenrechtsgesetz von 2007 und zum Deliktshaftungsgesetz von 2009 – erstmals im Zusammenhang mit dem im Jahr 2017 erlassenen AT ZGB betrachten lässt.³ Diese Kommentarwerke sind aber nicht ausreichend, um von einer „Kommentare-Epoche“ des chinesischen Zivilrechts auszugehen. Man kann nur sagen, dass die gestiegene Anzahl derartiger

Publikationen zur Folge hat, dass die aus der Kommentarbeit resultierenden Methoden und Erkenntnisse immer stärker im Fokus der Tätigkeit der Rechtswissenschaft und der Justiz stehen werden.

Daneben weisen die genannten chinesischen Kommentare eine ausgeprägte Nachahmung des deutschen Gesetzeskommentars auf.⁴ Obwohl bis heute noch keine chinesische Übersetzung eines deutschen Gesetzeskommentars vorliegt, werden die mit den deutschen Kommentarwerken vertrauten Leser die Nachahmung sofort bemerken. Eine solche Imitation ist – mit Blick auf die chinesische Rechtsgeschichte – nicht zu kritisieren und sogar verständlich, denn die chinesische Rechtswissenschaft und die Gesetzgebung rezipieren nach wie vor das deutsche Recht intensiv. Die aktuellen chinesischen Kommentare sind jedoch nur eine oberflächliche Nachahmung; für die chinesischen Juristen ist es noch ein langer Weg, bis sie vergleichbare Kommentierungen haben. Für die nähere Analyse des Stands der chinesischen Kommentarwerke kann die aktuelle Kommentarliteratur zu § 7 AT ZGB über den Grundsatz von Treu und Glauben als Beispiel dienen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist bereits in den 1986 verabschiedeten Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts (AGZ)⁵ enthalten. Diesen führt nun § 7 AT ZGB mit nur geringfügigen Änderungen im Wortlaut fort. Insofern besteht der Grundsatz von Treu und

¹ Associate Prof. Dr.; Universität Peking.

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.

³ Beispiele sind etwa CHEN Su (陈甦), Kommentar zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts (民法总则评注), Beijing 2017; WANG Liming (王利明), Ausführlicher Kommentar zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts der VR China (中华人民共和国民法总则详解), Beijing 2017; SHEN Deyong (沈德咏), Verstehen und Anwendung von Vorschriften des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der VR China (中华人民共和国民法总则条文理解与适用), Beijing 2017; LI Yu (李宇), Wesentliche Punkte des Allgemeinen Teils des Zivilrechts: Auslegung der Vorschriften und Bemerkung zu gesammelten Entscheidungen (民法总则要点——规范释论与判解集注), Beijing 2017. Außer letzterem werden die anderen drei Bücher jeweils von mehreren Autoren geschrieben; jedes der vier Bücher hat mehr als 1.000 Seiten und erschien vor dem am 1.10.2017 in Kraft getretenen AT ZGB. Daraus wird gefolgert, dass in diesen als Gesetzeskommentar gekennzeichneten Büchern lediglich die Theorie und Praxis vor dem AT ZGB einbezogen ist. Mit den Problemen, die nach der Durchsetzung des AT ZGB aufgetreten sind, können sie sich keinesfalls befassen.

⁴ Die Nachahmung zeigt sich an folgenden Faktoren: 1. Die meisten Autoren bzw. Teilnehmer jedes der erwähnten Bücher haben eine juristische Ausbildung in Deutschland gemacht und die deutsche Kommentarliteratur ist ihnen deswegen nicht fremd. 2. In jedem Heft der chinesischen juristischen Zeitschrift „Juristen“ – seit dem dritten Heft von 2016 – werden ein oder zwei Aufsätze über die Kommentierung der geltenden zivilrechtlichen Gesetze, wie das Sachenrechtsgesetz und das Vertragsgesetz, veröffentlicht. Für die anderen Kommentaraufgaben, die sich seitdem mit dem Gesetzeskommentar beschäftigen, gelten solche Kommentare als Muster für das Kommentieren.

⁵ 中华人民共和国民法通则, v. 12.4.1986, geändert am 27.8.2009 geändert, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 1986, Nr. 12, S. 371 ff.; deutsche Übersetzung in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht III. 7 12.4.86/1.

Glauben im chinesischen Privatrecht schon seit mehr als 30 Jahren.

Die chinesische Rechtswissenschaft hat in den vergangenen Jahren aber nur einen mittelmäßigen Beitrag zur Erforschung dieses Grundsatzes geleistet. Die nähere Betrachtung der aktuellen Kommentare zu § 7 AT ZGB und der Vergleich mit den entsprechenden deutschen Gesetzeskommentaren verdeutlicht die Durchschnittlichkeit des Kommentars zu § 7 AT ZGB in zweierlei Hinsicht:

Die erste betrifft den technischen Standard des Gesetzeskommentars. Nach den Standards, die von *Franz Jürgen Säcker* in den „Redaktionellen Richtlinien für die Bearbeitung der 5. Auflage des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch (einschließlich Ergänzungsband)“ festgehalten wurden,⁶ sollte ein vollständiger Gesetzeskommentar strukturell zumindest Folgendes beinhalten: 1. einen Überblick über die Vorschrift, der in erster Linie den Ursprung der Vorschrift, ihre normative Natur und Zwecke, ihre Stellung und Funktion im normativen System erklärt, 2. die Tatbestände, die im Hinblick auf die dogmatischen Anforderungen Punkt für Punkt analysiert werden, 3. die Rechtsfolgen, 4. gegebenenfalls eine Analyse der prozessualen Probleme, insbesondere der Beweislast.

Wenn man einen „vollständigen Rechtssatz“ kommentiert, spiegelt der Kommentar die Standards einer solchen Kommentarstruktur am besten und am vollständigsten wieder. Der Grundsatz von Treu und Glauben in § 7 AT ZGB enthält jedoch ein allgemeines Prinzip und ist eine so genannte „Generalklausel“, die als „unvollständiger Rechtssatz“ zu qualifizieren ist. Die Tatbestände und die Rechtsfolgen einer solchen Generalklausel sind deshalb nur schwer anhand normativer Kriterien zu kommentieren oder zu analysieren. Erforderlich ist eine „Konkretisierung“, welche nur mittels der „Typisierung der Fallgruppe“ durch akademische und richterliche Zusammenarbeit sortiert und gestaltet werden kann. Nur auf diese Weise kann der inhaltlich relativ leeren und unsicheren Generalklausel Leben eingehaucht werden, so dass die Kommentierung einen wissenschaftlichen Wert sowie Bedeutung für die Rechtsanwendung gewinnt.

Nach diesen technischen Standards sind die Kommentare zum Grundsatz von Treu und Glauben in § 7 AT ZGB in China oft nicht auf den Punkt gebracht, und es fehlt ihnen an der richtigen Methode. Die „Typisierung von Fallgruppen“ ist wenig ausgeprägt und unstrukturiert.

Zweitens geht es um die systematische Analyse des Inhalts des Grundsatzes von Treu und Glauben. In der aktuellen akademischen Diskussion werden der Grundbegriff, der Normzweck des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie die Wechselwirkung dieses Grundsatzes mit anderen zivilrechtlichen Grundsätzen

nicht umfassend behandelt oder noch nicht endgültig bestimmt oder nicht vertieft.⁷

Säcker betont, soweit es um die Aufgabe eines Gesetzeskommentars geht: „Der Kommentar zeichnet sich durch knappe Diktion und klare Sprache aus. Die wissenschaftlichen Aussagen der Kommentierung münden grundsätzlich in eindeutige Entscheidungen; dies schließt eine Problemläuterung ohne konkreten Entscheidungsvorschlag aus.“⁸ Eine Kommentierung des § 7 AT ZGB über den Grundsatz von Treu und Glauben, zu dem weder vertiefte wissenschaftliche Arbeiten noch ausreichende Rechtsprechung chinesischer Gerichte vorhanden ist, kann angesichts des wenigen Materials nicht vorankommen.

Aus der Perspektive des Gesetzeskommentars und nach den von *Säcker* entwickelten Standards konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Probleme, die bei der Kommentierung des § 7 AT ZGB möglicherweise zu erwarten sind.

II. Probleme der Kommentierung des § 7 AT ZGB

Bei der Kommentierung des § 7 AT ZGB ergeben sich folgende Fragen für die Diskussion: Setzt § 7 AT ZGB eine Sonderrechtsbeziehung voraus? Wie ist der Wortlaut des § 7 AT ZGB zu verstehen? Wie ist der subjektive Tatbestand des § 7 AT ZGB beschaffen?

1. Sonderrechtsbeziehung als Voraussetzung des § 7 AT ZGB

Im chinesischen Zivilrecht besitzt der Grundsatz von Treu und Glauben den Status eines „Königsprinzips“ in jeder Hinsicht, weil er nicht nur in den AT ZGB, sondern in das erste Kapitel der „Grundlegenden Bestimmungen“ des AT ZGB aufgenommen worden ist. Aus rechtsvergleichender Perspektive ist diese Vorschrift dem § 2 Abs. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) und dem § 148 Abs. 2 des Zivilrechts im chinesischen Gebiet Taiwan vergleichbar. Anders als der AT ZGB legt das BGB den Grundsatz von Treu und Glauben im Buch über das „Recht der Schuldverhältnisse“ fest, nämlich in der dritten Vorschrift dieses Buches (§ 242 BGB). Jedoch geht der Grundsatz von Treu und Glauben im deutschen Recht über den Anwendungsbereich der Schuldverhältnisse sehr weit

⁷ Erwähnenswert ist, dass Prof. *XU Guodong* zwar seit langem durch eine Monographie den Grundsatz von Treu und Glauben untersucht hat, aber er vor allem aus der Perspektive der Überwindung der Grenzen des Gesetzes die Funktion dieses Grundsatzes ausgeführt hat. Ursprünglich hat er die Rechtsanwendung dieses Grundsatzes nicht vertieft. Erst in den nachfolgenden überarbeiteten Auflagen hat die Diskussion über Fragen der Rechtsanwendung zugenommen, vgl. *XU Guodong* (徐国栋), *Auslegung der zivilrechtlichen Grundsätze: Bewältigung der Begrenztheit des kodifizierten Rechts* (民法基本原则解释——成文法局限性之克服), Beijing 1992; *ders.*, *Auslegung von den Grundsätzen des Zivilrechts: zu der Geschichte, Praxis und Jurisprudenz des Grundsatzes von Treu und Glauben* (民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究), Beijing 2013.

⁸ *HUANG Hui* (Fn. 6), S. 174 ff.

⁶ Die chinesische Übersetzung s. *HUANG Hui* (黄卉), *Zhongguo yingyong faxue* (中国应用法学) 2017, Nr. 2, S. 174 ff.

hinaus. Darüber besteht in der deutschen Rechtswissenschaft Einigkeit.⁹

Gerade weil der Grundsatz von Treu und Glauben im BGB im Buch über das „Recht der Schuldverhältnisse“ verankert ist und die Schuldverhältnisse ein typisches Rechtsverhältnis zwischen bestimmten Parteien sind, setzt die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im deutschen Recht das Vorliegen einer „Sonderrechtsbeziehung“ voraus. Ein solches Erfordernis wird aufrechterhalten, auch wenn sich der Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben nach h. M. auch auf andere Rechtsbeziehungen als Schuldverhältnisse erstreckt. Das bedeutet aber nicht, dass bereits ein Rechtsverhältnis im engeren Sinne bestehen muss. Umgekehrt kann eine Sonderrechtsbeziehung (wie ein gesetzliches Schuldverhältnis) gerade auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützt werden. Außerdem findet dieser Grundsatz sogar auf Verhältnisse Anwendung, die durch „einen qualifizierten sozialen Kontakt“ entstanden sind.¹⁰

Nimmt man das deutsche Recht bei der Kommentierung von § 7 AT ZGB zum Vorbild, so muss man sich fragen, ob die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im chinesischen Recht auch eine „Sonderrechtsbeziehung“ voraussetzen sollte. Bejaht man dies, so stellt sich die Frage nach dem Grund für eine solche Anforderung im chinesischen Recht. Die systematische Auslegung, wie sie für das BGB herangezogen wird, gilt für das chinesische Recht ersichtlich nicht. Der Wortlaut von § 7 AT ZGB ist verwirrend. Zudem lässt sich über diese Frage keine Diskussion in den oben genannten chinesischen Kommentarwerken finden.

2. Zum Wortlaut des § 7 AT ZGB

In Bezug auf die Vorschrift vom Grundsatz von Treu und Glauben konzentrieren sich sowohl § 2 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches („Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.“) und § 148 Abs. 2 des Zivilrechts im chinesischen Gebiet Taiwan („Bei der Ausübung der Rechte und der Erfüllung der Pflichten sollte der Grundsatz von Treu und Glauben befolgt werden.“) sowie § 242 BGB auf zwei Aspekte, nämlich die Ausübung der Rechte und die Erfüllung der Pflichten. Von diesen beiden Aspekten ausgehend den Grundsatz von Treu und Glauben zu interpretieren, entspricht auch den Grundprinzipien der Rechtsbeziehungen. Bei logischer Betrachtung besteht der Inhalt der Rechtsbeziehungen aus nichts anderem als Rechten und Pflichten. Auf der Grundlage des Grundsatzes von Treu und Glauben sollten zum einen weitere Anforderungen für die Erfüllung der Pflichten entwickelt werden, so dass gegebenenfalls gesetzlich nicht geregelte neue Inhalte, neue Arten von Pflichten oder sogar ein Pflichtensystem abgeleitet werden können. Zum anderen werden die Rechte der

Rechtsinhaber inhaltlich beschränkt, damit die Ausübung der Rechte anderen nicht schadet.

Die Formulierung von § 7 AT ZGB („Wenn Zivilsubjekte Zivilaktivitäten unternehmen, müssen sie den Grundsatz von Treu und Glauben befolgen, Ehrlichkeit bewahren und Versprechen gewissenhaft einhalten.“) erweist sich dagegen als eher merkwürdig. Erstens hat man die Formulierung „Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten“ durch „Zivilaktivitäten unternehmen“ ersetzt. Das scheint den Zweck zu haben, den Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben auszuweiten. Denn im allgemeinen Verständnis des chinesischen Rechts beschränkt sich der Begriff „Zivilaktivitäten“ ersichtlich nicht auf die „Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten“. Dennoch wird im chinesischen Recht nicht klar erklärt, was der Begriff der „Zivilaktivitäten“ bedeutet, welche Tatbestände oder Merkmale die „Zivilaktivitäten“ enthalten sollen, oder welche anderen „Aktivitäten“ als die „Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten“¹¹ der Begriff „Zivilaktivitäten“ umfassen könnte oder soll. Es ist deshalb höchst fragwürdig, ob eine so abstrakte und allgemeine Terminologie ein gesetzgeberischer Erfolg ist. Die Terminologie „Zivilaktivitäten“ wird zudem in den §§ 4 ff. AT ZGB sowie in § 12 AT ZGB verwendet. Daher ergibt sich bei der Auslegung des § 7 AG ZGB dieselbe Frage, obwohl diese Terminologie bereits seit den AGZ verbreitet ist.

Die „Sonderrechtsbeziehung“ als klare Voraussetzung oder Tatbestand des Grundsatzes von Treu und Glauben im BGB wird in der chinesischen Literatur kaum erwähnt. Ob die Terminologie „Zivilaktivitäten“ zu diesem Verständnis führt, ist noch immer eine offene Frage.

Anders als in den oben genannten Vorschriften in den ausländischen Gesetzen wird zudem die Formulierung „sollen sie den Grundsatz von Treu und Glauben befolgen“ in § 7 AT ZGB durch den Halbsatz „Ehrlichkeit bewahren und Versprechen gewissenhaft einhalten“ ergänzt. Obwohl diese Ergänzung in chinesischer Sprache eine rhetorisch-ästhetische Wirkung hat, stiftet sie jedoch bei der Auslegung dieser Vorschrift Verwirrung: Ist diese Ergänzung eine Wiederholung des Ausdrucks „sollen sie den Grundsatz von Treu und Glauben befolgen“ oder nur eine beispielhafte Erklärung? Nach der Auslegung des Wortlauts scheint das erste Verständnis mit der chinesischen Grammatik übereinzustimmen, was dann dazu führte, dass bei der Auslegung des Grundsatzes von Treu und Glauben die Formulierung „Versprechen“ in § 7 AT ZGB

⁹ Claudia Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München 2016, § 242 Rn. 98 ff.

¹⁰ Vgl. Claudia Schubert (Fn. 9), § 242 Rn. 93 ff.

¹¹ Interessanterweise haben die Gesetzgebungsmaterialien, die vom Gesetzgeber auf der offiziellen Homepage des Nationalen Volkskongresses am 5.7.2016 mit dem Titel „Gesetzliche Anmerkungen zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China“ veröffentlicht wurden, den Grundsatz von Treu und Glauben so erklärt: „Der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert, dass die Zivilrechtssubjekte bei der Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten ehrlich, zuverlässig und vertrauenswürdig sein müssen.“ Diese Aussage scheint darauf hinzudeuten, dass die „Zivilaktivitäten“ aus Sicht des chinesischen Gesetzgebers mit der „Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten“ gleichbedeutend sind.

zentrale Bedeutung hat. Da ein „Versprechen“ nur im Rahmen von Rechtsgeschäften sinnvoll ist, könnte der Grundsatz von Treu und Glauben in § 7 AT ZGB folglich nur auf Rechtsgeschäfte, insbesondere auf Verträge Anwendung finden.¹² Das Ergebnis dieser Auslegung widerspricht jedoch zweifellos sowohl dem Entwicklungstrend, der sich aus der Rechtsvergleichung ergibt, als auch der Grundidee, dass der Grundsatz von Treu und Glauben als ein allgemeines Prinzip im AT ZGB verankert wird. Daher umfasst die Regelung des § 7 AT ZGB vielmehr Beispiele für eine Erklärung, die aufgrund der Funktion der Gesetzesauslegung überflüssig ist.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass § 7 AT ZGB eine unglückliche Formulierung verwendet. Vorbild für eine schlichte und eindeutige Formulierung des Gesetzestextes ist § 148 Abs. 2 des Zivilrechts in Taiwan.

3. Zum subjektiven Tatbestand von Treu und Glauben nach der Auslegung des § 7 AT ZGB

Nach der h. M. ist der Grundsatz von Treu und Glauben im BGB begrifflich klar vom „guten Glauben“ zu unterscheiden. Während Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB in erster Linie und eventuell ausschließlich eine objektive Interessenbewertung verlangt, bezeichnet der gute Glaube die Bewusstseinslage einer Person und bezieht sich auf ihr subjektives Verständnis in den für die Gutgläubigkeit im Privatrechtssystem charakteristischen Abstufungen (vgl. z. B. § 122 Abs. 2 BGB, § 932 Abs. 2 BGB, § 15 Abs. 1 HGB, Art. 17 Wechselgesetz).¹³

Die Literatur zum Grundsatz von Treu und Glauben im chinesischen Recht konzentriert sich im Allgemeinen auch auf seine Funktion, die objektive Interessenabwägung. Angesichts des sprachlichen Ursprungs von „Treu und Glauben“ sowie der Rechtsvergleichung kritisiert XU Guodong jedoch ausnahmsweise ein solch objektives Verständnis.¹⁴ Er argumentiert, dass der Grundsatz von Treu und Glauben den guten Glauben sowohl in einem objektiven als auch in einem subjektiven Sinne einschließt, so dass die verschiedenen zivilrechtlichen Rechtsfiguren, die sich auf guten Glauben beziehen, etwa der gutgläubige Erwerb, in den Grundsatz von Treu und Glauben einzubeziehen sind.¹⁵

Nach chinesischer Grammatik kombiniert die Terminologie „Treu und Glauben“ die zwei Wörter „Treu“ und „Glaube“. Während sich „Treu“ nach innen orientiert, nämlich „sich selbst treu zu bleiben“, ist der „Glaube“ nach außen gerichtet, also auf „das Vertrauen

der Anderen“ bezogen.¹⁶ Da sich das Vertrauen auf die subjektive Befindlichkeit bezieht, muss die subjektive Befindlichkeit insofern in Betracht kommen, als das auf der subjektiven Befindlichkeit beruhende „Vertrauen“ durch den Grundsatz von Treu und Glauben rechtlich geschützt wird, auch wenn Treu und Glauben an sich objektiv verstanden werden. Im BGB erfassen einige auf der Grundlage von Treu und Glauben entwickelte Rechtsfiguren, insbesondere das „Rechtsinstitut der Verwirkung“, tatsächlich auch einen Tatbestand, der sich auf subjektives Vertrauen bezieht.¹⁷

Sobald jedoch der Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben auf einen so weiten Anwendungsbereich ausgedehnt wird, scheint dieser Grundsatz ein allumfassendes System zu sein, und er ist wirklich ein „Königsprinzip“, das grenzenlose Macht einräumt. Wenn eine Theorie zu einem solchen Ergebnis geführt hat, ist es äußerst fraglich, ob sie dogmatisch wünschenswert oder glücklich ist. Diese Frage wird deutlicher, wenn es um die Beziehung zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und konkreten Rechtsinstituten geht.

4. Beziehung zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und einzelnen Rechtsinstituten

Der Grundsatz von Treu und Glauben wird letztlich, unabhängig von der Art des legislativen Ausdrucks, nicht in der Lage sein, seine äußere Form als Generalklausel loszuwerden. Die normative Eigenschaft als Generalklausel hat zur Folge, dass die Methode der „Subsumtion“ nicht unmittelbar auf die Vorschrift von Treu und Glauben angewendet werden kann. Das heißt, dass man die Tatsachen, über die rechtlich zu entscheiden ist, nicht unter die Tatbestände sowie die Rechtsfolgen subsumieren kann.

Der einzige Weg zur Anwendung dieses Grundsatzes besteht darin, durch die Zusammenarbeit von Wissenschaft und Rechtsprechung verschiedene „typisierte Fallgruppen“ abzugrenzen, um die konkreteren Tatbestände sowie die Rechtsfolgen der jeweiligen Fallgruppen zu konstituieren. Dieser Prozess wird „Konkretisierung“ genannt.

Im Rahmen der „Typisierung der Fallgruppen“ erwirbt der Grundsatz von Treu und Glauben verschiedene Funktionen, etwa die „Konkretisierungsfunktion“, die „Ergänzungsfunktion“, die „Schrankenfunktion“ und die „Korrekturfunktion“.¹⁸ Folglich wohnt dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Rechtsfortbildungsfunktion inne. Zudem wird deutlich, dass sich viele privatrechtliche Rechtsinstitute aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entwickelt haben oder sich zumindest durch diesen Grundsatz rechtfertigen lassen. Dafür gibt es viele Beispiele, etwa das Verbot des Rechtsmissbrauchs, die positive Forderungsverletzung und der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Einige die-

¹² Tendenz zu dieser Auslegung, vgl. LI Yu (Fn. 3), S. 42.

¹³ Vgl. Claudia Schubert (Fn. 9), § 242 Rn. 10.

¹⁴ Vgl. XU Guodong (徐国栋), Frage zur Einheit der Gegensätze von objektiver und subjektiver Integrität: das römische Recht als Schwerpunkt (客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心, Chinesische Sozialwissenschaft (中国社会科学) 2001, Nr. 6, S. 97 ff.; XU Guodong (Fn. 7), S. 35 ff.

¹⁵ Vgl. XU Guodong (Fn. 14), S. 97 ff.; XU Guodong (Fn. 7), S. 35 ff.; zur Kritik zu dieser Ansicht vgl. LI Yu (Fn. 3), S. 44 ff.

¹⁶ Zur Auslegung des Wortlauts von „Treu und Glauben“ in deutscher Literatur vgl. Christian Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018, § 242 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. Claudia Schubert (Fn. 9), § 242 Rn. 393 ff.

¹⁸ Christian Grüneberg (Fn. 16), § 242 Rn. 15 f.; Claudia Schubert (Fn. 9), § 242 Rn. 24 ff.

ser Rechtsinstitute, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, wurden durch spätere Gesetzgebung kodifiziert, so etwa der Wegfall der Geschäftsgrundlage.¹⁹

Das heißt, dass sich die Rechtsinstitute, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entstanden sind oder sich daraus entwickelt haben, in zwei Kategorien einteilen lassen: Die durch spätere Gesetzgebung im Gesetz geregelten Rechtsinstitute und die noch nicht geregelten Rechtsinstitute. Letztere existieren noch in den theoretisch gebildeten „typisierten Fallgruppen“. Dann stellt sich die Frage: In welchen Beziehungen, insbesondere in Bezug auf die Rechtsanwendung, stehen die bereits gesetzlich geregelten Rechtsinstitute zum Grundsatz von Treu und Glauben?

Befasst man sich mit dieser Frage, können die folgenden beiden Ausführungen im Palandt, die sich auf das Verhältnis zwischen § 242 BGB und andere Vorschriften beziehen, durchaus verwirren: „Das Schikaneverbot des § 226 BGB ist neben dem sich aus § 242 BGB ergebenden Verbot unzulässigen Rechtsausübung weitgehend leerlaufend.“²⁰ und „Auch § 826 BGB hat daher als Schranke der Rechtsausübung neben § 242 BGB nur geringe Bedeutung.“²¹

Man kann insofern fragen, warum die beiden oben genannten Regelungen (§ 226 BGB und § 826 BGB) nicht abgeschafft werden, wenn „die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung“, die sich auf der Grundlage des Grundsatzes von Treu und Glauben entwickelt hat, beide Normen leerlaufen lässt oder zumindest die Anwendbarkeit größtenteils verhindert?

Für das chinesische Recht enthält § 132 AT ZGB auch den Grundsatz des Verbots des Rechtsmissbrauchs („Zivilrechtssubjekte dürfen ihre Zivilrechte nicht zum Schaden staatlicher Interessen, allgemeiner gesellschaftlicher Interessen oder der legalen Rechte und Interessen anderer Personen missbrauchen.“²²). Nach dem Wortlaut des § 132 AT ZGB widerspricht ein Rechtsmissbrauch im Sinne von § 132 AT ZGB auch dem Grundsatz von Treu und Glauben. Dies könnte dazu führen, dass § 132 AT ZGB letztlich vollständig von § 7 AT ZGB erfasst wird (was natürlich voraussetzt, dass sich im chinesischen Recht eine komplette „Lehre vom Verbot des Rechtsmissbrauchs“ auf der Grundlage des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB entwickelt hat). Wenn das der Fall ist, dann ist § 7 AT ZGB wirklich zu einem allumfassenden „Königsprinzip“ geworden. Alle Probleme könnten sich einfach durch diese Vorschrift lösen lassen. Wenn dies wirklich der Fall ist, welche Bedeutung hat dann noch das Rechtsanwendungsprinzip, wonach eine „Flucht in die Generalklauseln“ verboten ist?

Die aufgeworfenen Fragen sind im Rahmen der Gesetzeskommentierung vor allem ausgehend von der Auslegung des § 7 AT ZGB zu lösen.

¹⁹ Der Regel über den Wegfall der Geschäftsgrundlage liegt im deutschen Recht der Grundsatz von Treu und Glauben zugrunde. Anders als das deutsche Recht wird die damit vergleichbare Norm im chinesischen Recht, also die Änderung von Umständen, nach der herrschenden Meinung mit „Gerechtigkeitsabwägungen“ legitimiert, da Gerechtigkeit im chinesischen Recht gesetzlich auch als ein eigenständiger Grundsatz geschrieben wird, vgl. *LI Yu* (Fn. 3), S. 40 ff. Dieser auf Gesetzgebung zurückgehende Unterschied betrifft m. E. die Abgrenzungsfrage zu den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Gerechtigkeit. Sofern der Grundsatz der Gerechtigkeit die Änderung von Umständen selbst schon erfasst, ist zum einen das Verhältnis der beiden Grundsätze untereinander, zum anderen der Anwendungsbereich des Grundsatzes der Gerechtigkeit zu erörtern.

²⁰ *Christian Grüneberg* (Fn. 16), § 242 Rn. 18.

²¹ *Christian Grüneberg* (Fn. 16), § 242 Rn. 15 f., 19.

²² Deutsche Übersetzung des § 132 AT ZGB siehe *Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pfejler* (Fn. 2), S. 227.

* * *

The Principle of Good Faith in Chinese Civil Law

The article focuses on two aspects in relation to the topic of good faith. First, the state of the current commentary on the Chinese ATZR is briefly presented and evaluated against the yardstick of German legal commentary. Second, individual questions typical of the commentary on § 7 ATZR and the principle of good faith are addressed, such as whether a “special rights relationship” is a prerequisite for the application of Section § 7 ATZR, and how the relationship between the principle of good faith and other individual legal institutions should be understood.

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 6, 7 AT ZGB)

Claudia Schubert¹

Abstract

Treu und Glauben ist im deutschen und im chinesischen Recht ein grundlegendes Prinzip, das das Privatrecht durchzieht und dem Handeln der Privatrechtssubjekte Grenzen setzt. Während das BGB nicht das Prinzip, sondern vor allem in § 242 eine Generalklausel regelt, enthält das chinesische Recht das Prinzip und eine Reihe von Einzelausprägungen. Es handelt sich in beiden Ländern vor allem um eine Begrenzung der Rechtsausübung, um auf der Grundlage einer Interessenabwägung Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Anders als im deutschen Recht besteht im AT ZGB eine eigene Regelung der Austauschgerechtigkeit, so dass sich beide Prinzipien in ihrem Aussagegehalt nicht vollständig decken.

I. Treu und Glauben als Teil der Privatrechtsordnung in Deutschland und der V.R. China

Treu und Glauben ist Bestandteil vieler Rechtsordnungen und ist auch Teil des deutschen und des chinesischen Privatrechts. In beiden Ländern zählt dieser Grundsatz zu den grundlegenden Prinzipien des Privatrechts. Die V.R. China hat Treu und Glauben in den Grundprinzipien des Allgemeinen Teils des ZGB (AT ZGB)² verankert und neben den in § 6 AT ZGB geregelten Grundsatz der Gerechtigkeit gestellt. Es knüpft damit an § 4 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ)³ an, der bereits 1986 die vier Grundprinzipien des Privatrechts – Freiwilligkeit, Gerechtigkeit, Äquivalenz sowie Treu und Glauben – kodifizierte. Eine weitergehende Ausgestaltung erfährt Treu und Glauben im chinesischen Vertragsgesetz (VG)⁴.

Das BGB enthält dagegen keinen eigenen Abschnitt mit zentralen Prinzipien des Privatrechts, setzt diese aber voraus, so dass sie sich indirekt in den einzelnen Regelungen des BGB widerspiegeln. Treu und Glauben ist aber als Generalklausel in § 242 BGB und damit am Beginn des Schuldrechts in einer zentralen Norm geregelt. Die Rechtsprechung hat Treu und Glauben zu einem wesentlichen Element der deutschen Privatrechtsordnung entfaltet.⁵ § 242 BGB knüpft an die bona fides des römischen Rechts, insbesondere die excep-

tio doli und das venire contra factum proprium an,⁶ geht darüber aber weit hinaus. § 242 BGB gibt dem Richter die Möglichkeit, bei der Rechtsanwendung korrigierend einzugreifen und Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.⁷ Eine Generalklausel wie § 242 BGB erlaubt die Begründung neuer Pflichten und die Begrenzung formal bestehender Rechte. Institute wie der Wegfall der Geschäftsgrundlage haben sich zunächst als Fallgruppe von Treu und Glauben entwickelt und der Gesetzgeber hat diese in der Schuldrechtsmodernisierung 2001 kodifiziert.

Die Offenheit der Generalklausel birgt zugleich die Gefahr des willkürlichen Urteils, ja sogar des ideologischen Missbrauchs, wie er gerade in der deutschen Geschichte stattgefunden hat.⁸ Letzterem versucht der Allgemeine Teil des chinesischen ZGB dadurch entgegenzuwirken, dass § 1 AT ZGB die wertungsmäßige Ausrichtung des Privatrechts fixiert. Ziel ist der Schutz der Rechte und Interessen der Zivilrechtssubjektive, die Wahrung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung. Zudem soll der AT ZGB die bestehende Rechtslage an der Entwicklung des Sozialismus chinesischer Prägung und an den sozialistischen Grundwerten nach der Verfassung orientieren. Deutschland hat durch seine Verfassung, insbesondere die Grundrechte, eine Werteordnung geschaffen, die bei der Ausfüllung von Generalklauseln Bedeutung erlangt und daher

siehe auch Karl Larenz, Methodenlehre, 6. Auflage, Heidelberg 1991, S. 421 ff., „rechtsethisches Prinzip“.

⁶ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 15; Franz Wieacker, „Zur Entstehung der bonae fidei iudicia“, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 80 (1962), S. 37 ff.; vgl. auch Thomas Duve, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2, 1. Auflage, Tübingen 2007, § 242 Rn. 5 ff.

⁷ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 22, 24; z. B. BAG, 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, in: Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 778; Dirk Olzen/Dirk Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2015, § 242 Rn. 51.

⁸ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 3, 29 ff.; Justus Wilhelm Hede-mann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1. Auflage, Tübingen 1933 (geschrieben 1932), S. 71 f.; siehe auch Michael Stolleis, Gemeinwohlformel im nationalsozialistischen Recht, 1. Auflage, Berlin 1974, S. 89 f.

¹ Prof. Dr.; Universität Hamburg.

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 Pfister, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

³ 中华人民共和国民法通则 v. 12.4.1986, zuletzt mit Wirkung zum 27.8.2009 geändert, 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 Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 15.3.99/1.

⁵ Claudia Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8. Auflage, München 2019, § 242 Rn. 2; Peter Krebs, in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), NK-BGB Bd. 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, § 241 Rn. 1: „bedeutendste Norm des deutschen Privatrechts“;

auch § 242 BGB prägen.⁹ In ähnlicher Weise wirkt die EMRK auf Treu und Glauben ein.¹⁰ Im Rahmen der europäischen Integration erlangt zudem Art. 3 Abs. 3 EU-Vertrag Bedeutung.

Trotz allem bleibt ein Spannungsverhältnis zwischen der durch die Generalklausel entstehenden Richtermacht und der Rechtssicherheit sowie der Gewaltenteilung. Je skeptischer eine Rechtsordnung gegenüber dem Richter und seiner Fähigkeit zur angemessenen Lösung des Einzelfalls ist, umso mehr wird sie ihm solche Spielräume versagen. Diese Skepsis gegenüber dem Richter und seinem Urteil bestand an sich auch bei Inkrafttreten des BGB. Das hat indes die Aufnahme des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht verhindert. Die Generalklausel ist aber erst im Laufe der Jahrzehnte voll entfaltet worden. Zur Rechtssicherheit trägt vor allem eine Auseinandersetzung mit der Handhabung einer derart unbestimmten Regelung bei. Für die Konkretisierung der Generalklausel leistet die Rechtswissenschaft ihren unterstützenden Beitrag durch eine systematisierende Erfassung des Fallmaterials in Fallgruppen und fördert so eine kohärente und konsistente Rechtsentwicklung.

II. Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB – Programmsatz oder konkretisierungsbedürftige Generalklausel

Der Allgemeine Teil des ZGB hat es sich zur Aufgabe gemacht, neben konkreten Rechtsregeln die grundlegenden Prinzipien des chinesischen Privatrechts zu fixieren. Die Aufnahme von Treu und Glauben in den Kreis dieser Prinzipien kontinuiert ein Verständnis des Privatrechts, das bereits in § 4 AGZ angelegt war. § 7 AT ZGB erhält damit den Charakter eines Programmsatzes, der als Rechtsprinzip die Privatrechtsordnung prägen kann.¹¹ Seine Ausgestaltung in konkreten Rechtsregeln erfolgt in den Folgeabschnitten des Allgemeinen Teils sowie in den weiteren Büchern des ZGB beziehungsweise deren derzeit noch geltenden Vorläufern wie das VG. Diese Regelungen kodifizieren Teilbereiche des Grundsatzes von Treu und Glauben, die im deutschen Recht insbesondere in § 157 BGB sowie in den §§ 241, 242 BGB erfasst sind. Die (ergänzende) Vertragsauslegung regeln im chinesischen Zivilrecht § 142 Abs. 1 AT ZGB und § 125 Abs. 1 VG unter Verweis auf die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben. Auch zur Anpassung des Vertrages an eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse besteht in beiden Rechtsordnungen der Wegfall der Geschäftsgrundlage als spezielle Regelung.¹² Vertragliche

Pflichten und die Haftung für Pflichtverletzungen sind derzeit in den §§ 42, 60 Abs. 2, 92 VG und § 107 VG geregelt.

Somit enthält § 7 AT ZGB primär eine normative Leitidee, die in den konkretisierenden Regelungen im Detail Ausdruck findet. Die Bestimmung behält aber ihre Bedeutung, indem sie die Auslegung bestehender Regelungen prägt und für das Schließen von Regelungslücken einen verbindlichen Rahmen vorgibt.¹³ Insgesamt sind die Grundprinzipien in den §§ 1–12 AT ZGB Wertungsprinzipien, die insbesondere die Interpretation der Generalklauseln beeinflussen, aber auch für die gesamte Privatrechtsordnung tragend sind. Ihre Wertmaßstäbe sind das Fundament der Privatrechtsordnung.

Mangels eines vergleichbaren Programmsatzes im deutschen Privatrecht muss die Rechtsvergleichung die gesetzliche Konkretisierung des § 7 AT ZGB im Allgemeinen Teil des ZGB beziehungsweise im VG und die Fallgruppen des § 242 BGB einander gegenüberstellen, zum anderen ist die Funktion der Rechtsätze sowie ihre wertungsmäßige Stimmigkeit wesentlich. Grundsätzlich haben rechtsvergleichende Betrachtungen gezeigt, dass Treu und Glauben in den Rechtsordnungen keineswegs einheitlich definiert wird und sehr unterschiedliche Funktionen übernimmt.¹⁴ Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass eine Generalklausel von Treu und Glauben formal betrachtet eine Ermächtigungsnorm für den Richter ist.¹⁵ Inhaltlich ergibt sich daraus eine Verhaltensnorm, die sich an die Zivilrechtssubjekte richtet. Sie kann rechtsbegründend oder rechtsbegrenzend wirken.¹⁶ Anwendungsbereich und Gestaltungsspielräume der jeweiligen Norm sind in Abgrenzung zu den übrigen privatrechtlichen Regelungen und Instituten zu ermitteln, so dass die konkretisierenden Regelungen eines Prinzips von Treu und Glauben unterschiedliche Reichweite haben können, auch wenn sie auf dasselbe Prinzip zurückzuführen sind.

nen „Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes“ (Zweite Erläuterungen, FaShi [2009] Nr. 5) normiert. Vgl. § 26: Wenn nach der Errichtung des Vertrages aus objektiven Umständen erhebliche Änderungen auftreten, welche die Parteien bei Errichtung des Vertrags nicht vorhersehen konnten, nicht durch höhere Gewalt verursacht wurden und nicht zu den Geschäftsrisiken gehören, so dass die weitere Erfüllung des Vertrags für eine Partei offensichtlich ungerecht ist oder der Zweck des Vertrags nicht verwirklicht werden kann, muss das Volksgericht, wenn die Parteien vor dem Volksgericht fordern, den Vertrag zu ändern oder aufzulösen, gemäß dem Prinzip der Gerechtigkeit und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Falles bestimmen, ob [der Vertrag] geändert oder aufgelöst wird. Übersetzung von *Knut Benjamin Piffler*, Zeitschrift für Chinesisches Recht 2009, 288, 293.

¹³ Allgemein dazu *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u. a. 1991, S. 421 ff.; *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1. Auflage, Berlin 1969, S. 48 ff.; *Franz Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1. Auflage, Wien/New York 1996, S. 46 ff.

¹⁴ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 22 ff.

¹⁵ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 22, 31; *Dirk Olzen/Dirk Loochelders* (Fn. 6), § 242 Rn. 50 f.; siehe auch BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, in: Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 2250.

¹⁶ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 2.

⁹ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 53 f.; *Christoph Teichmann*, in: *Sorger*, BGB, Band 2, 12. Auflage, Stuttgart 1990, § 242 Rn. 43 ff.; siehe auch BGH, 9.3.2012 – V ZR 115/11, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2012, S. 718 Rn. 14.

¹⁰ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 75 f.

¹¹ In Bezug auf § 4 AGZ wohl *Jörg Binding/ZHANG Hang*, in: *Jörg Binding/Knut Benjamin Piffler/XU Lan*, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 2015, Kap. 2 Rn. 42 f., auch wenn nicht explizit zur Rechtsregel abgrenzend.

¹² Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist in der V.R. China nicht im VG geregelt, aber das Oberste Volksgericht hat ihn 2009 in sei-

III. Treu und Glauben und seine Funktion in der Privatrechtsordnung

1. Zweck der Generalklausel und ihre Einordnung ins Privatrecht

a) Verhältnis des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Rechtsfortbildung

Treu und Glauben hat im deutschen Recht sowohl die Funktion, Lücken zu füllen, als auch vorhandenes Recht zu korrigieren und auf diese Weise Einzelfallgerechtigkeit herbeizuführen.¹⁷ Dadurch können einerseits die tatsächlichen Verhältnisse zwischen den Parteien eines Schuldverhältnisses (z. B. bei widersprüchlichem Verhalten) als auch im Verkehrskreis (z. B. Verkehrssitte) Berücksichtigung finden. Andererseits entfaltet höherrangiges Recht, wie die Grundrechte oder das Unionsrecht, vermittelt der Generalklausel des § 242 BGB im einfachen Recht Wirkung.¹⁸

Die damit einhergehende Erweiterung oder Beschränkung subjektiver Rechte für den Einzelnen ist nach deutschem Verständnis subsidiär gegenüber der Rechtsfortbildung durch Analogie oder teleologische Reduktion.¹⁹ Diese Weiterentwicklung des Rechts erfolgt entsprechend den konkreten Wertungen, die vom Gesetzgeber getroffen wurden. Insofern ist der immanente Zweck der betreffenden Norm entscheidend. Angesichts der mit § 242 BGB verbundenen Richtermacht, die einer Begrenzung bedarf, hat die Rechtsfortbildung Vorrang vor dem Rückgriff auf die Generalklausel. Dies schützt vor Beliebigkeit und einer zu starken Loslösung vom Gesetz, dem das Primat zukommt.

Auch im chinesischen Recht kann dem Grundsatz von Treu und Glauben eine solche subsidiäre Rolle zugeschrieben werden. Zum einen enthält § 7 AT ZGB ohnehin nur ein Rechtsprinzip, zum anderen gilt auch für die konkreten Ausprägungen dieses Prinzips, dass die konkreten Regelungen gegenüber den Generalklauseln vorgehen. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die chinesische Rechtsordnung neben der Rechtssetzung durch die Legislative die justizielle Auslegung kennt, die über den Einzelfall hinaus Wirkung entfaltet.²⁰ Auch diese knüpft an konkreten Normen und Wertentscheidungen des Gesetzgebers an, nimmt aber auch Auslegungen gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes vor, ohne dass geklärt ist, ob eine solche Auslegung contra legem zulässig ist.²¹ Jedenfalls sollten die Grundprinzipien des Zivilrechts im ersten Abschnitt des AT ZGB Leitstern und Maßstab für die Gerichte sein. Innerhalb der Grenzen des geltenden Rechts

ist Treu und Glauben maßstabsetzend. Im Verhältnis der Zivilrechtssubjekte sind, wie es die Regelung beschreibt, „Ehrlichkeit zu bewahren sowie Versprechen gewissenhaft einzuhalten“. Dies hat Einfluss auf die Auslegung der konkretisierenden Regelungen und kann daher auch die justizielle Auslegung prägen.

Im deutschen Recht erfasst Treu und Glauben nicht nur den individuellen Rechtsmissbrauch des Rechtsinhabers, sondern auch den institutionellen Rechtsmissbrauch.²² Der Richter nimmt in diesen Fällen im Grunde eine Gesetzeskorrektur vor, die engen rechtsstaatlichen Grenzen unterworfen sein muss.²³ Die Gewaltenteilung weist grundsätzlich der Legislative die Aufgabe der Gesetzeskorrektur zu, nur bei einem Verfehlen des Gesetzeszwecks ist eine Korrektur im Sinne eines Rechtsmissbrauchsverbots möglich, um untragbare Folgen zu vermeiden. Es ist zu erwarten, dass solche Fälle in China durch die justizielle Auslegung der Gerichte gelöst werden, die gerade nicht den engen rechtsstaatlichen Grenzen unterliegen und eine den Gesetzgeber ergänzende Rolle übernehmen. Der Einheitsstaat der V.R. China, der keine strikte Gewaltenteilung kennt, gewährt dem Richter insofern von vornherein größere Spielräume.

b) Außengrenzen des Privatrechts und Treu und Glauben

Für das deutsche Privatrecht ist der Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB nach überwiegender Ansicht im deutschen Schrifttum keine Außengrenze der Privatautonomie, die dem rechtsgeschäftlichen Handeln Grenzen zieht.²⁴ Diese Außengrenzen setzen die Verbotsgesetze und die guten Sitten. Privatrecht besteht somit nur in den Grenzen der öffentlichen Ordnung.²⁵ Ob ein Gesetz als Verbotsgesetz gelten muss, ergibt sich aus seinem Zweck. Regelungen, die private Rechtsgeschäfte als solche untersagen und sich nicht nur gegen die Umstände ihres Zustandekommens richten (Ordnungsvorschrift) sind Verbotsgesetze.²⁶ § 242 BGB ist nach der sog. Immanenzlehre²⁷ lediglich eine Binnengrenze des privatrechtlichen Handelns, die bestehende Rechte versagt oder in ihrer Ausübung beschränkt. Damit verbunden ist die Vorstellung, dass an sich eine im Privatrecht anerkannte Rechtsbeziehung besteht oder entsteht und lediglich eine Korrektur oder Lückenschließung erfolgt, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.²⁸

²² Grundlegend *Wolfgang Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1. Auflage, Marburg 1934; siehe auch *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 199 ff., 204 ff.

²³ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 206; *Dirk Olzen/Dirk Looschelders* (Fn. 7), § 242 Rn. 218; *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, München 2019, § 242 Rn. 40.

²⁴ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 80, 127, 527 f.

²⁵ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 127 f.

²⁶ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 127.

²⁷ *Wolfgang Siebert* (Fn. 22), S. 85; *Christian Grüneberg* (Fn. 23), § 242 Rn. 38; *Ernst Bötticher*, in: *Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer/Harm Peter Westermann* (Hrsg.), Erman, BGB, 15. Auflage, Köln 2017, § 242 Rn. 101; *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 80.

²⁸ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 2, 22; *Dirk Olzen/Dirk Looschelders* (Fn. 7), § 242 Rn. 51.

¹⁷ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 22, 24.; z. B. BAG, 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, S. 778; *Dirk Olzen/Dirk Looschelders* (Fn. 7), § 242 Rn. 51.

¹⁸ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 23.

¹⁹ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 207; dazu und mit grundsätzlicher Kritik am institutionellen Rechtsmissbrauch *Daniel Dommermuth-Alhäußer*, Arbeitsrechtsmissbrauch, 1. Auflage, München 2015, S. 143 ff.

²⁰ *BU Yuanshi*, Einführung in das Recht Chinas, 2. Auflage, München 2017, S. 22.

²¹ *BU Yuanshi* (Fn. 20), S. 22.

Dieses Verständnis gerät aber an seine Grenzen, wenn – wie in Deutschland – aus § 242 BGB eine vertragliche Inhaltskontrolle abgeleitet wird, die Verträgen wegen ihres unangemessen benachteiligenden Inhalts die Wirksamkeit versagt. Für die AGB-Kontrolle bestehen zwar eigene Regeln, § 242 BGB wird aber für die Inhaltskontrolle von Individualverträgen sowie von Satzungen und Gesellschaftsverträgen herangezogen.²⁹ Allerdings wird in diesen Fällen der Privatautonomie keine Grenze dergestalt gezogen, dass § 242 BGB zu einer Ergänzung i. S. der öffentlichen Ordnung führt. Vielmehr handelt es sich um eine Unwirksamkeit, die darauf gestützt ist, dass ein unzureichender Interessenausgleich zwischen den Parteien vorliegt. Der Vertrag erreicht das angestrebte Ziel – einen Interessenausgleich der Vertragsparteien zu bewirken – nicht.

Auch das chinesische ZGB unterscheidet zwischen der öffentlichen Ordnung und dem Prinzip von Treu und Glauben. Zivilrechtsaktivitäten dürfen nach § 8 AT ZGB weder gegen Gesetze noch die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen, die die Außengrenzen der Privatrechtsordnung markieren. Verstöße führen zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 143 Abs. 3 AT ZGB). Innerhalb dieser Grenzen ergeben sich aus den Konkretisierungen des § 7 AT ZGB weitere Verhaltensvorgaben, durch die die Zivilrechtssubjekte auf Treu und Glauben, Ehrlichkeit und Verwirklichung ihrer Versprechen verpflichtet werden.

c) Treu und Glauben – (mehr als) eine Rechtsausübungskontrolle

Das Prinzip von Treu und Glauben betrifft sowohl in der deutschen als auch in der chinesischen Rechtsordnung das gesamte Privatrecht und ist nicht auf eine Rechtsausübungskontrolle beschränkt. Bei der Vertragsauslegung, insbesondere der ergänzenden Vertragsauslegung, findet Treu und Glauben Beachtung (§§ 157, 242 BGB, § 142 Abs. 1 AT ZGB). Auch § 125 Abs. 1 VG legt fest, dass die Auslegung von Klauseln im Streitfall neben dem Vertragsziel die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben in Bedacht nehmen muss.³⁰ Auch die Anpassung des Vertrages an eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse wird in beiden Rechtsordnungen durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage speziell erfasst.³¹

Darüber hinaus bestehen für die vertraglichen Pflichten, deren Abgrenzung und deren Umfang Sonderre-

gelungen, so dass Treu und Glauben nur ergänzende Bedeutung zukommt. In Deutschland enthält das BGB seit der Schuldrechtsmodernisierung 2001 in § 241 BGB eine Regelung zur Hauptleistungspflicht und den Schutzpflichten. Zum Teil werden auch die Nebenleistungspflichten – die der Gesetzgeber bei der Reform nicht näher bedacht hat – in § 241 BGB verortet.³² Zudem ist die Haftung für etwaige Pflichtverletzungen, einschließlich der vor- und nachvertraglichen Pflichten inzwischen kodifiziert. § 242 BGB hat eine eigenständige Bedeutung im deutschen Recht, wo es um die Art und Weise der Erfüllung der Hauptleistungspflicht geht³³, aber auch dort, wo die Treuepflicht eine zentrale Pflicht des Rechtsverhältnisses ist.³⁴ Das gilt insbesondere im Gesellschaftsrecht, wo die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern schrittweise Anerkennung erfahren hat.³⁵

Auch das chinesische Recht enthält im VG spezielle Regelungen zu den Pflichten vor, während und nach einem Vertragsverhältnis einschließlich der Haftung für Pflichtverletzungen. Dazu zählen insbesondere die §§ 42, 60 Abs. 2, 92, 107 VG. Insoweit handelt es sich um Konkretisierungen des Prinzips in § 7 AT ZGB durch einzelne Rechtsregeln. Bei der Auslegung dieser speziellen Normen werden regelmäßig Wertungen zum Tragen kommen, die sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergeben – wie konsistentes, widerspruchsfreies Verhalten, Handeln in echtem Eigeninteresse, keine absichtlichen oder böswilligen Schädigungen, keine Schikane sowie Verhältnismäßigkeit. Das belegt zum Beispiel § 42 VG, der die Haftung auf Schadensersatz für die Fälle eines böswilligen Verhandeln und der arglistigen Täuschung vorsieht, dem Gericht aber Konkretisierungsspielraum lässt, indem er auf andere Treu und Glauben verletzende Handlungen verweist.

Jenseits dieser Gemeinsamkeiten bestehen zwischen deutschem und chinesischem Recht charakteristische Unterschiede. Das chinesische ZGB regelt in § 6 AT ZGB eigens das Prinzip der (Austausch-)Gerechtigkeit zwischen den Parteien. Auch die Rechte und Pflichten im Verhältnis der Parteien müssen danach vernünftig sein. Die Bestimmung ist Ausdruck der *iustitia commutativa*, des Äquivalenzverhältnisses und damit ein zentrales Element der Privatautonomie. Diese Gestaltung des chinesischen Privatrechts erscheint in diesem Punkt dem französischen Code civil, der die Vertragsgerechtigkeit dem Grundsatz der Privatautonomie, und

²⁹ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 533, 535 ff.; zur Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen bei Publikumsgesellschaften: BGH, 14.4.1975 – II ZR 147/73, in: Neue Juristische Wochenschrift 1975, S. 1318; zur Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen: BGH, 24.10.1988 – II ZR 311/87, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 1726; zur Inhaltskontrolle von Vereinbarungen von Wohnungseigentümern: BGH, 20.6.2002 – V ZB 39/01, in: Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 3244.

³⁰ Für eine begriffliche und inhaltliche weitreichende Identität von § 4 AGZ als Vorläufer des § 7 AT ZGB und §§ 157, 242 BGB vgl. Jörg Binding/ZHANG Hang (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 42.

³¹ Siehe § 313 BGB und § 26 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes, siehe Fn. 12.

³² Siehe Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 190; anders Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 172; wohl auch BGH, 19.10.2007 – V ZR 211/06, in: Neue Juristische Wochenschrift 2007, S. 3779.

³³ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 79, 178 ff.; z. B. BGH, 27.1.2011 – VII ZR 133/10, in: Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 916.

³⁴ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 79, 174, 186 ff.

³⁵ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 174; Harm Peter Westermann (Fn. 27), § 705 Rn. 49; Karsten Schmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 134 (1970), S. 178; Joachim Hennrichs, Archiv für die civilistische Praxis, Band 195 (1995), S. 229 ff.; vgl. auch Carsten Schäfer, in: Staub Handlungsbuch, Band 3, 5. Auflage, Berlin 2009, § 105 Rn. 228.

nicht Treu und Glauben zuordnet,³⁶ näher als dem deutschen BGB. Unabhängig davon unterscheidet das chinesische Recht zwischen dem Austauschverhältnis der Vertragspartner und der Ausübung ihrer Rechte. Zumindest ist § 6 AT ZGB lex specialis zu Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB. Insofern ist die Entscheidung darüber, ob § 6 oder § 7 AT ZGB maßgebend ist, vor allem mit Rücksicht darauf zu entscheiden, ob das Äquivalenzverhältnis, also die Vertragsgerechtigkeit, betroffen ist.

Insofern bezieht sich das Prinzip von Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB vor allem auf die Ausübung von Rechten und das Einfordern von Pflichten, so dass sich aus Treu und Glauben Grenzen für die Rechtsausübung ergeben. Konkretisiert wird § 7 AT ZGB insofern durch § 132 AT ZGB³⁷, der die Rechtsausübung durch staatliche Interessen, allgemeine gesellschaftliche Interessen und die Rechte und Interessen Dritter beschränkt. Treu und Glauben kann dabei die Ausübung eines Rechts ermöglichen, obwohl es formal nichtig ist. Das gilt zum Beispiel für die Fälle der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn der Gläubiger den Schuldner hat glauben machen, dass er zwar von dem Formmangel wisse, aber keinesfalls daraus etwas ableiten wolle.³⁸ Daneben kann die Ausübung eines Rechts versagt werden, obwohl es formal besteht. Das gilt insbesondere für selbstwidersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) sowie für deren Sonderfall der Verwirkung durch Zeitablauf.³⁹

Diese Abgrenzung nehmen – rechtsvergleichend betrachtet – nicht alle Länder gleichermaßen vor. Das zeigt erneut das französische Recht. Die Verwirkung eines Rechts mit Zeitablauf ist dort keine Einrede gegen die Ausübung eines Rechts wegen Treu und Glauben. Vielmehr nimmt das französische Recht in solchen Fällen einen stillschweigenden Verzicht auf das Recht an.⁴⁰ Die hierfür erforderliche Willenserklärung liegt nicht ausdrücklich vor, sondern wird aus dem Verhalten abgeleitet, aus dem der Schuldner schließen konnte, das Recht werde nicht mehr geltend gemacht. In vielen Fällen wird es sich dabei um eine Fiktion der Verzichtserklärung handeln. Auch in anderen Rechtsordnungen, die Treu und Glauben nur zurückhaltend heranziehen, weichen Gerichte auf konkludente Verzichtserklärungen aus, wobei die Gerichte mit der An-

nahme eines Verzichtswillens großzügig sind.⁴¹ Diese Überdehnung der Rechtsgeschäftslehre ist überflüssig. Vielmehr kann der Grundsatz von Treu und Glauben solche Fälle erfassen. Anknüpfungspunkt ist das berechnete Vertrauen darauf, dass ein bestimmtes Recht in Zukunft nicht geltend gemacht wird. Das muss auch für das chinesische Recht, insbesondere für die Anwendung des § 132 AT ZGB mit Rücksicht auf § 7 AT ZGB gelten, zumal in diesem Fall § 6 AT ZGB nicht zur Anwendung kommt.

2. Treu und Glauben – Einzelfallgerechtigkeit aufgrund einer Interessenabwägung

Die Beschränkung oder Erweiterung der Rechtsausübung im Einzelfall stützt sich nach § 242 BGB im Grundsatz auf den Vertrauensschutz zugunsten einer Partei oder die billige Rücksichtnahme auf die Interessen einer Partei. Damit setzt ein Verstoß gegen Treu und Glauben, der zum Beispiel zur Versagung der Rechtsausübung führt, generell eine Abwägung der Interessen der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien voraus.⁴² Im Rahmen dieser Abwägung ist zu ermitteln, welche Interessen legitim sind und welches Gewicht sie haben. Interessenkollisionen sind durch Abwägung aufzulösen.⁴³

Relevanter Maßstab für die Interessenabwägung im deutschen Recht sind (1) die berechtigten Verhaltenserwartungen der Teilnehmer am Rechtsverkehr, (2) gesetzgeberische Wertungen, (3) Wertungen höherrangigen Rechts, insbesondere der Grundrechte, sowie (4) außer- und überrechtliche soziale Gebote beziehungsweise ethische Prinzipien.⁴⁴ Damit knüpft § 242 BGB an bestehende Wertungen des Gesetzgebers an, überträgt diese oder grenzt gegen sie ab. Das gilt zum Beispiel für die Verwirkung eines Rechts mit Zeitablauf, die sich immer an den einschlägigen Verjährungsfristen orientiert, aber eine darüber hinausgehende Einrede gewährt, wenn der Gläubiger beim Schuldner das Vertrauen geschaffen hat, er werde das Recht nicht mehr geltend machen.⁴⁵ Das Beispiel macht zugleich deutlich, dass die Teilnehmer am Rechtsverkehr untereinander Verhaltenserwartungen unterliegen, auf die § 242 BGB zurückgreift. Regelmäßig gehört dazu die Erwartung, dass sich die andere Partei konsistent verhält und nicht grundlos einmal entstandenes Vertrauen enttäuscht. Es gibt insofern eine Erwartung an die Kontinuität und Konsistenz im Verhältnis zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses.

³⁶ Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1166; Ole Lando, *European Review of Private Law* Band 15 (2007), S. 847.

³⁷ „Zivilrechtssubjekte dürfen ihre Zivilrechte nicht zum Schaden staatlicher Interessen, allgemeiner gesellschaftlicher Interessen oder der legalen Rechte und Interessen anderer Personen missbrauchen.“ Deutsche Übersetzung des § 132 AT ZGB siehe Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Piffler (Fn. 2), S. 227.

³⁸ Siehe OVG (2007) Min Er Zhong Nr. 219 („彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案“, *最高人民法院民事判决书* (2007) 民二终字第 219 号), in: *Amtsblatt des OVG* 2009, Nr. 5 (《最高人民法院公报》2009 年第 5 期 (总第 151 期)).

³⁹ Vgl. *LI Shishi* (李适时) (Hrsg.), *Erläuterungen zum AT ZGB der V.R. China* (中华人民共和国民法总则释义), Beijing 2017, S. 608.

⁴⁰ François Terré/Philippe Simler/Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 12. Auflage, Paris 2018, Rn. 1500; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1170.

⁴¹ Österreich: Peter Mader/Sonja Janisch, in: Michael Schwimann/Georg E. Kodek (Hrsg.), *ABGB*, 4. Auflage, Wien 2016, Vor§§ 1494–1496 Rn. 3; dazu Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1176 ff.; Italien: Corte di Cassazione 28.4.2009, Nr. 9924; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1189.

⁴² Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 46 ff.; so bereits Wolfgang Siebert (Fn. 22), S. 117; vgl. ferner Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1. Auflage, Tübingen 1954, § 4 II.

⁴³ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 46 f.

⁴⁴ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 48 ff., zu (1) Rn. 50 ff., zu (2) Rn. 48, zu (3) Rn. 53 ff., zu (4) Rn. 77 ff.

⁴⁵ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 315 f., 391 ff.; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 311; siehe auch BGH, 10.10.2002 – VII ZR 315/01, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, S. 289.

Wesentliche Bedeutung hat § 242 BGB auch für die Umsetzung höherrangigen Rechts – der Verfassung, der EMRK und der Vorgaben des Unionsrechts –, sofern sie keine anderweitige Verwirklichung gefunden haben.⁴⁶ Aus der Verfassung, insbesondere aus den Grundrechten, ergeben sich objektive Wertentscheidungen, an denen sich auch das Privatrecht ausrichten muss.⁴⁷ Sie bilden die Grundlage und den Rahmen einer Gesamtrechtsordnung und müssen sich in den Einzelfallentscheidungen spiegeln. Das gilt zunächst für die Freiheitsrechte. Beispielhaft sei hierfür auf den Schutz vor willkürlichen oder schikanösen Kündigungen verwiesen, der nicht nur für das Arbeitsverhältnis⁴⁸, sondern auch im Bankrecht für das Bankkonto⁴⁹ anerkannt ist. Ebenfalls auf grundrechtlichen Wertungen beruht die sogenannte Ausübungskontrolle von Eheverträgen. Die Berufung auf eine Klausel im Ehevertrag durch einen Ehegatten ist missbräuchlich und somit treuwidrig, wenn dadurch eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung vorliegt, insbesondere wenn die realen Verhältnisse von der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweichen.⁵⁰

Jüngst hat das BVerfG zudem für den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG anerkannt, dass er selbst zwischen Privaten gilt, auch wenn es jeder Person grundsätzlich frei steht, nach ihren Präferenzen zu bestimmen, mit wem und zu welchen Bedingungen sie Verträge schließt.⁵¹ Der Gleichheitssatz soll aber dann gelten, wenn Einzelne mittels des Hausrechts von einer Veranstaltung ausgeschlossen werden, die Privaten ohne Ansehen der Person offen stehen, und sie dadurch in erheblichem Umfang nicht mehr am gesellschaftlichen Leben teilnehmen können.⁵² Eine Ungleichbehandlung ist dadurch zwar nicht ausgeschlossen, bedarf aber eines sachlichen Grundes. Der entschiedene Fall betraf ein Stadionverbot für ein Fußballstadion. Das BVerfG ließ für die Rechtfertigung insofern genügen, dass die Besorgnis bestand, dass von den Betroffenen zukünftig Störungen ausgehen.⁵³

Bei der Interessenbewertung und Interessenabwägung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob einer

der Parteien ein Verschulden zur Last fällt.⁵⁴ Allerdings zeigen die Entscheidungen der deutschen Gerichte, dass ein Rechtsmissbrauch insbesondere dann angenommen wird, wenn der Rechtsinhaber arglistig gehandelt oder eine Situation zu seinen Gunsten herbeigeführt hat.⁵⁵ Umgekehrt ist der Rechtsmissbrauchseinwand in der Regel zu versagen, wenn dem dadurch Begünstigten ein Verschulden zur Last fällt und er somit nicht schutzwürdig ist.

Die Anwendung der auf Treu und Glauben zurückzuführenden Rechtsregeln im chinesischen Privatrecht wird sich in den nächsten Jahren erst voll entwickeln. Die Parameter für eine Interessenabwägung, um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Partei zu ermitteln, sind in den Regelungen des chinesischen ZGB aber vorgezeichnet. § 7 AT ZGB als prägendes Prinzip ergänzt den Grundsatz von Treu und Glauben durch zwei Vorgaben, die als Fallgruppen dieses Grundsatzes gelten können: (1) die Ehrlichkeit bewahren und (2) Versprechen gewissenhaft einhalten. Damit werden Verhaltenserwartungen der Zivilrechtssubjekte untereinander aufgegriffen, die für einen funktionierenden Rechtsgeschäftsverkehr wesentlich sind. Zugleich wird mit diesen Fallgruppen ein konsistentes Verhalten angemahnt („Versprechen [...] einhalten“), das über die Fallgruppen hinaus für das Prinzip von Treu und Glauben prägend ist. Ähnliches gilt für das Einfordern der Ehrlichkeit der Parteien. Damit ist gleichzeitig jedes arglistige Verhalten treuwidrig.

Neben diesen Verhaltenserwartungen müssen die Wertungen der Rechtsordnung, gegebenenfalls auch der der Verfassung, sowie überrechtliche Erwägungen Einfluss auf die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben haben. Das ergibt sich bereits aus § 1 AT ZGB, der das ZGB leitenden Wertvorstellungen unterstellt: Schutz des Rechts, der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung sowie der sozialistischen Grundwerte nach der Verfassung.

III. Richtermacht durch § 242 BGB und ihre Einhegung

1. Generalklauseln und ihre Konkretisierung am Beispiel von § 242 BGB

Die Anwendung von Treu und Glauben aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall kann bei einer Generalklausel, die rechtsbegründende und rechtsbegrenzende Wirkung hat und das Gesetz korrigiert, für eine wissenschaftliche Betrachtung nicht genügen. Letztlich muss die Konkretisierung der Generalklausel nicht nur die faire Entscheidung im Einzelfall sicherstellen. Zugleich sind willkürliche Entscheidungen und eine Unterwanderung zu vermeiden. Selbst wenn man mit *Hedemann* davon ausgeht, dass eine Generalklausel ein Stück offengelassene Gesetzgebung ist und der

⁴⁶ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 75.

⁴⁷ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 53.

⁴⁸ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 57; Hartmut Oetker, Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, in: *Recht der Arbeit* 1997, S. 9 ff.; Ulrich Preis, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1997, S. 1256 ff.

⁴⁹ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 58; BGH, 8.11.2005 – XI ZR 74/05, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 431; BGH, 15.1.2013 – XI ZR 22/12, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, S. 1521.

⁵⁰ BGH, 8.10.2014 – XII ZB 318/11, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 52 Rn. 23; Barbara Dauner-Lieb, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 201 (2001), S. 331.

⁵¹ BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 1667 Rn. 37.

⁵² BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 1667 Rn. 41; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 65.

⁵³ BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 1667 Rn. 45.

⁵⁴ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Christoph Teichmann (Fn. 9), § 242 Rn. 62; Christian Grüneberg (Fn. 23), § 242 Rn. 7.

⁵⁵ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 50 f.; vgl. auch Christoph Teichmann (Fn. 9), § 242 Rn. 62; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 137, 240 f.

Richter somit quasi an die Stelle des Gesetzgebers tritt, ist das Erfordernis der Rechtssicherheit zu beachten.⁵⁶ Entscheidende Faktoren für eine rechtsstaatliche Konkretisierung und Anwendung einer Generalklausel wie Treu und Glauben sind die Anforderungen an den Richter: (1) an objektive und objektivierbare Wertungen anzuknüpfen, (2) die entscheidenden Wertungen offenzulegen und (3) die Entscheidung durch einen Vergleich mit beziehungsweise eine Abgrenzung zu bereits entschiedenen Fällen in ihrer Sinnhaftigkeit für den Einzelfall und ihrer Stimmigkeit in der Rechtsordnung abzustützen.⁵⁷

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, sich die Rechtsprechung durch die systematische Ordnung der bereits entschiedenen Fälle vorzunehmen, Fallgruppen zu bilden und die wesentlichen legitimen Wertungsgesichtspunkte herauszuarbeiten. Es ist gerade die Entwicklung von Fallgruppen auf einer mittleren Konkretisierungsebene, die die Handhabung von Generalklauseln verbessert und eine konsistentere Rechtsprechung unterstützt.⁵⁸

Lediglich beispielhaft sei dies am Verbot des Rechtsmissbrauchs aufgezeigt. Rechtsmissbrauch ist eine unzulässige Rechtsausübung, der eine Einrede aus Treu und Glauben entgegeng gehalten werden kann. Die Gesamtzahl der Fälle des Rechtsmissbrauchs ist enorm, um das Erkennen und Bewerten der Fälle sinnvoll zu strukturieren, wird regelmäßig nach dem Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchs in Fallgruppen eingeteilt. Unterschieden wird, ob es sich (1) um ein gegenwärtiges zu missbilligendes Verhalten oder (2) ein früheres zu missbilligendes Verhalten handelt. Anknüpfungspunkt können auch der Widerspruch zwischen früherem und gegenwärtigem Verhalten sein (3) sowie ein sonstiger Mangel an korrespondierendem Verhalten (4).⁵⁹ Mit der Zuordnung der Fälle entsteht eine erste Systematisierung, innerhalb dieser weitere Fallgruppen gebildet werden. Die Verwirkung wegen Zeitablaufs ist insofern eine Unterfallgruppe zu 3 – also ein Fall des Widerspruchs zwischen einem früheren und dem gegenwärtigen Verhalten. Das gilt zum Beispiel für die Nichtausübung eines noch nicht verjährten Widerrufsrechts im Verbraucherschutz über einen längeren Zeitraum. Für die Verwirkung muss neben das Zeitmoment auch das sogenannte Umstandsmoment treten, also ein Verhalten des Rechtsinhabers, das den Anschein erweckt, das Widerrufsrecht werde nicht mehr ausgeübt, sondern am Vertrag festgehalten.⁶⁰ Auch diese Umschreibung ist bereits eine Abstrakti-

on einer Mehrzahl von Einzelfällen, die allerdings die Wertungskriterien, die für den Einwand des Rechtsmissbrauchs tragend sind, deutlich macht.

2. Erstreckung der Generalklausel auf andere Bereiche der Rechtsordnung

Abschließend sei erwähnt, dass Treu und Glauben für die deutsche Rechtsordnung kein auf das Privatrecht (einschließlich dem Handels- und Gesellschaftsrecht) beschränktes Prinzip ist, auch wenn es dort die meisten Fälle gibt. Vielmehr wird Treu und Glauben in der gesamten Rechtsordnung herangezogen, soweit die Regelungen und Prinzipien in dem anderen Rechtsbereich dafür Raum lassen. Treu und Glauben gilt insbesondere auch im öffentlichen Recht.⁶¹ Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zieht dem Rückgriff auf § 242 BGB zwar Grenzen, aber er genießt keinen absoluten Vorrang.⁶² Auch das hoheitliche Handeln des Staates kann eine unzulässige Rechtsausübung sein. Das gilt beispielsweise bei einem Handeln, das vorherigen Auskünften widerspricht.⁶³ Dies ist zum Teil in speziellen gesetzlichen Regelungen erfasst, im Übrigen erfolgt ein Rückgriff auf § 242 BGB. Sofern sich die öffentliche Hand privater Handlungsformen bedient, vor allem Verträge schließt, gilt Treu und Glauben auch für sie.

IV. Fazit

1. Treu und Glauben ist im deutschen und chinesischen Recht gleichermaßen ein zentrales Prinzip, das in den Grenzen des Privatrechts Vertrauensschutz und Rücksichtnahme einfordert. Auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung, die berechnete Verhaltenserwartungen, die Wertungen des höherrangigen Rechts sowie außerrechtliche Wertungen einbezieht, trägt das Prinzip Treu und Glauben im Rahmen der einzelnen Rechtsregeln zur Einzelfallgerechtigkeit bei.
2. Angesichts der eigenständigen Regelung der Austauschgerechtigkeit in § 6 AT ZGB wird das Prinzip von Treu und Glauben im chinesischen Recht nur für die Ableitung von Treupflichten und die Rechtsausübungskontrolle Wirkung entfalten. Es wird die Aufgabe der chinesischen Rechtswissenschaft sein, die Fälle, in denen Treu und Glauben von den Gerichten zur Anwendung gebracht wird, zu systematisieren und zu bewerten. Sie tragen damit dazu bei, dass eine Generalklausel wie Treu und Glauben zu einer angemessenen Lösung von

⁵⁶ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 38; siehe Justus Wilhelm Hedemann (Fn. 8), S. 58; vgl. auch Marietta Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 1. Auflage, Tübingen 2005.

⁵⁷ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 32 f.

⁵⁸ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 43 f.

⁵⁹ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 239 ff., 253 ff., 314 ff., 448 ff.

⁶⁰ Zum Erfordernis des Umstandsmoments: BGH, 12.7.2016 – XI ZR 564/15, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 3512 Rn. 37; 12.7.2016 – XI ZR 501/15, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 3518 Rn. 40; 31.1.2018 – XII ZB 133/17, in: Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 1013 Rn. 17; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 378 f.; zum Erfordernis des Umstandsmoments beim Widerrufsrecht im Verbraucherschutz: Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 416 ff.

⁶¹ Z.B. BFH, 23.2.2010 – VII R 19/09, in: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report 2010, S. 1160 Rn. 14; BVerwG, 23.11.1993 – 1 C 21/92, in: Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 955; BVerwG, 13.6.2013 – 5 C 30/12, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report 2013, S. 1003 Rn. 18; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 110.

⁶² BVerwG, 7.12.1960 – V C 228.59, in: Die öffentliche Verwaltung 1961, S. 383 f.; Hans J. Wolff/Otto Bachoff/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. I, 13. Auflage, München 2017, § 51 Rn. 29.

⁶³ BVerwG, 8.3.1956 – I A 3/54, in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 1250 ff.; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 115.

Privatrechtsfällen beiträgt, ohne dass die Privatrechtssubjekte die Willkür des Richters fürchten müssen.

* * *

The Principle of Good Faith and Fair Dealing (§§ 6, 7 AT ZGB)

Good faith and fair dealing is a basic principle in German and Chinese civil law. Whereas the German Civil Code does not expressly regulate the principle and relies instead on a general clause in paragraph 242, Chinese law specifies the principle and its manifestations. In both countries the principle of good faith limits the exercise of rights and creates individual justice on the basis of a balancing of interests. Unlike German law, the Chinese Civil Code includes a separate principle of iustitia commutativa. Therefore, the principle of good faith and fair dealing is not completely congruent in both countries.

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理民事判决书), 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

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.

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.

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.

Sittenwidrigkeit und Vertragsstrafe

WANG Hongliang¹

Abstract

Der Beitrag erörtert zunächst den Grundsatz der guten Sitten. Das Zivilrechtsgeschäft, das gegen den ordre public und die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Danach wird analysiert, wie der Grundsatz der guten Sitten den Begriff der Vertragsstrafe beeinflusst. Nach der Meinung des Gesetzesverfassers ist nur die Vertragsstrafe mit Sanktionscharakter mit den guten Sitten vereinbar. Allerdings ist die Vertragsstrafe mit Schadensersatzcharakter ebenfalls nicht verboten, unterliegt allerdings Beschränkungen. Zum dritten wird diskutiert, wie eine zu hoch vereinbarte Vertragsstrafe reduziert werden kann. Grundsätzlich gilt, dass, wenn die Parteien eine zu hohe Vertragsstrafe vereinbart haben, der Richter diese auf Antrag durch Urteil herabsetzen kann. Allerdings wenden die Richter in China nicht selten von Amts wegen das Prinzip der guten Sitten auf die Vertragsstrafe an. Darüber hinaus werden auch die Wucherklausel sowie die Klausel über die 24-Prozent-Grenze bei Darlehensverträgen in Betracht gezogen.

I. Einleitung

Die Regelung über die guten Sitten oder den ordre public ist eine Generalklausel, die das Verhalten des Rechtssubjekts steuern und beschränken soll. Dieses Prinzip ist die Grundlage der einzelnen Vorschriften und bedarf eigentlich keiner gesetzlichen Regelung. Dennoch hat es der chinesische Gesetzgeber im ersten Kapitel des AT des ZGB aufgenommen, der als Allgemeiner Teil des Zivilrechts in 2017 verabschiedet worden ist. Warum also? Die Aufnahme allgemeiner Prinzipien ist eigentlich eine Tradition des chinesischen Rechts, weil die einzelnen Regelungen nicht so detailliert oder noch nicht so reif sind. Deswegen muss man bei der Gesetzgebung oder Auslegung nochmal kontrollieren, ob die konkrete gesetzliche Regelung mit den Grundsätzen vereinbar ist. Daneben kann die Generalklausel zur Missbrauchskontrolle in gesetzlich nicht speziell geregelten Grenzbereichen privater Rechtsgestaltung dienen. Darüber hinaus hat der Maßstab der guten Sitten auch im Gesetz seinen Niederschlag gefunden, so zum Beispiel beim Wucher und der Sonderregelung über Zinshöhe sowie die Anpassung der Vertragsstrafe.

Diese drei Funktionen der guten Sitten will ich anhand der Vertragsstrafe erläutern. Zuerst wird danach gefragt, ob diese Vereinbarung erlaubt ist. Dann ist zu erörtern, wie man vorgehen kann, wenn die Vertragsstrafe zu hoch vereinbart ist. Abschließend ist zu fragen, ob die Sonderregelung der Vertragsstrafenanpassung vorrangig angewendet werden soll oder ob bereits vorher das Prinzip der guten Sitten angewendet werden kann?

II. Sittenwidrigkeit

Nach § 8 des Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)², darf das Zivilsubjekt, wenn es Zivilhandlungen (wörtlich: Zivilaktivitäten) unternimmt, nicht gegen den ordre public (die öffentliche Ordnung) und die guten Sitten verstoßen, sondern muss mit diesen vereinbar sein. Außerdem finden der ordre public und die guten Sitten auch bei der Bewertung eines Verhaltens Anwendung. Gegenwärtig enthält der AT des ZGB nur eine solche Regelung für Rechtsgeschäfte.

Nach § 153 Abs. 2 AT ZGB ist das Zivilrechtsgeschäft, das gegen den ordre public und die guten Sitten verstößt, nichtig. Geregelt sind zwei Kriterien: ordre public und gute Sitten. Allerdings handelt es sich um einen einheitlichen Grundsatz. Während sich der ordre public auf die Grundordnung und Grundgedanken von Gesetz, Politik, Ökonomie und Kultur im staatlichen Bereich bezieht, sind die guten Sitten die in der Gesellschaft vorherrschende Sittenordnung, die von den Zeitgenossen anerkannt ist und befolgt wird.³ Das Verbot, dem ordre public zuwiderzuhandeln, ist in China sehr wichtig, weil die Sonderregelung über den Verstoß gegen Verbotsgesetze sehr eng gefasst ist. Die Norm beschränkt sich auf die vom Parlament oder Staatsrat erlassenen Gesetze beziehungsweise Verwaltungsrechtsnormen. Wenn man gegen die Rechtsakte auf anderen oder niedrigeren Ebenen verstößt, kann das

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 SHI Hong (石宏), Bestimmungserklärung, Gesetzesbegründung sowie zusammenhängende Vorschriften bezüglich des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der VR China (中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定), 1. Auflage, Beijing 2017, S. 20.

¹ Prof. Dr.; Tsinghua Universität Peking.

Gericht dem Rechtsgeschäft nur unter Verweis auf den ordre public die Wirksamkeit versagen.

Dieser Grundsatz stellt eine äußere Begrenzung und Beschränkung der Privatautonomie dar. Wenn sich die Rechtsgeschäfte nicht mit den guten Sitten vereinbaren lassen, wird ihnen die Wirkung versagt.⁴ Die Sittenwidrigkeit beurteilt sich jeweils anhand einer Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände des Rechtsgeschäfts, anhand seines Inhalts und der von den Beteiligten verfolgten Motive und Zwecke.⁵ Der objektive Tatbestand des Rechtsgeschäfts muss mit den guten Sitten unvereinbar sein, zum Beispiel dem Inhalt nach wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Beurteilungszeitpunkt für die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte ist der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Für den subjektiven Tatbestand reicht es aus, dass der Erklärende die Umstände, die gegen die guten Sitten verstoßen, kannte oder kennen musste.⁶ Nicht erforderlich ist die Schädigungsabsicht oder das Bewusstsein für das sittenwidrige Handeln.⁷ Ist der Inhalt des Rechtsgeschäfts sittenwidrig, bedarf es des subjektiven Tatbestands nicht. Vielmehr ist das Rechtsgeschäft ohne weiteres nichtig. Die Umstände, die die Sittenwidrigkeit begründen, wurzeln im Geschäftsinhalt, der den Beteiligten notwendig bekannt ist.⁸

III. Zwei Typen der Vertragsstrafe und Sittenwidrigkeit

Nach § 114 Abs. 1 des Vertragsgesetzes (VG)⁹ können die Parteien vereinbaren, dass eine Seite, die den Vertrag verletzt, entsprechend den Umständen der Vertragsverletzung der anderen einen bestimmten Betrag als Vertragsstrafe zahlen muss. Sie können auch vereinbaren, wie der Ersatz der durch die Vertragsverletzung verursachten Schäden berechnet wird.

Grundlage für die Strafvereinbarung ist die Privatautonomie. Die Parteien können selbst entscheiden, wie hoch die Vertragsstrafe sein sollte. Dabei ist umstritten, ob die Vertragsstrafe anzuerkennen ist, insbesondere wenn die Höhe der Vertragsstrafe zu hoch vereinbart ist.

1. Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion und Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion

Vor Verabschiedung des Vertragsgesetzes im Jahre 1999 wurde die Vertragsstrafe jeweils unterschied-

lich im Wirtschaftsvertragsgesetz¹⁰ und im Außenwirtschaftsvertragsgesetz¹¹ geregelt. § 35 des Wirtschaftsvertragsgesetzes aus dem Jahre 1981 lautete: „Verletzt eine Partei den Vertrag, so soll sie dem Vertragsgegner ein Strafgeld bezahlen. Wenn der wegen der Vertragsverletzung verursachte Schaden die Summe der Vertragsstrafe übersteigt, soll dieser Schaden ersetzt werden. Wenn der Vertragsgegner weiter Erfüllung verlangt, soll die Leistung erfüllt werden.“ Nach § 20 II des Wirtschaftsvertragsgesetzes aus dem Jahre 1985 wurde die im Vertrag vereinbarte Vertragsstrafe als Schadensersatz wegen Vertragsverletzung angesehen. Aufgrund der beiden Regelungen unterscheidet die herrschende Meinung die Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion und die Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion.¹² Nach der Meinung von Jianyuan Cui sei es die Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion, wenn die Vertragsstrafe neben dem Schadensersatz sowie der Erfüllung verlangt wird. Dagegen handele es sich um eine Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion, wenn die Geltendmachung der Vertragsstrafe den Schadensersatz sowie die Erfüllung ausschließt.¹³

Im Gesetzgebungsverfahren des Vertragsgesetz im 1999 gab es zwei Ansichten: Die eine geht davon aus, dass dann, wenn die Vertragsstrafe höher als der Schaden ist, das Erfüllungsinteresse geringer ist als das Interesse an der Vertragsverletzung. Deswegen hoffe der Gläubiger auf die Nichterfüllung durch den Schuldner oder verursacht diese sogar. Das heißt, der vom Gläubiger durch die Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion erzielte Gewinn übersteigt sein Erfüllungsinteresse. Dieser Gewinn stelle eine ungerechtfertigte Bereicherung dar.¹⁴ Die andere Ansicht ist, dass es nicht der Zweck des Zivilrechts ist, denjenigen, der einen Vertrag verletzt, zu bestrafen, sondern die Schäden zu ersetzen.¹⁵ Aber beide vorherrschenden Ansichten wollten die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht allgemein für sittenwidrig erklären, sondern nur den Umfang der Vertragsstrafe mit Sanktionszweck beschränken.

¹⁰ 中华人民共和国涉外经济合同法, erlassen am 21.3.1985, chinesische Fassung in: Bulletins of the Standing Committee of the National People's Congress of PRC (中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报) 1985, Nr. 2, S. 4 ff.

¹¹ 中华人民共和国合同法, erlassen am 13.12.1981, chinesische Fassung in: Bulletins of the Standing Committee of the National People's Congress of PRC (中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报) 1981, Nr. 5, S. 68 ff.

¹² WANG Jiafu (王家福) (Hrsg.), Chinesische Zivilrechtswissenschaft – Schuldrecht im Zivilrecht (中国民法学·民法债权), 1. Auflage, Beijing 1991, S. 250, geschrieben von LIANG Huixing (梁慧星).

¹³ CUI Jianyuan (崔建远), Vertragshaftung (合同责任研究), Jilin, 1992, S. 246.

¹⁴ WANG Shengming (王胜明), Von dem Entwurf des Vertragsgesetzes bis zur Verabschiedung – Vorstellung des Vertragsgesetzes der VR China (从合同法的草案到审议通过——中华人民共和国合同法介绍), in: WANG Shengming/LIANG Huixing (王胜明、梁慧星) (Hrsg.), Vorstellung des Vertragsgesetzes der VR China sowie dessen wichtigen Entwürfe (中华人民共和国合同法及其重要草案介绍), 1. Auflage, Beijing 2000, S. 229.

¹⁵ CUI Jianyuan (崔建远), Gesamtheit, Basispunkt, Maßstab, (整体、基点、度), in: CUI Jianyuan (Hrsg.), Wandern der neun Gelehrten im Zivilrecht (民法九人行) Bd. II, 1. Auflage, Hongkong 2004, S. 147; WANG Liming (Fn. 3), S. 704 ff.

⁴ WANG Liming (王利明), Allgemeiner Teil des Zivilrechts (民法总则研究), 3. Auflage, Beijing, S. 125.

⁵ YU Fei (于飞), Das Prinzip der Sittenwidrigkeit (公序良俗原则研究), 1. Auflage, Beijing, S. 111.

⁶ YU Fei (Fn. 5), S. 111 ff.

⁷ CHEN Su (陈甦), in CHEN Su (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts (民法总则评注), 1. Auflage, Beijing 2017, S. 62.

⁸ YU Fei (Fn. 5), S. 111.

⁹ 中华人民共和国合同法, erlassen am 15.3.1999, chinesische Fassung in: 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 21.05.2019.

Aufgrund dieses Grundgedankens enthält das VG drei Regelungen: § 114 Abs. 1 VG ist die Definition der Vertragsstrafe. Danach kann die Vertragsstrafe auf einen bestimmten Betrag festgelegt werden, aber auch durch eine Berechnungsmethode für den Schadenersatz wegen Vertragsverletzung. § 114 Abs. 2 VG besteht aus zwei Regeln: Der einen geht es um die Ermäßigung der Vertragsstrafe. Der anderen geht es um deren Erhöhung. Wenn die vereinbarte Vertragsstrafe niedriger als der verursachte Schaden ist, kann eine Partei vom Volksgericht oder Schiedsgericht eine Erhöhung verlangen; wenn die vereinbarte Vertragsstrafe viel höher als der verursachte Schaden ist, kann eine Partei verlangen, dass das Volksgericht oder Schiedsgericht sie angemessen senkt. Danach ist der Schaden das Kriterium für die Ermäßigung. Nach § 114 Abs. 3 VG muss die Partei, die den Vertrag verletzt hat, nach Zahlung der Vertragsstrafe noch die Schuld erfüllen, wenn die Vertragsstrafe nur für die verzögerte Erfüllung vereinbart ist.

2. Unterscheidungskriterien

Nach dem Wortlaut wurde die Unterscheidung zwischen der Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion und der Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion nicht in das Vertragsgesetz übernommen. Aber in der Literatur werden weiterhin diese zwei Typen von Vertragsstrafen unterschieden. Wenn die Vertragsstrafe neben dem Erfüllungsanspruch oder Schadensersatzanspruch besteht, so handelt es sich nach der h. M. um eine sanktionierende Vertragsstrafe. Ansonsten ist es eine schadensersatzbezogene Vertragsstrafe.¹⁶ Weiter ist danach zu fragen, wie man anhand der Vertragsstrafenvereinbarung erkennen kann, um welche Art von Vertragsstrafe es sich handelt.

In der Praxis unterscheidet das Gericht die beiden Typen entweder anhand des Wortlauts der Vereinbarung oder anhand der Vertragsstrafenhöhe. Wenn die Parteien die Vertragsstrafe als Sanktion benutzen, dann ist die vereinbarte Vertragsstrafe eine Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion. Wenn die Parteien dies nicht im Wortlaut der Vereinbarung zum Ausdruck bringen, wird weiter geprüft, ob die Vertragsstrafe den möglichen Schaden krass übersteigt. Ist dies der Fall, ist von einer bestrafenden Vertragsstrafe auszugehen. Das Oberste Volksgericht betont immer wieder: die Vertragsstrafe hat zugleich einen schadenskompensierenden und einen strafenden Charakter. Der schadenskompensierenden Charakter ist der Regelfall und der strafende die Ausnahme.¹⁷

¹⁶ Vgl. MA Junju (马俊驹)/YU Yanman (余延满), Vom Zivilrecht (民法原论), 4. Auflage, Beijing 2010, S. 626; GUO Mingrui (郭明瑞), in: WEI Zhenying (魏振瀛) (Hrsg.), Zivilrecht (民法), 7. Auflage, Beijing 2017, S. 492–493; CUI Jianyuan (崔建远), Vertragsrecht (合同法), 2. Auflage, Beijing 2013, S. 379; HAN Shiyuan (韩世远), Theoretischer Streit und praktische Probleme der Vertragsstrafe (违约金的理论争议与实践问题), Beijing Zhongcai (北京仲裁) 2009, Nr. 1, S. 29 f.

¹⁷ 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 (Anleitungsansicht bezüglich einiger Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der derzeitigen Situation), erlassen am 7.7.2009, chinesische Fassung in: Gazette of the Supreme People's Court (最高人民法院公报) 2009, Nr. 8.

Zusammenfassend werden mit Rücksicht auf die Sittenwidrigkeit die zwei genannten Typen von Vertragsstrafen unterschieden. Die meisten vereinbarten Vertragsstrafen werden als Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion ausgelegt. Aber bei der Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion kann man nicht zugleich Schadenersatz sowie Erfüllung verlangen. Wird die vereinbarte Vertragsstrafe ausnahmsweise als Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion anerkannt, so ist umstritten, ob diese auf Antrag des Schuldners reduziert werden kann.

3. Bewertung

Fraglich ist, ob man überhaupt von Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion sprechen sollte und es erscheint zweifelhaft, ob jede Vertragsstrafe als ungerechtfertigte Bereicherung angesehen werden sollte. Die Vertragsstrafe dient in erster Linie als Druckmittel, um den Schuldner zu einer ordnungsgemäßen Leistung anzuhalten und künftige Pflichtverletzungen zu verhindern. Deswegen ist die Vertragsstrafe normalerweise höher als der Schaden. Die Vertragsstrafe erfasst aber auch die immateriellen Schäden, die normalerweise nicht zu ersetzen sind. Dies stellt keine ungerechtfertigte Bereicherung dar.

Im Übrigen ist die Vertragsstrafe auch keine Strafe. Erstens bedeutet Präventionsfunktion nicht selbstverständlich auch Strafe. Die Vertragsstrafe bezweckt es, künftige Pflichtverletzungen zu verhindern. Diese Prävention verfolgt somit einen besonderen Präventionszweck und hat keinen allgemeinen Präventionseffekt, wie es bei einem Sanktionssystem der Fall ist. Aufgrund der Relativität des Vertrages richtet sich die Vertragsstrafe nur auf das relative Unrecht der Schuldverhältnisse. Zweitens setzt die Vertragsstrafe die Zustimmung der Parteien voraus. Deshalb ist sie keine Strafe oder Sanktion. Drittens ist nach der Meinung von Shiyuan Han das Verschulden des vertragsbrüchigen Schuldners Voraussetzung für den Verfall der Vertragsstrafe.¹⁸ Allerdings hat das Verschulden mit Moral oder guten Sitten nichts zu tun. Die Sanktion hingegen ist auf die Verwerflichkeit des Handelnden im Sinne der guten Sitten gerichtet. Es gibt daher nach richtiger Ansicht überhaupt keine Vertragsstrafe mit Sanktionscharakter.

Die Dichotomie der Vertragsstrafe bringt auch viele Probleme mit sich. In der Praxis haben die Parteien sehr selten deutlich vereinbart, dass die Vertragsstrafe strafend oder schadenskompensierend ist. Übermäßige Vertragsstrafen stehen normalerweise mit der Zeit und dem Ausmaß der Vertragsverletzung im Zusammenhang. Je länger die Vertragsverletzung andauert und je schwerer die Vertragsverletzung ist, desto größer ist die Überschreitung des Schadensersatzes.

¹⁸ HAN Shiyuan (韩世远), Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (合同法总论), 3. Auflage, Beijing 2011, S. 659.

Nach der Meinung von Shiyuan Han gilt bei Vertragsstrafen mit Sanktionscharakter die Regelung über die Ermäßigung der Vertragsstrafe nicht.¹⁹ Dies führt zu einem ungerechten Ergebnis. Wenn die Vertragsstrafe mit Schadensersatzfunktion die Schäden übersteigt, wird diese herabgesetzt. Wenn dagegen die Vertragsstrafe mit Straffunktion – sogar gravierend – über die Schäden hinausgeht, wird sie nicht ermäßigt. Das ist ungerecht.

Außerdem unterscheidet der Wortlaut des geltenden Rechts nicht zwischen zwei Typen der Vertragsstrafe. Die Theorie der ungerechtfertigten Bereicherung hat keine gesetzliche Grundlage.

In der Rechtspraxis verlangt das Gericht, um die Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion festzustellen, normalerweise, dass der Gläubiger der Vertragsstrafe die Höhe des Schadens beweist.²⁰ Eine Funktion der Vertragsstrafe liegt aber darin, dass der Gläubiger den Schaden nicht zu beweisen braucht. Wenn das Gericht den Beweis des Schadens vom Gläubiger verlangt, verstößt dies gegen den Willen der Vertragsparteien.

Schließlich widerspricht es der Prozessökonomie, wenn das Gesetz die Strafabrede einer besonderen Überprüfung unterstellt.

Insgesamt ist meines Erachtens die Dichotomie der Vertragsstrafe sinnwidrig. Die Vertragsstrafe mit Sanktionsfunktion und die schadenskompensierende Vertragsstrafe sind beides zulässige Vertragsstrafen.

IV. Vertragsstrafe und Sittenwidrigkeit der Vereinbarung

Die Funktion der Vertragsstrafe besteht darin, den Schuldner unter Druck zu setzen und zu einer ordnungsgemäßen Leistung anzuhalten. Deshalb ist die Höhe der Vertragsstrafe normalerweise mehr als die Summe des Schadensersatzes. In diesem Fall kann die Vertragsstrafe auf Antrag durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Allerdings soll diese Sonderregelung die Kontrolle der Vertragsstrafenvereinbarung aus anderen rechtlichen Gründen nicht ausschließen. Ist die Strafabrede als Individualvereinbarung schon sittenwidrig oder als AGB unangemessen, kann der Schuldner dies jederzeit geltend machen, also auch vor der Verwirkung und nach der Entrichtung der Strafzahlung.

1. Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafenvereinbarung bei Geldschuld

In der Rechtspraxis haben sich einige Sonderregelungen über die Vertragsstrafenvereinbarung bei Geldschulden entwickelt.

Für Darlehensschulden ist der jährliche Zinssatz gesetzlich beschränkt. Dieser darf nicht 24 % des Kapitals

übersteigen. Diese Regelung gilt auch der Vertragsstrafe. Sonst wird die Zinsbeschränkung umgegangen.²¹

Wenn zum Beispiel die vereinbarte Vertragsstrafe das Kapital oder die Forderung um mehr als 24 % übersteigt, ermäßigt das Gericht von Amts wegen die Vertragsstrafe auf 24 % oder weniger als 24 %. Nach wirtschaftlicher Ordnung darf der vereinbarte Zins nicht mehr als 24 % pro Jahr betragen. Wenn die Vertragsstrafe mehr als 24 % beträgt, dann ist diese nicht mit der öffentlichen Ordnung des Finanzmarkts vereinbart. Ein Handeln im Bewusstsein der Sittenwidrigkeit wird nicht verlangt.²²

Wenn der Richter in diesem Fall die Vorschrift der Herabsetzung der Vertragsstrafe anwendet, wird die Strafe normalerweise deutlicher reduziert.²³ Im Vergleich zur obengenannten Kontrolle des vereinbarten Zinses besteht hier ein Wertungswiderspruch.

2. Deutliche Ungerechtigkeit (Wuchergeschäft)

Zu beachten ist, dass die Gerichte²⁴ sehr oft auch die Vorschrift für die deutliche Ungerechtigkeit (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 VG) anwenden, um die Vertragsstrafe zu ändern. Nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 des Vertragsgesetzes kann der Handelnde das Rechtsgeschäft vor dem Volksgericht oder Schiedsgericht anfechten oder seine Änderung verlangen, wenn es bei dem Vertragsschluss klar ungerecht ist.

Nach dem Gesetzeswortlaut scheint nur der objektive Tatbestand einer Ungerechtigkeit erforderlich. Aber nach verbreiteter Ansicht muss zu dem objektiv auffälligen Leistungsmissverhältnis eine verwerfliche Gesinnung hinzutreten, damit einem Geschäft die Wirksamkeit zu versagen ist.²⁵ In der Rechtspraxis wird auch verlangt, dass die eine Seite ihre Übermacht oder die mangelnde Erfahrung der anderen Seite nutzt oder dass sie eine Notlage der anderen Seite ausnutzt, um einen ungerechtfertigten Gewinn herauszuholen, und die andere Seite [dabei] dazu erpresst, eine unwahre [= nicht ihrem Willen entsprechende] Willenserklärung abzugeben, und dass die Interessen der anderen Seite erheblich beeinträchtigt werden.²⁶ § 151 AT ZGB

²¹ YAO Mingbin (姚明斌), Vertragsstrafe (违约金论), Beijing, 2018, S. 367.

²² YAO Mingbin (Fn. 21), S. 335.

²³ Siehe etwa eine Reduzierung auf 6 %: Shebing Yazhou Jiankang Keji GmbH gegen Beijing Qianse Runhua Guanggao GmbH (舍宾亚洲 (北京) 健康科技有限公司与北京千色润华广告有限公司服务合同纠纷案), Beijing zweites mittleres Volksgericht 2009 Erzong (Min) Zhongzi Nr. 21461 Urteil (北京市第二中级人民法院 (2009) 二中民终字第 21461 号民事判决书).

²⁴ Chen Xiangming gegen Chen Guang und Chen Hui Fall (陈香明因与陈光、陈辉房屋买卖合同纠纷案), Oberstes Volksgericht 2013 Min Shenzi Beschluss Nr. 1107 (最高人民法院 (2013) 民申字第 1107 号民事裁定书).

²⁵ LI Yongjun (李永军), Prinzipien des Vertragsrechts (合同法原理), 1. Auflage, Beijing 1999, S. 277.

²⁶ Wang Zhixin gegen Heilongjiangshengbawuermongchang (王者信因与黑龙江省八五二农场租赁合同纠纷案), Heilongjiang Oberes Volksgericht Heigao (Shang) Zhongzi Nr. 8 (黑龙江省高级人民法院民事判决书 (2013) 黑高商终字第 8 号); Zhou Moutou gegen Hunan Moutou Gongsi Fall (周某某诉湖南某诚某司撤销权纠纷案), Changsha Kaifu Unteres Volksgericht 2012 (Min) Zhongzi

¹⁹ HAN Shiyuan (韩世远), Theoretischer Probleme der Vertragsstrafe (违约金的理论问题), Beijing Faxueyanjiu (法学研究), 2003, Nr. 4.

²⁰ Zhang Guiping gegen Wang Hua (张桂平诉王华股权转让合同纠纷案), Beijing, Zuigao Renmin Fayuan Gongbao (最高人民法院公报), 2007, Nr. 5 <<http://gongbao.court.gov.cn/Details/a66d6f7f563b6f5c81cfc29ad6c41e.html>>, eingesehen am 24.05.2019.

verlangt einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand.²⁷

Allerdings besteht bei Vertragsstrafenvereinbarungen kein Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Indes kann man dies so verstehen, dass ein Vergleich zwischen dem Sicherungsmittel und dem Sicherungszweck erfolgen muss.²⁸ In der Rechtspraxis wird der subjektive Tatbestand, nämlich die mangelnde Erfahrung der anderen Seite zu nutzen oder eine Notlage der anderen Seite auszunutzen, vermutet,²⁹ wenn die Sicherheit und der Sicherungszweck in einem auffälligen Missverhältnis stehen, also die Vertragsstrafe sehr hoch ist.³⁰ Dem vom Vertrag Begünstigten muss das Missverhältnis dabei wenigstens erkennbar gewesen sein.

Zwei Beispiele:

In der Rechtspraxis gibt es auch den Fall, dass die Vertragsstrafe nach Maßgabe des Prinzips der Gerechtigkeit reduziert wird. A und B vereinbaren, dass, falls A heimlich Karten verkauft oder Berichtspflichten nicht nachkommt, B ein Zehnfaches des verheimlichten oder unterschlagenen Kartenkaufpreises verlangen kann. Das Gericht hielt die Vertragsstrafe für zu hoch und reduzierte sie von Amts wegen sodann nach Maßgabe des Prinzips der Gerechtigkeit auf das Fünffache.³¹

Sittenwidrigkeit kommt in Betracht, wenn erhebliche Strafdrohungen schon wegen aller möglichen, auch unbedeutenden Verstöße zu einer Knebelung des Schuldners führen.³²

Falls der Schuldner das Verfahren versäumt, darf der Richter nicht gemäß § 114 VG von Amts wegen die Strafe herabsetzen.³³ Deshalb wendet der Richter wieder

Urteil Nr. 3849 (长沙市开福区人民法院民事判决书 (2012) 开民一初字第 3849 号).

²⁷ LI Yu (李宇), Kommentar des Allgemeinen Teils des Zivilrechts (民法总则释义规范释论与判解集注), 1. Auflage, Beijing 2017, S. 610. Wenn eine Partei eine Notlage oder das mangelnde Urteilvermögen und so weiter des anderen Teils absichtlich ausgenutzt hat und dies zu einer deutlichen Ungerechtigkeit beim Vertragsschluss führt, ist der Geschädigte berechtigt, beim Gericht oder Schiedsgericht die Anfechtung des Rechtsgeschäfts geltend zu machen. Maßgeblich für das Vorliegen einer deutlichen Ungerechtigkeit (Missverhältnis) ist der objektive Wert der auszutauschenden Leistungen beim Vertragsschluss.

²⁸ WU Teng (武藤), Auf Auslegung beruhende Konstruktion der deutlichen Ungerechtigkeit (显示公平的解理论构造), Faxue (法学) 2018, Nr. 1, S. 132.

²⁹ Yining Bianjing Jingji Hezuoqu Yatai Zhuanchang gegen Tian Yunhua (伊宁边境经济合作区亚泰砖厂与田云华债权人撤销权纠纷案), Xinjiang Oberes Volksgericht 2014 Yinzhou (Min) Zhongzi Nr. 401 (新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院民事判决书 (2014) 伊州民二终字第 401 号).

³⁰ HE Jian (贺剑), Kommentar zu § 54 Abs. 1 Nr. 2 Vertragsgesetz (Institut der deutlichen Ungerechtigkeit) (合同法第 54 条第 1 款第 2 项 (显失公平制度) 评注), Faxuejia (法学家), 2017, Nr. 1, S. 163.

³¹ Guangzhou Internationale Auslandchinesische Investitionsfirma gegen Jiangsu Chang-Fluss Gewerbe GmbH-Fall (广州国际华侨投资公司诉江苏长江营业有限责任公司案), Oberstes Volksgericht (2001) Minsanzhongzi Nr. 3 Urteil über Zivilsache (最高人民法院 (2001) 民三终字第 3 号民事判决书), Amtsblatt des Obersten Volksgerichts (最高人民法院公报), 2004, Nr. 5.

³² YAO Mingbin (Fn. 21), S. 322 f.

³³ YAO Mingbin (Fn. 21), S. 311 ff. Shanxi Jiahe Taifang Dichan Kaifa GmbH gegen Taiyuanzhongxingjixie Group GmbH-Fall (山西嘉和泰

die Generalklausel des § 8 ATZR an, um die Strafe herabzusetzen.

In einem Fall hat K am 17.1.2010 von V ein Haus gekauft. Der Kaufpreis betrug 690.000 Yuan. Beide Parteien haben vereinbart, dass V nach der Auflassung innerhalb von 120 Tagen die Haushaltsregistrierung (Hukou) umschreiben soll. Falls dies nicht fristgemäß erfolgt, soll er 20.000 Yuan als Vertragsstrafe zahlen. Falls er die Ummeldung mehr als 30 Tage verzögert, verfallen vom fünfzehnten Tag an 2 % des Kaufpreises pro Tag als Vertragsstrafe. Später haben die Parteien ergänzend vereinbart, dass V bei Verzug 100 Yuan pro Tag zu zahlen hat. Bisher hat sich V nicht angemeldet. Darauf verklagt K den V auf Zahlung der Vertragsstrafe. Diese beläuft sich bis zum 23.4.2015 auf 266.000 Yuan. Weil V im Ausland ist, wurde die Klageschrift durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt. Schließlich erscheint V nicht vor Gericht. Wegen seiner Säumnis kann der Richter den Beklagten im Verfahren nicht über die Ermäßigung der Vertragsstrafe aufklären. Deshalb hat das Volksgericht nach Maßgabe des Grundsatzes der Vertragsgerechtigkeit und der Verhältnismäßigkeit die Vertragsstrafe von Amts wegen angepasst. Das Gericht hat entschieden, dass der Beklagte dem Kläger die Vertragsstrafe in Höhe von 50.000 Yuan bezahlen muss.³⁴

3. Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit

Nach geltendem Gesetz ist die sittenwidrige Vertragsstrafenvereinbarung vollständig nichtig. Ein wegen übermäßiger Höhe nach § 54 Abs. 2 VG unwirksames Vertragsstrafenversprechen kann der Schuldner anfechten sowie ändern lassen. In der Rechtspraxis wird eine Teilnichtigkeit der sittenwidrigen Vertragsstrafenvereinbarung anerkannt.³⁵ Also wird die Höhe der Vertragsstrafe herabgesetzt. Wenn zum Beispiel die Höhe der Vertragsstrafe den Kaufpreis um mehr als 24 % übersteigt, wird bisweilen eine Verpflichtung zur Zahlung einer angemessenen Vertragsstrafe befürwortet.

Was ein Vertragspartner aus einem wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Rechtsgeschäft erhalten hat, kann grundsätzlich nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäß § 122 AT ZGB zurückgefordert werden.

4. 24-Prozent-Grenze

Für den Darlehensvertrag hat sich eine Sonderregelung entwickelt, die den Zins auf 24 % begrenzt. Nach § 30 der Erläuterungen über Darlehensvertrag

房地产开发有限公司与太原重型机械 (集团) 优先公司土地使用权转让合同纠纷, Oberstes Volksgericht (2007) Minyi (Min) zhongzi Nr. 62 (最高人民法院 (2007) 民一终字第 62 号民事判决书).

³⁴ Jin Minghua und Guo Zhengxings Streit über Kaufvertrag über Wohnung-Fall (金明华与郭正兴房屋买卖合同纠纷案), 2016 Jing 03 Minzhong Nr. 2780 ((2016) 京 03 民终 2780 号).

³⁵ Shenzhen Shijinzhou Touzi GmbH gegen Zhou Yuxian, He Fengling, Hongxian Tianshun Shuini GmbH Fall (深圳市金州投资有限公司与周玉贤、何逢玲、琪县天顺水泥有限公司股权转让纠纷案), Oberstes Volksgericht 2016 Zuigaofa (Min) Zhongzi Nr. 12 (中华人民共和国最高人民法院民事判决书 (2016) 最高法民终 12 号).

des OVG³⁶ kann der Darlehensgeber, wenn er mit dem Darlehensnehmer zugleich Verzugszins, Vertragsstrafe sowie die Gebühren vereinbart hat, unter diesen wählen oder alle insgesamt geltend machen. Insgesamt darf die Summe aber nicht 24 % des Darlehens pro Jahr überschreiten. Den Anspruch auf den übersteigenden Teil lehnt das Gericht ab.

In der Rechtspraxis berührt der Umstand, dass die Parteien einen zu hohen Zins vereinbart haben, die Wirksamkeit des Darlehensvertrages nicht.³⁷ Allein die Zinsvereinbarung wird teilweise aufgehoben. Der vereinbarte Zins soll auf den Zinssatz von 24 % reduziert werden. Daneben gibt es mit § 30 der Erläuterungen über den Darlehensvertrag des OVG für den Fall, dass die Parteien einen Zinssatz vereinbart haben, der nicht über 36 % hinausgeht, und den der Zinsschuldner schon bezahlt hat. Der Zinsgläubiger kann den Zins dann behalten. Wenn noch nicht bezahlt wurde, darf der Zinsgläubiger diesen jedoch nicht verlangen.³⁸

Zu dem objektiv überhöhten Zins muss nach Ansicht der Rechtsprechung in subjektiver Hinsicht keine verwerfliche Gesinnung hinzukommen.³⁹

5. Bewertung

Insgesamt kann das Gericht von Amts wegen die überhöhte Vertragsstrafe herabsetzen. Die Sonderregelung zur Herabsetzung der Vertragsstrafe kann umgangen worden sein. Das ist eine Flucht in die Generalklausel.

V. Anpassung der Vertragsstrafe und Sittenwidrigkeit

In § 114 Abs. 2 VG werden zwei Fälle geregelt. Der eine ist die Erhöhungsregelung. Der andere ist die Herabsetzungsregelung.

1. Herabsetzung der Vertragsstrafe

Das Zivilrecht ist gegenüber direkten Eingriffen in das Äquivalenzverhältnis zurückhaltend. Eine gewisse Kontrolle ergibt sich meist nur aus § 153 Abs. 2 AT ZGB. § 114 VG stellt neben § 153 Abs. 2 AT ZGB ein bemerkenswert seltenes Instrument zur Sicherung und

Wiederherstellung der materiellen Vertragsgerechtigkeit dar.

Nach § 114 Abs. 2 VG kann eine Partei, wenn die vereinbarte Vertragsstrafe unverhältnismäßig höher als der verursachte Schaden ist, verlangen, dass das Volksgericht oder das Schiedsgericht sie angemessen herabsetzt.

Im deutschen Recht kann eine verwirkte unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Die Zulassung einer solchen richterlichen Billigkeitskontrolle beruht auf der Erwägung, dass der Schuldner im Fall des Strafversprechens besonders schutzwürdig ist, weil er bei Abgabe des Versprechens im Allgemeinen darauf vertrauen wird, seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllen zu können, oder weil der Schuldner die Gefahr des Verfalls unterschätzt. Der unerfahrene und unbesonnene Vertragspartner soll geschützt werden.⁴⁰

Im Vergleich dazu beruht die Zulassung einer richterlichen Billigkeitskontrolle in China auf der Erwägung, dass die Höhe der Vertragsstrafe ungefähr der Höhe des Schadenersatzes entsprechen soll. Sonst wird die Vertragsstrafe zu einem Instrument, eine Vertragspartei zu knebeln.⁴¹ Damit soll der Schuldner davor geschützt werden, dass sich die vereinbarte Strafe im konkreten Fall nachträglich als unangemessen hoch erweist.

Daraus ergibt sich, dass die richterliche Ermäßigungsregel den Sonderfall der Angemessenheitsklausel darstellt. Nach § 114 II S. 2 VG besteht, wenn die vereinbarte Vertragsstrafe allzu viel höher als der verursachte Schaden ist, eine Unverhältnismäßigkeit zwischen der Strafe und dem Schadenersatz. Daraus ergibt sich, dass die Anwendung der Bestimmung über die Herabsetzung der Vertragsstrafe nur ein objektives Missverhältnis zwischen Schadenersatz und Vertragsstrafe voraussetzt. Darüber hinaus bedarf es keiner verwerflichen Gesinnung.⁴²

Der Richter stellt kraft eigener Ermessensentscheidung und in eigener Verantwortung fest, ob er die Strafe als unverhältnismäßig hoch empfindet und deshalb kürzen will.

Weiter ist zu fragen, wie man die Angemessenheit beurteilen kann? Nach der Erläuterung des Vertragsgesetzes des OVG ist die Vertragsstrafe zu hoch, wenn die Vertragsstrafe den tatsächlichen entstandenen Schaden um 30 % überschreitet bzw. 130 % des tatsächlich entstandenen Schadens beträgt (§ 29 II Erläuterung des Vertragsgesetzes [2] aus 2009).⁴³ Aber bei der Beurteilung der Angemessenheit hat der Richter sich auf den tatsächlich entstandenen Schaden zu beziehen und

³⁶ 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定, erlassen am 6.8.2015, chinesische Fassung in: Gazette of the Supreme People's Court (最高人民法院公报) 2015, Nr. 11, <<http://gongbao.court.gov.cn/Details/48786dea74c9545c2f4fb27254ca08.html>>, eingesehen am 24.05.2019.

³⁷ Yang Qucheng gegen Huang Hong, Guangxi Taiyu Touzi GmbH Fall (阳曜丞与黄红、广西泰裕投资有限公司借款合同纠纷案), Guangxi Nangning Mittleres Volksgericht 2010 Nanshiminzai Nr. 2194 (广西壮族自治区南宁市中级人民法院民事判决书 (2010) 南市民再字第 20 号).

³⁸ 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定, erlassen am 6.8.2015, chinesische Fassung in: Gazette of the Supreme People's Court (最高人民法院公报) 2015, Nr. 11, <<http://gongbao.court.gov.cn/Details/48786dea74c9545c2f4fb27254ca08.html>>, eingesehen am 24.05.2019.

³⁹ Yang Qucheng gegen Huang Hong, Guangxi Taiyu Touzi GmbH Fall (阳曜丞与黄红、广西泰裕投资有限公司借款合同纠纷案), Guangxi Nangning Mittleres Volksgericht 2010 Nanshiminzai Nr. 2194 (广西壮族自治区南宁市中级人民法院民事判决书 (2010) 南市民再字第 20 号).

⁴⁰ Volker Rieble, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2015, § 343 Rn. 123. Staudinger/Rieble, 2009, vor §§ 339 ff. Rn. 18; Christos Chasapis, Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe, 1. Auflage, Berlin 2014, S. 112.

⁴¹ HAN Shiyuan (Fn. 16), S. 661.

⁴² CUI Jianyuan (Fn. 15), S. 391 ff.

⁴³ 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), erlassen am 24.4.2009, chinesische Fassung in: Gazette of the Supreme People's Court (最高人民法院公报) 2009, Nr. 7.

zugleich die Umstände der Erfüllung, den Verschuldensgrad der Parteien und das Erfüllungsinteresse zu berücksichtigen. Schließlich ist nach dem Prinzip der Angemessenheit und dem Prinzip von Treu und Glauben abzuwägen, um darauf eine Entscheidung zu treffen (§ 29 I Erläuterung des Vertragsgesetzes [2] aus 2009). Diese Vorschrift will im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit bewirken, dass alle Umstände des Einzelfalls in die Abwägung einbezogen werden.⁴⁴

Daraus ergibt sich, dass der Schaden der zuerst zu berücksichtigende maßgebliche Gesichtspunkt für die Beurteilung der Angemessenheit ist. Dies ist nicht mit dem Normzweck der Regelungen zur Vertragsstrafe vereinbar. Die Vertragsstrafe dient in erster Linie als Erfüllungszwang. Deshalb ist Ausgangspunkt der Ermessensentscheidung die Pflichtverletzung des Schuldners. Der Richter muss diese bewerten – nach dem Maß der Pflichtwidrigkeit und dem Grad der Verwerfbarkeit. Jedes Mitverschulden des Gläubigers wirkt sich mildernd auf die Vorwerfbarkeit aus.⁴⁵

Auf der zweiten Stufe sollen die „Folgen der Tat“, also der Pflichtverletzung berücksichtigt werden. Hier geht es primär um die Beeinträchtigung des Gläubigers, vor allem das Vermögensinteresse, und damit um die Frage, ob dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist. Allerdings kommen nach § 29 Erläuterung des Vertragsgesetzes (2) nur die tatsächlich entstandenen Schäden in Betracht. Darüber hinaus sollen die immateriellen Beeinträchtigungen, ein besonderer Arbeitsaufwand und andere Mühen nicht in die Abwägung eingestellt werden. Gleiches gilt für frustrierte Aufwendungen, die zwar kein Schaden, aber über eine Vertragsstrafe ersatzfähig sind.⁴⁶

Nach § 7 der Anleitungsansicht des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation (vom 7.7.2009)⁴⁷ sind auch die anderen Umstände relevant, zum Beispiel die Überlegenheit oder Schwäche der Parteien oder AGB. Zudem wird betont, dass der Schaden nicht das einzige Beurteilungskriterium ist.

Schließlich soll der Richter nach § 29 Erläuterung des Vertragsgesetzes (2) nach Maßgabe des Prinzips der Angemessenheit sowie nach dem Prinzip von Treu und Glauben die Vertragsstrafe beurteilen. Besonders beachtlich ist, dass die Vereinbarung auf allgemeine Verhältnismäßigkeit oder Angemessenheit hin zu überprüfen ist. Das Prinzip der Angemessenheit basiert auf dem Prinzip der guten Sitten und bezieht sich auf die Umstände beim Vertragsschluss (Rechtsgeschäftskontrolle). Dagegen zielt das Prinzip von Treu und Glauben primär auf die Berücksichtigung derjenigen

Umstände, die sich nach Abschluss der Strafabrede ereignet haben (Rechtsausübungskontrolle).⁴⁸

Aufgrund des Angemessenheitsprinzips soll zuerst berücksichtigt werden, ob die Parteien Kaufleute sind. Wenn die Parteien Kaufleute sind, soll jeder selbst das Risiko der Unangemessenheit tragen und dann wird es nicht nötig, die Vertragsstrafe zu reduzieren.⁴⁹

Außerdem soll die wirtschaftliche Lage des Schuldners erwogen werden. Im Übrigen sind auch die anderen Gewinne aus derselben Pflichtverletzung zu berücksichtigen.⁵⁰

Im Beispielsfall ist A ein Museum und B eine Medienfirma. Herr MA Medu ist Leiter des Museums und zugleich ein sehr berühmter Antiquitätenkenner. A und B vereinbarten, dass B Herrn MA zum Vortrag einlädt. Der Vortrag sollte 90 Minuten dauern und B an A 350.000 Yuan zahlen. Außerdem haben beide vereinbart, dass B ohne Zustimmung von A das Bild vom Herrn MA nicht benutzen oder veröffentlichen darf. Ansonsten soll B das Doppelte des Vortragshonorars als Vertragsstrafe zahlen. Nachträglich wurde bestätigt, dass B und zwei andere Firmen das Bild vom Herrn MA ohne Zustimmung benutzt haben. Deshalb verlangt A vor Gericht das Doppelte des Vortragshonorars. Daneben klagt Herr MA gegen B und andere zwei Firmen wegen Delikt. Die erste Instanz ist für den Deliktsfall abgeschlossen. Herr MA hat 500.000 Yuan als Schadenersatz, 80.000 Yuan als Schmerzensgeld und 31.209,6 Yuan für die Verfahrenskosten bekommen. Vor diesem Hintergrund meinte das Gericht im Fall der Klages des A gegen B, dass die Vertragsstrafe zu hoch sei. A hat die Schäden nicht bewiesen. Das Gericht geht von dem tatsächlichen Schaden aus und berücksichtigt das Verschulden, die Pflichtverletzung sowie das Erfüllungsinteresse der vertragstreuen Partei. Schließlich reduziert es nach Maßgabe des Prinzips der Gerechtigkeit und des Prinzips von Treu und Glauben die Vertragsstrafe auf 200.000 Yuan.⁵¹

Richtigerweise ist die Vertragsstrafe als eine Sanktion für die Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis anzusehen. Dementsprechend sind ausschließlich die Interessen von Gläubiger und Schuldner maßgebend. Der Schadenersatz von B sollte bei der Ermäßigung der Vertragsstrafe nicht berücksichtigt werden.

Nach Treu und Glauben dürfe auch die weitere Entwicklung, insbesondere das Verhalten beider Parteien nach dem Verstoß nicht außer Betracht bleiben.⁵²

Schließlich ist zu beachten, dass im chinesischen Recht nicht geregelt wird, ob nach der Entrichtung

⁴⁴ HAN Shiyuan (Fn. 16), S. 662; YAO Mingbin (Fn. 21), S. 314.

⁴⁵ In dem Urteil des Obersten Volksgericht 2015 Minyizhongzi Nr. 342 (最高人民法院 (2015) 民一终字第 342 号判决) hat das Gericht die Schadensminderungspflicht berücksichtigt.

⁴⁶ YAO Mingbin (Fn. 21), S. 314 ff.

⁴⁷ Siehe oben (Fn. 17).

⁴⁸ YU Fei (于飞), Unterscheidung zwischen ordre public oder gute Sitten und Treu und Glauben (公序良俗与诚信原则的区分), Zhongguo Shehui Kexue (中国社会科学), Beijing 2015, Nr. 2, S. 150 ff.

⁴⁹ Guangdong Dongguan Mittleres Volksgericht 2012 Dongzhongfaminerzhongzi Nr. 156 Urteil (广东东莞中院 (2012) 东中法民二终字第 156 号判决).

⁵⁰ YAO Mingbin (Fn. 21), S. 314 ff.

⁵¹ Guanfu Museum gegen Anhui Kedun Pinpai Chuanbo GmbH-Fall (观复博物馆诉安徽克顿品牌传播有限公司案), Shanghai erstes Mittleres Volksgericht 2005 Huyizhongminer (Min) zhongzi Nr. 2194 Urteil (上海一中院 (2005) 沪一中民二 (民) 终字第 2194 号判决).

⁵² YAO Mingbin (Fn. 21), S. 337 f.

der Strafe die Herabsetzung ausgeschlossen ist. Nach Treu und Glauben darf sich der Schuldner nicht widersprüchlich verhalten. Wenn der Schuldner schon die Strafe eintrichtet hat, darf er nicht wieder die Herabsetzung der Strafe verlangen.⁵³

2. Erhöhung der Vertragsstrafe

Nach § 114 Abs. 2 VG kann eine Partei vom Volksgericht oder Schiedsgericht eine Erhöhung verlangen, wenn die vereinbarte Vertragsstrafe niedriger als der verursachte Schaden ist. Wenn die Höhe der Vertragsstrafe niedriger als der Schaden ist, verstößt dies auch gegen die guten Sitten. Deshalb kann der Gläubiger mehr verlangen. Im Vergleich zum chinesischen Recht kann der Gläubiger den die Strafe übersteigenden Schaden auch nach deutschem Recht gemäß der §§ 340, Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB geltend machen.

V. Schlusswort

Die guten Sitten werden im chinesischen Recht durch eine Generalklausel erfasst. Bei der Gesetzgebung wird geprüft, ob der Inhalt der Vorschriften mit den guten Sitten vereinbar ist. Vor diesem Hintergrund wird die Vertragsstrafe in zwei Typen aufgeteilt, nämlich Vertragsstrafe mit Sanktionscharakter und Vertragsstrafe mit Schadensersatzcharakter. Allerdings steht fest, dass die Dichotomie der Vertragsstrafe weder gerechtfertigt noch prozessökonomisch ist.

Wenn die Parteien die Vertragsstrafe zu hoch vereinbart haben, kann der Richter diese auf Antrag durch Urteil herabsetzen. Allerdings wenden die Richter in China nicht selten von Amts wegen das Prinzip der guten Sitten auf die Vertragsstrafe an. Daneben kommen auch die Wucherklausel sowie die Klausel über die 24-Prozent-Grenze bei der Geldschuld in Betracht. Die Sonderregelung über die Herabsetzung der Vertragsstrafe kann umgangen werden. Das ist eine Flucht in die Generalklausel.

Aufgrund des Prinzips der Angemessenheit wird auch die Regelung der richterlichen Ermäßigung als eine Sonderregelung zum Prinzip der guten Sitten anerkannt. Dabei sind nicht nur die Vertragsverletzung, sondern auch die tatsächlichen entstandenen Schäden maßgebliche Gesichtspunkte der Angemessenheit. Schließlich soll der Richter aufgrund des Prinzips der Angemessenheit sowie des Prinzips von Treu und Glauben die Vertragsstrafe ermessen. Danach soll auch die wirtschaftliche Lage des Schuldners Berücksichtigung finden.

⁵³ YAO Mingbin (Fn. 21), S. 332.

* * *

Public Morality and Contractual Penalties

This article first discusses the principle of public morality. Any legal transaction which violates public morality is void. Thereafter, it is analysed how the principle of public morality affects the concept of contractual penalties. In the view of the legislature, only penalties having the nature of a sanction are compatible with the principle of public morality. However, penalties having a punitive character are not prohibited, instead being only limited. Thirdly, the article considers how an agreed contractual penalty may be reduced. If the contractual penalty that the parties have agreed to is excessive, the judge can reduce it on application of a party. However, not infrequently the judges in China will apply the principle of public morality to a contractual penalty ex officio. In addition, the article looks at legislative provisions limiting usury and the permissible annual interest rate for loan agreements.

Der Schutz der Umwelt als Grenze der Vertragsfreiheit

Jan Lieder¹ / Philipp Pordzik²

Abstract

Mit § 9 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China fand eine zivilrechtliche Verpflichtung zum Umweltschutz Eingang in das chinesische Rechtssystem. Im Rahmen rechtsgeschäftlicher Interaktionen müssen Rechtssubjekte nunmehr zur Schonung von Ressourcen beitragen und die ökologische Umwelt schützen. Der vorliegende Beitrag widmet sich dem Spannungsverhältnis dieser Regelung zu der in § 5 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China angeordneten Vertragsfreiheit. Zu diesem Zweck werden Inhalt und Reichweite der Umweltschutzverpflichtung einer kritisch-konstruktiven Analyse unter Rückgriff auf den deutschrechtlichen Regelungsrahmen unterzogen.

I. Einleitung

Nach Maßgabe des § 9 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)³ müssen Rechtssubjekte, wenn sie rechtsgeschäftlich interagieren, zur Schonung von Ressourcen beitragen und die ökologische Umwelt schützen. Der vorliegende Beitrag nähert sich der Vorschrift in drei Schritten. Das Fundament bilden Überlegungen zum Umweltschutz in der VR China (unter II.). Danach werden (unter III.) vergleichbare Vorschriften des deutschen Rechts behandelt, bevor (unter IV.) der Inhalt und die Reichweite der chinesischen Bestimmung einer kritisch-konstruktiven Analyse unterzogen wird. Eine knappe Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen (unter V.) rundet den Beitrag ab.

II. Umweltschutz in der VR China

1. Ausgangslage

Die VR China kann auf ein rasantes Wirtschaftswachstum zurückblicken.⁴ Allerdings erwies sich der wirtschaftliche Erfolg als durchaus ambivalent. Die mit der ökonomischen Prosperität einhergehende ökologische Degradation ist Auslöser einer Reihe drängender Probleme.⁵ Besonders betroffen sind die Wasservorkommen des Landes. Aufgrund des gestiegenen Was-

serverbrauchs kämpft die VR China beständig gegen Wasserknappheit an.⁶ Intensiviert wird das Problem durch signifikante Umweltverschmutzung, welche die natürlichen Wasservorkommen bisweilen für jede wirtschaftliche Nutzung unbrauchbar macht. So führten Verunreinigungen des Grundwassers nach dem jährlichen *Report on the State of the Ecology and Environment in China*⁷ des chinesischen Ministeriums für Ökologie und Umwelt⁸ in 66,6 % der untersuchten Gewässer zu einer schlechten oder sehr schlechten Klassifizierung der Grundwasserqualität.⁹ Auch die erhebliche Luftverschmutzung bleibt nicht ohne Folgen. Nach dem aktuellen *Report* genügten 70,7 % der untersuchten Städte nicht den nationalen Vorschriften zur Luftqualität. Eine besonders schädliche Implikation ist der in 36,1 % der untersuchten Städte verzeichnete saure Regen.¹⁰

Ressourcenverbrauch und Umweltverschmutzung haben massive Auswirkungen auf das chinesische Ökosystem. Während sich der Norden des Landes mit Desertifikation und Sandstürmen konfrontiert sieht, bedrohen zerstörerische Fluten den Süden.¹¹ Insgesamt wurden die ökologischen Umweltbedingungen auf 33,5 % der gesamten Landfläche als „relativ schlecht“ oder „schlecht“ bewertet.¹² Die schlechten Umweltbedingungen bleiben nicht ohne Folgen für die Bevölkerung des Landes. Sie verursachen gesundheitliche Probleme, führen zu massiven Migrationsbewegungen und haben das Potential, soziale Unruhen im Land

¹ Prof. Dr., LL.M. (Harvard), Universität Freiburg.

² Wissenschaftliche Hilfskraft, Universität Freiburg.

³ 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 Pjßler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

⁴ Die VR China konnte nach Angaben der Weltbank seit der Initiierung von Marktreformen im Jahre 1978 jährlich eine durchschnittliche Steigerung von annähernd 10 % des Bruttoinlandsprodukts erzielen, siehe Bericht der Weltbank, abrufbar unter <<http://www.worldbank.org/en/country/china/overview>>, eingesehen am 15.05.2019.

⁵ Stefanie Beyer, Environmental Law and Policy in the People's Republic of China, in: Chinese Journal of International Law 5 (2006), S. 187; LIU Jianguo/Jared Diamond, China's environment in a globalizing world, in: nature 435 (2005), S. 1181; Eric W. Orts, Environmental Law with Chinese Characteristics, in: William & Mary Bill of Rights Journal 11 (2003), S. 548.

⁶ JIANG Yong, China's water scarcity, in: Journal of Environmental Management 90 (2009), S. 3185.

⁷ Bis 2016 noch „Report on the State of the Environment in China“, abrufbar unter <<http://english.mee.gov.cn/Resources/Reports/>> eingesehen am 15.05.2019.

⁸ Bis 2018 noch „Ministry of Environmental Protection“, nunmehr „Ministry of Ecology and Environment“.

⁹ Report on the State of the Ecology and Environment in China 2017, S. 29; vgl. auch ebenda S. 18 ff.

¹⁰ Report on the State of the Ecology and Environment in China 2017, S. 8, 15.

¹¹ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 187; vgl. auch Eric W. Orts (Fn. 5), S. 552 ff.

¹² Report on the State of the Ecology and Environment in China 2017, S. 37 unter Zugrundelegung der Daten aus dem Jahr 2016.

auszulösen.¹³ Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass der chinesische Gesetzgeber dem Thema Umweltschutz zunehmend einen prominenten Platz auf der (rechts-)politischen Agenda einräumt. Aus dieser Perspektive ist die Einfügung von § 9 AT ZGB jedenfalls im Grundsatz nachdrücklich zu begrüßen.

2. Rechtliche und politische Entwicklungen

Die rechtliche Entwicklung des modernen chinesischen Umweltschutzrechts findet ihren Ursprung in der Unterzeichnung der im Rahmen der Weltumweltkonferenz im Jahre 1972 in Stockholm erarbeiteten „Erklärung der Konferenz der Vereinten Nationen über die Umwelt des Menschen“.¹⁴ Das gestiegene Bewusstsein für die Belange des Umweltschutzes ermöglichte im Jahre 1978 die Aufnahme einer staatlichen Verpflichtung zum Umweltschutz in die Verfassung der VR China¹⁵. Dieser Wendepunkt ebnete den Weg für die weitere Entwicklung des nationalen Umweltschutzregimes.¹⁶ Im Jahre 1979 wurde das Umweltschutzgesetz¹⁷ verabschiedet, gefolgt von weiteren, themenbezogenen Umweltschutzgesetzen in den folgenden Jahren.¹⁸ Im Anschluss an die Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung im Jahre 1992 in Rio de Janeiro wurden zum Zwecke der Stärkung des Umweltschutzregimes bestehende Gesetze überarbeitet und neue Gesetze verabschiedet. Der im Rahmen der Konferenz erarbeitete Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung fand so Eingang in das Umweltschutzrecht der VR China.¹⁹

Bereits in der Geburtsstunde des modernen Umweltschutzrechts verfolgte die VR China eine *prevention first policy*, die auch in den legislatorischen Entwicklungen der Folgezeit ihren Niederschlag fand.²⁰ Die *prevention first policy* zielt auf eine Balance zwischen ökonomischer Entwicklung und Umweltschutz ab, indem sie den Staat verpflichtet, negative Auswirkungen auf natürliche Ressourcen zu einem Grad zu reduzieren, bei dem die menschliche Gesundheit geschützt und eine

nachhaltige Entwicklung gewährleistet ist.²¹ An dieser Grundhaltung hat sich bis heute nichts verändert. So hieß es in der Rede des Staatspräsidenten der VR China und Generalsekretärs der Kommunistischen Partei, XI Jinping, anlässlich des 19. Nationalkongresses der Kommunistischen Partei Chinas am 18. Oktober 2017:²²

“Building an ecological civilization is vital to sustain the Chinese nation’s development. We must realize that lucid waters and lush mountains are invaluable assets and act on this understanding, implement our fundamental national policy of conserving resources and protecting the environment, and cherish the environment as we cherish our own lives. We will adopt a holistic approach to conserving our mountains, rivers, forests, farmlands, lakes, and grasslands, implement the strictest possible systems for environmental protection, and develop eco-friendly growth models and ways of life.

We must pursue a model of sustainable development featuring increased production, higher living standards, and healthy ecosystems. We must continue the Beautiful China initiative to create good working and living environments for our people and play our part in ensuring global ecological security.”

III. Deutschrechtlicher Regelungsrahmen

Bevor nun der Inhalt und die Reichweite des § 9 AT ZGB einer kritisch-konstruktiven Analyse unterzogen werden, lohnt eine Betrachtung vergleichbarer Vorschriften im deutschen Recht.

1. Staatszielbestimmung des Art. 20a GG

Die ranghöchste naturschutzrechtliche Vorschrift bildet Art. 20a GG. Danach ist der Staat verpflichtet, die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere – auch in Verantwortung für künftige Generationen – im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu schützen.

a) Rechtsnatur

Im verfassungsrechtlichen Regelungssystem ist Art. 20a GG als Staatszielbestimmung einzuordnen. Dabei handelt es um eine offen gefasste Verfassungsnorm, die vom Staat verlangt, auf die Verwirklichung eines näher umschriebenen Ziels hinzuwirken.²³ Kennzeichnend für Staatszielbestimmungen ist demnach die verbindliche Regelung einer Zielvorgabe, ohne jedoch konkrete Handlungsvorgaben zu enthalten, auf welche Art und Weise das Regelungsziel in der praktischen Umsetzung der Staatszielbestimmung

²¹ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 200 f.

²² Full text of Xi Jinping’s report at 19th CPC National Congress, abrufbar unter <http://www.chinadaily.com.cn/china/19thcpcnationalcongress/2017-11/04/content_34115212.htm> eingesehen am 15.05.2019.

²³ Christoph Degenhart, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 34. Auflage, Heidelberg 2018, Rn. 593.

¹³ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 188; vgl. auch ZHONG Yang/HWANG Wonjae, Pollution, Institutions and Street Protests in Urban China, in: Environmental Consciousness in China 25 (2016), S. 216 ff.

¹⁴ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 191 f.

¹⁵ Verfassung der V.R. China, 中华人民共和国宪法, erlassen am 04.12.1982, zum ersten Mal revidiert am 12.04.1988, zum zweiten Mal revidiert am 29.03.1993, zum dritten Mal revidiert am 15.03.1999, zum vierten Mal revidiert am 14.03.2004, zum fünften Mal revidiert am 11.03.2018, chinesische Fassung siehe renmin ribao [人民日报] am 22.03.2018, deutsche alte Fassung siehe <<http://www.verfassungen.net/rc/verf82-i.htm>> eingesehen am 15.05.2019.

¹⁶ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 192; MEI Hong, Legal Gateways for Environmental Protection in China, in: Review of European, Comparative & International Environmental Law 4 (1995), S. 23.

¹⁷ Umweltschutzgesetz, 中华人民共和国环境保护法, erlassen am 26.12.1989, revidiert am 24.04.2014, chinesische Fassung siehe renmin ribao [人民日报] am 25.07.2014, deutsche Fassung siehe ZChinR 2015, S. 68 ff.

¹⁸ William P. Alford/Yuanyuan Shen, Limits of the Law in addressing China’s environmental Dilemma, in: Stanford Environmental Law Journal 125 (1997), S. 129 ff.; Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 192; MEI Hong (Fn. 16), S. 23.

¹⁹ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 192.

²⁰ Stefanie Beyer (Fn. 5), S. 200 f.

zu verwirklichen ist. Die nähere Konkretisierung ist Aufgabe der staatlichen Organe.²⁴

b) Tatbestandliche Gewährleistungen

aa) Schutzgehalt

Der Schutzauftrag des Art. 20a GG verbietet dem Staat nicht nur eigene umweltschädliche Maßnahmen, sondern enthält auch das Gebot, proaktiv Maßnahmen zum Schutz der Umwelt zu ergreifen.²⁵ Der durchaus weitreichende Auftrag darf indes nicht im Sinne eines bestmöglichen Umweltschutzes missverstanden werden. Gefordert wird vielmehr eine Gesamtabwägung der betroffenen Belange, sodass bei gleichwertigen Alternativen zur Verwirklichung eines öffentlichen oder privaten Zwecks die umweltfreundlichere zu wählen ist.²⁶

bb) Nachhaltigkeitsprinzip

Wenn Art. 20a GG auch und gerade die staatliche Verantwortung für künftige Generationen betont, misst er zugleich dem Nachhaltigkeitsprinzip Verfassungsrang bei.²⁷ Damit verbunden ist das Gebot der Ressourcenschonung im Sinne eines sparsamen Umgangs mit nicht erneuerbaren Ressourcen und eines bestandserhaltenden Wirtschaftens mit nachwachsenden Rohstoffen.²⁸ Der Grundsatz der Sparsamkeit verlangt in diesem Zusammenhang nach einem möglichst günstigen Verhältnis von Ressourcenverbrauch und Ertrag.²⁹

cc) Natürliche Lebensgrundlagen

Der staatliche Schutzauftrag bezieht sich auf die natürlichen Lebensgrundlagen. Darunter ist die *natürliche* Umwelt des Menschen in ihrer kollektiven Dimension zu verstehen.³⁰ Ausgeklammert ist hingegen die *soziale* Umwelt, also soziale, kulturelle oder politische Ein-

richtungen und Gegebenheiten.³¹ Der Schutzauftrag umfasst vielmehr die Medien Boden, Wasser und Luft, einschließlich der Atmosphäre und des Klimas, sowie alle Tiere, Pflanzen und Mikroorganismen, und zwar ganz gleich, ob es sich um aus der Evolution hervorgegangenes Leben oder um Züchtungen durch Menschen handelt.³²

2. Verpflichtung zum Umweltschutz im deutschen Zivilrecht

a) Unmittelbare Verpflichtung der Bürger zum Umweltschutz

Weitergehende Umweltschutzverpflichtungen finden sich in den Landesverfassungen verschiedener Bundesländer. So formuliert die Verfassung des Freistaats Thüringen in Art. 31 Abs. 1: „Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen ist Aufgabe des Freistaats und seiner Bewohner.“ Ähnliche Formulierungen finden sich in Art. 141 Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 39 Abs. 1 Verfassung des Landes Brandenburg, Art. 12 Abs. 3 Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Art. 69 Abs. 1 Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz, Art. 59a Abs. 1 Verfassung des Saarlandes, Art. 10 Abs. 1 Verfassung des Freistaats Sachsen sowie Art. 35 Abs. 2 Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt.

Vereinzelt wird diesen Vorschriften eine Grundpflicht im Sinne einer konkreten Rechtspflicht der Bürger zum Umweltschutz entnommen, die nicht nur ihre Zivilaktivitäten, sondern ihr gesamtes Verhalten betreffen soll.³³ Demgegenüber lehnt die h. M. eine Begründung konkreter Rechtspflichten zum Teil unter Hinweis auf die Systematik der konkreten Norm, zum Teil aus allgemeinen Überlegungen heraus ab.³⁴

²⁴ Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Auflage, München 2010, § 6 Rn. 12.

²⁵ Astrid Epiney, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage, München 2018, Art. 20a Rn. 57; Dietrich Murswiek, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage, München 2018, Art. 20a Rn. 33 ff.; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage, Tübingen 2015, Art. 20a Rn. 50 ff.; Karl-Peter Sommermann, in: von Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, München 2012, Art. 20a Rn. 19.

²⁶ Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 62; Dietrich Murswiek (Fn. 25), Art. 20a Rn. 42, 46 f.; Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 53.

²⁷ Karl-Peter Sommermann (Fn. 25), Art. 20a Rn. 25; vgl. auch Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 30 f.; Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 38.

²⁸ Dietrich Murswiek (Fn. 25), Art. 20a Rn. 37 f.; Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 39 f.; Karl-Peter Sommermann (Fn. 25), Art. 20a Rn. 26; im Ergebnis auch Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 66.

²⁹ Zur Verfassung des Landes Sachsen Christoph Degenhart, in: Christoph Degenhart/Claus Meissner (Hrsg.), Handbuch der Verfassung des Freistaates Sachsen, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1997, § 6 Rn. 26.

³⁰ Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 16; Dietrich Murswiek (Fn. 25), Art. 20a Rn. 27; Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 32; Karl-Peter Sommermann (Fn. 25), Art. 20a Rn. 28, 30.

³¹ Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 16; Dietrich Murswiek (Fn. 25), Art. 20a Rn. 28.

³² Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 32; Karl-Peter Sommermann (Fn. 25), Art. 20a Rn. 29; a. A. bzgl. menschlicher Hervorbringung Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 18; Dietrich Murswiek (Fn. 25), Art. 20a Rn. 28.

³³ So wohl Jörg Hopfe, in: Joachim Linck/Siegfried Jutzi/Jörg Hopfe (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Freistaats Thüringen, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1994, Art. 31 Rn. 4 f.; Hans Heinrich Mahnke, in: Textausgabe mit Erläuterungen zur Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, Berlin 1993, Art. 35 Rn. 4.

³⁴ Gotthold Balensiefen, in: Helmut Simon/Dietrich Franke/Michael Sachs (Hrsg.), Handbuch der Verfassung des Landes Brandenburg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 1994, § 8 Rn. 13; Christoph Degenhart (Fn. 29), § 6 Rn. 28; Christoph Gröpl/Markus Groß, in: Rudolf Wendt/Roland Rixecker (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Saarlandes, Saarbrücken 2009, Art. 59a Rn. 7; Steffen Johann Iwers, in: Hasso Lieber/Steffen Iwers/Martina Ernst (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Brandenburg, Wiesbaden 2012, S. 289; Markus Möstl, in: Josef Franz Lindner/Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, München 2009, Art. 141 Rn. 9; Bernd Kunzmann, in: Harald Baumann-Hasske/Bernd Kunzmann (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Auflage, Berlin 2011, Art. 10 Rn. 11; Jürgen Pirsch, in: Burkhard Thiele/Jürgen Pirsch/Kai Wedemeyer (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Berlin 1995, Art. 12 Rn. 13; Michael Sauthoff, in: Claus Dieter Classen/Rainer Litten/Maximilian Wallerath (Hrsg.), Handkommentar zur Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 2. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 12

Dem ist im Ergebnis zu folgen. Es erscheint fragwürdig, ob sich eine landesverfassungsrechtliche Grundpflicht zum Umweltschutz mit bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbaren lässt. Ausgangspunkt der Überlegung ist dabei die Regelung des Art. 31 GG.³⁵ Diese statuiert ebenso kurz wie prägnant die Durchbrechung von Landesrecht durch Bundesrecht im Falle einer Normenkollision. Landesverfassungsrechtliche Grundpflichten sind also dann nicht gültig, wenn und soweit sie mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind.³⁶ Bezogen auf die Grundpflicht zum Umweltschutz müsste eine solche also im Grundgesetz implizit angelegt sein, um nicht in Widerspruch zu Bundesrecht zu treten.³⁷ Angesichts der fehlenden Verpflichtung von natürlichen und juristischen Personen in Art. 20a GG lässt sich ein derartiges Ergebnis nur schwer rechtfertigen.³⁸ Jedenfalls bleibt aber zu beachten, dass selbst die Annahme einer entsprechenden Grundpflicht nicht den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auszuhebeln vermag.³⁹ Die Aktualisierung von Grundpflichten im Sinne einer Vermittlung der Freiheit des Einzelnen mit den Gemeininteressen ist dem Gesetzgeber vorbehalten.⁴⁰

b) Mittelbare Verpflichtung der Bürger zum Umweltschutz

Zivilrechtlichen Implikationen des Umweltschutzes wurde erstmals zwei Jahrzehnte bevor der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zum Staatsziel erhoben wurde erhöhte Aufmerksamkeit zuteil.⁴¹ Anlässlich

Rn. 11; zum Ganzen auch *Martin Führ*, Ökologische Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: *Natur und Recht* 1998, S. 6 ff.

³⁵ *Martin Führ* (Fn. 34), S. 8; a. A. *Albrecht Randelzhofer*, in: *Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I*, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2006, § 37 Rn. 12, der auf Art. 142 GG zurückgreift.

³⁶ *Martin Führ* (Fn. 34), S. 9; *Albrecht Randelzhofer* (Fn. 35), § 37 Rn. 12.

³⁷ Dazu ausführlich *Martin Führ* (Fn. 34), S. 9 ff.

³⁸ Ablehnend *Albrecht Randelzhofer* (Fn. 35), § 37 Rn. 12; a. A. *Martin Führ* (Fn. 34), S. 9 ff., der allerdings eine entsprechende Grundpflicht zunächst nur sehr vorsichtig bejaht. Vgl. dazu die Entwicklung von S. 10: „Angesichts der gebotenen Vorsicht bei der Annahme verfassungsrechtlicher Grundpflichten dürften die Zweifel überwiegen.“ über S. 11: „Auf der Grundlage dieser ersten Überlegungen lässt sich immerhin festhalten, dass die Annahme einer ökologischen Grundpflicht auch im Rahmen des Grundgesetzes nicht mehr von vornherein ausgeschlossen erscheint.“ bis zu S. 12: „Der Vorrang des Art. 31 GG dürfte daher hinsichtlich der ökologischen Grundpflichten der Länderverfassungen nicht zum Tragen kommen. Die landesverfassungsrechtliche „Inpflichtnahme“ der Grundrechtsträger hat damit auch unter dem Grundgesetz Bestand.“

³⁹ *Gotthold Balensiefen* (Fn. 34), § 8 Rn. 13; *Christoph Degenhart* (Fn. 29), § 6 Rn. 28; *Hasso Hofmann*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren*, 3. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011, § 195 Rn. 48 ff.; *Michael Sauthoff* (Fn. 34), Art. 12 Rn. 11; *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München 1994, S. 1025 m. w. N.

⁴⁰ *Hasso Hofmann* (Fn. 39), § 195 Rn. 50.

⁴¹ Vgl. *Fritz Baur*, Die privatrechtlichen Auswirkungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes, in: *Juristenzeitung* 1974, S. 657; *Uwe Diederichsen*, Zivilrechtliche Probleme des Umweltschutzes, in: *Fritz Reichert-Facilides/Fritz Rittner/Jürgen Sasse* (Hrsg.), *Festschrift für Reimer Schmidt*, Karlsruhe 1976, S. 1 ff.; *Otto Mühl*, Die Ausgestaltung des Nachbarrechtsverhältnisses in privatrechtlicher und öffentlich-

des neu erlassenen Bundesimmissionsschutzgesetzes richtete sich der Blickpunkt des wissenschaftlichen Diskurses auf die Harmonisierung von privat- und öffentlichrechtlichem Nachbarschutz.⁴² Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Regelung des privatrechtlichen Immissionsschutzes in § 906 BGB zu. Während Immissionen mit Ponderabilien nie hingenommen werden müssen, sieht die Vorschrift für solche mit Imponderabilien einen ausgewogenen Interessenausgleich vor.⁴³ Derartige Immissionen sind zu dulden, wenn sie die Benutzung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen. Auch bei einer wesentlichen Beeinträchtigung steht nicht ohne weiteres ein Abwehrrecht zur Verfügung. Erforderlich ist vielmehr, dass entweder die Nutzung des emittierenden Grundstücks nicht als ortsüblich angesehen werden kann oder diese zwar ortsüblich ist, die Immissionen aber durch Maßnahmen verhindert werden können, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Ist demnach kein Abwehrensanspruch gem. § 1004 Abs. 1 BGB gegeben, steht dem Eigentümer nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ein Ausgleichsanspruch in Geld zu, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

Die Verschränkungen von öffentlichem Umweltschutzrecht und privatem Nachbarrecht warfen zahlreiche Fragen auf, die jedoch zwischenzeitlich infolge des wissenschaftlichen Diskurses und gesetzgeberischer Klarstellungen nicht mehr so drängend erscheinen. So sind nach Maßgabe des § 906 Abs. 1 S. 2, 3 BGB⁴⁴ in der Regel öffentlichrechtliche Immissionsschutzvorschriften für die Beurteilung der Wesentlichkeit maßgeblich. Zudem kann die öffentlichrechtliche Raumplanung Auswirkungen auf die Ortsüblichkeit der Nutzung sowie die Zumutbarkeit der Einwirkung entfalten.⁴⁵ Des Weiteren können öffentlichrechtliche Vorschriften in zahlreichen Fällen den Abwehrensanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB ausschließen.⁴⁶ Andererseits können Vorschriften des Bun-

rechtlicher Hinsicht, in: *Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff* (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen 1974, S. 159 ff.; *Rainer Walz*, Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz, in: *Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff* (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen 1974, S. 185 ff.; *Harry Westermann*, Die Funktion des Nachbarrechts – Zugleich eine Untersuchung der Bedeutung des Immissionsschutzgesetzes für das Privatrecht, in: *Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus-Wilhelm Canaris* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz*, München 1973, S. 1003 ff.

⁴² Vgl. den umfassenden Überblick zum aktuellen Diskussionsstand bei *Herbert Roth*, in: *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, Berlin 2016, § 906 Rn. 8 ff.

⁴³ Vgl. *Fritz Baur* (Fn. 41), S. 658.

⁴⁴ Eingeführt durch Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen vom 21. September 1994, BGBl. I, S. 2489 f.

⁴⁵ *Bettina Brückner*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, München 2017, § 906 Rn. 92 f.; *Herbert Roth* (Fn. 42), § 906 Rn. 37; vgl. bereits *Fritz Baur* (Fn. 41), S. 659 f.; *Uwe Diederichsen* (Fn. 41), S. 7 ff.; *Otto Mühl* (Fn. 41), S. 183; *Harry Westermann* (Fn. 41), S. 1025 f. ⁴⁶ *Bettina Brückner* (Fn. 45), § 906 Rn. 106; *Herbert Roth* (Fn. 42), § 906 Rn. 19 ff.; vgl. bereits *Fritz Baur* (Fn. 41), S. 658 f.; *Otto Mühl* (Fn. 41), S. 183 f.; *Harry Westermann* (Fn. 41), S. 1013.

des Immissionsschutzgesetzes als Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB einen privatrechtlichen Immissionsschutz ohne die Einschränkungen des § 906 BGB gewährleisten.⁴⁷ Die Interdependenz von öffentlichem Umweltschutz und privatem Nachbarschutz stützt sich allerdings vornehmlich auf den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.⁴⁸ Folglich muss die Diskussion um zivilrechtlichen Umweltschutz mangels normhierarchisch begründeter Ausstrahlungswirkung auf thematisch verschränkte Themenbereiche reduziert bleiben.⁴⁹ Die Harmonisierung von privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Nachbarschutz begründet damit gerade keine das gesamte Zivilrecht durchziehende Umweltschutzverpflichtung.

3. Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe

Normativer Ausgangspunkt eines umfassenden zivilrechtlichen Umweltschutzes ist die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, die sich ausweislich ihres insofern klaren Wortlauts nicht ausschließlich an den Gesetzgeber richtet, sondern gleichermaßen an die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. Dementsprechend ist der Umweltschutzauftrag auch im Rahmen der Auslegung von Gesetzen zu berücksichtigen.⁵⁰ Daraus kann sich durchaus eine mittelbare Verpflichtung von Zivilrechtssubjekten zum Umweltschutz ergeben. Den Transformationsriemen für die Übertragung der verfassungsrechtlichen Wertungen in das Zivilrecht bilden Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe.⁵¹

Paradigmatisch ist die Diskussion um die Berücksichtigung des Umweltschutzes im Rahmen des mietrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots. Dieses ist für das Wohnraummietrecht in § 556 Abs. 3 S. 1 BGB verankert und erfordert ein aus Sicht eines vernünftigen Vermieters vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis

im Hinblick auf die Entstehung von Betriebskosten.⁵² Hintergrund der Vorschrift ist ein typisches *Principle-Agent*-Problem: Der Vermieter legt die Betriebskosten auf den Mieter um und hat daher keinen Anreiz zum wirtschaftlichen Handeln, während der Mieter selbst nur bedingten Einfluss auf Entstehung und Höhe der Betriebskosten hat. Angesichts dessen dient das Wirtschaftlichkeitsgebot zunächst dem Mieterschutz.⁵³ Die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu § 556 Abs. 3 S. 1 BGB offenbart jedoch eine weitere Zielrichtung, indem auf das im Umweltschutz wurzelnde Gebot des sparsamen Umgangs mit Energieressourcen verwiesen wird.⁵⁴ Trotz der insofern eindeutigen Begründung zu § 556 Abs. 3 S. 1 BGB ist die Heranziehung des Umweltschutzgedankens im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots umstritten.

Zum Teil wird generell verneint, dass Umweltschutz-erwägungen im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots Platz greifen können, weil das Mietverhältnis ein privatrechtliches Rechtsverhältnis sei, das nicht die Wahrung der Belange der Allgemeinheit zum Gegenstand habe. Umweltschutz auf Kosten des Mieters könne daher nicht Richtschnur für das Handeln des Vermieters sein.⁵⁵ Zudem verstießen überhöhte Kosten durch eine unwirtschaftliche, technisch veraltete oder schadhafte Anlage oder Einrichtung jedenfalls nicht gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit. Dies sei eine Frage der Mangelhaftigkeit der Mietsache. Es verbiete sich daher, über den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit mittelbar Zwang zur Modernisierung veralteter Anlagen auszuüben.⁵⁶

Die Gegenauffassung verweist auf die Zielsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots und den Einfluss des Art. 20a GG bei der Auslegung des § 556 Abs. 3 BGB. Beide Gesichtspunkte geböten es, bei der Interpretation des Wirtschaftlichkeitsgebots das Prinzip der Ressourcenschonung zu berücksichtigen.⁵⁷ Die Gesetzesmaterialien sprächen in diesem Kontext eine klare Sprache. In dieselbe Richtung weist – freilich ohne Bezugnahme auf die Staatszielbestimmung des Umweltschutzes – eine Entscheidung des XII. Zivilsenats des

⁴⁷ Gerhard Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München 2017, § 823 Rn. 526; Herbert Roth (Fn. 42), § 906 Rn. 16 ff.; vgl. bereits Fritz Baur (Fn. 41), S. 660; Uwe Diederichsen (Fn. 41), S. 10 ff.

⁴⁸ Besonders deutlich Bettina Brückner (Fn. 45), § 906 Rn. 37; Herbert Roth (Fn. 42), § 906 Rn. 8.

⁴⁹ Harry Westermann spricht insofern von einer „Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht“: Harry Westermann (Fn. 41), S. 1008. Selbst wenn man mit Hans Forkel und Günter Roth alle Persönlichkeitsrechte und -rechtsgüter in den Schutzbereich des § 1004 BGB einbezieht, bedarf es zur Begründung eines Abwehrenspruchs immer noch der Verletzung oder Bedrohung der Rechtsgüter des Einzelnen. Umweltschutz kann also nur als Reflex des Individualschutzes verstanden werden. Eine umfassende Verpflichtung zum Umweltschutz lässt sich hieraus noch nicht ableiten. Vgl. Günter H. Roth, Materielle rechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes, in: Neue Juristische Wochenschrift 1972, S. 926; Hans Forkel, Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 47 ff.; Skeptisch bzgl. der Einbeziehung aller Persönlichkeitsrechte und -rechtsgüter Harry Westermann (Fn. 41), S. 1020 f.

⁵⁰ Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 91; Hartmut Maurer (Fn. 24), § 6 Rn. 13; Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 77; Karl-Peter Sommermann (Fn. 25), Art. 20a Rn. 43.

⁵¹ Vgl. Astrid Epiney (Fn. 25), Art. 20a Rn. 91, 93; Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 25), Art. 20a Rn. 77; Karl-Peter Sommermann (Fn. 25), Art. 20a Rn. 43.

⁵² Markus Artz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2018, § 556 Rn. 89; Michael Schmid/Kai Zehelein, in: Bettina Limperg/Hartmut Oetker/Roland Rixecker/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München 2016, § 556 Rn. 113.

⁵³ Markus Artz (Fn. 52), § 556 Rn. 89; Ulf Börstinghaus/Christian Lange, Das Gebot der Wirtschaftlichkeit, in: Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2010, S. 538; vgl. auch zur *Principle-Agent*-Problematik Hans-Peter Schwintowski, Das Wirtschaftlichkeitsgebot – Die Rechtspflicht des Vermieters zur optimalen Wärmeversorgung, in: Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2006, S. 116.

⁵⁴ Ausschussbericht BT-Drucks 14/5663, S. 79: „Zudem gebietet der Umweltschutz einen sparsamen Umgang mit Energieressourcen. Auch diesem Aspekt soll durch die Umformulierung Ausdruck verliehen werden.“

⁵⁵ Beate Flatow, Die energetischen Anforderungen an das Wohnen heute und morgen – Eine umfassende Darstellung der zivilrechtlichen Folgen, in: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2008, S. 792; Michael Schmid/Kai Zehelein (Fn. 52), § 556 Rn. 122; vgl. in Bezug auf einen Mietmangel auch Ulf Börstinghaus/Christian Lange (Fn. 53), S. 542.

⁵⁶ Markus Artz (Fn. 52), § 556 Rn. 95; Michael Schmid/Kai Zehelein (Fn. 52), § 556 Rn. 119.

⁵⁷ Hans-Peter Schwintowski (Fn. 53), S. 117.

BGH aus dem Jahre 2013:⁵⁸ Auch wenn sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot kein Anspruch des Mieters auf Modernisierung einer vorhandenen und den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Heizungsanlage ableiten lasse, könne die Unwirtschaftlichkeit einer technisch fehlerfrei arbeitenden Heizungsanlage bei der Abrechnung der entstandenen Heizkosten von Bedeutung sein. Vereinzelt Literaturstimmen gehen noch einen Schritt weiter und wollen aus dem Erfordernis der Berücksichtigung von Umweltschutz-erwägungen im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots eine gesetzliche Instandsetzungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter im Sinne einer Rechtspflicht zur optimalen Wärmeversorgung ableiten.⁵⁹

Im Rahmen der eigenen Stellungnahme ist zunächst festzuhalten, dass die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG bei der Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen berücksichtigt werden kann.⁶⁰ Das gilt auch und gerade im Zivilrecht. Der Umstand, dass es sich beim Mietverhältnis um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt, steht der Einwirkung des Staatsziels Umweltschutz auf die Interpretation des mietrechtlichen Wirtschaftlichkeits-erfordernisses daher nicht entgegen. Diesen Gedanken hat auch der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien aufgegriffen und in diesem Bewusstsein die aktuelle Fassung des § 556 Abs. 3 S. 1 BGB entworfen.

Umgekehrt bilden die Grenze des natürlichen Wortsinns und die konkreten Regelungsziele des jeweils im Lichte des Staatsziels auszulegenden einfachen Gesetzesrechts Leitplanken für eine verfassungskonforme Auslegung.⁶¹ Diese Schranken sind in der Anwendung des einfachen Gesetzesrechts zu respektieren; eine systemwidrige beziehungsweise systemfremde Auslegung ist unzulässig. Aus diesem Grund geht es auch zu weit, wenn eine Literaturauffassung aus § 556 Abs. 3 BGB eine Rechtspflicht des Vermieters auf optimale Wärmeversorgung abzuleiten sucht. Zum einen unterscheidet das Gesetz zwischen Instandsetzung und energetischer Modernisierung. Zum anderen würde das Erfordernis einer Tauglichkeitsminderung als Voraussetzung eines Mangels unterminiert.⁶² Die hiesige Position wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigt.⁶³

4. Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB

Auch im Rahmen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB ist allgemein anerkannt, dass bei der Konkreti-

sierung des ausfüllungsbedürftigen Begriffs der guten Sitten die objektive Werteordnung des Grundgesetzes zu berücksichtigen ist.⁶⁴ In rechtsmethodischer Hinsicht wird § 138 Abs. 1 BGB einer verfassungsorientierten Auslegung unterzogen, die zu einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und anderer Wertungen von Verfassungsrang führt.⁶⁵ Im Rahmen dieser Wertung ist die staatliche Verpflichtung zum Umweltschutz zu berücksichtigen. Allerdings kommt dem Umweltschutz keine alles überragende Bedeutung zu. Es handelt sich vielmehr um eine Staatszielbestimmung, die im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen ist, aber mit Blick auf andere verfassungsrechtlich verbürgte Rechtspositionen im Einzelfall auch zurücktreten muss. Insbesondere tritt Art. 20a GG in ein Spannungsverhältnis zur ebenfalls verfassungsrechtlich – und zwar als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG – garantierten Vertragsfreiheit.⁶⁶

Im Ergebnis sieht sich die Judikative mit einer Pflichtenkollision konfrontiert: Zum einen enthält Art. 20a GG ein Handlungsgebot zur Verwirklichung des Staatsziels Umweltschutz, zum anderen fordert Art. 2 Abs. 1 GG grundsätzlich ein Unterlassen staatlicher Eingriffe in die Vertragsfreiheit. Es ist also eine Abwägung der widerstreitenden Interessen notwendig, wobei die Eingriffsschwelle in die Privatautonomie nach zutreffender h. M. hoch anzusetzen ist.⁶⁷ Das folgt aus dem besonderen Stellenwert, welcher der Privatautonomie im Rahmen der deutschen Privatrechtsordnung zukommt.⁶⁸ Dementsprechend kommt ein Verstoß gegen die guten Sitten und damit die Nichtigkeit eines umweltschädlichen Rechtsgeschäfts nur im seltenen Ausnahmefall in Betracht. Das wird

⁶⁴ BGH, Urt. v. 09.02.1978 – III ZR 59/76, in: BGHZ 70, S. 324 = Neue Juristische Wochenschrift 1978, S. 945; Christian Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2018, § 138 Rn. 22; Rolf Sack/Philipp S. Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 138 Rn. 97; speziell im Hinblick auf Grundrechte BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, in: BVerfGE 7, S. 205 = Neue Juristische Wochenschrift 1958, S. 257; BVerfG, Beschl. v. 30.07.2003 – 1 BvR 792/03, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 2815; BGH, Urt. v. 27.09.1999 – II ZR 305-98, in: BGHZ 142, S. 307 = Neue Juristische Wochenschrift 1999, S. 3552; Bernhard Jakl, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 01.04.2018, § 138 Rn. 59.

⁶⁵ Dazu Carsten Herresthal, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, in: Juristische Schulung 2014, S. 296; Karl Larenz (Fn. 61), S. 339; Jörn Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Juristische Schulung 2004, S. 28.

⁶⁶ Vgl. Christian Armbrüster (Fn. 64), § 138 Rn. 20; Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 64), § 138 Rn. 98.

⁶⁷ Mit graduellen Unterschieden insbesondere Christian Armbrüster (Fn. 64), § 138 Rn. 13; Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, in: Archiv für die zivilistische Praxis 184 (1984), S. 236; Dagmar Coester-Waltjen, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, in: Archiv für die zivilistische Praxis 190 (1990), S. 31; Barbara Dauner-Lieb, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, in: Archiv für die zivilistische Praxis 201 (2001), S. 325; Lorenz Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992, S. 20; a. A. Reinhard Damm, Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung, in: Juristenzeitung 1986, S. 918; Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 64), § 138 Rn. 92 f., die aber auch das Überschreiten einer „gewisse[n] Erheblichkeitsschwelle“ fordern.

⁶⁸ Christian Armbrüster (Fn. 64), § 138 Rn. 13; Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 64), § 138 Rn. 88.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 18.12.2013 – XII ZR 80/12, in: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2014, S. 164.

⁵⁹ Hans-Peter Schwintowski (Fn. 53), S. 118.

⁶⁰ Siehe nochmals oben am Anfang unter III 2 b.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, in: BVerfGE 54, S. 299 = Neue Juristische Wochenschrift 1981, S. 43; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1991, S. 340.

⁶² Ulf Börstinghaus/Christian Lange (Fn. 53), S. 542; Beate Flatow (Fn. 55), S. 792.

⁶³ BGH, Urt. v. 18.12.2013 – XII ZR 80/12, in: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2014, S. 164.

man nur dann annehmen können, wenn das von den Parteien abgeschlossene Rechtsgeschäft keine anderen Zwecke verfolgt, als die natürlichen Lebensgrundlagen zu schädigen, oder die Umweltschädigung zumindest den Hauptzweck des Rechtsgeschäfts bildet. Das wird kaum jemals der Fall sein, soll an dieser Stelle aber dennoch als potenzielle Wirksamkeitsgrenze eines privatautonomen Rechtsgeschäfts festgehalten werden.

Nehmen wir als Beispiel die *Rolling-Coal-Bewegung* in den Vereinigten Staaten, die mit manipulierten Diesel Trucks gezielt die Umwelt verschmutzt. Insbesondere die als *Nature Nuffies* verschrienen Hybridfahrer, aber auch Fahrradfahrer und Fußgänger sollen in schwarzen Ruß gehüllt werden. Die Motivationslage der Umweltverschmutzer ist sehr unterschiedlich und reicht vom Dummejungenstreich über Proteste gegen überbordenden Umweltschutz bis hin zur Demonstration des US-amerikanischen Freiheitsideals.⁶⁹

In Deutschland verstieße die Nutzung derart manipulierter Trucks gegen § 30 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StVO sowie § 38 Abs. 1 S. 2 BImSchG. Diese Normen verpflichten den Fahrzeugführer, vermeidbare Emissionen zu verhindern. Ein vorsätzlicher oder auch nur fahrlässiger Verstoß gegen diese Pflicht stellt gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 25 StVO i. V. m. § 30 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StVO und gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 7a BImSchG i. V. m. § 38 Abs. 1 S. 2 BImSchG eine Ordnungswidrigkeit dar. Daneben kann dem Halter gegebenenfalls ein Verstoß gegen § 38 Abs. 1 S. 1 BImSchG zur Last gelegt werden, weil Kraftfahrzeuge so beschaffen sein müssen, dass ihre durch die Teilnahme am Verkehr verursachten Emissionen bei bestimmungsgemäßem Betrieb die zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen einzuhaltenden Grenzwerte nicht überschreiten.

Eine Aussage über die zivilrechtliche Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die auf den Erwerb eines entsprechenden Trucks gerichtet sind, lässt sich diesen Normen jedoch nicht entnehmen. Unwirksam wären Rechtsgeschäfte jedenfalls dann, wenn sie als Verbots-gesetze im Sinne des § 134 BGB anzusehen wären. Dafür müssen die Regelungen den Inhalt oder die Vornahme des Rechtsgeschäfts untersagen, also das Rechtsgeschäft als solches missbilligen.⁷⁰ Dies ist indes nicht der Fall. Alle genannten Regelungen betreffen erst die dem Erwerb nachgelagerte Ebene der Zulassung und Nutzung.

⁶⁹ Zum Ganzen *Claus Hecking*, Dreckschleudern gegen „Natur-Nulpen“, in: Spiegel Online 10.07.2014, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/auto/fahrkultur/rolling-coal-getunte-pick-up-trucks-blasen-abgaswolken-in-die-luft-a-980149.html>> eingesehen am 15.05.2019; *Hiroko Tabuchi*, ‚Rolling Coal‘ in Diesel Trucks, to Rebel and Provoke, in: The New York Times 04.09.2016, abrufbar unter <<https://www.nytimes.com/2016/09/05/business/energy-environment/rolling-coal-in-diesel-trucks-to-rebel-and-provoke.html>> eingesehen am 15.05.2019; *Jan H. Wasserziehr*, Rechte in den USA verpesten absichtlich die Luft, in: tagesspiegel.de 10.07.2014, abrufbar unter <<https://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/protest-gegen-umweltschutz-rechte-in-den-usa-verpesten-absichtlich-die-luft/10181116.html>> eingesehen am 15.05.2019.

⁷⁰ *Rolf Sack/Maximilian Seibl*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 134 Rn. 30.

Davon abgesehen könnte sich die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, das auf den Erwerb eines *Coal-Rolling-Trucks* gerichtet ist, aus § 138 Abs. 1 BGB ergeben. Für den Erwerb eines Radarwarngeräts führt der VIII. Zivilsenat des BGH aus:⁷¹

„Ein [...] Rechtsgeschäft, das letztlich darauf gerichtet ist, die Sicherheit im Straßenverkehr zu beeinträchtigen, verstößt gegen die guten Sitten und ist deshalb von der Rechtsordnung nicht zu billigen (§ 138 I BGB). Zwar untersagt § 23 I b StVO nicht schon den Erwerb eines Radarwarngeräts, sondern erst dessen Betrieb oder betriebsbereites Mitführen im Kraftfahrzeug. Jedoch ist der Erwerb des Geräts eine unmittelbare Vorbereitungshandlung für dessen Betrieb, wenn das Gerät – wie im vorliegenden Fall – für den Betrieb im deutschen Straßenverkehr erworben wird. Deshalb ist bereits ein solcher Erwerb rechtlich zu missbilligen.“

Trägt man diese Argumentation an das *Coal Rolling* heran, ist zugleich zu beachten, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der guten Sitten die Berücksichtigung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes erforderlich macht.⁷² Folglich sind alle betroffenen Verfassungsgüter zu identifizieren und miteinander in Ausgleich zu bringen. Es ist also stets eine Einzelfallabwägung geboten, die eine generelle Aussage über die Zulässigkeit des Erwerbs eines *Coal Rollers* verbietet. Es bedarf stattdessen einer differenzierten Betrachtung im Lichte der jeweils (konkret) tangierten Grundrechtspositionen.

Wird ein *Coal Roller* mit dem Ziel der Umweltverschmutzung erworben, stehen sich im Grundsatz Privatautonomie (Vertragsfreiheit) und Umweltschutz als kollidierende Verfassungsgüter gegenüber. Ist das Rechtsgeschäft ausschließlich darauf gerichtet, das Gemeinwohlinteresse am Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zu beeinträchtigen, kommt – in Parallele zur Rechtsprechung des BGH zu Radarwarngeräten – eine Sittenwidrigkeit des Erwerbsgeschäfts in Betracht. Anders liegt der Fall, wenn mit der Nutzung des *Coal Rollers* ein politischer Protest verbunden ist. Die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt sämtliche Modalitäten des Kommunikationsprozesses. Damit umfasst der Schutz auch die Art und Weise einer Äußerung. Der sich Äußernde darf diejenigen Ausdrucksform wählen, von der er sich die größtmögliche Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht.⁷³ Damit ist auch ein Protest mittels *Coal Roller* vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit gedeckt. Die Unwirksamkeitssanktion schießt

⁷¹ BGH, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 129/04, in: Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 1491.

⁷² BGH, Urt. v. 09.02.1978 – III ZR 59/76, in: BGHZ 70, S. 324 = Neue Juristische Wochenschrift 1978, S. 945; *Christian Armbrüster* (Fn. 64), § 138 Rn. 22; *Rolf Sack/Philipp S. Fischinger* (Fn. 64), § 138 Rn. 97; speziell im Hinblick auf Grundrechte BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, in: BVerfGE 7, S. 205 = Neue Juristische Wochenschrift 1958, S. 257; BVerfG, Beschl. v. 30.07.2003 – 1 BvR 792/03, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 2815; BGH, Urt. v. 27.09.1999 – II ZR 305-98, in: BGHZ 142, S. 307 = Neue Juristische Wochenschrift 1999, S. 3552; *Bernhard Jakl* (Fn. 64), § 138 Rn. 59.

⁷³ *Volker Epping*, Grundrechte, 7. Auflage, Berlin 2017, Rn. 219.

jedenfalls dann über das Ziel hinaus, wenn mit dem ausgestoßenen Ruß keine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit außenstehender Dritter verbunden ist. Sollen allerdings unbeteiligte *Nature Nuffies* in schwarzen Rauch gehüllt werden, ist die staatliche Verpflichtung zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG neben die Umweltschutzverpflichtung aus Art. 20a GG zu berücksichtigen.⁷⁴ Zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen sowie der körperlichen Unversehrtheit erscheint es in Abhängigkeit von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls gerechtfertigt, bereits das Erwerbsgeschäft nach Maßgabe des § 138 Abs. 1 BGB rechtlich zu missbilligen.

IV. Regelungsgehalt und Reichweite des § 9 AT ZGB

1. Regelungsgehalt

Die Grundprinzipien des chinesischen Zivilrechts gelangen immer dann zur Anwendung, wenn bestehende rechtliche Regelungen nicht weiterführen oder das auf dieser Grundlage erzielte Ergebnis unbillig erscheint.⁷⁵ In diesem Sinne ist auch die den Zivilsubjekten auferlegte – unmittelbare – Verpflichtung nach § 9 AT ZGB zu verstehen, bei Zivilaktivitäten zur Schonung von Ressourcen beizutragen und die ökologische Umwelt zu schützen. Aus Systematik und Teleologie der Vorschrift lässt sich folgern, dass es sich bei § 9 AT ZGB um ein genuin zivilrechtliches Wertungsprinzip handelt. Nach dieser Lesart geht die Vorschrift deutlich weiter als die deutschrechtliche Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, die deutschen Landesverfassungen und auch Art. 26 der Chinesischen Verfassung. Eine vergleichbare Bestimmung sucht man im deutschen Recht vergebens.

2. Reichweite

Die Rechtswirkungen des § 9 AT ZGB beschränken sich nicht auf den Abschluss, sondern gelten auch für die Durchführung und die Beendigung einer Zivilaktivität. Darüber hinaus entspricht es der Qualifikation der Vorschrift als zivilrechtliches Wertungsprinzip, dass sie bei der Auslegung des gesamten ZGB und anderer Privatrechtsnormen zu berücksichtigen ist. Diese Berücksichtigung ist bei § 9 AT ZGB aus rechtmethodischer Hinsicht sogar noch einfacher begründbar als die Berücksichtigung der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, weil es des Umwegs über die verfassungskonforme Auslegung nebst mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte im chinesischen Zivilrecht – jedenfalls mit Blick auf den Umweltschutz als zivilrechtliches Wertungsprinzip – nicht bedarf. In der

Folge ist § 9 AT ZGB namentlich zur inhaltlichen Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln heranzuziehen. Ebenso wie nach deutscher Methodik muss ein Wertungstransfer auch nach chinesischem Recht mit dem originären Regelungsziel der zu konkretisierenden Norm in Einklang stehen und darf nicht die Interessen der Vertragsparteien außer Acht lassen.

Verstöße gegen § 9 AT ZGB ziehen typischerweise keine Nichtigkeit des gegen die Vorschrift verstoßenden Rechtsgeschäfts nach sich. Das ergibt sich aus einer systematisch-teleologischen Interpretation des § 153 AT ZGB. Danach sind sowohl solche Zivilrechtsgeschäfte unwirksam, die zwingende Bestimmungen in Gesetzen oder Verwaltungsrechtsnormen verletzen, als auch solche, die gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten verstoßen. Die Unwirksamkeitsfolge ist in Zusammenschau der beiden Regelungen nur dann angezeigt, wenn der Rechtsverstoß eine gewisse Schwere aufweist. Gerade diese Voraussetzung ist bei Verstößen gegen das Umweltschutzprinzip nicht notwendig erfüllt. Davon abgesehen zeigt die in § 153 Abs. 2 AT ZGB explizit angeordnete Unwirksamkeitsfolge für Verstöße gegen § 8 AT ZGB, dass dieses Wertungsprinzip (öffentliche Ordnung und gute Sitten) nicht als zwingende Vorschrift im Sinne des § 153 Abs. 1 AT ZGB anzusehen ist. Es muss daher wertungswidersprüchlich erscheinen, wenn nun § 9 AT ZGB – anders als § 8 AT ZGB – seinerseits als zwingende Vorschrift im Sinne des § 153 Abs. 1 AT ZGB angesehen würde. Stattdessen ist das Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsfolge des § 9 AT ZGB in Ansehung des § 153 Abs. 2 i. V. m. § 8 AT ZGB dahingehend zu interpretieren, dass ein Verstoß gegen § 9 AT ZGB – zumindest im Grundsatz – gerade keine Unwirksamkeitsfolge des inkriminierten Rechtsgeschäfts nach sich ziehen soll. Das gilt umso mehr, als es sich bei der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts um eine sehr einschneidende Sanktion handelt, die dem – auch im chinesischen Recht verankerten – Prinzip der Privatautonomie zuwiderläuft, wie es im Wertungsprinzip der Freiwilligkeit nach § 5 AT ZGB eine positivrechtliche Ausformung erfahren hat.

Dieser Befund kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass Rechtsgeschäfte nach Maßgabe des § 153 Abs. 2 AT ZGB unwirksam sind, wenn ein Verstoß gegen § 9 AT ZGB sich zugleich als Verletzung der öffentlichen Ordnung und guten Sitten nach § 8 AT ZGB darstellt. Nicht anders als im deutschen Recht wird man allerdings auch für das chinesische Recht einen Verstoß gegen die guten Sitten mit Blick auf das zivilrechtliche Wertungsprinzip Umweltschutz erst dann annehmen können, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nach seinem Hauptzweck evident⁷⁶ darauf gerichtet ist, Ressourcen zu verschwenden oder die ökologische Umwelt zu verschmutzen. Ist dies – wie im Regelfall – nicht anzunehmen, verdient der Grundsatz

⁷⁴ Zu den gesundheitlichen Auswirkungen von Diesel-Abgasen siehe den Bericht der Clean Air Task Force, abrufbar unter <http://www.catf.us/methane/black_carbon/diesel/> eingesehen am 15.05.2019.

⁷⁵ Vgl. Jörg Binding/Hang Zhang, in: Jörg Binding/Knut Benjamin Pfeiler/XU Lan (Hrsg.), Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2015, Kapitel 2 Rn. 19.

⁷⁶ Zur Evidenz als Rechtsbegriff vgl. jüngst Jörg Neuner, Evidenz im Privatrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2018, S. 257 ff.

der Privatautonomie den Vorrang und das Rechtsgeschäft ist als wirksam anzusehen.

V. Thesen

1. Die in § 9 AT ZGB normierte Verpflichtung der Zivilsubjekte zur Schonung von Ressourcen beizutragen und die ökologische Umwelt zu schützen ist vor dem Hintergrund der massiven Umweltprobleme der VR China zu würdigen und insofern aus rechtspolitischer Perspektive zu begrüßen.
2. Der Regelungsgehalt des § 9 AT ZGB geht sowohl über die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG als auch über die Umweltschutzgewährleistungen verschiedener Landesverfassungen hinaus, soweit die Vorschrift Zivilsubjekten unmittelbare Umweltschutzpflichten auferlegt.
3. Verstöße gegen § 9 AT ZGB ziehen typischerweise nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich. Nur wenn sich die Verletzung des § 9 AT ZGB ausnahmsweise zugleich als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten (vgl. § 8 AT ZGB) erweist, ist das Rechtsgeschäft nach § 153 Abs. 2 AT ZGB unwirksam. Das wird man nur dann annehmen können, wenn das Rechtsgeschäft nach seinem Hauptzweck evident darauf gerichtet ist, Ressourcen zu verschwenden oder die ökologische Umwelt zu verschmutzen.
4. Die Wertung des § 9 AT ZGB kann bei der Auslegung von Rechtsvorschriften, namentlich zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei Wertungsfragen, berücksichtigt werden. Ein Wertungstransfer muss indes mit dem originären Regelungsziel der jeweiligen auslegungsfähigen Rechtsvorschriften in Einklang stehen und darf sich nicht über die Interessen der beteiligten Vertragsparteien hinwegsetzen.

* * *

Environmental Protection as a Limitation of the Freedom of Contract

With § 9 of the General Part of the Civil Code of the People's Republic of China, an obligation to protect the environment was incorporated into Chinese civil law. Henceforth, when legal entities conduct legal transactions, they must contribute to the conservation of resources and protect the ecological environment. This article considers the extent to which § 9 limits the contractual freedom guaranteed in § 5 of the General Part of the Civil Code. For this purpose, the content and scope of the provision will be subject to a critical-constructive analysis with recourse to comparable provisions in German law.

Das Grüne Prinzip und die Rechtsökonomie im chinesischen Zivilrecht

HE Jian¹

Abstract

§ 9 AT ZGB (das Grüne Prinzip) zielt darauf ab, nicht nur die Umwelt zu schützen, sondern auch Ressourcen zu schonen. Obwohl der Umweltschutz ein wesentlicher Bestandteil des Grünen Prinzips ist, kann das Prinzip in diesem Sinne selten im Rahmen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts angewendet werden. Der Begriff der Ressourcenschonung kann unterschiedlich interpretiert werden. Die einseitige Interpretation der Ressourcenschonung ist in der Praxis üblich, aber fehlerhaft. Die umfassende Interpretation der Ressourcenschonung ist gleichbedeutend mit der Minimierung der gesellschaftlichen Kosten oder der Maximierung gesellschaftlicher Vermögen und führt zur Rechtsökonomie, worin auch die Zukunft des Grünen Prinzips besteht.

I. Einleitung

Seit 1986 gibt es eine Vielzahl sog. „zivilrechtliche(r) Grundprinzipien“ (民法基本原则) im chinesischen Recht, zum Beispiel das Prinzip der Privatautonomie, das der Gerechtigkeit, das der Gleichheit, das von Treu und Glauben und das der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten. Hinzu kommt neuerdings noch ein weiteres Prinzip – das Grüne Prinzip, das sich in § 9 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)² von 2017 findet:

„Wenn Zivilsubjekte Zivilaktivitäten unternehmen, müssen sie zur Schonung von Ressourcen beitragen [und] die ökologische Umwelt schützen.“

Das Grüne Prinzip ist ganz neu im chinesischen Zivilrecht. Es liegt nahe, dass dieses Prinzip während und nach der Gesetzgebung für Kritik gesorgt hat. Aber sowohl Kritiker wie auch Befürworter erkennen an, dass das Grüne Prinzip nur dem Umweltschutz dient. Das ist ganz herrschende Lehre.³ Ressourcen in § 9 AT ZGB seien *natürliche Ressourcen*.⁴ Die Schonung von Ressourcen und der Schutz der ökologischen Umwelt seien daher zwei Seiten der Medaille des Umweltschutzes.

¹ Assistant-Prof. Dr.; (Universität Peking).

² Dieser kurze Beitrag ist eine im Wesentlichen gekürzte Fassung bzw. Übersetzung des Chinesischen Aufsatzes – HE Jian (贺剑), Das Grüne Prinzip und die Rechtsökonomie (绿色原则与法经济学), Zhongguo Faxue (中国法学) 2019, Nr. 2, S. 110 ff. 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 in: Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pfeiler, Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

³ CHEN Haisong (陈海嵩), Auslegung und Anwendung des Prinzips des ökologischen Schutzes im AT ZGB (《民法总则》“生态环境保护原则”的理解及适用), Faxue (法学) 2017, Nr. 10, S. 34 ff.; LÜ Zhongmei (吕忠梅), Die Anwendung des „Grünen Prinzips“ im Zivilgesetzbuch (《绿色原则》在民法典中的贯彻论纲), Zhongguo Faxue (中国法学) 2018, Nr. 1, S. 5 ff.; LI Yongjun (李永军) (Hrsg.), Auslegung und Anwendung des AT ZGB (中华人民共和国民法总则精释与适用), Beijing 2017, S. 23.

⁴ CHEN Haisong (Fn. 3), S. 36.

Das Grüne Prinzip wurde daher auch als Umweltschutzprinzip, Grünes Umweltschutzprinzip, Prinzip des ökologischen Schutzes oder ähnliches bezeichnet.

Das Grüne Prinzip weist jedoch eine andere, von der h. L. fast unbemerkte Seite auf. Wörtlich bezweckt § 9 AT ZGB die Schonung von Ressourcen auf der einen Seite und den Schutz der ökologischen Umwelt auf der anderen Seite. Wenn sich die Ressourcen nur auf natürliche Ressourcen im umweltrechtlichen Sinne beziehen, sind die Ressourcenschonung und der Schutz der ökologischen Umwelt natürlich zwei Seiten einer Medaille, die alle auf den Umweltschutz hinweisen. Dies ist ganz selbstverständlich aus Sicht der ganz herrschenden Lehre. Der Begriff *Ressourcen* kann jedoch, zumindest im chinesischen Kontext, auch allgemein verstanden werden, so dass er sich nicht zwingend auf natürliche Ressourcen beschränkt. Die Schonung von Ressourcen kann daher bedeuten, dass mit allen Vermögen oder Ressourcen sparsam umzugehen ist.

Auch die Gesetzgebungsgeschichte spricht nicht dagegen. In der ursprünglichen Fassung sah § 9 AT ZGB zwar vor, dass das Grüne Prinzip zum Ziel erklärt, „Umweltverschmutzung und ökologische Schäden zu vermeiden und zu reduzieren“. Dieses Ziel wurde später jedoch überarbeitet und im Sinne der Förderung der harmonischen Entwicklung zwischen Mensch und Natur umformuliert. Am Ende und im Gesetzestext wurde es einfach gestrichen. Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber keineswegs das Grüne Prinzip auf den Umweltschutz beschränken will. Eine über den Umweltschutz hinausgehende Auslegung widerspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Eine systematische Auslegung spricht sogar dafür, dass die Ressourcenschonung mit dem Umweltschutz nicht gleichbedeutend ist. § 5 Abs. 3 des Verbraucherschutzgesetzes⁵ sieht nämlich vor: „Der Staat tritt für eine Konsumkultur ein, die Zivilisation, Gesund-

⁵ 中华人民共和国消费者权益保护法 v. 31.10.1993, Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人民代表大会常务委员会公报) 2013, Nr. 6, S. 789 ff.

heit, Ressourcenschonung und Umweltschutz fördert; er wird Verschwendung bekämpfen.“ Die Ressourcen hier beziehen sich keineswegs nur auf natürliche Ressourcen, sondern auf alle Ressourcen oder gesellschaftliches Vermögen. In § 37 Abs. 1 des Verbraucherschutzgesetzes sind Ressourcenschonung und Umweltschutz auch nebeneinander (und somit in unterschiedlichem Sinne) erwähnt.

All dies weist darauf hin, dass sich die Schonung von Ressourcen vom Schutz der Umwelt unterscheiden kann. In der Literatur wird diese Dimension selten erwähnt. In der Praxis handelt es sich jedoch, wie nachstehend beschrieben, um ein sehr verbreitetes Verständnis. Manche Gerichte sprechen auch vom Prinzip der grünen Ressourcen.

Die Unterscheidung der Ressourcenschonung vom Umweltschutz ist jedoch nur der erste Schritt, um das Grüne Prinzip vollkommen zu verstehen. Der Begriff der *Ressourcenschonung* kann für sich genommen wiederum unterschiedlich interpretiert werden. Das erste ist ein falsches, einseitiges Verständnis, das jedoch in der Praxis ganz herrschend ist (III). Nach diesem Verständnis zielt die Ressourcenschonung nur darauf ab, bestimmte Ressourcen oder Vermögen zu schonen. Dagegen wird hier argumentiert, dass die Auslegung der Ressourcenschonung in diesem Sinne fehlerhaft ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist auf die Ressourcenschonung umfassend Rücksicht zu nehmen. Alle in Betracht kommenden Ressourcen oder Vermögen sind dabei zu berücksichtigen.

Im Folgenden wird auf das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes (II), im Sinne der Ressourcenschonung aus der einseitigen Sicht (III) beziehungsweise aus der umfassenden Sicht (IV) eingegangen. Am Ende steht eine Zusammenfassung (V).

II. Das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes

Das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes könnte öffentlich-rechtlich von Bedeutung sein. Nach einer Ansicht stellt dies zum Beispiel ein gesetzgebendes Leitprinzip dar, auf das bei der Kodifizierung des chinesischen ZGB geachtet werden muss.⁶ Dies überzeugt nicht. Das Grüne Prinzip wäre dann ein Verfassungsprinzip, das sich vor allem an den zivilrechtlichen Gesetzgeber richtet. In diesem Fall hätte sich das Grüne Prinzip in der Verfassung statt im Zivilgesetzbuch finden sollen. Des Weiteren gibt es bereits eine Umweltschutzvorschrift in der Verfassung⁷ (§ 26 Abs. 1), die eine Umweltschutzpflicht des Staates vorsieht. Eine Wiederholung im Zivilrecht würde sich erübrigen.

Das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes wird in der Literatur meistens als zivilrechtliche Regel angesehen. Aber ein solches Grünes Prinzip ist

kaum nützlich und darf keinen Raum in der Rechtsanwendung finden. Beispielhaft ist der Fall des Vertragsrechts.

1. Potentielle Anwendung des Grünen Prinzips im Vertragsrecht

Im Vertragsrecht gibt es insgesamt drei Konstellationen, in denen das Grüne Prinzip Anwendung finden könnte.

a) Einfluss des Grünen Prinzips auf die Erfüllung einer Schuld?

Es wird die Ansicht vertreten, dass das Grüne Prinzip die Erfüllung einer Schuld beeinflussen könne.⁸ Bei der Erfüllung müsse der Schuldner auf das Umweltrecht achten. Andernfalls stelle dies eine Verletzung der Leistungspflicht dar und dem Gläubiger stehe das Recht zu, die Annahme zu verweigern. Im Falle eines Kaufvertrags sei der Käufer zum Beispiel wegen einer übermäßigen beziehungsweise unnötigen Verpackung berechtigt, die Ware nicht anzunehmen. Der Käufer würde damit die Rolle eines „Umweltwächters“ spielen. Zugleich besteht jedoch die Gefahr, dass ein solches Verweigerungsrecht zu Lasten des Schuldners missbraucht wird. Beide Fälle sind aber eher selten. Solange die Ware an sich die Versprochene ist, wird ein normaler (rationaler) Gläubiger die Ware in der Regel annehmen, auch wenn ihre Verpackung nicht umweltfreundlich ist. Er erhält dadurch das, was seinem Erfüllungsinteresse entspricht, und erleidet keinen Schaden. Es gibt nämlich bei einem solchen Umweltschutz durch das Zivilrecht einen verheerenden Fehler: Der Mechanismus wird ins Leere gehen und kaum praktiziert. Das liegt daran, dass der Umweltschutz grundsätzlich öffentliche Interessen betrifft und wenig mit den privaten Interessen im einzelnen Vertrag zu tun hat. Der geeignete Weg sollte nicht eine privatrechtliche Maßnahme, sondern eine öffentlich-rechtliche sein. Dahinter steht auch die allgemeine Theorie der privaten Durchsetzung (öffentlichen) Rechts (*private enforcement of public law*). Deren Erfolg setzt zwei Faktoren voraus: (1) ein Versagen des öffentlichen Rechts und (2) eine genügende Abschreckung durch das Privatrecht (wie im Falle der *punitive damages*). Im Falle des Umweltschutzes durch das Grüne Prinzip greifen beide Faktoren nicht ein. Es ist unklar, ob das öffentliche Umweltrecht gut funktioniert oder versagt. Hinzu kommt, dass das Grüne Prinzip kaum genug Abschreckung bewirken kann, da die Verletzung einer vertraglichen Umweltschutzpflicht durch eine der Vertragsparteien der anderen Partei häufig keinen oder nur einen geringen Schaden zufügen kann.

⁶ LÜ Zhongmei (Fn. 3), S. 5 ff.

⁷ 中华人民共和国宪法 v. 04.12.1982, Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人民代表大会常务委员会公报) 2018, Nr. S1, S. 104 ff.

⁸ ZENG Pinjie (曾品杰), Der Allgemeine Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (中国大陆民法总则初探), Fazhijianjiu (法治研究) 2017, Nr. 6, S. 12.

b) Entstehen einer neuen Nebenpflicht aufgrund des Grünen Prinzips?

Aus dem Grünen Prinzip könnte sich eine neue vertragliche Nebenpflicht ableiten lassen, wonach eine oder jede Partei sich verpflichtet, die Umwelt zu schützen. Dies ist aber kaum tragbar.

Wenn eine solche Nebenpflicht nur dem Umweltschutz dient und nichts mit der Hauptleistung oder dem Schutz der Integritätsinteressen (und ähnlicher privater Interessen) des Gläubigers zu tun hat, würde der Gläubiger bei deren Verletzung keinen Schaden erleiden. Der angebliche Umweltschutz durch den Gläubiger beziehungsweise durch das Vertragsrecht ist daher kaum möglich. Angenommen, dass aufgrund des Grünen Prinzips dem Mieter bei einem Mietvertrag die Nebenpflicht zukäme, die Heizung im Winter nicht höher als 22 Grad einzustellen. Diese Nebenpflicht ist sinnlos. Der Mieter haftet überhaupt nicht, selbst wenn er diese Pflicht verletzt. Für den Vermieter ist die Pflichtverletzung ebenso wenig von Interesse, wenn die Miete vertragsgemäß gezahlt wird. Das oben genannte Versagen des Umweltschutzes durch das Zivilrecht gilt auch hier.

Wenn im Gegenteil die Nebenpflicht nicht nur auf den Umweltschutz bezogen ist, sondern auch mit der Hauptleistung oder dem Schutz der Integritätsinteressen (und ähnlicher privater Interessen) des Gläubigers zusammenhängt, sollte deren Grundlage nicht das Grüne Prinzip, sondern das Prinzip von Treu und Glauben sein. Eine daraus entstehende Pflicht ist nicht besonders, indem sie nur die Umwelt schützt. Sie ist eher eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht, wenn sie leistungsbezogen ist, oder eine normale Nebenpflicht, wenn sie auf die privaten Interessen des Gläubigers Rücksicht nimmt. Bei einem Bauvertrag könnte der Unternehmer beispielsweise aufgrund des Grünen Prinzips mit einer vertraglichen Pflicht zum Umweltschutz belastet werden, selbst wenn keine ausdrückliche Vereinbarung besteht. Das liegt daran, dass der Besteller im Falle von Verstößen des Unternehmers gegen Umweltschutzvorgaben mit einem Bußgeld oder anderen Verwaltungsstrafen und damit einem Schaden konfrontiert wird. Zudem ist gerade der Unternehmer verpflichtet, dies zu verhindern. Das ist Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben. Der Umweltschutz ist hier ein Mittel, kein Zweck. Würde der Besteller wegen der Umweltverschmutzung durch den Unternehmer nicht bestraft und damit keinen Schaden erleiden, wäre der Unternehmer vertragsrechtlich nicht verpflichtet, die Umwelt zu schützen. Dies folgt ebenfalls aus dem Prinzip von Treu und Glauben. Wenn in diesem Fall irgendeine Umweltschutzpflicht auf der Grundlage des Grünen Prinzips hergeleitet würde, wäre sie ohne Bedeutung, denn im Falle ihrer Verletzung gäbe es keine Konsequenzen: Der Besteller hätte keinen Schaden erlitten und damit keinen Anspruch gegen den Unternehmer.

c) Verstoß gegen das Grüne Prinzip als neuer Nichtigkeitsgrund?

Drittens könnte sich das Grüne Prinzip auf die Wirksamkeit des Vertrags auswirken. Mit anderen Worten: Stellen Umweltverschmutzungen und andere Verstöße gegen das Grüne Prinzip einen Nichtigkeitsgrund für den Vertrag dar? Dies ist unhaltbar. Im geltenden Vertragsrecht gibt es bereits zwei Gründe, aus denen ein Vertrag wegen Verstößen gegen Umweltschutzvorgaben nichtig ist; eine Nichtigkeit ergibt sich aus einem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 52 Abs. 5 Vertragsgesetz⁹, § 153 Abs. 1 AT ZGB) beziehungsweise aus einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten (§ 52 Abs. 4 Vertragsgesetz, § 153 Abs. 2 AT ZGB). Weil sich der Gedanke des Umweltschutzes bereits im geltenden Recht widerspiegelt, stellt der Verstoß gegen den Umweltschutz als ein neuer Nichtigkeitsgrund eine bloße Wiederholung dar, die zudem mit viel Rechtsunsicherheit bei der Konkretisierung des Grünen Prinzips verbunden sein kann. Zudem stellt das Grüne Prinzip keinen Programmsatz dar. Der dahinterstehende Umweltschutzgedanke ist offenbar ein Teilaspekt des öffentlichen Interesses und das Grüne Prinzip erweist sich daher nur als eine sinnlose Wiederholung oder Unterkategorie des Prinzips der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten.

2. Anmerkung zu bisherigen Urteilen

Die bisherigen Fälle, in denen das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes angewandt wurde, sind entweder völlig irrelevant oder bloße Wiederholungen oder sogar offensichtliche Fehler. Im Folgenden wird jeweils ein Beispiel gegeben:

In einem Strafverfahren wurde der Angeklagte gemäß § 345 des Strafgesetzbuchs¹⁰ wegen übermäßiger Entwaldung verurteilt.¹¹ Als Rechtsgrundlage wurden zugleich § 9 AT ZGB sowie andere zivilrechtliche Vorschriften zitiert, die für die strafrechtliche Verurteilung des Angeklagten völlig irrelevant sein sollten.

Im zweiten Fall handelt es sich um eine vertragliche Pflichtverletzung.¹² Der beklagte Vermieter und Eigentümer eines Hotels kam seiner vertraglichen Pflicht nicht nach, dem klagenden Mieter Hoteleinrichtungen zur Verfügung zu stellen, die den Umweltauforderungen entsprachen, weshalb dem Mieter Gewinne entgingen. Der Anspruch auf Schadensersatz wurde bejaht, aber als Anspruchsgrundlagen wurden nicht nur die vertragsrechtlichen Vorschriften (wie der Vertrag), son-

⁹ 中华人民共和国合同法 v. 15.03.1999, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 1999, Nr. 11, S. 388 ff.; deutsche Übersetzung in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht* 15.3.1999/1.

¹⁰ 中华人民共和国刑法 v. 06.07.1979, Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人民代表大会常务委员会公报) 1997, Nr. 2, S. 138 ff.

¹¹ Unteres Volksgericht der Stadt Yuechi in der Provinz Sichuan, Stafsachen (2018), Sichuan 1621, 1. Instanz, Nr. 263. [四川省岳池县人民法院 (2018) 川 1621 刑初 263 号刑事判决书].

¹² Unteres Volksgericht der Stadt Eerguna in der Provinz Neimenggu, Zivilsachen (2018), Neimenggu 0784, 1. Instanz, Nr. 325 [内蒙古自治区额尔古纳市人民法院 (2018) 内 0784 民初 325 号民事判决书].

dem auch das Grüne Prinzip zitiert. Das Grüne Prinzip enthält in sich keine Rechtsfolge, die den Schadensersatzanspruch des klagenden Mieters begründen kann. Das Zitieren des Grünen Prinzips ist daher unnötig und sogar falsch.

Im dritten Fall wurde der Kläger beim elektrischen Fischen in der Wildnis grundlos von dem Beklagten geschlagen.¹³ Der daraus entstehende Schaden sollte nach dem Gericht von dem Beklagten ersetzt werden. Aber das elektrische Fischen verstoße gegen das Fischereigesetz¹⁴ und das Grüne Prinzip, das heißt, der Kläger sei auch schuldig. Der Beklagte habe daher (wegen Mitverschuldens des Klägers) nur 70 % der Deliktshaftung zu tragen. Dies ist offensichtlich falsch.

III. Ressourcenschonung im einseitigen Sinne: Missverständnis in der Praxis

Das Schonen von Ressourcen unterscheidet sich vom Umweltschutz: Diese in der Literatur kaum bemerkte, in der Praxis aber weit verbreitete Einsicht ist grundsätzlich zu befürworten. Zugleich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Ressourcenschonung in der Praxis ausnahmslos einseitig verstanden wird. Das Schonen von Ressourcen bezieht sich nämlich nur auf das Schonen von bestimmten oder manchen Vermögen oder Ressourcen, die oft unmittelbar mit dem bestrittenen Anspruch verbunden oder anderweitig aus Sicht des Gerichts relevant sind, während andere in Betracht kommende Vermögen oder Ressourcen übersehen werden. Dies ist mit dem Gedanken der Ressourcenschonung unvereinbar. Es ist nicht einzusehen, wieso manche Ressourcen zu schonen sind, andere aber nicht. Übersehen wird auch die Grenze zwischen Ressourcenverschwendung und normalem Verbrauch. Aufgrund der Ressourcenschonung im einseitigen Sinne ist nämlich schwierig zu klären, warum eine Verschwendung von Ressourcen nicht erwünscht ist, während ein normaler Verbrauch von Ressourcen hingegen erlaubt ist. Nach der derzeitigen Praxis ist es nicht selten, dass die Anwendung der Ressourcenschonung im einseitigen Sinne zur bloßen Wiederholung von anderen konkreten Vorschriften (meistens zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen) oder sogar zu falschen Ergebnissen führt. Im Folgenden wird jeweils ein Beispiel gegeben:

In einem Fall verlegte die Beklagte Rohre im Wald des Klägers.¹⁵ Der Anspruch des Klägers auf Beseitigung der Beeinträchtigung und Schadensersatz sei nach dem Nachbarrecht (§§ 84, 88 des Sachenrechtsgesetzes¹⁶) nicht entstanden. Als Rechtsgrundlage wurde

aber auch das Grüne Prinzip im Sinne der Ressourcenschonung erwähnt. Dies ist eine unnötige bloße Wiederholung, auch wenn sich ähnliche Ergebnisse aus dem Grünen Prinzip herleiten lassen könnten.

In dem anderen Fall handelt es sich um ein Delikt, das das beklagte Forestry Bureau beging, indem es alle Obstbäume auf dem vom Kläger gemieteten Land fällte und dort andere Bäume gemäß dem öffentlichen Aufforstungsplan pflanzte. Der Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Herstellung des ursprünglichen Zustands (Fällen der neuen Bäume und Pflanzen neuer Obstbäume) und Schadensersatz in Geld wurde nur teilweise gewährt. Nach Ansicht des Gerichts lag zwar ein Fall der Deliktshaftung vor, aber die Herstellung des ursprünglichen Zustands sei mit dem Grünen Prinzip nicht vereinbar und daher nicht erlaubt. Der Kläger habe lediglich einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld gegen den Beklagten. Dies bedeutet, dass der Kläger sein Land nicht mehr vertragsgemäß nutzen und bewirtschaften kann. Insofern liegt eine privatrechtliche und keineswegs gerechtfertigte Enteignung nahe.

IV. Ressourcenschonung im umfassenden Sinne: Die Ära der Rechtsökonomie

Es wird hier dafür plädiert, dass die Ressourcenschonung nicht in dem eben genannten einseitigen Sinne, sondern aus einer umfassenderen Sicht interpretiert werden muss. Nicht bestimmte Ressourcen oder Vermögen, sondern alle in Betracht kommenden Ressourcen oder Vermögen sind bei dem Kalkül der Ressourcenschonung zu berücksichtigen. Mit anderen Worten: Alle relevanten Kosten und Nutzen sind zu berücksichtigen. Das Schonen von Ressourcen ist insofern gleichbedeutend mit der Minimierung der gesellschaftlichen Kosten (Schonung im positiven Sinne) oder der Maximierung der gesellschaftlichen Vermögen (Schonung im negativen Sinne). Das Grüne Prinzip im Sinne der Ressourcenschonung kann daher auch als *Effizienzprinzip* im Sinne der Rechtsökonomie verstanden werden.

Diese Ansicht ist nicht nur eine neue theoretische Idee. Sie ist auch der gängigen Praxis nicht fremd. In der Tat lässt sich ein ähnliches Verständnis in manchen Urteilen entdecken, in denen sich Formulierungen finden wie zum Beispiel „Schonen von gesellschaftlichen Ressourcen“, „Vermeiden der Verschwendung der gesellschaftlichen Ressourcen“. In diesem Zusammenhang wird hier auf Grundlage der Praxis nur einen kleinen Schritt weiter gegangen: Das Schonen von Ressourcen sollte nicht einseitig, sondern umfassend interpretiert werden.

Die Anerkennung der Effizienz als Grundwert des Zivilrechts kann ähnliche Werte wie Verkehrssicherheit und Vertrauensschutz besser ersetzen. Letztere zielen letztlich ebenso darauf ab, die Transaktionskos-

¹³ Mittleres Volksgericht der Stadt Xuzhou in der Provinz Jiangsu, Zivilsachen (2018), Jiangsu 03, 2. Instanz, Nr. 1959 [江苏省徐州市中级人民法院 (2018) 苏 03 民终 1959 号民事判决书].

¹⁴ 中华人民共和国渔业法 v. 20.01.1986, Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人民代表大会常务委员会公报) 2014, Nr. 1, S. 32 ff.

¹⁵ Mittleres Volksgericht der Stadt Baise in der Provinz Guangxi, Zivilsachen (2018), Guangxi 10, 2. Instanz, Nr. 33 (广西壮族自治区百色市中级人民法院 (2018) 桂 10 民终 33 号民事判决书).

¹⁶ 中华人民共和国物权法 v. 16.03.2007, Fazhi Ribao (法制日报) vom 20.03.2007, S. 5/6; deutsche Übersetzung in: ZHOU Mei (周梅)/QI

Xiaokun (齐晓琨)/Sebastian Lohse/LIU Qingwen (刘青文), Gesetz der Volksrepublik China über das Sachenrecht, Zeitschrift für Chinesisches Recht 2007, S. 78 ff.

ten zu senken und auf ein angemessenes Niveau zu bringen. Was das angemessene Niveau genau ist, fällt der klassischen Rechtsdogmatik jedoch schwer zu beantworten. Im Gegensatz dazu ist das Effizienzprinzip beziehungsweise die Rechtsökonomie grundsätzlich in der Lage, das eben genannte angemessene oder optimale Niveau zu identifizieren. In dieser Hinsicht bietet das Effizienzprinzip nicht nur ein Werturteil, sondern auch eine Methode dafür, nämlich die Kosten-Nutzen-Analyse.

Die Anerkennung des Grünen Prinzips im Sinne des Effizienzprinzips ist auch nötig. So lässt sich zunächst vermeiden, dass das Grüne Prinzip ins Leere geht und in der Praxis kaum Bedeutung hat. Während das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes beinahe sinnlos ist, wird es im Sinne der Ressourcenschonung beziehungsweise der Effizienz eine große Rolle spielen. Darüber hinaus ist das Grüne Prinzip keine bloße Wiederholung des Prinzips der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten. Der Umweltschutz gehört offenbar zu den geschützten öffentlichen Interessen und damit zur öffentlichen Ordnung – die beiden sind im Chinesischen Recht gleich. Aber es ist fraglich, ob die Effizienz auch zur öffentlichen Ordnung gehört. Eine Sonderbestimmung ist jedenfalls notwendig. Es gibt zwar Bedenken, dass die Effizienz als zivilrechtlicher Grundwert nicht zwingend im positiven Recht zu verankern ist. Aber dieses Bedenken gilt auch für andere zivilrechtliche Grundwerte wie Gerechtigkeit und Gleichheit. Wenn viele Grundwerte bereits im geltenden chinesischen Recht Fuß gefasst haben, damit die entsprechende Interessenabwägung im Rahmen des Gesetzes vorgenommen werden kann, ist es auch geboten, dass die Effizienz ähnlich behandelt wird.

Am Ende ist festzuhalten und zu betonen, dass das Grüne Prinzip im Sinne der Ressourcenschonung beziehungsweise der Effizienz lediglich eines von mehreren Grundprinzipien des chinesischen Zivilrechts darstellt. Es ist nicht das einzige oder das oberste. Die Anerkennung des „Effizienzprinzips“ im geltenden chinesischen Zivilrecht führt daher keineswegs zu einer „Diktatur“ der Rechtsökonomie. Die Effizienz kommt bei einer Interessenabwägung nicht immer vor. Die Rechtsökonomie beziehungsweise das Grüne Prinzip im Sinne der Ressourcenschonung kann nur dann angewandt werden, wenn die Werte der Effizienz vorausgesetzt oder anerkannt werden.

* * *

The Green Principle and Law and Economics in Chinese Civil Law

Article 9 of the General Provisions of the Chinese Civil Code (the green principle) aims not only at protecting the environment but also at preserving resources. Although environmental protection is a crucial part of the green principle, this aspect of the principle can rarely be applied in the context of public law or private law. The notion of preserving resources can be interpreted in different ways. A single dimension interpretation is quite common in practice, but it is erroneous. A comprehensive interpretation is synonymous with a minimization of social costs or a maximization of social wealth and leads to a law and economics approach. This must be the future of the green principle.

V. Schlussfolgerungen

1. Die h. L. in Bezug auf das Grüne Prinzip im Sinne des Umweltschutzes ist weder auf öffentlich-rechtlicher Ebene noch auf zivilrechtlicher Ebene überzeugend. Die bisherigen Urteile in diese Richtung sind ebenfalls nicht ohne Zweifel.
2. Es gibt ein zweites, bisher in der Literatur kaum bemerktes, in der Praxis jedoch weit verbreitetes Verständnis von § 9 AT ZGB. Die Ressourcen bei der Ressourcenschonung sind nicht natürliche Ressourcen im umweltrechtlichen Sinne, sondern alle allgemeinen Ressourcen oder Vermögen. Dafür sprechen die wörtliche, die historische und die systematische Auslegung.
3. In der Praxis herrschend ist ein einseitiges Verständnis von Ressourcenschonung, das sich nur auf bestimmte Ressourcen oder Vermögen bezieht, die oft unmittelbar mit dem bestrittenen Anspruch verbunden oder anderweitig aus Sicht des Gerichts relevant sind. Dies ist aber falsch und führt zu unnötigen Wiederholungen und sogar Fehlern bei der Rechtsanwendung.
4. Es wird hier dafür plädiert, dass die Ressourcenschonung das Schonen aller in Betracht kommenden Ressourcen oder Vermögen bedeutet, was der Minimierung der gesellschaftlichen Kosten oder der Maximierung der gesellschaftlichen Vermögen gleichkommt. Das Grüne Prinzip im Sinne der Ressourcenschonung kann daher als Effizienzprinzip bezeichnet werden. Auf diese Weise kann im chinesischen Zivilrecht die Rechtsökonomie fruchtbar gemacht werden.

Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 AT ZGB aus deutscher und europäischer Perspektive

Phillip Hellwege¹

Abstract

Nach § 10 AT ZGB darf auf Gebräuche nur im Fall von Gesetzeslücken zurückgegriffen werden. Die Auslegung dieser auf den ersten Blick leicht zu fassenden Vorschrift wirft Probleme auf. Der Beitrag erarbeitet vergleichend einen Auslegungsvorschlag. Danach erfasst § 10 im Unterschied zu § 142 AT ZGB allein Gewohnheitsrecht, nicht aber faktische Bräuche und Sitten. Vorzugswürdig ist zudem eine Auslegung, nach der Gewohnheitsrecht als gleichrangige Rechtsquelle anerkannt wird, sich also auch in Widerspruch zum dispositiven Recht bilden kann – ob eine solche Auslegung aber mit dem Wortlaut von § 10 AT ZGB noch vereinbar ist, bleibt dem Urteil chinesischer Juristen überlassen.

§ 10 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)² ordnet an, dass auf Gebräuche nur im Fall von Gesetzeslücken zurückgegriffen werden darf. Der Beitrag erarbeitet vergleichend einen Auslegungsvorschlag für diese Norm.

I. Gebräuche im Bürgerlichen Recht und Handelsrecht

Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 chinesischem AT ZGB aus deutscher Perspektive zu beleuchten, bereitet Probleme, ist doch unklar, welche Entsprechung § 10 im deutschen Recht findet. Die Identifizierung einer Entsprechung ist für einen sinnhaften Rechtsvergleich indes unerlässlich. Der Verweis auf Gebräuche lässt den deutschen Leser zuerst an § 157 BGB, § 346 HGB denken. Stellt man beide Vorschriften § 10 AT ZGB gegenüber, entstehen jedoch Zweifel, ob es sich wirklich um Entsprechungen handelt. § 10 AT ZGB lautet:

„Die Behandlung ziviler Streitigkeiten muss gemäß dem Gesetz [erfolgen]; soweit das Gesetz keine Bestimmung enthält, können Gebräuche angewendet werden, jedoch darf nicht der öffentlichen Ordnung [und] den guten Sitten zuwidergehandelt werden.“

§ 10 AT ZGB und § 157 BGB, § 346 HGB weisen zumindest eine Parallele auf. Sie dienen gleichermaßen auch der Lückenfüllung. Aber hier enden die Gemeinsamkeiten: (1) Nach § 10 AT ZGB sollen Gebräuche Gesetzeslücken schließen. Nach § 157 BGB, § 346 HGB können sie im Rahmen der Auslegung dazu herangezogen werden, um Vertragslücken zu schließen. (2) Anders als nach § 10 AT ZGB ist die Bedeutung von Gebräuchen im Rahmen von § 157 BGB, § 346 HGB nicht auf eine solche Lückenfüllung beschränkt. Es geht

in erster Linie um die Ermittlung des Parteiwillens. (3) Nach § 10 AT ZGB darf auf Gebräuche nur zurückgegriffen werden, wenn Gesetzeslücken bestehen. Ein Rückgriff ist mithin ausgeschlossen, wenn Gesetzesrecht existiert. Der Normtext macht dabei keinen Unterschied zwischen zwingendem und dispositivem Recht. Prima facie können sich Gebräuche im Rahmen von § 10 AT ZGB damit auch gegenüber dem dispositiven Recht nicht durchsetzen, eine Auslegung, auf die an späterer Stelle noch eingegangen wird. Dagegen ist anerkannt, dass Verkehrssitte und Handelsbrauch im Sinne von § 157 BGB, § 346 HGB dem Dispositivrecht vorgehen. Sie finden ihre Grenzen nur im zwingenden Recht.³ (4) Schließlich sind § 157 BGB, § 346 HGB schon ihrem Wortlaut nach als Auslegungsvorschriften zu verstehen. Dagegen zeigt § 10 AT ZGB dem Richter auf, welche Normen er zur Lösung einer zivilrechtlichen Streitigkeit heranziehen darf. § 10 AT ZGB behandelt damit ein Rechtsquellenproblem. Die Unterschiede zwischen § 10 AT ZGB und § 157 BGB, § 346 HGB sind damit zu groß, als dass sie vergleichend in Beziehung zueinander gesetzt werden können. Zudem finden § 157 BGB, § 346 HGB ihre Entsprechung in § 142 AT ZGB und § 125 chinesisches Vertragsgesetz (VG)⁴. So wie § 157 BGB, § 346 HGB auf Verkehrssitten und Handelsbräuche Bezug nehmen, verweist § 142 AT ZGB auf Gebräuche und § 125 VG auf Verkehrssitten.

Neben § 157 BGB verweist auch § 242 BGB auf Verkehrssitten. Die Verkehrssitte hat in beiden Vorschriften jedoch eine unterschiedliche Funktion.⁵ Und auch § 242 BGB entspricht nicht § 10 AT ZGB, dient § 242 BGB doch nicht in erster Linie der Schließung von Gesetzeslücken. § 242 BGB entspricht vielmehr den

³ Siehe nur Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 5, 4. Auflage, München 2018, § 346 Rn. 37 f.

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 Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 15.3.99/1.

⁵ Allgemein Jan Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Auflage, München 2015, § 157 Rn. 4, 16.

¹ Prof. Dr., M.Jur. (Oxon.); Universität Augsburg.

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 Pfister, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

§§ 6, 7 AT ZGB. §§ 6, 7 AT ZGB verzichten auf einen ausdrücklichen Verweis auf Verkehrssitten. Das zu § 242 BGB Gesagte gilt auch für § 138 BGB. Seine Entsprechung findet § 138 BGB nicht in § 10 AT ZGB, sondern in § 8 AT ZGB. § 138 BGB und § 8 AT ZGB sprechen gleichermaßen nicht einfach von Sitten und Gebräuchen, sondern von guten Sitten.

Im deutschen Recht findet sich eine Bezugnahme auf Gewohnheiten und Gebräuche schließlich noch in § 310 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zieht der Gestaltungsfreiheit des AGB-Verwenders Grenzen. Wenn AGB einem Unternehmer gegenüber verwendet werden, ist bei Bestimmung dieser Grenzen nach § 310 Abs. 1 S. 2 BGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Auch § 310 Abs. 1 S. 2 BGB ist damit nicht das Korrelat zu § 10 AT ZGB. Im AT ZGB findet sich überhaupt keine Entsprechung zu § 310 Abs. 1 S. 2 BGB. Die allgemeine Vorschrift zur Inhaltskontrolle von AGB ist vielmehr § 39 VG.

In der Gesamtschau wird im deutschen bürgerlichen Recht und Handelsrecht damit in unterschiedlichen Kontexten auf Sitten und Gebräuche Bezug genommen. Eine Entsprechung des § 10 AT ZGB findet sich dabei nicht. Auf Ebene der europäischen und internationalen Privatrechtsharmonisierung ergibt sich ein ähnliches Bild, wie beispielhaft die Principles of European Contract Law (PECL)⁶ zeigen. Bräuche können bei der Auslegung berücksichtigt werden (Art. 5:102 PECL), sie können Einfluss darauf haben, ob und wie eine Annahme zu erklären ist (Art. 2:205 PECL), sie können herangezogen werden, um den Maßstab der Angemessenheit zu konkretisieren (Art. 1:302 PECL), und es findet sich eine Vorschrift mit ihren Anwendungsvoraussetzungen (Art. 1:105 PECL). Und auch die PECL enthalten keine Vorschrift, die explizit macht, dass Bräuche zur Füllung von Gesetzeslücken herangezogen werden können.

Dieser Abschnitt diene einer Annäherung an das Thema dieses Beitrages. Sein Ertrag lässt sich wie folgt zusammenfassen: (1) Gebräuche sind im bürgerlichen Recht und Handelsrecht in unterschiedlichen Kontexten zu beachten. (2) Die Fragen, was unter Gebräuchen zu verstehen ist, unter welchen Voraussetzungen sie Beachtung finden und welche Funktionen sie haben, sind für jeden Kontext gesondert zu beantworten. (3) § 10 AT ZGB hat keine unmittelbare Entsprechung im geltenden deutschen Recht und im europäischen Privatrecht. Aus dieser Zusammenfassung ergibt sich der Gang der weiteren Darstellung. Die gerade aufgeworfenen Fragen werden für die einzelnen Kontexte, in denen Gebräuche zu beachten sind, beantwortet. Vor diesem Hintergrund wird es möglich sein, die Normaussage von § 10 AT ZGB zu präzisieren.

Auch wenn sich keine Parallelvorschrift zu § 10 AT ZGB im geltenden deutschen Recht findet, so muss

⁶ Ole Lando/Hugh Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law. Parts I and II, Dordrecht 2000.

auf einen vergleichenden Ansatz nicht verzichtet werden. Im Schrifttum wird nämlich darauf verwiesen, dass § 10 AT ZGB „nach dem Vorbild des Art. 1 des schweizerischen ZGB geschaffen wurde“.⁷ Zudem kommt ein Vergleich mit Art. 1 ADHGB (1861) und § 10 ABGB in Frage. Sie definieren ebenfalls das Verhältnis von Gewohnheiten zum Gesetzesrecht.

II. Sitten und Gebräuche im Rahmen der Auslegung

Sitten und Bräuche können im Rahmen der Auslegung herangezogen werden.

1. Die natürliche Auslegung

Versteht man als Aufgabe der natürlichen Auslegung, den wirklichen Willen der Parteien zu ermitteln,⁸ steht § 133 BGB im Vordergrund. Ist der wirkliche Wille der Parteien, auf Grundlage von Verkehrssitte oder Handelsbrauch zu kontrahieren, erwiesen, so bestehen an ihrer Beachtlichkeit keine Zweifel. Im Vertrag verwendete Begriffe werden sodann in ihrem Sinne verstanden. Und sie gelten unmittelbar als Bestandteil des Vertrages. Und als solcher können sie sich über das dispositive Recht hinwegsetzen. Besondere Voraussetzungen müssen sie dabei für ihre Beachtlichkeit nicht erfüllen: steht fest, dass die Parteien auf ihrer Grundlage kontrahieren wollen, reichen bloße faktische Sitten und Bräuche aus. Das alles ist selbstverständlich und gilt auch für die Instrumente der Privatrechtsharmonisierung, bei denen die subjektive Auslegung regelmäßig an den Anfang der Auslegungsvorschrift gestellt wird, so in Art. 5:101(1) PECL.

2. Die normative Auslegung

Die Normen, die die normative Auslegung behandeln, unterscheiden sich in ihrer praktischen Anwendung kaum voneinander. § 157 BGB, § 346 HGB verweisen auf Verkehrssitte und Handelsbrauch. Für das chinesische Recht heißt es in § 142 Abs. 1 AT ZGB:

„Bei der Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung muss anhand des verwendeten Wortlauts unter Einbeziehung relevanter Klauseln, der Natur und des Zwecks der Handlung, der Gebräuche und des Grundsatzes von Treu und Glauben der Inhalt der Willenserklärung bestimmt werden.“

Daneben gilt § 125 VG fort:

„Wenn zwischen den Parteien Streit über die Auslegung von Vertragsklauseln besteht, muss der wahre Sinn der Klauseln aufgrund

⁷ BU Yuanshi, Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches – ausgewählte Fragen, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 183–202, 187.

⁸ Zum Begriff der natürlichen Auslegung siehe Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016, Rn. 512.

der Wortwahl im Vertrag, der einschlägigen Klauseln des Vertrags, der Vertragsziele, der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben bestimmt werden. [...]"

Auf europäischer Ebene bestimmt Art. 5:102 PECL:

"In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to: ... (f) usages; (g) good faith and fair dealing."

Die Beispiele ließen sich fortsetzen. Zwischen den Formulierungen bestehen Unterschiede. So sprechen die Vorschriften mal von Verträgen, mal von Willenserklärungen und mal von Handlungen und Unterlassungen als Auslegungsgegenstand. Doch wirken sich diese Unterschiede nicht auf die Anwendung der Vorschriften aus. Auch der Unterschied, dass mal von Gewohnheiten und Gebräuchen, mal von Verkehrssitte gesprochen wird, ist ohne Bedeutung. Zudem stehen nach § 142 AT ZGB und nach Art. 5:102 PECL Gebräuche selbständig neben dem Grundsatz von Treu und Glauben, wohingegen § 157 BGB seinem Wortlaut nach Treu und Glauben in den Vordergrund rückt und § 346 HGB auf eine Nennung von Treu und Glauben ganz verzichtet. Aber auch diese Unterschiede sind ohne praktische Bedeutung.

Allen genannten Normen liegt vielmehr der Gedanke zugrunde, dass die Parteien bei Vertragsschluss das Übliche selbstverständlich mitgedacht haben. Alle Normen gehen daher von der Vermutung aus, dass die Parteien das Übliche ebenfalls wollten und ihren Vertrag entsprechend verstanden wissen wollen. Die Berücksichtigung von Bräuchen im Rahmen der Auslegung führt so zu einer Entlastungsfunktion. Die Parteien müssen das als selbstverständlich Mitgedachte nicht noch explizit machen. Zudem vertrauen die Parteien regelmäßig darauf, dass ihr Gegenüber in Kenntnis des Üblichen kontrahiert hat und sich an das Übliche hält. Die Berücksichtigung von Verkehrssitte und Handelsbrauch dient damit auch dem Vertrauensschutz.

Die Normen folgen also einem einheitlichen Gedanken. Doch gibt es im Vergleich einen Unterschied, der die Frage nach den Entstehungsvoraussetzungen, der Geltung und der Natur von Sitten und Bräuchen betrifft. Gelten beide (quasi-)normativ oder vertraglich?⁹ Nach der Normentheorie – geeigneter ist der Begriff normativierender Theorie, denn mit Rechtsnormen (etwa im Sinne von Art. 2 EGBGB) stellt auch diese Theorie Sitten und Bräuche nicht gleich – sollen beide kenntnisunabhängig, also (quasi-)normativ gelten. Nach der Vertragstheorie sollen sie ihre Wirkung nur entfalten, wenn unterstellt werden kann, dass die Parteien den Brauch oder die Sitte zur Anwendung kommen lassen wollten. Ein wirklicher Wille ist dabei, wie auch sonst im Rahmen der Auslegung, nicht nötig.

⁹ Umfassend zu beiden Theorien mit zahlreichen Nachweisen *Phillip Hellwege*, Handelsbrauch und Verkehrssitte, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (2014), S. 854–887.

Mit der normativierenden Theorie geht eine Differenzierung einher. Denn nicht jeder faktische Brauch darf quasi-normativ gelten. Die Vertreter dieser Theorie nehmen eine Dreiteilung vor. Auf der einen Seite steht das Handelsgewohnheitsrecht. Es ist Rechtsquelle und entsteht durch Übung sowie die Überzeugung der Beteiligten, dass diese Übung rechtlich geboten ist. Auf der anderen Seite steht eine bloß faktische Übung, die ihre Wirkung nur entfaltet, wenn die Parteien in ihrer Kenntnis kontrahiert haben. Zwischen beiden sollen Verkehrssitte und Handelsbrauch im Sinne von § 157 BGB, § 346 HGB stehen. Beide seien zwar keine Rechtsnormen, so dass sie ihre Wirkung auch nicht aus sich heraus entfalten können. Sie entfalten ihre Wirkung vor allem durch Vermittlung von Gesetz, etwa § 157 BGB, § 346 HGB, die daher als Transformationsnormen bezeichnet werden. Dafür sei eine Kenntnis der Parteien von der Verkehrssitte und vom Handelsbrauch nicht erforderlich. Für die Entstehung von Verkehrssitte und Handelsbrauch sei in Abgrenzung zu rein faktischen Übungen nicht ausreichend, dass sie faktisch beachtet werden. Ihre Entstehung hat neben der gleichmäßigen Übung über einen angemessenen Zeitraum hinweg noch zur Voraussetzung, dass sie vom beteiligten Verkehrskreis als maßgeblich gebilligt werden.

Im Kern unterscheiden sich normativierende Theorie und Vertragstheorie damit in der Verortung eines subjektiven Elements. Die Vertragstheorie erfordert kein subjektives Element auf Ebene der Entstehungsvoraussetzungen. Sie versteht Verkehrssitte und Handelsbrauch rein faktisch. Sie stellt mit dem Kennenmüssen aber eine subjektive Anwendungsvoraussetzung auf. Die normativierende Theorie kennt mit der Billigung als maßgeblich eine subjektive Entstehungsvoraussetzung. Freilich muss diese nicht bei den konkreten Parteien vorliegen. Auf Ebene der Anwendungsvoraussetzung verzichtet die normativierende Theorie auf ein subjektives Element.

Vom deutschen Recht wird behauptet, es folge der normativierenden Theorie. Das ist jedoch eine Vereinfachung: sie ist vorherrschend, aber nicht unbestritten. Auch in anderen Rechten, von denen behauptet wird, sie würden eher zur einen oder anderen Theorie tendieren, existiert regelmäßig ein weitgefächertes Meinungsspektrum. In der europäischen und internationalen Vertragsrechtsharmonisierung ist zwar ein Trend hin zur normativierenden Theorie erkennbar, aber auch hier ist sie nicht unbestritten.¹⁰

Die Vertragstheorie ist entgegen der vorherrschenden Meinung jedoch vorzugswürdig. Die wichtigsten Gründe lassen sich kurz zusammenfassen:¹¹ (1) Die normativierende Theorie bejaht die Geltung etwa eines Handelsbrauchs selbst dann, wenn erwiesen ist, dass beide Parteien in seiner Unkenntnis kontrahiert haben. Doch wird seine Geltung auch mit Vertrauensschutz-

¹⁰ Umfassend *Phillip Hellwege*, Understanding Usage in International Contract Law Harmonization, in: *American Journal of Comparative Law* 66 (2018), S. 127–174.

¹¹ Vgl. die Diskussionen bei *Phillip Hellwege* (Fn. 9), S. 862–869; *idem* (Fn. 10), S. 150–159.

aspekten begründet. Ist aber erwiesen, dass beide Parteien in seiner Unkenntnis kontrahiert haben, dann besteht kein schutzwürdiges Vertrauen an seiner Befolgung. Zudem ist kein Grund ersichtlich, warum der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* nicht gelten sollte. (2) Zieht man Verkehrssitten und Handelsbräuche im Rahmen der Auslegung heran, um den normativen Willen zu ermitteln, dann ist widersprüchlich, sie vollkommen kenntnisunabhängig anzuwenden, also selbst dann, wenn eine Partei sie nicht kennen musste. Die normativierende Theorie verzichtet ja selbst auf ein solches Kennenmüssen. Gelten sie aber in diesem Sinne kenntnisunabhängig, dann lassen sie auf Grundlage der normativen Auslegung keinen Rückschluss auf einen normativen Willen zu. Als Auslegungsmittel sind sie dann ungeeignet. (3) Weiterhin handelt es sich bei der normativierende Theorie um nichts anderes als ein dogmatisches Rudiment, das sich historisch aus der inzwischen veralteten Erklärungstheorie entwickelt hat und damit mit unserer modernen normativen Auslegung nicht in Einklang zu bringen ist. (4) Die Berücksichtigung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Rahmen der normativen Auslegung ist schließlich auch möglich, wenn man sie im Sinne der Vertragstheorie als faktische Übungen versteht. Dann stehen sie mit den übrigen Auslegungsmitteln auf einer Stufe, die ebenfalls nur herangezogen werden können, wenn sie beide Parteien zumindest kennen mussten. Haben beide Parteien in ihrer Unkenntnis kontrahiert, dann können sie nicht herangezogen werden, selbst wenn beide Parteien sie hätten kennen müssen, denn insoweit geht die natürliche Auslegung vor.

3. Handeln oder Unterlassen als Willenserklärung

§ 157 BGB, § 346 HGB können auch die Frage betreffen, ob ein Handeln oder Unterlassen als Willenserklärung verstanden werden darf. Auch das ist eine Auslegungsfrage,¹² und auch hier können Sitten und Bräuche eine Rolle spielen. Prima facie zieht § 140 AT ZGB Sitten und Bräuchen hier engere Grenzen:

„Der Handelnde kann Willenserklärungen ausdrücklich oder stillschweigend abgeben. Schweigen kann nur dann als Willenserklärung angesehen werden, wenn es das Gesetz bestimmt, es die Parteien vereinbaren oder wenn dies nach den früheren geschäftlichen Gebräuche[n] zwischen den Parteien üblich war.“

Nach § 140 AT ZGB reicht eine Verkehrssitte, die Schweigen als Willenserklärung deutet, nicht aus. Es muss ein entsprechender Geschäftsgebrauch zwischen den konkreten Parteien bestehen. Freilich ist auch das deutsche Recht zurückhaltend, einem Schweigen einen Erklärungswert beizumessen.¹³ Das leitet zu § 151

S. 1 BGB über, der auf den ersten Blick § 140 AT ZGB entspricht. Doch bestehen zwischen beiden Normen Unterschiede. Zum einen reicht bei § 151 S. 1 BGB eine Verkehrssitte aus. Ein Geschäftsgebrauch zwischen den Parteien wird gerade nicht gefordert. Umgekehrt genügt nach § 151 S. 1 BGB ein bloßes Schweigen nicht. Der Annehmende muss eine Handlung vornehmen, die als Erklärung gedeutet werden kann. Die Verkehrssitte hat nur die Wirkung, dass auf ihren Zugang verzichtet wird.

4. Die ergänzende Auslegung

Die ergänzende Auslegung greift immer ein, wenn ein Vertrag eine auch durch die normative Auslegung nicht zu schließende Lücke enthält.¹⁴ Die dogmatische Einordnung der ergänzenden Auslegung ist strittig.¹⁵ Welche Bedeutung Sitten und Bräuche im Rahmen der ergänzenden Auslegung haben, ist nicht einfach zu beantworten, wird diese Frage in der Lehrbuch- und Kommentarliteratur doch kaum vertieft erörtert.¹⁶

(1) Die normative Auslegung geht der ergänzenden Auslegung vor.¹⁷ Im Rahmen der normativen Auslegung können Sitten und Bräuche herangezogen werden, wenn die Parteien sie kennen mussten, beziehungsweise solange feststeht, dass nicht beide Parteien in ihrer Unkenntnis kontrahiert haben. Die Heranziehung von Sitten und Bräuchen im Rahmen der ergänzenden Auslegung ist damit auf Fälle beschränkt, in denen beide Parteien den Vertrag in ihrer Unkenntnis geschlossen haben, in denen von zumindest einer Partei eine Kenntnis nicht erwartet werden konnte oder in denen mindestens eine der Parteien nicht in ihren Anwendungsbereich fällt.

(2) Eine Vertragslücke als Voraussetzung der ergänzenden Auslegung soll ausgeschlossen sein, wenn sie bereits durch das dispositive Recht interessengerecht geschlossen wird.¹⁸ Sollten im Rahmen der ergänzenden Auslegung zur Lückenschließung Sitten und Bräuche herangezogen werden, so stellt sich ihr Verhältnis zum dispositiven Recht daher anders dar als im Rahmen der natürlichen oder normativen Auslegung. Bei der natürlichen und normativen Auslegung gehen Sitte und Brauch als Vertragsinhalt dem dispositiven Recht vor. Für die ergänzende Auslegung ist nur dann Raum, wenn das dispositive Recht kein sach- und interessengerechtes Ergebnis bereithält. Nur in diesem Fall kann überhaupt auf Sitte und Brauch im Rahmen der ergänzenden Auslegung zurückgegriffen werden.

(3) So wie das dispositive Recht der ergänzenden Auslegung vorgeht, so ist für die ergänzende Ausle-

¹⁴ Statt aller Jan Busche (Fn. 5), § 157 Rn. 26, 38.

¹⁵ Vgl. Herbert Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2015, § 157 Rn. 8. Ablehnend insgesamt Manfred Wolff/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016, § 35 Rn. 68.

¹⁶ Vgl. Jan Busche (Fn. 5), § 157 Rn. 52–54; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992, S. 324.

¹⁷ Herbert Roth (Fn. 15), § 157 Rn. 5.

¹⁸ Vgl. Jan Busche (Fn. 5), § 157 Rn. 39, 45 f.

¹² Statt aller Reinhard Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 133 Rn. 25.

¹³ Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016, Rn. 392.

gung kein Raum, wenn eine vermeintliche Vertragslücke bereits im Rahmen der normativen Auslegung unter Rückgriff auf Sitte und Brauch sachgerecht geschlossen werden kann. Für die ergänzende Auslegung ist also nur Raum, wenn die Beachtung von Verkehrssitte und Handelsbrauch im Rahmen der normativen Auslegung zu einem nicht sachgerechten Ergebnis führt, das dem mutmaßlichen Willen der Parteien widerspricht. In einem solchen Fall wäre es schlicht widersinnig, eben diese Sitte oder diesen Brauch im Rahmen der ergänzenden Auslegung zu berücksichtigen. Ein Rückgriff auf beide im Rahmen der ergänzenden Auslegung ist dann ausgeschlossen.

(4) Die ergänzende Vertragsauslegung hat ein anderes Ziel als die normative Auslegung. Es geht nicht um die Ermittlung des normativen, sondern des hypothetischen Parteiwillen:¹⁹ „Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.“ Nur wenn die Heranziehung von Verkehrssitte und Handelsbrauch nach diesen Grundsätzen angemessen ist, dürfen sie im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Berücksichtigung finden. Hier dreht sich das Verhältnis von Sitte und Brauch einerseits und Angemessenheitsprüfung andererseits also um. Im Rahmen der normativen Auslegung dürfen beide nicht treuwidrig sein, um herangezogen werden zu können. Im Rahmen der ergänzenden Auslegung sollen sie dagegen nur Beachtung finden, wenn das so erzielte Ergebnis einer angemessenen Abwägung der Interessen der Parteien entspricht.

In der Gesamtschau wird eine Sitte im Rahmen der ergänzenden Auslegung also in den Fällen zu beachten sein, in denen dispositives Recht fehlt oder lückenhaft ist,²⁰ in denen sich aufgrund dessen eine angemessene Sitte etabliert hat, welche beide Parteien indes nicht kannten, welche zumindest eine Partei nicht kennen musste oder von deren persönlichen Anwendungsbereich sie nicht erfasst ist, deren Anwendung im konkreten Fall aber zu einem redlichen Interessenausgleich führt.

5. Zwischenfazit

Werden Sitten und Bräuche im Rahmen der Auslegung herangezogen, kommt ihnen keine quasi-normative Funktion zu. Sie sind weder Rechtsnormen noch außerrechtliche Normen. Sie werden als rein faktische Begebenheiten berücksichtigt. Im Rahmen der normativen Auslegung basiert ihre Heranziehung auf der Vermutung, dass die Parteien bei ihrem Vertragsschluss das Übliche selbstverständlich mitgedacht haben. Zudem basiert ihre Beachtlichkeit auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes. Anders liegt der Fall im Rahmen der ergänzenden Auslegung. Hier finden

Sitten und Bräuche nicht deshalb Anwendung, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien das Übliche mitgedacht haben. Auch der Gedanke des Vertrauensschutzes ist nicht einschlägig.

III. Die Konkretisierung der Grenzen der Privatautonomie und des vertraglichen Pflichtenprogramms

Sitten und Gebräuche bilden den Rahmen privatautonomes Handelns. Daher werden sie im Rahmen der Auslegung beachtet. Aber auch das Recht selbst kann Sitten und Gebräuche nicht ausblenden, und zwar selbst dann nicht, wenn es darum geht, die Grenzen der Privatautonomie zu bestimmen. Dass Sitten und Gebräuche auch hier eine Rolle spielen, machen die verschiedenen Normtexte zum Teil explizit. Freilich können Sitten und Gebräuche die Grenzen der Privatautonomie nicht unmittelbar bestimmen. Das ist dem Gesetzesrecht vorbehalten. Doch verwendet das Recht dazu oft unbestimmte Rechtsbegriffe. Zu ihrer Konkretisierung kann auf Sitten und Gebräuche zurückgegriffen werden. Darüber hinaus kann auf Sitten und Gebräuche zur Konkretisierung des vertraglichen Pflichtenprogramms zurückgegriffen werden.

1. Treu und Glauben nach § 242 BGB und die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB

§ 138 BGB zieht dem Rechtsgeschäft Grenzen, § 242 BGB der Ausübung von Rechten.²¹ Zudem können durch Rückgriff auf § 242 BGB bestehende Pflichten konkretisiert oder Pflichten begründet werden.²² Ihre Entsprechungen finden §§ 242, 138 Abs. 1 BGB in §§ 6–8 AT ZGB. Die nach §§ 6–8 AT ZGB relevanten Maßstäbe sind die Grundsätze der Gerechtigkeit und von Treu und Glauben, die Maßstäbe der Ehrlichkeit und der Gewissenhaftigkeit, Gesetze, die öffentliche Ordnung und die guten Sitten. Doch welcher Bezug besteht zum Thema dieses Beitrages? Welche Rolle spielen also Sitten und Bräuche bei Anwendung dieser Normen?

Mit Blick auf das deutsche Recht lässt sich zunächst negativ feststellen, dass mit den guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB etwas anderes gemeint ist als mit der Verkehrssitte in § 157 BGB. Bloß faktische Sitten sind in § 138 Abs. 1 BGB nicht gemeint. Die guten Sitten sind ebenso wie Treu und Glauben, aber anders als die Verkehrssitten und Handelsbräuche ethische und moralische Maßstäbe.²³ Positiv lässt sich für § 242 BGB festhalten, dass es selbstverständlich ist, dass faktische Gebräuche und Gewohnheiten berücksichtigt werden können, um den Maßstab von Treu und Glauben zu konkretisieren. *Claudia Schubert* schreibt:²⁴ „Zudem trägt sie [die Verkehrssitte] zur Präzisierung

²¹ Vgl. *Christian Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Auflage, München 2015, § 138 Rn. 1; *Claudia Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 7. Auflage, München 2016, § 242 Rn. 84; *Rolf Sack/Philipp S. Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 138 Rn. 1, 32.

²² *Claudia Schubert* (Fn. 21), § 242 Rn. 83.

²³ *Christian Armbrüster* (Fn. 21), § 138 Rn. 1, 11.

²⁴ *Claudia Schubert* (Fn. 21), § 242 Rn. 13.

¹⁹ *Jürgen Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018, § 157 Rn. 7.

²⁰ So in den Fällen moderner Vertragstypen: *Herbert Roth* (Fn. 15), § 157 Rn. 27.

des Inhalts von Treu und Glauben bei.“ Und auch im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB spielen rein faktische Sitten bei der Konkretisierung der guten Sitten eine Rolle.²⁵ Freilich ist das Wechselspiel zwischen Treu und Glauben und den guten Sitten einerseits und Gewohnheiten und Gebräuchen andererseits komplex. Klar ist etwa, dass die guten Sitten nicht statistisch erhoben oder aus faktischen Bräuchen unmittelbar geschlossen werden können. Es gibt eben auch allgemeine Unsitten.²⁶

Zudem lässt sich mit Blick auf § 138 Abs. 1 BGB feststellen, dass in einigen Fallgruppen Gewohnheiten und Gebräuche bei Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten völlig unbedeutend sind, so bei der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Ebenbürtigkeitsklauseln.²⁷ Hier war es ohne Bedeutung, dass solche Klauseln beim deutschen Hochadel wohl üblich sind. Vielmehr standen verfassungsrechtliche Erwägungen im Vordergrund, so die grundrechtlich geschützte Eheschließungsfreiheit. Und in der Tat ist es höherrangiges Recht, vor allem die Grundrechte und sonstige verfassungsrechtliche Wertungen, das bei der Konkretisierung der guten Sitten von Bedeutung ist.²⁸ Faktische Sitten spielen praktisch eine untergeordnete Rolle. Gleiches gilt für die Bedeutung der Verkehrssitte bei der Konkretisierung des Maßstabs von Treu und Glauben bei § 242 BGB. Auch hier stehen verfassungsrechtliche Wertungen im Vordergrund.²⁹

Doch existieren Fallgruppen, in denen faktische Sitten und Bräuche durchaus eine Rolle spielen, so etwa bei der Fallgruppe der Geliebtentestamente.³⁰ Sie wurden lange Zeit als sittenwidrig angesehen. Heute geht die herrschende Lehre von ihrer Wirksamkeit aus. Ihre Wirksamkeit allein mit Verweis auf das Prostitutionsgesetz zu begründen, ist zu vordergründig. Nicht nur die rechtliche Erfassung der Prostitution hat sich gewandelt, so dass ein Rückschluss auf die Zulässigkeit von Geliebtentestamente geboten ist. Vielmehr haben sich die gelebte Sexualmoral und die gelebten Familienmodelle insgesamt verändert. Das Prostitutionsgesetz ist nur Ausdruck und Folge dieses Wandels. Dass sich Sitten, Gebräuche und Gewohnheiten gewandelt haben, ist für sich genommen freilich nicht ausreichend. Prostitution gab es ebenso wie Geliebte schon immer. Wichtig ist, dass sich mit der gelebten Sexualmoral und den gelebten Familienmodellen zugleich die gesellschaftliche Akzeptanz außerehelicher Beziehungen geändert hat. Mit Blick auf § 242 BGB ergibt sich nichts anderes. Seinem Wortlaut nach betrifft § 242 BGB zunächst einmal die Frage, wie ein Schuldner seine Leistung bewirken muss. Was der Rechtsverkehr

von einem Schuldner nach Treu und Glauben erwarten darf, wird aber auch durch die Gebräuche und Gewohnheiten des Rechtsverkehrs mitgeprägt.

2. Reasonableness nach Art. 1:302 PECL

Dass Sitten und Gebräuche zur Konkretisierung von Gerechtigkeits- und Fairneßmaßstäben, die die Grenzen privatautonomen Handelns festlegen und die das vertragliche Pflichtenprogramm näher bestimmen, herangezogen werden können, machen auf europäischer Ebene beispielhaft die PECL für den Maßstab der *reasonableness* in Art. 1:302 explizit.³¹

3. Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Im deutschen Recht macht § 310 Abs. 1 S. 2 BGB explizit, dass Gewohnheiten und Gebräuche im Rahmen der Inhaltskontrolle von AGB Beachtung finden können. Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche können die Grenzen dessen, was eine Partei der anderen in AGB zumuten darf, verschieben. Im Kern geht es um die Auslegung des Begriffs der unangemessenen Benachteiligung in § 307 Abs. 1 BGB. Doch gilt dies nach deutschem Recht nur für den Handelsverkehr. Die Einzelheiten sind umstritten.³² Im chinesischen Recht findet sich die allgemeine Vorschrift zur Inhaltskontrolle von AGB in § 39 VG.³³ Zwar nennt § 39 S. 1 VG nicht ausdrücklich Gebräuche, doch scheint gesichert zu sein, dass bei Konkretisierung des Gerechtigkeitsgrundsatzes im Handelsverkehr Handelsbräuche beachtet werden.³⁴ Über § 310 Abs. 1 S. 2 BGB und § 39 S. 1 VG scheint auf europäischer Ebene etwa Art. II-9:405 DCFR hinauszugehen:

“A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.”

Art. II-9:405 DCFR scheint Sitten und Gebräuchen unmittelbar Leitbildfunktion zukommen zu lassen.

³¹ Vgl. zu Art. 1:302 PECL und zu vergleichbaren Vorschriften in anderen Texten zur europäischen und internationalen Vertragsrechtsharmonisierung Jan Peter Schmidt, in: Nils Jansen/ Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, Art. 1:302 Rn. 1–9.

³² Siehe Phillip Hellwege, Die Inhaltskontrolle der §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, in: Juristenzeitung 2015, S. 1130–1138.

³³ Zur Funktion von § 39 chinesisches VG siehe WANG Jianyi, Die deutsche AGB-Kontrolle und nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln im europäischen Vertragsrecht, Göttingen 2015, S. 129; LIU Peipei, Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und formularmäßigen Vertragsklauseln im deutsch-chinesischen Vergleich, Frankfurt am Main 2016, S. 42; SHI Ping, Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts, Frankfurt am Main 2005, S. 71.

³⁴ Vgl. Lennart Kriebel, Die AGB-Kontrolle in der VR China, Freiburg 2015, S. 20.

²⁵ So ausdrücklich für das österreichische Recht Georg E. Kodek, in: Peter Rummel/Meinhard Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Auflage, Wien 2015, § 10 Rn. 3.

²⁶ Christian Armbrüster (Fn. 21), § 138 Rn. 14.

²⁷ Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 21), § 138 Rn. 688–690.

²⁸ Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 21), § 138 Rn. 3, 97–99.

²⁹ Dirk Looschelders/Dirk Olzen, in: Staudinger; Kommentar zum BGB, Berlin 2015, § 242 Rn. 146, 169.

³⁰ Zum folgenden mit weiteren Nachweisen Christian Armbrüster (Fn. 21), § 138 Rn. 59.

Das wäre bedenklich.³⁵ Freilich sollen nur gute Handelspraktiken die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des AGB-Verwenders bestimmen. Faktische Praktiken reichen nicht aus.

4. Zwischenfazit

Die Beispiele, in denen Sitten und Gebräuche Berücksichtigung finden, wenn es darum geht, die Grenzen privatautonomes Handeln oder das Pflichtenprogramm zu konkretisieren, ließen sich fortsetzen. Die Frage, welche Anforderungen an Sitten und Gebräuche gestellt werden müssen, damit sie auf solche Weise beachtet werden können, stellt sich als wenig problematisch dar. Denn Sitten und Gebräuche können die Grenzen privatautonomes Handeln nicht unmittelbar bestimmen. Das ist dem Gesetzesrecht vorbehalten. Dieses verwendet dazu oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe: Treu und Glauben, die guten Sitten, *reasonableness* oder unangemessene Benachteiligung. Zu ihrer Konkretisierung kann auf Sitten und Gebräuche zurückgegriffen werden. Es spricht nichts dagegen dabei rein faktische Gebräuche und Sitten heranzuziehen. Nur dort, wo Gebräuche unmittelbar die Grenzen privatautonomes Handeln bestimmen, reichen rein faktische Gebräuche nicht aus. Dies macht auch Art. II-9:405 DCFR deutlich, der in diesem Zusammenhang ja nicht auf einen *commercial practice*, sondern auf einen *good commercial practice* Bezug nimmt.

IV. Die Unmittelbare Anwendbarkeit von Sitten und Gebräuchen

Sitten und Gebräuche können schließlich unmittelbar Geltung beanspruchen, im deutschen Recht aber nur dann, wenn sie zu Gewohnheitsrecht erstarkt sind. Eine Vorschrift, welche die Voraussetzungen der Anwendung von Gewohnheitsrecht definiert, fehlt im geltenden deutschen Recht. Im schweizerischen und im österreichischen Recht existieren solche Vorschriften mit Art. 1 schweizerisches ZGB und § 10 ABGB, und in Deutschland gab es eine solche Vorschrift mit Art. 1 ADHGB (1861).

Die Entstehungsvoraussetzungen von Gewohnheitsrecht sind in Europa im Grundsatz unstrittig. Es entsteht durch eine allgemeine, dauerhafte Übung, die von der Überzeugung der Beteiligten getragen ist, es handele sich um Recht. Im Detail existieren zahlreiche Kontroversen.³⁶ Im Übrigen umranken den Begriff des Gewohnheitsrechts, dessen Geltungsgrund, Bedeutung und Abgrenzung von anderen Rechtsquellen viele Streitigkeiten.³⁷ So ist das Verhältnis zum Rich-

terrecht strittig.³⁸ Und schon die praktische Bedeutung von Gewohnheitsrecht wird uneinheitlich beurteilt. Oft heißt es, Gewohnheitsrecht spiele im deutschen, schweizerischen und österreichischen (Privat-)Recht eine nur untergeordnete Rolle.³⁹ Dagegen kommt Martin Klose zu dem Schluss, Gewohnheitsrecht sei „auch im heutigen Verfassungsstaat keineswegs bedeutungslos“.⁴⁰ Doch ist zweifelhaft, ob es sich bei den von ihm angeführten Beispielen – allgemeines Persönlichkeitsrecht, kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Sicherungsübereignung, *actio pro socio*, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation im Falle mittelbarer Stellvertretung und einiges mehr⁴¹ – durchweg um Fälle von Gewohnheitsrecht handelt. Freilich ist eine Auseinandersetzung mit diesen Problempunkten hier nicht angezeigt. Es sollen hier nur die Fragen erörtert werden, die für eine Auslegung von Art. 10 AT ZGB von Bedeutung sein werden, insbesondere die Frage, in welchem Verhältnis Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht steht.⁴² Hier zeigen sich im Rechtsvergleich deutliche Unterschiede.

1. Gewohnheitsrecht als gleichrangige Rechtsquelle

Nach deutschem Verständnis steht das Gewohnheitsrecht gleichrangig neben dem Gesetzesrecht.⁴³ Das wird zum Teil aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet. Hier werden Gesetz und Recht nebeneinander genannt, und eine Lesart ist, dass mit „Recht“ etwas anderes als Gesetzesrecht gemeint sein müsse. Erfasst werde daher auch das Gewohnheitsrecht.⁴⁴ Klose weist zwar zu Recht darauf hin, dass Art. 20 Abs. 3 GG nicht als Geltungsgrund im Sinne einer gesetzgeberischen Gestattungsnorm verstanden werden darf.⁴⁵ Aber versteht man unter „Recht“ im Sinne von Art. 20 Abs. 3

³⁸ Martin Klose (Fn. 36), S. 373; Säcker (Fn. 37), Einl. Rn. 93–95; Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Auflage, München 2015, Rn. 232; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, München 2013, S. 223 f., 243–248.

³⁹ Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk (Fn. 38), Rn. 232; Ernst A. Kramer (Fn. 38), S. 223; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin 1983, S. 341; Georg E. Kodek (Fn. 25), § 10 Rn. 10; Heinrich Honsell, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch, Bd. 1, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 1 Rn. 20 f.; Henri Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Max Gutzwiller et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2, Basel 1967, S. 1–281, 105; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, in: Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2012, Art. 1 Rn. 431.

⁴⁰ Martin Klose (Fn. 36), S. 372.

⁴¹ Martin Klose (Fn. 36), S. 371.

⁴² Siehe hierzu Theo Mayer-Maly, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin 1993, S. 16 f.

⁴³ Heinrich Honsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2018, Einl. zum BGB Rn. 234.; Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln 2008, S. 556.

⁴⁴ Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 15. Auflage, München 2018, Art. 20 Rn. 53; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Auflage, Tübingen 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 94.

⁴⁵ Martin Klose (Fn. 36), S. 376.

GG auch Gewohnheitsrecht, so hat der Verfassungsgeber dessen Existenz zumindest vorausgesetzt.⁴⁶

Der Anwendungsbereich von Gewohnheitsrecht kann sich persönlich und räumlich unterscheiden. Einige der von Klose angeführten Beispiele, etwa der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, sind in ihrem persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich von allgemeiner Geltung. Es kann sich aber auch ein im persönlichen oder räumlichen Anwendungsbereich beschränktes Gewohnheitsrecht herausbilden, solange der erfasste Personenkreis nur klar abgrenzbar ist. Handelt es sich bei dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben um Gewohnheitsrecht, so ist es ein Beispiel für ein auf Kaufleute beschränktes Gewohnheitsrecht.

Bei Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht entstehen kann, muss differenziert werden. Geht man von einer Gleichrangigkeit von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht aus, kann Gewohnheitsrecht nicht nur bei Lücken im Gesetzesrecht zur Anwendung kommen. Es kann sich vielmehr unproblematisch auch gegen dispositives Gesetzesrecht durchsetzen. Freilich sind die Schranken zu weit gezogen, wenn man nur fordert, dass Gewohnheitsrecht nicht gegen höherrangiges Recht oder tragende Rechtsprinzipien verstoßen darf.⁴⁷ Gewohnheitsrecht findet seine Grenzen vielmehr auch im zwingenden Gesetzesrecht, wenn eine Auslegung der zwingenden Gesetzesvorschrift ergibt, dass der Gesetzgeber damit die Bildung von Gewohnheitsrecht unterbinden möchte.⁴⁸ Nur wenn die Geltung des Gewohnheitsrechts nicht bereits durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt wird, muss es sich nur an höherrangigem Recht und grundlegenden Rechtsprinzipien messen lassen.

Damit muss der Satz, Gewohnheits- und Gesetzesrecht stünden gleichrangig nebeneinander, relativiert werden. Dem einfachen Gesetzgeber steht es zu, Gewohnheitsrecht einzuhegen und das Gesetzesrecht über Gewohnheitsrecht zu stellen. Erließe der einfache Gesetzgeber eine Vorschrift nach Vorbild von § 1 schweizerisches ZGB, so wäre das zwar nicht sonderlich sinnvoll, aber rechtlich nicht zu beanstanden.

Reduziert man die Frage, ob gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht möglich ist und wie es entstehen kann, auf die Fälle, in denen Gewohnheitsrecht dispositives Gesetzesrechts verdrängen soll, dann überzeugt von vornherein die Forderung nicht, gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht könne nur unter Einbeziehung der Justiz entstehen, wie auch generell anzuerkennen ist, dass sich Gewohnheitsrecht ohne Beteiligung der Justiz bilden kann.⁴⁹

Darüber hinaus lassen sich keine generellen Aussagen zum Verhältnis von Gesetzesrecht und Gewohn-

heitsrecht treffen. Alles hängt von der Auslegung der einzelnen Rechtssätze ab. So wird man zwar grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass später erlassenes Gesetzesrecht bereits bestehendes Gewohnheitsrecht verdrängt: *lex posterior derogat legi priori*. Und in der Regel möchte der Gesetzgeber früheres Gewohnheitsrecht durch den Erlass von Gesetzesrecht auch aufheben. Eine Auslegung des Gesetzes kann aber durchaus ergeben, dass der Gesetzgeber bereits bestehendes Gewohnheitsrecht nicht in Frage stellen will.

2. Gewohnheitsrecht als subsidiäre Rechtsquelle

Zurückhaltender sind Art. 1 schweizerisches ZGB und Art. 1 ADHGB (1861). Art. 1 schweizerisches ZGB bestimmt:

„Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht ... entscheiden ...“

Damit legt Art. 1 schweizerisches ZGB eine Hierarchie der Rechtsquellen fest.⁵⁰ An erster Stelle steht das Gesetzesrecht. Nur wenn das Gesetzesrecht Lücken aufweist, darf subsidiär auf das Gewohnheitsrecht zurückgegriffen werden. Damit ist gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen.⁵¹ Die Anwendung von Art. 1 schweizerisches ZGB wirft eine Reihe von Fragen auf, die auch aus dem deutschen Recht bekannt sind, die aber im schweizerischen Recht eine andere Relevanz haben: darf auf Gewohnheitsrecht nur zurückgegriffen werden, wenn eine Gesetzeslücke besteht, so kommt es besonderer Bedeutung zu, solche Lücken festzustellen.⁵²

Art. 1 schweizerisches ZGB betrifft nur die Anwendung von Bundesgewohnheitsrecht.⁵³ Daneben gibt es noch die Übung beziehungsweise den Ortsgebrauch, den Art. 5 Abs. 2 schweizerisches ZGB regelt.

„Wo das Gesetz auf die Übung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist.“

Beim Ortsgebrauch soll es sich nach schweizerischer Lesart nicht um Gewohnheitsrecht handeln.⁵⁴ Er hat

⁵⁰ Heinrich Honsell (Fn. 39), Art. 1 Rn. 20; Henri Deschenaux (Fn. 39), S. 69.

⁵¹ Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015, S. 36; Patrick Middendorff/Beatrice Grob, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 1 Rn. 10.

⁵² Heinrich Honsell (Fn. 39), Art. 1 Rn. 25–33; Henri Deschenaux (Fn. 39), S. 95–101; Ernst A. Kramer (Fn. 38), S. 222.

⁵³ Heinrich Honsell (Fn. 39), Art. 1 Rn. 24; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 39), Art. 1 Rn. 419; Henri Deschenaux (Fn. 39), S. 103; Heinz Hausheer/Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 Rn. 33.

⁵⁴ Zum folgenden Flavio Lardelli, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch, Bd. 1, 5. Auflage, Basel 2014,

⁴⁶ Zum Völkergewohnheitsrecht siehe Hans D. Jarass (Fn. 44), Art. 25 Rn. 8.

⁴⁷ So aber wohl Martin Klose (Fn. 36), S. 387.

⁴⁸ So wohl auch Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl (Fn. 43), S. 556.

⁴⁹ Vgl. zur Gegenauffassung Martin Klose (Fn. 36), S. 387.

damit auch nicht dessen Entstehungsvoraussetzungen. Er ist zunächst einmal nur eine tatsächliche Übung. Er darf nicht irrational oder missbräuchlich sein. Und er wird nur beachtet, wenn das Gesetz auf ihn verweist. Das ZGB und das Obligationenrecht (OR) nehmen in ganz unterschiedlichen Kontexten auf solche Ortsgebräuche Bezug. Das schweizerische Bundesrecht delegiert die Regelung bestimmter Fragen damit an Ortsgebräuche. Und die Tatsache, dass das schweizerische Recht auf Ortsgebräuche verweist, um sie verbindlich zu machen, ist der Grund dafür, dass die Entstehungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht nicht erfüllt sein müssen und dass eine tatsächliche Übung ausreichen soll. Aber durch die Bezugnahme des Bundesrechts auf den Ortsgebrauch, soll dieser Teil des Bundesrechts werden, so dass keine Lücke im Sinne von Art. 1 schweizerisches ZGB besteht, die durch Gewohnheitsrecht geschlossen werden könnte.

Schließlich kennt auch das schweizerische Recht neben Gewohnheitsrecht und Ortsgebrauch auch noch Handelsbräuche und Verkehrssitten.⁵⁵ Ebenso wie Ortsgebräuche handelt es sich um faktische Übungen, die aber anders als Ortsgebräuche nicht regional begrenzt sind, sondern die nur für bestimmte Verkehrskreise gelten. Ihre Bedeutung ist auf die Vertragsauslegung und die Ergänzung von Verträgen beschränkt. Im schweizerischen Recht scheint man dabei von der Vertragstheorie auszugehen.

Auch nach Art. 1 ADHGB (1861) war Gewohnheitsrecht nur eine subsidiäre Rechtsquelle:

„In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetz keine Bestimmungen enthält, die Handelsbräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.“

Nach Art. 1 ADHGB durfte auf Handelsbräuche nur zurückgegriffen werden, wenn das ADHGB Lücken aufwies. Neben Art. 1 nahm auch Art. 279 ADHGB Bezug auf Handelsbräuche:

„In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“

Art. 279 ADHGB ist die Vorgängervorschrift des heutigen § 346 HGB. Die vorherrschende Meinung legte den Begriff der Handelsbräuche in Art. 1 ADHGB und die Wendung der „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ in Art. 279

Art. 5 Rn. 30–52; *Heinrich Honsell* (Fn. 39), Art. 1 Rn. 24; *Henri Deschenaux* (Fn. 39), S. 45–49; *Stephan Wolf*, in: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bern 2012, Art. 5 Rn. 100.

⁵⁵ Zum folgenden *Flavio Lardelli* (Fn. 54), Art. 5 Rn. 35; *Henri Deschenaux* (Fn. 39), S. 46.

ADHGB verschieden aus.⁵⁶ In Art. 279 ADHGB seien faktische Handelsübungen gemeint, die im Rahmen der Auslegung zu beachten seien. Dabei erklärte die ganz herrschende Meinung die Geltung von Handelsbräuchen bis zum Aufkommen der Erklärungstheorie vertraglich. Art. 1 ADHGB meine dagegen Handelsgewohnheitsrecht.

3. Gewohnheitsrecht als delegierte Rechtsquelle?

Noch restriktiver ist seinem Wortlaut und seinem ursprünglichen Verständnis nach § 10 österreichisches ABGB:

„Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“

Platz für Gewohnheitsrecht sollte nach § 10 ABGB nicht schon dann sein, wenn das Gesetzesrecht Lücken aufweist, sondern nur, wenn das Gesetzesrecht explizit auf Gewohnheitsrecht Bezug nimmt. Man spricht von Gewohnheitsrecht als delegierte Rechtsquelle.⁵⁷ Freilich hat sich das österreichische Recht von diesem Verständnis verabschiedet. Inzwischen ist das Gewohnheitsrecht als gleichrangige Rechtsquelle anerkannt, und es wird angenommen, dass „§ 10 die Entstehung von auf gleicher Stufe stehendem Gewohnheitsrecht gar nicht verhindern“⁵⁸ kann. Zudem wird angenommen, dass es gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht geben könne.⁵⁹ Doch ist mit diesem Verständnis § 10 ABGB nicht obsolet geworden. Denn unter den Begriff der Gewohnheiten im Sinne von § 10 ABGB fallen nach heutiger Lesart die Gewohnheiten, die im Rahmen der Auslegung herangezogen werden können.⁶⁰ Ebenso wie § 157 BGB, § 346 HGB im deutschen Recht verweisen auch § 914 ABGB, § 346 UGB auf Gewohnheiten, so dass sie im Rahmen der Auslegung im Einklang mit § 10 ABGB ganz unproblematisch herangezogen werden können; zudem sollen Gewohnheiten vermittelt durch den Vertrag zur Anwendung kommen können.

4. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Sitten und Gebräuchen in den Instrumenten zur Vertragsrechtsharmonisierung

Während das deutsche Recht also von einer Gleichrangigkeit von Gewohnheits- und Gesetzesrecht aus-

⁵⁶ Vgl. hierzu bereits *Phillip Hellwege* (Fn. 9), S. 869–871; *idem*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, S. 95–103, 116–119.

⁵⁷ *Theo Mayer-Maly* (Fn. 42), S. 16 f.

⁵⁸ *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 7. Siehe außerdem *Theo Mayer-Maly* (Fn. 42), S. 16 f.; *Willibald Posch*, in: *Michael Schwimann/Georg E. Kodek* (Hrsg.), *ABGB. Praxiskommentar*, Bd. 1, 4. Auflage, Wien 2012, § 10 Rn. 2.

⁵⁹ *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 11.

⁶⁰ *Martin Schauer*, in: *Andreas Kletečka/Martin Schauer* (Hrsg.), *ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 2010, § 10 Rn. 2 f.; *Peter Bydliński*, *Bürgerliches Recht*, Bd. 1, 3. Auflage, Wien 2005, Rn. 1/22; *idem*, in: *Helmut Koziol u. a.* (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, 4. Auflage, Wien 2014, Art. 10 Rn. 1; *Andreas Kletečka*, *Grundriss des bürgerlichen Recht*, Bd. 1, 13. Auflage, Wien 2006, S. 40; *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 2, 5; *Willibald Posch* (Fn. 58), § 10 Rn. 1.

geht, ist Gewohnheitsrecht nach Art. 1 schweizerisches ZGB nur subsidiäre und nach dem ursprünglichen Verständnis von § 10 ABGB sogar nur delegierte Rechtsquelle. Dagegen lassen die Instrumente der europäischen und internationalen Vertragsrechtsharmonisierung Sitten und Gebräuche auf den ersten Blick einen sehr viel größeren Raum. Art. 9(2) UN-Kaufrecht bestimmt beispielhaft:

„The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.“

Gemeint ist in Art. 9(2) UN-Kaufrecht indes nicht Gewohnheitsrecht. Gemeint sind faktische Gebräuche. Und Art. 9(2) UN-Kaufrecht erweitert nicht den Anwendungsbereich von faktischen Gebräuchen, sondern definiert nur die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit sie vor allem im Rahmen der Auslegung nach Art. 8(3) UN-Kaufrecht angewendet werden können.⁶¹

5. Zwischenfazit

Art. 1 ZGB schweizerisches ZGB, Art. 1 ADHGB (1861) und § 1 ABGB behandeln und behandelten Gewohnheitsrecht. Während das geltende deutsche Recht Gewohnheitsrecht grundsätzlich als mit dem Gesetzesrecht gleichrangige Rechtsquelle ansieht, ist es nach Art. 1 schweizerisches ZGB und war es nach Art. 1 ADHGB (1861) nur subsidiäre Rechtsquelle. Nach dem ursprünglichen Verständnis von § 10 ABGB war es sogar nur delegierte Rechtsquelle. Doch wie ist ein solcher kritischer Ansatz gegenüber Gewohnheitsrecht erklärbar? Mit Blick auf den ersten Entwurf zum BGB, der einen ähnlich kritischen Ansatz verfolgte, führt *Franz Jürgen Säcker* aus, dass „das Gewohnheitsrecht als Verletzung des staatlichen Gesetzesmonopols“ kritisiert worden war.⁶² Nach *Heinrich Honsell* befürchtete man, dass das Gewohnheitsrecht die durch das BGB gerade erst geschaffene Einheit des bürgerlichen Rechts wieder in Frage stellen könnte.⁶³ Und nach *Georg E. Kodek* war im österreichischen Recht der „Hauptzweck des § 10 ... ursprünglich die Absicherung des Herrschaftsanspruchs des monarchischen Gesetzgebers“.⁶⁴

V. Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 AT ZGB – Versuch einer rechtsvergleichenden Auslegung

Wenden wir uns vor diesem Hintergrund § 10 AT ZGB zu. Dabei sollen zwei Fragen zur Auslegung der Vorschrift vergleichend beantwortet werden.

1. Sind in § 10 AT ZGB faktische Gebräuche oder Gewohnheitsrecht gemeint?

§ 10 und § 142 AT ZGB sprechen in der deutschen Übersetzung gleichermaßen von Gebräuchen. Wird der Begriff der Gebräuche in beiden Normen einheitlich gebraucht? Für die Vertragsauslegung wurde oben die Ansicht entwickelt, dass die Vertragstheorie vorzugswürdig ist, nach der Sitten und Gebräuche gerade keine quasi-normative Wirkung entfalten, sondern als faktische Sitten und Gebräuche nur dann im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien auf ihrer Grundlage kontrahiert haben. Sind damit in §§ 10 und 142 AT ZGB gleichermaßen faktische Gebräuche und Sitten gemeint?

Art. 1, 279 ADHGB (1861) lehren, dass der Begriff der Gebräuche in einem Gesetz verschieden verwendet werden kann: Art. 1 sprach von Bräuchen, Art. 279 von Gewohnheiten und Gebräuchen. Sprachlich ist der Unterschied gering. Dennoch wurden beide Normen verschieden ausgelegt: Art. 1 ADHGB meinte Gewohnheitsrecht, Art. 279 faktische Sitten und Bräuche. Ein solches gespaltenes Verständnis des Begriffs der Gebräuche scheint auch für das chinesische Recht vorzugswürdig zu sein.

Würde man § 10 AT ZGB so auslegen, dass hier ebenso wie in § 142 AT ZGB rein faktische Gebräuche gemeint sind, dann könnte man § 10 AT ZGB zum einen als eine Norm nach Vorbild etwa von Art. 9(2) UN-Kaufrecht verstehen. Dann wären Gebräuche nur unter den Voraussetzungen des § 10 AT ZGB anwendbar, und zwar selbst dann, wenn das Gesetz selbst auf Gebräuche verweist, wie es das in § 142 AT ZGB tut. Doch bestünde zwischen § 10 AT ZGB und Art. 9(2) UN-Kaufrecht ein erheblicher Unterschied. Art. 9(2) UN-Kaufrecht greift nur die Anwendungsvoraussetzungen auf, die sich ohnehin im Rahmen der Auslegung herauskristallisiert haben. Sie schränken die Anwendungsvoraussetzungen nicht zusätzlich ein. Und Art. 9(2) UN-Kaufrecht soll nur die Voraussetzungen explizit machen, damit ein faktischer Handelsbrauch als Vertragsbestandteil gilt und zur Auslegung nach Art. 8(3) UN-Kaufrecht herangezogen werden darf. Würde man dieses Verständnis auf § 10 AT ZGB übertragen, würde das zu Koordinierungsproblemen mit § 142 AT ZGB führen. Im Rahmen der Auslegung dürften Gewohnheiten nur noch dann herangezogen werden, wenn das Gesetz Lücken enthält. Würde man den Begriff der Lücke so verstehen, dass auf Gewohnheiten schon dann nicht zurückgegriffen werden darf, wenn dispositives Recht besteht, dann würde man die Bedeutung von Gewohnheiten im Rahmen der Auslegung zu stark beschränken. Würde man den Begriff der Lücke dagegen so verstehen, dass auf Gewohnheiten nur dann nicht zurückgegriffen werden darf, wenn zwingendes Recht entgegensteht, dann reduziert man die Aussage von § 10 AT ZGB auf eine Selbstverständlichkeit: dem Vertrag darf auch unter Rückgriff auf Gebräuche im Wege der Auslegung kein Inhalt

⁶¹ Vgl. die Darstellung bei *Phillip Hellwege* (Fn. 10), S. 127–131.

⁶² *Franz Jürgen Säcker* (Fn. 37), Einl. Rn. 93.

⁶³ *Heinrich Honsell* (Fn. 43), Einl. zum BGB Rn. 235.

⁶⁴ *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 1.

beigemessen werden, der gegen zwingendes Recht verstößt. Das ergibt sich zudem bereits aus § 8 AT ZGB. § 10 AT ZGB wäre mit dieser Auslegung schlicht überflüssig.

Versteht man den Begriff der Gebräuche in § 10 und § 142 AT ZGB identisch als faktische Gebräuche, dann gibt es aber noch eine andere Auslegungsvariante, nach der § 10 AT ZGB nicht eine vergleichbare Funktion wie Art. 9(2) UN-Kaufrecht hätte. Man könnte nämlich die Ansicht entwickeln, dass § 10 AT ZGB die Anwendungsvoraussetzungen für die Fälle bestimmt, in denen das chinesische ZGB gerade nicht explizit auf Gebräuche verweist, und dass § 10 AT ZGB faktische Gebräuche in diesen Fällen für unmittelbar anwendbar erklärt, wobei er die Anwendungsvoraussetzungen in diesen Fällen abschließend erklärt. Damit wären Koordinierungsprobleme zwischen § 142 und § 10 AT ZGB vermieden. Beide hätten klar voneinander abgrenzbare Aussagen: § 142 würde die Heranziehung von Gebräuchen im Rahmen der Auslegung betreffen, und § 10 AT ZGB würde darüber hinaus – also vor allem in den Fällen, in denen § 142 nicht anwendbar ist – faktische Gebräuche für unmittelbar anwendbar erklären. Würde man sodann davon ausgehen, dass § 10 AT ZGB Raum für faktische Gebräuche nur dann lässt, wenn auch kein entgegenstehendes dispositives Gesetzesrecht besteht, dann wären faktische Gebräuche in diesen Fällen unmittelbar anwendbar, selbst wenn sie noch nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt sind. Das würde zu weit gehen. Faktische Gebräuche dürfen ein Rechtsverhältnis zum Beispiel nicht schon dann konkretisieren, wenn sie faktisch vorhanden sind, sondern nur dann, wenn etwa Treu und Glauben oder der Maßstab der Angemessenheit eine Konkretisierung des Rechtsverhältnisses im Sinne des faktischen Gebrauchs erforderlich scheinen lassen. Das Problem wäre noch verstärkt, wenn nicht schon dispositives, sondern nur zwingendes Recht nach § 10 AT ZGB die Anwendung von faktischen Gebräuchen ausschließt.

In der Gesamtschau ist es nicht möglich, § 10 AT ZGB eine sinnvolle Aussage abzurufen, wenn man den Begriff der Gebräuche im Sinne von rein faktischen Gebräuchen begreift. Jede mögliche Auslegungsvariante führt zu Verwerfungen. So wie Art. 1 schweizerisches ZGB muss auch § 10 AT ZGB mit Gebräuchen also Gewohnheitsrecht meinen.

2. Geht § 10 AT ZGB von Gewohnheitsrecht als gleichrangige oder als subsidiäre Rechtsquelle aus?

Akzeptiert man, dass § 10 AT ZGB Gewohnheitsrecht und nicht faktische Sitten und Gebräuche meint, so stellt sich die Folgefrage, ob das chinesische Recht dem schweizerischen Recht folgt und dem Gewohnheitsrecht nur die Rolle einer subsidiären Rechtsquelle zuerkennt, das nur dann zur Anwendung kommt, wenn das Gesetzesrecht insgesamt eine Lücke aufweist. Mit einem solchen Verständnis wäre die Anwendung von Gewohnheitsrecht schon immer dann ausgeschlossen,

wenn es dispositives Recht gibt, und gesetzesderogierende Gewohnheitsrecht könnte nicht entstehen.

Für ein solches Verständnis spricht zunächst der Hinweis in der Literatur, § 10 AT ZGB sei „nach dem Vorbild des Art. 1 des schweizerischen ZGB geschaffen“⁶⁵ geschaffen worden. Zudem spricht für eine solche Auslegung, dass der Normtext von § 10 AT ZGB zumindest in der deutschen Übersetzung keinen Unterschied zwischen dispositivem und zwingendem Recht macht, sondern ganz allgemein bestimmt, dass Gebräuche nur angewendet werden können, „soweit das Gesetz keine Bestimmungen enthält“.

Falls sich der chinesische Gesetzgeber von den identischen Sorgen hat leiten lassen wie laut *Honsell* die Verfasser des ersten Entwurfes des BGB, nämlich dass bereits existierendes Gewohnheitsrecht die Rechtseinheit des neuen Gesetzes sofort wieder gefährde, so scheinen mir diese Sorgen unbegründet. Macht ein Gesetzgeber mit Erlass eines neuen Gesetzes deutlich, dass er bereits existierendes Gewohnheitsrecht durch dieses Gesetz außer Kraft setzen möchte, dann findet schlicht der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* Anwendung.

Durch ein Verständnis von § 10 AT ZGB im Sinne von Art. 1 schweizerisches ZGB wäre zudem ausgeschlossen, dass sich neues Gewohnheitsrecht bilden kann, das die dispositiven Vorschriften des chinesischen ZGB nachträglich wieder verdrängt. Ein solcher Ansatz kann auf dem Gedanken basieren, nach dem „Gewohnheitsrecht als Verletzung des staatlichen Gesetzesmonopols“ angesehen wird.⁶⁶ Auch hat sich der Gesetzgeber vielleicht von der Sorge leiten lassen, dass die einmal realisierte Rechtseinheit nachträglich durch sich neu bildendes Gewohnheitsrecht wieder gefährdet wird. In einem Vielvölkerstaat wie China mag diese Sorge besonders ausgeprägt sein.

Dennoch wären solche Erwägungen wenig überzeugend. Das Gesetzesmonopol in dem Sinne, dass nur der Gesetzgeber Recht erlassen kann, ist bereits durch das Verständnis des § 10 AT ZGB aufgeweicht, wonach die Bildung von Gewohnheitsrecht zwar nur dort möglich ist, wo kein dispositives Recht vorhanden ist, eine solche Bildung aber dennoch nicht rundum ablehnt. Zudem kann sich Gewohnheitsrecht auch bei Anerkennung der Gleichrangigkeit von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht nicht über zwingendes Gesetzesrecht und über höherrangige Grundprinzipien des Rechts hinwegsetzen. Und selbst eine Auslegung des dispositiven Rechts kann ausnahmsweise ergeben, dass es zwar durch privatrechtliche Vereinbarung abbedungen, aber nicht durch Gewohnheitsrecht verdrängt werden kann. Das Verhältnis des dispositiven Rechts zum Gewohnheitsrecht sollte mithin nicht durch eine allgemeine Bestimmung nach Vorbild von Art. 1 schweizerisches Gesetzbuch bestimmt werden, sondern von der Auslegung der jeweils betroffenen dispositiven Norm abhängen. Weiterhin gilt es zu

⁶⁵ *BU Yuanshi* (Fn. 7), S. 187.

⁶⁶ *Franz Jürgen Säcker* (Fn. 37), Einl. Rn. 93.

berücksichtigen, dass die Entstehungsvoraussetzung, dass Gewohnheitsrecht von dem betroffenen Verkehrskreis als rechtlich bindend anerkannt wird, nur dann erfüllt sein wird, wenn es seinerseits als gerecht empfunden wird. Zudem können im Vertragsrecht AGB nur dann zu Gewohnheitsrecht erstarken, wenn sie zum einen einer Inhaltskontrolle standhalten und wenn der Vertragspartner des AGB-Verwenders diese AGB nicht nur als Ausfluss der stärkeren Verhandlungsposition seines Gegenübers ansieht. Und auch wenn Gewohnheitsrecht unabhängig von seiner richterlichen Anerkennung entstehen kann, so ist es dennoch nur dann durchsetzbar, wenn der Richter überzeugt ist, dass Gewohnheitsrecht entstanden ist und entstehen konnte. Die Sorgen, die einer Norm nach Vorbild des Art. 1 schweizerisches ZGB zugrunde liegen mögen, überzeugen nach alledem nicht.

Vor allem aber wäre eine Auslegung von § 10 AT ZGB nach Vorbild von Art. 1 schweizerisches ZGB inkonsequent. Nach § 5 AT ZGB dürfen die Parteien „gemäß ihrem eigenen Willen Zivilrechtsbeziehungen begründen, ändern [oder] beenden“. Dass damit nicht nur eine Abschlussfreiheit, sondern auch eine Gestaltungsfreiheit gemeint ist, wird aus §§ 6–9 AT ZGB deutlich, die die Vertragsfreiheit auch im Sinne der Gestaltungsfreiheit begrenzen. Die Parteien scheinen also in ihrem Vertrag vom dispositiven Recht abweichen zu dürfen. Weichen die Parteien eines bestimmten Verkehrskreises immer vom dispositiven Recht in einer bestimmten Weise ab, so sind nach § 142 AT ZGB, § 125 VG die so entstandenen faktischen Gebräuche und Sitten im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Und darüber hinaus können die gesetzlich bestimmten Grenzen der Vertragsfreiheit sowie das Pflichtenprogramm der Vertragsparteien durch Bezugnahme auf faktische Sitten und Gebräuche konkretisiert werden. Nur den letzten Schritt würde man mit einer Vorschrift nach Vorbild von Art. 1 schweizerisches ZGB nicht gehen wollen, nämlich dass die so auf vielfältige Weise als rechtlich erheblich anerkannten faktischen Gebräuche und Sitten zu Gewohnheitsrecht erstarken können.

Vorzugswürdig scheint daher, Gewohnheitsrecht in den eben aufgezeigten Grenzen selbst dort anzuerkennen, wo es sich im Widerspruch zum dispositiven Recht bildet. Ob eine Auslegung von § 10 AT ZGB in diesem Sinne möglich ist, können am Ende selbstverständlich nur chinesische Juristen auf Grundlage des chinesischen Wortlautes der Norm beurteilen.

* * *

The Role of Common Practices under the General Part of the Chinese Civil Code

According to § 10 of the Chinese General Part of the Civil Code, a court may refer to common practices only where there are gaps in the law. Although on its face an easily grasped provision, its interpretation raises a number of problems. The present contribution formulates an interpretation from a comparative perspective. This viewpoint suggests that § 10 uses the term common practices in the meaning of customary law. Furthermore, it would be preferable to interpret § 10 such that customary law is of equal rank to statutory law, thereby allowing customary law to also trump non-mandatory statutory law.

VI. Zusammenfassung

1. Im Rahmen der Auslegung können Sitten und Bräuche als faktische Begebenheiten berücksichtigt werden. Sie sind dann weder Rechtsnormen noch außerrechtliche Normen, noch haben sie eine normative Wirkung. Sie werden herangezogen, weil sie den faktischen Rahmen privatautonomen Handelns bilden und davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien bei Vertragsschluss das Übliche mitgedacht haben. Zudem soll jede Partei darauf vertrauen, dass sie Handlungen ihres Gegenübers im üblichen Sinne verstehen darf. Werden faktische Sitten und Bräuche im Rahmen der Auslegung herangezogen, so gelten sie allein vermittelt durch den Vertrag.
2. Faktische Sitten und Bräuche können zudem zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden, wenn es darum geht, die durch Gesetz gezogenen Grenzen der Privatautonomie und das vertragliche Pflichtenprogramm näher zu bestimmen. Auch in diesem Kontext gelten faktische Sitten und Bräuche nicht aus sich selbst heraus, sie sind weder Rechtsnormen noch außerrechtliche Normen, und sie haben wiederum keine normative Wirkung. Sie entfalten ihre Wirkung vielmehr vermittelt durch das Gesetz.
3. Sitten und Bräuche können schließlich zu Gewohnheitsrecht erstarken. Sodann handelt es sich um Rechtsnormen, die aus sich selbst heraus wirken, ohne dass ihre Geltung durch Vertrag oder Gesetz vermittelt werden muss.
4. § 10 AT ZGB betrifft die Geltung von Gewohnheitsrecht, nicht von faktischen Sitten und Bräuchen. Gewohnheitsrecht sollte dabei als mit dem Gesetzesrecht gleichrangige Rechtsquelle anerkannt werden. Es sollte sich auch in Widerspruch zum dispositiven Recht bilden können.

Probekomentierung zu § 79 Vertragsgesetz – Auszug

ZHUANG Jiayuan¹

Abstract

Der Beitrag zeigt einen Auszug einer Kommentierung zu § 79 des Vertragsgesetzes zur Abtretung von Forderungen. Forderungen können grundsätzlich frei abgetreten werden, da sie wichtige Vermögenswerte darstellen. Die Abtretung ist ein Verfügungsgeschäft, daher sollte der Zedent die Verfügungsbefugnis an den abzutretenden Forderungen haben. Die Gründe für eine Unabtretbarkeit können sich aus dem Inhalt der Forderungen, den zugrunde liegenden Verhältnissen oder der Sozialpolitik ergeben. Auch einigen sich die Parteien häufig darauf, die Abtretung von Forderungen zu untersagen. Es wird darauf hingewiesen, dass der Ausschluss oder die Beschränkung der Abtretung von Forderungen eine Beschränkung des Anspruchsinhalts darstellt. Die Doktrinen der relativen Wirksamkeit und ähnliche Theorien werden untersucht sowie die rechtliche Stellung von Zessionar, Zedent und Forderungsschuldner sowie die Liquidität und Verkehrsinteressen erörtert.

Kommentar: § 79 Vertragsgesetz (VG)²– Auszug

§ 79

Der Gläubiger kann Rechte aus einem Vertrag ganz oder teilweise einem Dritten übertragen, außer unter den folgenden Umständen:

1. wenn sie nach der Natur des Vertrags nicht übertragen werden dürfen;
2. wenn sie nach Vereinbarungen der Parteien nicht übertragen werden dürfen;
3. wenn sie nach gesetzlichen Bestimmungen nicht übertragen werden dürfen.

§ 80

Wenn der Gläubiger Rechte überträgt, muss das dem Schuldner mitgeteilt werden. Ohne Mitteilung bleibt die Übertragung gegenüber dem Schuldner wirkungslos.

Die Mitteilung der Übertragung von Rechten durch den Gläubiger kann außer mit dem Einverständnis des Übertragungsempfängers nicht widerrufen werden.

Inhaltsverzeichnis

- I. Entstehungsgeschichte und Normzweck
- II. Abtretung
 1. Abtretungsvertrag
 2. Rechtsgrund der Abtretung
 3. Verfügungsbefugnis des Zedenten

4. Bestimmtheit der Forderung

III. Unabtretbarkeit der Forderungen

1. Unabtretbarkeit der Forderungen nach der Natur des Vertrags
2. Unabtretbarkeit der Forderungen nach gesetzlichen Bestimmungen
3. Unabtretbarkeit der Forderungen nach der Vereinbarung der Parteien (vertragliches Abtretungsverbot)
4. Theoretische Grundlage der Abtretbarkeit: Inhaltstheorie
5. Durchbrechung der Inhaltstheorie: Abweichung von der absoluten Wirkung
6. Stellungnahme

I. Entstehungsgeschichte und Normzweck

In § 91 Abs. 1 „Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts“ (AGZ)³ heißt es: „Wenn eine Seite des Vertrags Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ganz oder teilweise einem Dritten überträgt, muss das Einverständnis der anderen Seite eingeholt und darf nicht die Erzielung von Gewinn angestrebt werden.“ Daher blieb die Wirksamkeit der Abtretung dem Schuldner überlassen, der als Dritter außerhalb des Abtretungsverhältnisses auftritt, was den freien Forderungsübergang stark einschränkte. Der Grund für das Gesetz liegt darin, dass die „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts“ 1986 erlassen wurden, als China noch eine Planwirtschaft war, in der der Umlauf und der Rechtsverkehr beschränkt und die Abtretung streng kontrolliert und eingeschränkt wurden.

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, in: Chinas Recht, 12.4.86/1.

¹ Prof.; Shanghai Jiao Tong University.

² 中华人民共和国合同法, erlassen am 15.3.1999, chinesische Fassung in: <http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4732.htm> eingesehen am 17.05.2019, deutsche Fassung in: <<http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm>> eingesehen am 17.05.2019.

§ 79 VG erkennt im Jahr 1999 den Grundsatz der Freiheit der Abtretung an. Daher ist der Gläubiger berechtigt, alle oder einen Teil der Forderung an einen Dritten abzutreten. Unter Aufrechterhaltung der Identität der Forderung kann der Gläubiger über die Forderung ohne die Hilfe des Schuldners frei verfügen. Damit kann die Forderung ein wichtiges Vermögen werden. Das VG sollte als Sonderrecht Vorrang vor der Anwendung des allgemeinen Gesetzes haben, was § 91 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)⁴ im Wesentlichen ausgehöhlt hat.⁵ Da die Abtretung der anderen Arten von Forderungen außerhalb des VG nicht ausdrücklich geregelt wird, kann diese Abtretung nur analog § 79 VG erfolgen.

II. Abtretung

1. Abtretungsvertrag

In § 79 VG wird nur erwähnt, dass der Gläubiger die Forderung abtreten kann, nicht aber die Art und Weise der Abtretung.⁶ Während eine Mindermeinung auch die Möglichkeit einer Abtretung in Testament oder Vermächtnis sieht⁷, vertreten die meisten Autoren in der Literatur, dass die Abtretung in der Regel die Einigung beider Parteien voraussetzt.⁸ Deshalb ist nach ganz überwiegender Ansicht ein Vertrag erforderlich und ein einseitiges Rechtsgeschäft reicht in der Regel nicht aus.⁹

Die Natur der Abtretung ist ein Verfügungsgeschäft, das unmittelbar zu Änderungen des Rechts oder des Rechtsverhältnisses führt, das heißt zur Entstehung neuer Gläubiger.¹⁰ Die Abtretung als Verfügung erfor-

dert daher die Verfügungsbefugnis des Gläubigers.¹¹ Gleichzeitig beruht die Abtretung auf dem Vertrag und die allgemeinen Voraussetzungen des VG sollten angewandt werden. Wenn die Einigung des Gläubigers und des Dritten anfechtbar ist, hat die Partei das Recht, das durch § 54 VG gewährte Anfechtungsrecht auszuüben und den Abtretungsvertrag anzufechten.

Einige chinesische Wissenschaftler sind der Ansicht, dass zwischen der Abtretung und dem Abtretungsvertrag unterschieden werden muss, wobei letzterer ein Rechtsgeschäft ist, aber ersterer ein Realakt ist. Sobald der Abtretungsvertrag wirksam ist, wird die Forderung des Gläubigers ohne körperlich spürbare Leistung sofort auf den Zessionar übergehen.¹² Die konkrete Form des Abtretungsvertrags kann ein Kaufvertrag, ein Schenkungsvertrag, ein Treuhandvertrag und dergleichen sein. Mit anderen Worten: Der Abtretungsvertrag ist eine allgemeine Bezeichnung. Aufgrund dieser theoretischen Unterscheidung und weil die dingliche Einigung von der h. M. nicht anerkannt wird, meinen einige Autoren, dass das Verfügungsgeschäft vom Kaufvertrag in das Verpflichtungsgeschäft einbezogen wird und sehen den Wechsel des Eigentums an dem Gegenstand als unmittelbare Auswirkung des Kaufvertrags an.¹³ Die Theorie des „Realakts“ ist mit der Lehre des rechtsgeschäftlichen Eigentumswechsels vereinbar.¹⁴ In diesem Zusammenhang weisen einige Kommentatoren jedoch darauf hin, dass die Realaktstheorie auf dem geltenden Recht beruht, das die Theorie des dinglichen Geschäfts ablehnt. Da die Theorie des dinglichen Geschäfts nicht anerkannt wird, sollte auch die Abtretung als das quasi-dingliche Geschäft nicht abgelehnt werden, damit die logische Konsistenz zu gewährleisten ist. Aber wenn man die Bedürfnisse der Parteien im Rahmen der Privatautonomie berücksichtigt, sollte zum Beispiel die Abtretung künftiger Forderungen, die Möglichkeit von Serienzessionen (连环让与), die Sicherungsabtretung und die Abtretung von Nebenrechten anerkannt werden.¹⁵

Es wird auch vertreten, dass obwohl die japanische Literatur und die Rechtsprechung das Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip nicht anerkennen, sie im Falle der Abtretung allgemein bestätigen, dass der Abtretungsvertrag unabhängig vom Grundgeschäft ist. Infolgedessen sind die Regeln für die Abtretung sowie die Übereignung im japanischen Zivilrecht nicht konsistent. Auf der Grundlage der obigen Standpunkte wird die Abtretung im geltenden chinesischen Rechts auch als Verfügungsgeschäft behandelt.¹⁶

⁴ 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.

⁵ Die Chinesische Bankenaufsichtskommission hat im Jahr 2010 eine „Verordnung Nr. 102“ erlassen. § 2 Abs. 2 „Verordnung Nr. 102“ lautet: „Der Übertragende des Kreditvermögens muss die Zustimmung des Kreditnehmers zur Übertragung des Kreditvermögens einholen, sofern im ursprünglich unterzeichneten Kreditvertrag nichts anderes vereinbart ist.“ „Verordnung Nr. 102“ verstößt gegen die Bestimmungen des Vertragsgesetzes und behindert ernsthaft den freien Umlauf der Forderung, indem diese Verordnung die Wirksamkeit der Abtretung der Entscheidung des Schuldners überlässt, vgl. HUANG Moli/CHEN Wencheng (黄茉莉、陈文成), Analyse institutioneller Hindernisse für die Entwicklung des Marktes für Kreditüberweisungen in China (我国贷款转让市场发展面临的制度性障碍分), in: Shanghai Finance (上海金融) 2011, Nr. 12, S. 88 f.

⁶ Weder § 164 Abs. 1 OR (Das Schweizerische Obligationenrecht) noch § 294 TZGB (Taiwanesisches Zivilgesetzbuch) hat die Art der Abtretung ausdrücklich geregelt. § 398 BGB hat hingegen ausdrücklich geregelt, dass ein Abtretungsvertrag abgeschlossen werden muss.

⁷ ZHANG Guangxing (张广兴), Allgemeiner Teil des Schuldrechts (债法总论), 1. Auflage, Beijing 1997, S. 234.

⁸ WANG Liming (王利明), Vertragsrecht (合同法研究), 1. Auflage, Beijing 2011, S. 205; HAN Shiyuan (韩世远), Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (合同法总论), 3. Auflage, Beijing 2011, S. 460.

⁹ ZHANG Guangxing (Fn. 7), S. 234.

¹⁰ HAN Shiyuan (韩世远), Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (合同法总论), 3. Auflage, Beijing 2011, S. 460; WANG Hongliang (王洪亮), Allgemeiner Teil des Schuldrechts (债法总论), 1. Auflage, Beijing 2016, S. 449.

¹¹ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 460.

¹² CUI Jianyuan (崔建远), Das Vertragsrecht (合同法), 2. Auflage, Beijing 2013, S. 235.

¹³ CUI Jianyuan (崔建远), Das Vertragsrecht (合同法), 4. Auflage, Beijing 2007, S. 200.

¹⁴ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 460 f.

¹⁵ WANG Hongliang (Fn. 10), S. 449.

¹⁶ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 460.

2. Rechtsgrund der Abtretung

Zu den Gründen für die Abtretung gehören in der Regel Kauf, Verkauf, Schenkung und Auftrag. Darüber hinaus ist es üblich, dass eine Sicherungsabtretung, Inkassozeession oder eine andere schuldrechtliche Vereinbarung besteht. Die sich anschließende Frage ist: Wie ist das Verhältnis zwischen der Abtretung und deren Grundgeschäft (Ursache-Beziehung)? Zum Beispiel verkaufte A seinen Anspruch gegen B an C und C erhielt den ursprünglichen Anspruch von A gegen B. Das Grundgeschäft dieser Abtretung ist der Kaufvertrag. Wenn der Kaufvertrag ungültig ist, kann C noch die Forderung gegen B erhalten?

Wenn das Trennungsprinzip anerkannt wird, sollen die Mängel der Abtretung eigenständig beurteilt werden und nicht durch deren Grundgeschäft beeinträchtigt werden.¹⁷ Es wird von einigen Autoren vertreten, dass die Abtretung ein relatives rechtsgrundloses Rechtsgeschäft ist. Die Gültigkeit des Grundgeschäfts berührt nicht die Wirksamkeit der Abtretung, sondern führt nur einen ungerechtfertigten Übergang des Anspruchs des Gläubigers auf den Zessionar herbei.¹⁸ Nach geltendem Recht ist es auch möglich, dass die Parteien das Verhältnis zwischen der Abtretung und deren Grundgeschäft vereinbaren. Zum Beispiel ist es den Parteien erlaubt, das Vorliegen des Grundgeschäfts als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abtretung ausdrücklich zu vereinbaren.

Ein solches Verständnis von der Unabhängigkeit der Abtretung lässt sich auch in der Rechtsprechung finden. In einem Fall vertrat ein Gericht die Auffassung, dass die Gültigkeit eines Überweisungsauftrags unabhängig bestimmt werde und nicht von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts (des Versteigerungsvertrags, 拍卖合同) berührt sein sollte.¹⁹

Die gegenteilige Ansicht vertritt die Auffassung, dass die Abtretung im Rahmen des chinesischen Rechts von dem Grundgeschäft abhängig sein soll. Wenn das Grundgeschäft unwirksam oder widerrufen ist, gilt dasselbe für die Abtretung. Wird vom Grundgeschäft zurückgetreten, fällt die abgetretene Forderung automatisch an den Zedenten zurück. Wenn das normale Grundgeschäft aus dem in § 52 VG genannten Grund unwirksam ist, gilt dasselbe für die Abtretung. Da im geltenden chinesischen Recht das Abstraktionsprinzip nicht anerkannt wird, wird die Auswirkung der Abtretung auch vom Grundgeschäft beeinträchtigt. Daher ist die Abtretung unter diesen Umständen kausal abhängig.²⁰

Die oben genannten Unterschiede beruhen immer noch auf der Ansicht über das Abstraktionsprinzip. Aber auch, wenn das Abstraktionsprinzip anerkannt wird, kann die Wirksamkeit des Grundgeschäfts ausdrücklich oder implizit eine Bedingung des Abtretungsvertrages sein.²¹ Zum Beispiel enthalten die Willenserklärungen des Forderungskaufvertrags bereits die Einigung auf den Wechsel der Zuordnung der Forderung. Darüber hinaus erfolgt zwischen den Parteien der Abtretung neben der Verfügung über die Forderung keine zusätzliche körperliche Übergabe. Die Abtretung fällt oft mit ihrem kausalen Grundgeschäft (wie Kauf, Verkauf, Schenkung) zusammen oder ist oft in das kausale Grundgeschäft einbezogen worden. Entscheidend sind hier nur die allgemeinen Auslegungsregeln. Wenn beide gleichzeitig auftreten, betreffen die Willenserklärungsmängel des Verpflichtungsgeschäfts auch die Willenserklärungsmängel des Verfügungsgeschäfts. Im Falle eines Forderungsverkaufsvertrags wie im obigen Beispiel werden Mängel der Willenserklärung der Abtretung auch anerkannt, wenn die Mängel der Willenserklärung beim Kaufvertrag vorliegen.²² Wenn die Partei das Anfechtungsrecht aufgrund der Mängel der Willenserklärung ausübt, so wird dies dahingehend ausgelegt, dass der Kaufvertrag und die Abtretung als Verfügungsgeschäft zusammen angefochten werden. Daher wird die Anwendung des Abstraktionsprinzips hier begrenzt sein. Doch fallen die beiden Rechtsgeschäfte zeitlich auseinander, ist die Situation ganz anders.

3. Verfügungsbefugnis des Zedenten

Wenn die Forderung im Zeitpunkt der Abtretung nicht besteht, ist die Abtretung nach der Rechtsprechung des Oberen Volksgerichts der Provinz Zhejiang wegen des Mangels des Gegenstandes nicht wirksam.²³

Selbst wenn die abzutretende Forderung besteht, muss der Zedent auch die Verfügungsbefugnis für die Forderung haben, da die Abtretung ein Verfügungsgeschäft ist. Obwohl der Begriff des Verfügungsgeschäfts selten in der Rechtsprechung erscheint,²⁴ („setzt der Abtretungsvertrag der Gläubigerin eine gültige Forderung und die Verfügungsbefugnis in Bezug auf die abzutretenden Forderung voraus“)²⁵ wird er aber grundsätzlich anerkannt. Wenn der Zedent nicht berechtigt ist, über das Recht des Gläubigers zu verfügen, ist der Abtretungsvertrag gemäß § 51 VG schwebend unwirksam und erfordert die Zustimmung des Rechtsinhabers (in der Regel des Gläubigers).

²¹ Günther H. Roth (Fn. 17), § 398 Rn. 23.

²² Günther H. Roth (Fn. 17), § 398 Rn. 23.

²³ Vgl. Oberes Volksgericht der Provinz Zhejiang Az. (2011) 浙商提字第 74 号.

²⁴ Vgl. Mittleres Volksgericht der Stadt Hangzhou Az. (2013) 浙杭商终字第 2010 号; Oberes Volksgericht der Provinz Jiangxi Az. (2014) 赣民二终字第 11 号; Oberes Volksgericht der Provinz Jilin Az. (2015) 吉民提字第 53 号.

²⁵ Vgl. Mittleres Volksgericht der Stadt Hangzhou Az. (2013) 浙杭商终字第 2010 号; Oberes Volksgericht der Provinz Jiangxi Az. (2014) 赣民二终字第 11 号; Oberes Volksgericht der Provinz Jilin Az. (2015) 吉民提字第 53 号.

¹⁷ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 462 f.; Jan Busche, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2012, § 398 Rn. 2; Günther H. Roth, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2019, § 398 Rn. 25.

¹⁸ ZHANG Guangxing (Fn. 7), S. 235.

¹⁹ Oyle Investment Management Co., Ltd. und Bazhou Huataitang Pharmaceutical Co., Ltd. (奥伊尔投资管理有限责任公司与霸州华泰堂制药有限公司债权转让合同纠纷上诉案), Datenbank der Peking-Universität (北大法宝, pkulaw.cn), Zitiercode CLI.C.373253.

²⁰ CUI Jianyuan (崔建远), Die rechtliche Ausgestaltung der Abtretung (债权让与的法律构成论), in: Faxue (法学) 2003, Nr. 7, S. 61.

Wenn der Zedent die gleiche Forderung mehrmals abtritt, werden die nachfolgenden Abtretungen schwebend unwirksam. Die früher erfolgte Abtretung verschafft dem ersten Zessionar die Forderung, so dass die spätere Abtretung ein Verfügungsgeschäft ohne Verfügungsbefugnis ist. Wenn der erste Zessionar dessen Genehmigung ablehnt, sind solche Abtretungen unwirksam. Das Mittlere Volksgericht Peking hat in einem Fall der Doppelabtretung die Regelung der „Zeit-Priorität“ („first come, first served“) angewendet.²⁶

In scharfem Unterschied dazu wird in zwei Gerichtsurteilen aus der Provinz Guangdong die Mitteilung der Abtretung an den Schuldner als Voraussetzungen der Abtretung angesehen. Das erstinstanzliche Urteil, das ursprünglich die „first come, first served“-Regel anwendete, wurde aufgehoben. Somit konnte der erste Zessionar, an den zuerst abgetreten wurde, wobei aber keine Mitteilung an den Schuldner erfolgte, die Forderung nicht einfordern, und der zweite Zessionar, an den anschließend abgetreten und dies dem Schuldner auch mitgeteilt wurde, erhielt die Forderung.²⁷ Diese beiden Urteile haben die konstitutiven Elemente der Abtretung missverstanden, weil die Mitteilung keine Voraussetzung der Abtretung ist. Die Mitteilung in § 80 VG ist nur eine Schutzklausel für den Schuldner, dem die Abtretung unbekannt ist, und kann nicht die Zuordnung der Forderung bestimmen.²⁸ Die Erfüllung des Schuldners, dem die Abtretung unbekannt ist, an den Zedenten kann die Forderung zum Erlöschen bringen. Der Zessionar kann nur die vom Zedenten empfangene Leistung aufgrund der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

4. Bestimmtheit der Forderung

Der Abtretungsvertrag erfordert laut eines Urteils des Mittleren Volksgerichts Nanjing neben der Zustimmung des Gläubigers und des Dritten auch die genaue Bezeichnung des Gläubigers, und die Spezifizierung des Gegenstands.²⁹ Die Identität der Forderung wird üblicherweise durch die Identität der Zahlung und die Identität des Gläubigers und des Schuldners bestimmt.³⁰ Die Umsetzung dieser Bestimmtheitsvorgaben erfolgt in der Regel bei Abschluss des Abtretungsvertrages oder bei Eintritt der (zukünftigen) Forderung. Die rechtlichen Gründe für die Forderung müssen ebenfalls erläutert werden, aber diese Beschreibung muss nur die Ansprüche spezifizieren. Selbst wenn die Bestimmung bei Kredittransfers einen großen Zeit- und Arbeitsaufwand erfordert, ist die Abtretung effektiv. Die Wirksamkeit der Abtretung bleibt auch im Fall fal-

scher Behauptungen und Forderungen, zum Beispiel zur Höhe der Schulden, zur Leistung der Gegenstände, zur Identität des Schuldners, sofern die Gläubiger noch identifiziert werden können, unberührt.³¹

Ein wichtiges Beispiel stellen Forderungen aus Bauvertrag dar. Der Unternehmer in der Praxis tritt oft seinen Vergütungsanspruch aus dem Bauvertrag an Dritte ab. Da die Baumenge und der Baupreis nicht mit dem beklagten Schuldner abgerechnet wurden, kann die Höhe der Vergütung zwischen dem Gläubiger und dem Beklagten in solchen Fällen häufig nicht bestätigt werden, wie ein Urteil des Unteren Volksgerichts der Stadt Anqiu zeigt.³² Deshalb kommt es zu vielen Klagen, und in der Rechtsprechung wird die Wirksamkeit der Abtretung wegen der sogenannten Unbestimmtheit der Forderung verneint. Den Gründen des angegebenen Urteils ist schwer zuzustimmen. Ob die Schuld beglichen wird oder nicht, hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Abtretung. Es gibt aber keine Einwände dagegen, dass dem Zessionar die streitige Forderung im entscheidungserheblichen Zeitpunkt zugestanden hat. Der Zessionar kann die Forderung dann geltend machen, wenn er als solcher feststeht.

Wie das Bestimmtheitserfordernis bei der künftigen Forderung zu erfüllen ist, ist schwierig zu beurteilen. Selbst wenn die Forderung erst in der Zukunft entsteht, gilt, dass sie in gleicher Weise abtretbar ist, solange das Rechtsverhältnis als Ursache des Vorfalls objektiv existiert, sein Inhalt klar ist und die Entstehung der zukünftigen Forderung höchst wahrscheinlich ist.³³ Mit anderen Worten: Solange der Grund der künftigen Forderung oder der für das Entstehen maßgebliche Lebensverhalt bestimmt ist, kann die Abtretung bei ihrem Eintritt wirksam werden. Umstrittener ist dies für eine zukünftige Forderung, für die nur faktische Verhältnisse vorliegen und kein rechtlicher Grund entstanden ist, wie etwa die Forderung aus dem Vertragsabschluss.³⁴ Manche Autoren vertreten, dass selbst dann, wenn das Rechtsverhältnis als Grund der Abtretung nicht existiert, eine solche Forderung abgetreten werden kann, solange ein klarer Maßstabe vorliegt, nach dem die Forderung zu bestimmen ist.³⁵ Die bei zukünftigen Geschäftsaktivitäten entstehende Forderung (deren Grund nicht bestimmt wurde) kann auch im Voraus abgetreten werden, so lange sie bestimmbar ist, zum Beispiel die zukünftige Forderung des Unternehmers.

In einem Urteil des ersten Mittleren Volksgerichts in Shanghai wurde die Abtretung der künftigen For-

²⁶ Drittes Mittleres Volksgericht der Stadt Beijing Az. (2016) 京03民终2737号.

²⁷ Mittleres Volksgericht der Stadt Dongguan Az. (2015) 东中法民二终字第972号; Mittleres Volksgericht der Stadt Jiangmen Az. (2014) 江中法民二终字第164号.

²⁸ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 460; WANG Liming/FANG Shaokun/WANG Yi (王利明、房绍坤、王轶), Vertragsrecht (合同法), 4. Auflage, Beijing 2013, S. 178.

²⁹ Vgl. Mittleres Volksgericht der Stadt Nanjing Az. (2014) 宁商终字第891号.

³⁰ Jan Busche (Fn. 17), § 398 Rn. 8.

³¹ Günther H. Roth (Fn. 17), § 398 Rn. 68.

³² Vgl. Volksgericht der Stadt Anqiu Az. (2014) 安民初字第3127号.

³³ Vgl. HAN Haiguang/CUI Jianyuan (韩海光、崔建远), Der Gegenstand der Abtretung (论债权让与的标的物), in: Zeitschrift für politisches und rechtliches Management der Provinz Henan (河南省政法管理干部学报), 2003 Nr. 5, S. 14.

³⁴ Vgl. DONG Jingbo (董京波), Untersuchung der Abtretung zukünftiger Forderung in der Asset-Verbriefung (资产证券化中的将来债权转让制度研究), in: Journal of China Universität für Politikwissenschaft und Recht (中国政法大学学报), 2009 Nr. 2, S. 119.

³⁵ Vgl. HAN Haiguang/CUI Jianyuan (Fn. 33), S. 14.

derung wegen deren Unbestimmtheit für unwirksam erklärt. Aber die Begründung des Urteils ist sehr zweifelhaft: „Die künftigen Ansprüche sind in diesem Fall der vereinbarte Betrag an Anleihen, den die Jiaying Agricultural Company bei der zukünftigen wirtschaftlichen Tätigkeit generieren kann. Ob die zukünftigen Forderungen in der vereinbarten Höhe vernünftigerweise zu erwarten sind, sollte davon abhängen, ob das Recht der zukünftigen Forderungen relativ sicher ist. Um die zukünftigen Ansprüche im konkreten Fall bestimmen zu können, sollte zunächst auf die vorherigen Betriebsbedingungen der Jiaying Agricultural Company abgestellt werden. Das derzeitige „Commercial Factoring Application and Agreement“ und ihre Anhänge erfassen die bisherigen Betriebsbedingungen der Jiaying Agricultural Company und berechnen auf dieser Grundlage die Höhe der abtretbaren künftigen Forderungen. Die Jiaying Agricultural Company hat jedoch zugegeben, dass die oben genannten Betriebsbedingungen nicht zutreffen, und die Kadwanli Factoring Company hat dies nicht sorgfältig überprüft. Daher reicht der Umstand, dass sich die Parteien nur auf solche falschen Aufzeichnungen berufen, nicht aus, um die künftigen Ansprüche des Falls angemessen zu erwarten, und sie bildet auch nicht die Grundlage für die Abtretung der künftigen Ansprüche. Neben den oben genannten Betriebsbedingungen definieren diese Factoring-Vereinbarungen und ihre Anhänge nur die Dauer künftiger Ansprüche und erwähnen nicht die Geschäftspartner, den Gegenstand des Geschäfts und die Art der entstandenen Schulden. Weitere Vereinbarungen zur Ermittlung der zukünftigen Ansprüche bestehen auch nicht. Daher ist es anhand der vorliegenden Beweise schwer zu bestimmen, dass die künftigen Ansprüche in diesem Fall relativ bestimmt wurden.“³⁶

Der Grund, aus dem die Entscheidung des ersten Mittleren Volksgerichts in Shanghai die Feststellung von Ansprüchen bestreitet, ist durchaus umstritten. Das Factoring von Forderungen umfasst die noch nicht entstandenen Ansprüche, also hat das Factoring eine Finanzierungsfunktion. Gerade weil die Forderung erst in der Zukunft entstehen wird, können „die Geschäftspartner, der Geschäftsgegenstand und die Art der entstehenden Schulden“ nicht im Vorhinein festgelegt werden. Solange jedoch die Parteien die Höhe der künftigen Ansprüche festlegen können, die über den Zeitraum, in dem die Forderungen entstehen, abgetreten werden, können sie Gegenstand einer Zession sein. Falsche Aufzeichnungen über die Geschäftslage des Übernehmers haben keinen Einfluss auf die Abtretbarkeit der Forderung, sondern nur auf die Mängel der Willenserklärung beim Abtretungsvertrag. Wird der Zessionar durch falsche Unterlagen getäuscht, so kann er entscheiden, ob er ein Widerrufsrecht ausüben will.

III. Unabtretbarkeit der Forderungen

Auch wenn der Grundsatz der freien Abtretung besteht, muss die Forderung auch abtretbar sein. § 79 VG kennt drei Arten von Forderungen, die nicht abgetreten werden können: Entweder sind sie wegen der Art der Rechte des Gläubigers nicht abtretbar oder sie können aufgrund der Vereinbarung der Parteien nicht abgetreten werden oder die Abtretung ist gesetzlich nicht erlaubt.

1. Unabtretbarkeit der Forderungen nach der Natur des Vertrags

Der Anspruch, bei dem die Abtretung nach der Art des Vertrags nicht gewährt wird (§ 79 Nr. 1 VG), ist durch den Anspruchsinhalt und das Grundverhältnis gekennzeichnet: Für den Schuldner ist von entscheidender Bedeutung, an wen erfüllt wird. Solche Forderungen lassen sich grob in drei Kategorien unterteilen: bei der ersten hat die Identität des Gläubigers Einfluss auf den Inhalt des Anspruchs (höchstpersönliche Forderungen: an die Person gebundene Forderungen), so dass Änderungen des Gläubigers zu Änderungen des Anspruchsinhalts führen. Bei der zweiten ist der Schuldner zu einer schützenswerten Leistung verpflichtet, die sich aus der Art des Schuldverhältnisses ergibt, die nur an einen bestimmten Gläubiger erbracht werden muss und bei der ein Gläubigerwechsel nicht zu erwarten ist. Zum Beispiel sind Ansprüche auf Dienstleistung und aus Auftrag im Zweifel unabtretbar. Die dritte Kategorie erfasst Ansprüche, bei der zwischen den Rechten des Gläubigers und der Zwecksetzung ein untrennbarer Zusammenhang besteht oder denen die Unabhängigkeit (von Rechten) fehlt. Beispielsweise können akzessorische Sicherungsrechte, die Ansprüche aus der Bürgschaft, nicht vom Hauptanspruch getrennt werden.³⁷

2. Unabtretbarkeit der Forderungen nach Maßgabe des Gesetzes

Es ist schwer zu ermitteln, was § 79 Nr. 3 VG mit der Formulierung meint, dass Rechte aus dem Vertrag „nach gesetzlichen Bestimmungen nicht übertragen werden dürfen“. Weil dieser Paragraph nicht vollständig ist und nicht eigenständig angewendet werden kann, müssen andere Gesetze herangezogen werden, um den Anwendungsbereich zu verdeutlichen. Nach derzeit übereinstimmender Auslegung sind alle Forderungen erfasst, bei denen die Übertragung gesetzlich nicht erlaubt ist. Zum Beispiel sieht § 61 des Sicherheitengesetzes³⁸ vor, dass die mit einer Höchstbetragshypothek gesicherte Vertragsforderung von § 79 Nr. 3 VG erfasst ist.³⁹ Es wird weiter angenommen, dass ein Vertrag, der gemäß § 91 Satz 2 der Allgemeinen Grund-

³⁷ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 467.

³⁸ 中华人民共和国担保法, erlassen am 30.6.1995, chinesische Fassung in: <http://www.gov.cn/banshi/2005-09/01/content_68752.htm>, deutsche Fassung in: <<http://www.chinas-recht.de/inhalt.htm>> eingesehen am 25.05.2019.

³⁹ Vgl. HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 470.

³⁶ Erstes Mittleres Volksgericht der Stadt Shanghai Az. (2015) 沪一中民六(商)终字第640号.

sätze des Zivilrechts (AGZ)⁴⁰ vom Staat in Übereinstimmung mit dem Gesetz einer Genehmigung bedarf, von der ursprünglichen Genehmigungsbehörde bei der Abtretung der Rechte und Pflichten genehmigt werden muss. Wenn die ursprüngliche Genehmigungsbehörde die Abtretung des Rechts nicht genehmigt, ist die Abtretung unwirksam.⁴¹ Andere Wissenschaftler ordnen Forderungen aufgrund spezieller, anderweitiger Vorschriften als unabtretbar ein, zum Beispiel stellt § 34 Abs. 2 des Versicherungsgesetzes⁴² fest: „Eine Versicherung, die nach dem Vertrag auf den Todesfall eine Zahlung von Versicherungsprämien vorsieht, kann nicht ohne die schriftliche Zustimmung des Versicherten übertragen oder mit einem Pfandrecht belastet werden.“⁴³

Über das genannte Verständnis ist nicht nur schwer Konsens zu erzielen, vielmehr kann es auch leicht Verwirrung stiften. Geht die Auslegung der Regelung zur Unabtretbarkeit allein vom geltenden Recht aus, können die Gründe für die gesetzliche Unabtretbarkeit der Forderung verdeckt sein. Damit wird der Unterschied zwischen solchen Ansprüchen und anderen unabtretbaren Ansprüchen verwischt. Zum Beispiel ergibt sich die Frage, ob sich eine bestimmte Art von Forderung, die aufgrund der Art des Vertrags nicht abgetreten werden kann, in eine gesetzlich unabtretbare Forderung verwandelt?

Nach meiner Ansicht ergibt sich der Umfang der gesetzlich unabtretbaren Forderung nicht nur aus der Fassung des Gesetzes, sondern es sind auch die Ursachen der Unabtretbarkeit in Betracht zu ziehen. Darüber hinaus sollte eine Gesamtbetrachtung des Systems der Unabtretbarkeit erfolgen. Die Arten der Unabtretbarkeit der Forderung von § 79 Nr. 1 und Nr. 2VG⁴⁴ ergeben sich eher aus der Perspektive des Privatrechts: entweder aus dem Inhalt der Forderung oder dem Verhältnis zwischen der Forderung und dem zugrunde liegenden Geschäft, oder es ist der Schutz des Schuldners nach dem zugrunde liegenden Geschäft zu berücksichtigen. Manche Forderungen sind jedoch aufgrund von sozialpolitischen Erwägungen wegen der Schutzbedürftigkeit sozial benachteiligter Gruppen unabtretbar. Im Unterschied zu der vertraglichen unabtretbaren Forderung liegt die Besonderheit dieser Forderung darin, dass sie auf sozialpolitischen Erkenntnissen beruht. Daher darf der Schuldner diesen gesetzlichen Schutz nicht durch Vereinbarung abdingen.

Das typische Beispiel der gesetzlichen Unabtretbarkeit ist die unpfändbare Forderung (§ 243 Abs. 1 S. 2 chinesische ZPO⁴⁵).

Meiner Meinung nach sollten die rechtlich unabtretbaren Forderungen mit dem öffentlich-rechtlichen Sozialrecht verknüpft sein und nicht mit den beiden oben genannten Kategorien übereinstimmen. Die Forderung aus § 34 Abs. 2 des Versicherungsgesetzes sollte zum Schutz der Interessen der Versicherten gewährt werden, um ein moralisches Risiko zu vermeiden. Daher kann der Schuldner auf die zu schützenden Leistungen verzichten und der Abtretung zustimmen. Solche Forderungen sollten als Forderung klassifiziert werden, die aufgrund der Art des Vertrags nicht abgetreten werden können. Die mit einer Höchstbetrags hypothek gesicherte Vertragsforderung ist gemäß § 61 des Sicherheitengesetzes nicht abtretbar, da sie zum Zweck der Abrechnung eines bestimmten Zeitraums und mit Rücksicht auf das Grundgeschäft bestehen. Diese Bestimmung wurde jetzt durch § 204 des Sachenrechtsgesetzes⁴⁶ geändert, ein solches Verbot existiert in dieser Vorschrift bisher nicht. § 91 Abs. 2 AGZ bezieht sich auf die Genehmigung durch die öffentliche Gewalt, das heißt die Zustimmung eines Dritten außerhalb des Vertrags; sie hat nichts mit der Zustimmung des Schuldners zu tun und gehört nicht zu der Art der gesetzlichen Unabtretbarkeit.

3. Unabtretbarkeit der Forderungen nach der Vereinbarung der Parteien (vertragliches Abtretungsverbot)

Das Vertragsrecht schützt die Interessen des Schuldners vor der Abtretung und hat entsprechende Schutznormen festgelegt. Jedoch erhält der Schuldner nur einen Mindestschutz. Wenn andere Interessen bestehen, bedarf es einer Vereinbarung, um nach § 79 Nr. 2 VG die Abtretung auszuschließen oder zu beschränken. Ersteres ist das vereinbarte Verbot der Abtretung (im engeren Sinne), während Letzteres (im weiteren Sinne) eine Vereinbarung einschließt, die die Abtretung einschränkt. Zum Beispiel muss für die Abtretung die Zustimmung des Schuldners eingeholt oder der Schuldner benachrichtigt werden.

Die in der Praxis auftretenden Vertragsbedingungen legen oft fest, dass die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ohne vorherige Zustimmung der anderen Partei nicht oder nur teilweise auf einen Dritten übertragen werden können.⁴⁷

⁴⁰ 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, in: Chinas Recht, 12.4.86/1.

⁴¹ WANG Liming/FANG Shaokun/WANG Yi (Fn. 28), S. 178.

⁴² 中华人民共和国保险法, erlassen am 30.6.1995, chinesische Fassung in: <http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-07/06/content_1942828.htm> eingesehen am 25.05.2019, deutsche Fassung: Frank Münzel, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2010, S. 279 ff.

⁴³ CUI Jianyuan (Fn. 12), S. 244.

⁴⁴ Siehe unten: 3. Unabtretbarkeit der Forderungen nach der Vereinbarung der Parteien (vertragliches Abtretungsverbot).

⁴⁵ 中华人民共和国民事诉讼法, am 9.4.1991, chinesische Fassung in: <http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-06/29/content_2024892.htm> eingesehen am 25.05.2019; deutsche Fassung: Caspar Heinrichowski/Knut Benjamin Piffler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2012, S. 307 ff.

⁴⁶ 中华人民共和国物权法, erlassen am 16.3.2007, chinesische Fassung in: New Law and Regulations Monthly [新法规月刊] 2007, Nr. 1, S. 12 ff., deutsche Fassung: ZHOU Mei/QI Xiaokun/Sebastian Lohsse/LIU Qingwen, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2007, S. 78 ff.

⁴⁷ Vgl. Volksgericht der Stadt Shaoxing Az. (2009) 绍商初字第790号; Volksgericht des Bezirks Pudong der Stadt Shanghai Az. (2013) 浦民二(商)初字第1225号.

Bei diesen Vertragsbedingungen geht es nicht um die Abtretung der einzelnen Rechte aus dem Vertrag, sondern um die Übertragung aller oder eines Teils der vertraglichen Rechte und Pflichten. Dieser Inhalt der Vereinbarung beinhaltet nicht die Abtretung der Forderungen aus dem Vertrag, sondern die vollständige oder teilweise Übertragung der vertraglichen Rechte und Pflichten (§ 88 VG). Diese Vertragsbedingung ist nichts anderes als eine negative Formulierung, um § 88 VG zu wiederholen. Eine solche Vereinbarung sollte daher nicht als ein Verbot der Übertragung der Bestimmungen des § 79 VG ausgelegt werden, sondern betrifft nur die allgemeine Übertragung von Rechten und Pflichten.

Das vertragliche Verbot der Abtretung ist selten Gegenstand von Gerichtsurteilen. Die Abfassung des Urteils ist auch relativ einfach, wenn es um die Wirksamkeit des vertraglichen Verbots geht. Es folgt im Allgemeinen dem Wortlaut des § 79 und vertritt die Ansicht, dass die Abtretung wegen Verstoßes gegen das vertragliche Verbot unwirksam ist. Der Zessionar kann keine Forderung erwerben.⁴⁸ Im Gegensatz dazu besteht eine intensive Diskussion darüber, welche Natur und Wirkung das vertragliche Abtretungsverbot hat.

4. Theoretische Grundlage der Abtretbarkeit: Inhaltstheorie

Wenn die Partei die Forderung entgegen dem vertraglichen Verbot doch abtritt, geht die Forderung nicht auf den Zessionar über. Dieses Verständnis kann auf § 399 Alt. 2 BGB zurückzuführen sein. Die Parteien vereinbaren kein unübertragbares Recht, sondern die Übertragbarkeit des Rechts ist in dem Vertrag entzogen. Von Anfang an wird ein höchstpersönliches Recht begründet, damit nur der Gläubiger vom Schuldner die Leistung fordern kann.⁴⁹

Nach dieser Theorie ist die Vereinbarung des vertraglichen Abtretungsverbots kein Verfügungsgeschäft, sondern ein Verpflichtungsgeschäft.⁵⁰ Denn diese Vereinbarung ist ein Vertrag und bestimmt den Inhalt der Belastung (auf die der Schuldner Zahlung leistet). Es wird anerkannt, dass das Prinzip der Privatautonomie nicht auf Verfügungsgeschäfte angewendet werden kann. Dennoch trifft dies hier nicht zu. Diese Vereinbarung stellte weder eine Verpflichtung für den Dritten dar noch erlitt er eine ungünstige Belastung; sie hatte auch keine Rechtswirkung, die unmittelbar mit dem Dritten verbunden war. Die Rechtsfolge, dass die Forderung nicht auf den Zessionar übergehen kann, be-

ruht auf der inhaltlichen Beschränkung der Forderung selbst und verursacht indirekt die nachteiligen Folgen für den Gläubiger.⁵¹ Dieses Ergebnis spiegelt nur das vertragliche Verbot am besten wider.⁵²

5. Durchbrechung der Inhaltstheorie: Abweichung von der absoluten Wirkung

„Forderungen können abgetreten werden“ ist nur das Ergebnis der Auslegung der Willenserklärung der Parteien. Die herrschende Meinung ist nur eine Interpretation im Rahmen der Privatautonomie. Die Vereinbarung des vertraglichen Verbots muss den Interessen der Parteien Rechnung tragen und Lösungen suchen, die ihren Interessen besser entsprechen. Daher bestehen viele Interpretationsmöglichkeiten für diese Vereinbarung. Diese geht entweder von dem Gegenstand oder von der Rechtsmacht der Forderung aus. Darunter sind folgende Lehrmeinungen zu erfassen: die Theorie der relativen Unwirksamkeit, die schuldrechtliche Theorie, die Theorie, die nach dem subjektiven Zustand des Dritten differenziert.

Nach der Theorie der relativen Unwirksamkeit besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen der Übereignung von verbotenen Sachen aufgrund von Rechtsgeschäften und dem vertraglichen Abtretungsverbot. Das vertragliche Abtretungsverbot ist danach kein zwingendes Recht zum Schutz des öffentlichen Interesses, sondern zum Schutz eines bestimmten Schuldners. Deshalb könne es nur im Verhältnis zum Schuldner zu einer Unwirksamkeit führen, während die Zession für andere immer noch wirksam sei.⁵³

Obwohl die Theorie der relativen Unwirksamkeit förderlicher als die der absoluten Unwirksamkeit ist, schwächt sie die Rechtsstellung des Zessionars als Gläubiger erheblich und der Forderungsinhaber erlangt nur eine formale Rechtsstellung.⁵⁴ Obwohl der Zessionar Gläubiger ist, bleiben die Befugnisse zum Empfang und zur Einziehung beim Zedenten. Der Zessionar kann wegen des Abtretungsverbots keine Forderung gegen den Schuldner geltend machen. Der Zedent hat andere Befugnisse, um über die Forderung im Verhältnis zum Schuldner zu verfügen, zum Beispiel Aufrechnung, Änderung des Inhalts, Stundung. Sofern der Schuldner der Abtretung zustimmt oder die Schulden freiwillig erfüllen will, kann der Zessionar die vorstehenden Angelegenheiten nicht gegenüber dem Schuldner geltend machen.⁵⁵ Wenn ein Gläubiger des Zedenten die Forderung des Gläubigers beschlagnahmt, obwohl der Zessionar als Gläubiger Drittwi-

⁴⁸ Vgl. Mittleres Volksgericht der Stadt Xuzhou Az. (2009) 徐民二(商)初字第119号, in dieser Entscheidung hat der Richter folgendes dargestellt: Da im abgeschlossenen Vertrag vereinbart wird, dass der Kläger die Forderung aus diesem Vertrag ohne schriftliches Erlaubnis des Beklagten nicht willkürlich an Dritte abtreten darf, ist die willkürliche Abtretung nichtig. Ferner hat der Beklagte bei Mitteilung über die Abtretung, diese ausdrücklich verweigert. Die Abtretung des Klägers ist also nichtig und er kann immer noch gegen den Beklagten die Forderung geltend machen.

⁴⁹ RG 26.3.2015 – III 505/14, RGZ 86, 350, 351.

⁵⁰ Eberhard Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, Tübingen 1994, S. 161.

⁵¹ Eberhard Wagner (Fn. 50), S. 174 ff.

⁵² Eberhard Wagner (Fn. 50), S. 419.

⁵³ Eberhard Wagner (Fn. 50), S. 246.

⁵⁴ Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998, S. 293.

⁵⁵ Ob der Schuldner eine Befreiung vom Abtretungsempfänger gewähren kann, ist umstritten. Es besteht die Ansicht, dass der Zessionar zu Empfang berechtigt ist, daher kann die Befreiung vorkommen, aber diese Ansicht ist nicht überzeugend. Eine überzeugendere Ansicht ist, dass die geschützte Person auf die Einrede relativer Unwirksamkeit verzichten kann, vgl. Alexander Neßner, Vertragliche Abtretungsverbote, 1. Auflage, Berlin 2013, S. 236.

derspruchsklage erheben kann oder wenn der Zedent insolvent wird, hat der Zessionar ein Aussonderungsrecht. Wegen mangelnder Befugnis, die Forderung zu verwirklichen, kann der Zessionar die Forderungen jedoch nicht gegen den Schuldner geltend machen. Wenn der Gläubiger des Zessionars die Forderung pfändet, wird der Gläubiger die gepfändete Forderung nicht geltend machen können.⁵⁶ Da die Befugnisse des Vollstreckungsgläubigers sich aus der Rechtsstellung des Vollstreckungsschuldners ergeben, kann er nicht mehr Rechtsmacht genießen als der Zessionar, der keine Einziehungsbefugnis hat. Demnach erhält der Zessionar einerseits nur negative „Forderung“, andererseits fehlt dem Zedenten die Motivation, die Forderung einzuziehen.

Nach der schuldrechtlichen Theorie wird das vertragliche Abtretungsverbot als eine schuldrechtliche Vereinbarung im weiteren Sinn verstanden: Der Gläubiger ist verpflichtet, die Forderung nicht abzutreten.⁵⁷ Mit anderen Worten: Das Verbot der Vereinbarung berührt nicht den Inhalt der Forderung, sondern löst nur eine Unterlassungspflicht im Innenverhältnis aus, das heißt der Gläubiger, der die Pflicht verletzt, haftet nur für den Schaden des Schuldners,⁵⁸ der Gläubiger hat immer noch die Befugnis, über die Forderung im Außenverhältnis frei zu verfügen. Das Modell umfasst die Internationale Factoring-Konvention der Vereinten Nationen (Ottawa-Konvention), das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Handelsforderungen und das einheitliche Handelsgesetzbuch der USA, Kapitel 9, Abschnitte 9-406 (d) und 9-408 (a) (überarbeitet 2001). Der rechtliche Grund für dieses Modell besteht darin, dass Forderungen und andere Rechte mehr und mehr zum Gegenstand von Kreditsicherungen für verschiedene Finanztransaktionen werden.⁵⁹ Daher ist es für den Gesetzgeber erforderlich, für diese ideellen Vermögensgegenstände Zugeständnisse zu machen. Einige Autoren sind der Ansicht, dass die Vorschriften des einheitlichen Handelsgesetzbuchs der USA und eine Reihe einschlägiger internationaler Übereinkommen nicht nur die praktischen und schnellen Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs widerspiegeln, sondern auch dem Grundsatz der Relativität des Vertrages entsprechen.⁶⁰ Jedoch meinen die Vertreter der Gegenansicht, dass diese Regel auf Kosten des Schuldnerschutzes gehe und die Übertragung von Forderungen zu sehr betone, die hauptsächlich für das Factoringgeschäft, das internationale Forderungstrans-

fergeschäft und das Sicherungsabtretungsgeschäft des Finanzinstituts Bedeutung habe. Daher sollten diese Regelungen nicht auf das bürgerliche Recht erweitert werden.⁶¹

Eine Lehre mit großem Einfluss stellt auf den subjektiven Zustand des Dritten, auf dessen Gutgläubigkeit ab.⁶² Die Wirkung des Abtretungsverbots wird davon abhängig gemacht, ob der Zessionar als Dritter die Existenz des Verbots kannte oder kennen musste. Der gutgläubige Zessionar kann Inhaber der abgetretenen Forderung sein, aber der Schuldner kann den Zedenten auf Haftung wegen Vertragsverletzung in Anspruch nehmen. Darüber hinaus ist der gutgläubige Drittzessionar des böswilligen Zessionars auch ein „gutgläubiger Dritter“, so dass dieser gutgläubige Zessionar den Anspruch wirksam erwerben kann. Bezüglich des subjektiven Zustands des Dritten glaubt HAN Shiyuan, dass man für die Frage, ob es Verschulden außer im Fall der Unkenntnis gibt, aus der Position Japans lernen sollte, wonach die Forderung unabtretbar ist, wenn der Zessionar bösgläubig oder wenn er fahrlässig in Unkenntnis ist.⁶³ Entsprechende Vorschriften des ausländischen Rechts für diesen Vorschlag sind Art. 1260 des italienischen Zivilgesetzbuchs, Art. 466 des japanischen Zivilgesetzbuches, Art. 294 des Bürgerlichen Gesetzbuches von Taiwan und die Grundregel des Europäischen Vertragsrechts (Art. 11: 301 Abs. 1 lit. c)⁶⁴ sowie extraterritoriales Recht, wie Abs. 2 Art. 9.1.9 UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge⁶⁵. Aber diese Theorie steht noch immer vor den folgenden Fragen:⁶⁶

⁶¹ LI Yunfeng (李永峰), Einige streitige Probleme über die Abtretung (债权让与的若干争议问题——债务人与债权人的利益冲突与整合), in: Politik und Recht (政治与法律) 2006, Nr. 2, S. 70.

⁶² HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 469.

⁶³ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 469 f.

⁶⁴ Artikel 11:301: Vertragliches Abtretungsverbot

(1) Eine Abtretung, die durch den Vertrag verboten ist, aus dem der abgetretene Anspruch erwächst, oder die diesem Vertrag in anderer Weise widerspricht, ist dem Schuldner gegenüber unwirksam, es sei denn:

(a) der Schuldner hat der Abtretung zugestimmt; oder

(b) der neue Gläubiger kannte die Vertragswidrigkeit nicht und hätte sie auch nicht kennen müssen; oder

(c) die Abtretung beruht auf einem Vertrag über die Abtretung von künftigen Ansprüchen auf Geldzahlung.

(2) Der vorhergehende Absatz berührt nicht die Haftung des bisherigen Gläubigers für die Vertragswidrigkeit.

⁶⁵ Artikel 9.1.9 (Vertragliche Abtretungsverbote)

(1) Die Abtretung eines Rechts auf Zahlung einer Geldsumme ist auch bei Vorliegen einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner, die eine solche Abtretung beschränkt oder verbietet, wirksam. Doch haftet der bisherige Gläubiger dem Schuldner gegebenenfalls wegen Vertragsverletzung.

(2) Die Abtretung eines Rechts auf eine andere Leistung ist unwirksam, sofern sie im Widerspruch zu einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner steht, welche die Abtretung beschränkt oder verbietet. Doch ist die Abtretung wirksam, wenn der neue Gläubiger im Zeitpunkt der Abtretung die Vereinbarung weder kannte noch hätte kennen müssen; der bisherige Gläubiger haftet dann dem Schuldner gegebenenfalls wegen Vertragsverletzung.

⁶⁶ Fritz Raber, The Contractual Prohibition of Assignment in Austrian Law, in: Notre Dame Law Review 64 (1989), S. 189.

⁵⁶ Christian Berger (Fn. 54), S. 294.

⁵⁷ Alexander Nefzger (Fn. 55), S. 91.

⁵⁸ Es ist schwer vorzustellen, was für einen Schaden der Schuldner wegen Abtretung leidet. Diese Art der Vereinbarung ist nur eine Voraussetzung dafür, dass der Schuldner eine Entschädigung vom Veräußerer verlangt. Darüber hinaus ist die praktische Bedeutung des Schadensersatzes, da der Erwerber im Allgemeinen die Zahlungsfähigkeit im Streitfall verloren hat, ziemlich begrenzt. Siehe Grant Gilmore, Security Interests in Personal Property, Volume 1, Boston 1965, S. 222.

⁵⁹ SHEN Jianping, Vergleichende Untersuchung der Wirksamkeit der Abtretungsverbotsklausel, in: Global Law Review 2008, Nr. 6, S. 56.

⁶⁰ CUI Jianyuan (Fn. 13), S. 208.

Erstens fehlen die Identifizierungskriterien für den guten Glauben und den bösen Glauben.⁶⁷ Denn die Forderung ist ein relatives Recht und nicht offenkundig, die Abtretung erfolgt nur durch Vereinbarung der beiden Parteien ohne Zustimmung der Schuldner. Daher hat die dritte Person im Allgemeinen keine Möglichkeit, den wahren Zustand der Forderung und deren Änderungen zu erkennen. Der Zessionar ist in den meisten Fällen in gutem Glauben, es sei denn, er weiß, dass ein vertragliches Abtretungsverbot vereinbart wurde. Da diese Kenntnis erfahrungsgemäß selten ist, liegt die Bösgläubigkeit eher infolge grober Fahrlässigkeit vor. Dies setzt voraus, dass der Zessionar (der Dritte) verpflichtet ist, zu prüfen, ob ein vertragliches Abtretungsverbot besteht, wenn die Forderung abgetreten wird. Sofern in China das Kreditregistersystem verwirklicht und daraus für die Abtretung geschlussfolgert wird, dass der Dritte (Zessionar) sich grob fahrlässig in Unkenntnis befindet, wenn er nicht im Register nachschlägt. Diese Folge wird den Zessionar erheblich belasten und solch übermäßige Verpflichtungen sind der Verkehrssicherheit nicht förderlich. In Anbetracht der großflächigen Verwendung von AGB und der Aufnahme des Abtretungsverbots in AGB kann der Zessionar das vertragliche Abtretungsverbot nicht erkennen. Das oben erwähnte internationale Übereinkommen über die Abtretung der Forderung, das den guten Glauben des Zessionars als Standard aufgibt, kann auf denselben Erwägungen beruhen.

Zweitens ist die Rechtswirkung dieses Modells von den subjektiven Kenntnissen Dritter abhängig. Um dieses Modell zu stützen, wird davon ausgegangen, dass die Abtretung wirksam ist, wenn ein Dritter (Zessionar) gutgläubig handelt. Der Schuldner kann den Zedenten jedoch weiterhin wegen einer Vertragsverletzung in Anspruch nehmen. Wenn der Dritte bösgläubig ist, gehen die Einschätzungen über die Auswirkung der Vertragsverletzung auseinander. Einige glauben, dass der Vertrag zwischen Zessionar und Zedenten auch dann verbindlich ist und dass nur der Schuldner den Einwand der Bösgläubigkeit geltend machen muss. Wenn der Dritte in gutem Glauben ist, kann er sich nicht auf den Einwand berufen. Diese Auffassung nennt man die schuldrechtliche Wirkung. Dennoch hat nach der Theorie von der dinglichen Wirkung der Gläubiger nicht nur die Pflicht, die Forderung nicht abzutreten, sondern es verliert auch die Forderung selbst ihre Übertragbarkeit. Die Abtretung entgegen dieser Verbotsvereinbarung ist unwirksam. Die besondere Vereinbarung ist auf die Interessen des Schuldners ausgerichtet und sollte nicht nur vom Schuldner, sondern auch von einem Dritten geltend gemacht werden können.⁶⁸ Wenn der Dritte bösgläubig ist, wird die Wirkung der Abtretung nach dieser Theorie unwirksam sein. Das würde den Fehler wiederholen, den Schuldner übermäßig zu schützen.

⁶⁷ Horst Eidenmüller, Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 204 (2004), S. 470 f.

⁶⁸ HAN Shiyuan (Fn. 10), S. 469 f.

6. Stellungnahme

Die Übertragbarkeit von Forderungen kann normalerweise aus zwei Perspektiven betrachtet werden.⁶⁹ Die eine rückt die Art der Forderungen in den Vordergrund (objektive Betrachtung), die andere stellt auf das Verhältnis zwischen der Forderung und dem Forderungsinhaber ab (subjektive Betrachtung). Wenn man von der erstgenannten objektiven Betrachtung ausgeht, zum Beispiel bei einer höchstpersönlichen Forderung, kann die Forderung aufgrund ihrer Art nicht abgetreten werden. Von Letzterer ausgehend ist zu beachten, dass es verboten ist, die vereinbarte Forderung selbst frei abzutreten, nur weil der Schuldner lediglich an einen bestimmten Gläubiger leisten kann, so dass die Verbindung zwischen den Subjekten und der Forderung eingeschränkt wird oder fehlt. Die Zuordnung der Forderung muss das Verhältnis zwischen den Forderungen und den jeweiligen Subjekten einbeziehen. Hinsichtlich des Rechts an sich ist die Forderung verfügbar (objektive Perspektive) und hinsichtlich des Rechtssubjekts ist die Forderung mit dem Verfügungsbefugten verbunden (subjektiv Perspektive).⁷⁰

Selbst wenn die Forderung als relatives Recht eingeordnet wird, erkennt die Rechtsordnung an, dass sie dem Gläubiger als Person zusteht.⁷¹ Dies bedeutet, dass nur die Person Anspruch auf Leistung des Schuldners hat, der die Forderung noch immer ausschließlich zusteht. Somit lässt sich die Funktion der Forderung nicht nur als das Leistungsverhältnis zwischen den beiden Parteien ansehen, sondern sie ordnet dem Gläubiger auch den Vermögenswert der Forderung zu. Die Gläubiger haben die Möglichkeit, eine Leistung zu verlangen, und andere sind dazu verpflichtet: Eine solche Forderung stellt das Vermögen des Gläubigers dar und kann unter bestimmten Bedingungen „kommerzialisieren“ werden, als wäre es ein physischer Gegenstand. Die Forderungen haben, ebenso wie Sachenrechte, einen Vermögenswert, der sich nicht nur als Umlaufwert realisiert, sondern auch als Haftungsmasse fungiert.⁷²

Obwohl der Schuldner durch das vertragliche Abtretungsverbot geschützt ist, ist der Preis, dass die Forderung frei abzutreten ist. Das Verbot dient nur dazu, die oben genannten Interessen des Schuldners zu schützen; der Verlust der Verkehrsfähigkeit erscheint als ein übermäßiger Schutz des Schuldners (Verhält-

⁶⁹ Der Begriff des Verfügungsverbots dient der Beschränkung der Übertragung von Vermögen; die Unabtretbarkeit bezieht sich auf die Folge der Verbotsvereinbarung innerhalb der Forderung. Die Verwendung der Terminologie beruht auf der Perspektive, nämlich Doppelattribut der Forderung, vgl. Heinrich Dörner, Dynamische Relativität, München 1985, S. 142 f.

⁷⁰ Das bedeutet aber nicht, dass die Forderung dem Herrschaftsrecht gleichzustellen ist, und dass es nicht notwendig ist, den Begriff des Eigentums an Forderung zu benutzen. Die Zuordnung der Forderung beschreibt nur das Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt und ist nur eine rein abstrakte Denkform und nicht geeignet, um bestimmte Rechtswirkungen zu rechtfertigen, vgl. Eberhard Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, Tübingen 1994, S. 416.

⁷¹ Jan Busche (Fn. 17), Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 9.

⁷² Jan Busche (Fn. 17), Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 11.

nismäßigkeitsprinzip). *Canaris* hat darauf hingewiesen, dass ein Abtretungsverbot, das zur absoluten Unwirksamkeit der Abtretung führe, einen nahezu unbegrenzten Schutz des Schuldners bewirke, der über den ursprünglichen Schutzbereich der Vereinbarung hinausgehe und „überschießende“ übertriebene Folge sei.⁷³ Insofern steht das Abtretungsverbot und seine Notwendigkeit in einem erheblichen Missverhältnis zur absoluten Nichtigkeit als Rechtswirkung und die Inhaltstheorie sollte so schnell wie möglich verworfen werden.

Schließlich haben ausländische Wissenschaftler darauf hingewiesen, dass die internationale Tendenz bei der Abtretung von Geldforderungen gegen ein vertragliches Abtretungsverbot dahin geht, dass die Abtretung absolut wirksam ist, und der Gesetzgeber den besonderen Schutz des Schuldners aufgegeben habe. Daher sollte das Modell der absoluten Unwirksamkeit zumindest in Bezug auf die Geldforderungen aufgegeben werden.⁷⁴ Die theoretische Grundlage besteht darin, dass Gläubiger von Geldforderungen Gründe haben, die Forderung entgegen dem vertraglichen Abtretungsverbot abzutreten. Während der Schuldner der Geldforderung sehr wenig davon profitieren kann, an bestimmte Gläubiger zu leisten, hat der Gläubiger gleichzeitig ein hohes Interesse an der Verkehrsfähigkeit der Forderung. Wenn das Abtretungsverbot bei Geldforderungen absolut wirksam ist, führt dies zu typischen Ineffizienzen. Gleichzeitig gibt es keinen offensichtlichen Grund, dem Schuldner der Geldforderung Schwierigkeiten zu bereiten. Die Zirkulation von Geldforderungen zu fördern, selbst wenn die schwachen Interessen des Schuldners geopfert werden, wird dem einzelnen Schuldner keine zu großen Nachteile bringen.⁷⁵ In Anbetracht der obigen Erwägungen sollte man § 79 VG zumindest eine Ausnahme hinzufügen: „Das Verbot der Vereinbarung kann die Wirksamkeit der Abtretung der Geldforderung nicht hindern; die Partei, die gegen die Vereinbarung verstößt, haftet für die vertragliche Pflichtverletzung“.

⁷³ Claus-Wilhelm Canaris, Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, in: Ulrich Huber/Erik Jayme (Hrsg.), Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1992, S. 32.

⁷⁴ Horst Eidenmüller (Fn. 67), S. 471.

⁷⁵ Horst Eidenmüller (Fn. 67), S. 471.

* * *

Draft-Commentary on § 79 Contract Law – An Excerpt

This article presents an excerpt from a commentary on § 79 Contract Law regarding the assignment of claims. In principle, legal claims constitute an important property asset and therefore can be assigned freely. Such an assignment transfers a legal right, which thus requires the assignor to hold legal title of the transferred claim. Reasons for limiting or prohibiting assignment can stem from the content of the claim at hand, the underlying circumstances or societal policies. In addition, parties often agree on the non-assignability of a certain claim. It is pointed out in this article that a prohibition or limitation of assignment also serves to limit the content of the claim itself. The doctrines of relative validity and similar theories are discussed, with focus also placed on the legal status of an assignor, an assignee and a debtor as well as on liquidity and the interests of third parties.

Grenzen der Vertragsfreiheit im Internationalen Privatrecht (§ 12 AT ZGB)

Jan von Hein¹

Abstract

Das in § 12 Satz 1 AT ZGB bekräftigte Territorialitätsprinzip dient in der Rechtspraxis allenfalls als Auffangregel, wenn sich das anwendbare Recht nicht nach dem gemäß § 12 Satz 2 AT ZGB vorrangigen IPRG und der Erläuterung des OVG bestimmen lässt. In dem vorliegenden Beitrag wird daher die Regelung der Parteiautonomie im chinesischen Internationalen Vertragsrecht mit der Rom I-VO und den Haager Prinzipien der Rechtswahl verglichen. Hierbei zeigt sich, dass das europäische und das chinesische Internationale Vertragsrecht trotz unterschiedlicher gesetzlicher Regelungsdichte bei den allgemeinen Anforderungen an die Rechtswahl und das wählbare Recht ein hohes Maß an Übereinstimmung aufweisen. Inhaltliche Abweichungen bestehen beim Schutz schwächerer Parteien (Verbraucher, Arbeitnehmer), wobei die Unterschiede in der praktischen Rechtsanwendung aber nicht allzu groß ausfallen dürften. Die Haager Prinzipien können insoweit zu einer Rechtsharmonisierung durch *soft law* nichts beitragen, weil sie nur für internationale Handelsverträge gelten. Lücken und Unsicherheiten zeigen sich in der EU und in der VR China bei der Anknüpfung oder Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen.

I. Einführung

Die im Jahre 2017 verkündete Kodifikation des Allgemeinen Teils des chinesischen Zivilgesetzbuchs (AT ZGB)² widmet sich zwar in erster Linie dem materiellen Zivilrecht, enthält aber in § 12 AT ZGB auch eine Bestimmung zum internationalen Anwendungsbereich des chinesischen Zivilrechts, die wie folgt lautet: „Auf Zivilaktivitäten im Hoheitsgebiet der Volksrepublik China werden die Gesetze der Volksrepublik China angewandt. Gibt es andere gesetzliche Bestimmungen, so gelten diese Bestimmungen.“ § 12 Satz 1 AT ZGB ist ein Ausdruck des Territorialitätsprinzips, das heißt die Vornahme bestimmter Handlungen in einem Staat wird dessen Recht unterworfen.³ Zudem ist die Norm einseitig formuliert, das heißt sie regelt unmittelbar nur den räumlichen Anwendungsbereich des chinesischen Zivilrechts, nicht aber denjenigen ausländischen Rechts. Würde man dabei stehenbleiben, käme ausländisches Recht vor chinesischen Gerichten nur höchst selten zur Anwendung. Entscheidende praktische Bedeutung hat aber die Verweisung auf den Vorrang anderer gesetzlicher Bestimmungen in § 12 Satz 2 AT ZGB. Hiermit wird vor allem auf das chinesische IPR-Gesetz (IPRG) vom 28.10.2010 Bezug genommen.⁴

Dieses Gesetz regelt detailliert die Frage, welches Recht in Fällen mit Auslandsberührung anzuwenden ist; es wird ergänzt durch die Erläuterungen des Obersten Volksgerichts (OVG) vom 28.12.2012.⁵ Das in § 12 Satz 1 AT ZGB enthaltene Territorialitätsprinzip hat daher lediglich die Bedeutung einer bloßen Auffangregel, die allenfalls dann zum Zuge kommt, wenn sich weder dem IPRG noch der Erläuterung des OVG eine Antwort auf eine kollisionsrechtliche Frage gewinnen lässt.⁶ Im Internationalen Vertragsrecht ist daher vorrangig eine Rechtswahl der Parteien zu beachten (§ 41 Satz 1 IPRG); mangels einer solchen ist aber ebenfalls nicht auf das Territorialitätsprinzip im Sinne des § 12 Satz 1 AT ZGB zurückzugreifen, sondern auf die objektive Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt (§ 41 Satz 2 IPRG). Im vorliegenden Beitrag sollen die Grenzen der Parteiautonomie im Internationalen Vertragsrecht näher untersucht werden. Hierbei werden die

Guyong in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2011, 199 ff.; englische Übersetzungen von *Chen Weizuo/Kevin M. Moore* in: Yearbook of Private International Law 12 (2010), S. 669 ff.; *HE Qisheng*, in: Jürgen Basedow/Knut Benjamin Piffler (Hrsg.), Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, Tübingen 2014, S. 439 ff.

⁵ Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Gesetzes der Volksrepublik China über das anwendbare Recht auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung (Teil 1), deutsche Übersetzung von *Peter Leibkühler* in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2013, S. 107 ff.; englische Übersetzung von *HE Qisheng* in: Jürgen Basedow/Knut Benjamin Piffler (Fn. 4), S. 447 ff.; hierzu näher *Nicolas Nord/Gustavo Cerquiera*, La codification de la résolution du conflit de lois en Chine et son interprétation par la Cour suprême: entre progrès et incertitudes, in: Journal du droit international 2016, S. 77 ff.; *XUE Tong*, Neue Regeln des Obersten Volksgerichts: Die erste Justizielle Interpretation des chinesischen IPR-Gesetzes, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2014, S. 206 ff.

⁶ Von einer lediglich deklaratorischen Bedeutung des § 12 Satz 1 AT ZGB spricht *ZHU Xiaozhe*, Die Parteiautonomie und deren Beschränkung bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für die zivilen Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug, in diesem Heft, S. XX.

¹ Prof. Dr.; Universität Freiburg.

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.

³ Näher zum Territorialitätsprinzip und seinen verschiedenen Ausprägungen im IPR *Toshiyuki Kono*, Territoriality, in: Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro Miguel de Asensio (Hrsg.), Encyclopedia of Private International Law, Cheltenham (UK) 2017, S. 1702 ff.

⁴ Gesetz der Volksrepublik China zur Anwendung des Rechts auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung vom 28.10.2010, deutsche Übersetzung von *Knut Benjamin Piffler* in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2010, S. 376 ff.; auch abgedruckt in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 76 (2012), S. 161 ff.; weitere deutsche Übersetzung von *XUE Tong* und *ZOU*

Anknüpfungsregeln der Rom I-VO⁷ der Europäischen Union mit denen der Haager Prinzipien zur Rechtswahl in internationalen Handelsverträgen (HPRW)⁸ und mit den Kollisionsnormen des IPRG verglichen. Ein europäisch-chinesischer Vergleich ist schon deshalb lohnend, weil die Arbeiten an der Rom I-VO nahezu zeitlich parallel zu denen am IPRG erfolgten und auch in der Volksrepublik Beachtung fanden.⁹ Umgekehrt wurde die neuere chinesische Entwicklung in Europa aufmerksam registriert.¹⁰ Ein Austausch in Bezug auf die mit den neugeschaffenen Kollisionsregeln gemachten Erfahrungen kann daher für beide Seiten fruchtbar sein. Die von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht erarbeiteten Prinzipien sollen das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen¹¹ flankieren und können auch im Rahmen der Auslegung nationalen oder internationalen Kollisionsrechts als eine zusätzliche Erkenntnisquelle herangezogen werden (Präambel Nr. 3 HPRW). Da sowohl die EU als auch die VR China der Haager Konferenz angehören, ist zu erwarten, dass die Prinzipien auf die Interpretation und Fortbildung sowohl der Rom I-VO als auch des chinesischen IPRG einen gewissen Einfluss haben werden.¹² Die vergleichende Betrachtung

wird erheblich dadurch erleichtert, dass inzwischen eine Fülle von Sekundärliteratur in westlichen Sprachen zum chinesischen IPR im Allgemeinen¹³ und zur Parteiautonomie im Besonderen, vor allem im Rahmen des Internationalen Vertragsrechts, vorliegt.¹⁴ Im Folgenden werden zunächst die allgemeinen Anforderungen an die Rechtswahl skizziert (unter II). Sodann wird untersucht, welche Rechte wählbar sind (unter III). Im Anschluss daran wird dargestellt, ob und inwieweit sich Einschränkungen der Rechtswahlfreiheit durch spezielle Regeln zum Schutz schwächerer Parteien (unter IV), aufgrund der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen (unter V) oder infolge des *ordre public* ergeben (unter VI).

II. Allgemeine Anforderungen an die Rechtswahl

1. Einführung

Die Rechtswahlfreiheit der Parteien im internationalen Vertragsrecht (Art. 3 Rom I-VO) gilt heute in der EU mit Recht nicht mehr nur als eine bloße „Verlegenheitslösung“, die auf die Schwierigkeiten der Lokalisierung von Verträgen zurückzuführen sei,¹⁵ sondern, wie Erwägungsgrund 11 Rom I-VO hervorhebt, als „einer der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse“.¹⁶ Die Rechtswahlfreiheit hat im europäischen Kollisionsrecht, wie Art. 14 Rom II-VO,¹⁷ Art. 5 Rom

⁷ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), ABl. 2008 L 177/6.

⁸ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts vom 19.3.2015, abgedruckt in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 79 (2015), S. 654 ff. mit einem einführenden Aufsatz von Dieter Martiny, Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 79 (2015) S. 624 ff.; hierzu siehe Hague Conference on Private International Law, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (Commentary), Den Haag 2015; ferner z.B. Thomas Pfeiffer, Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts, in: Festschrift für Ulrich Magnus, München 2014, S. 501 ff.; Symeon Symeonides, The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments, in: American Journal of Comparative Law 61 (2013), S. 873; weitere Angaben unter <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=135>> eingesehen am 15.05.2019.

⁹ Siehe insbesondere Qisheng He, The EU Conflict of Laws Communitarization and the Modernization of Chinese Private International Law, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 76 (2012), S. 47 ff.; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo, Conflict of Laws in the People's Republic of China, Cheltenham (UK) 2016, Rn. 1.35; speziell zum Internationalen Vertragsrecht Qisheng He, Recent Developments of New Chinese Private International Law With Regard to Contracts, in: Jürgen Basedow/Knut Benjamin Piffler (Fn. 4), S. 157 ff.

¹⁰ Pedro de Miguel Asensio, The Law Applicable to Contractual Obligations: The Rome I Regulation in Comparative Perspective, in: Jürgen Basedow/Knut Benjamin Piffler (Fn. 4), S. 191 ff.

¹¹ Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005, ABl. EU 2009 L 133/3; das Übereinkommen ist am 1.10.2015 für die EU (ausgenommen Dänemark, für das es erst seit dem 1.9.2018 gilt) im Verhältnis zu Mexiko in Kraft getreten; die VR China hat das Übereinkommen am 12.9.2017 gezeichnet, aber bislang noch nicht ratifiziert, siehe die Angaben unter <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>> eingesehen am 15.05.2019.

¹² Zum Verhältnis der EU zur Haager Konferenz siehe Jürgen Basedow, EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – Ein schwieriges Verhältnis, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2017, S. 194 ff.; zum Wandel der Haager Konferenz von einer primär europäisch geprägten zu einer global ausgerichteten Orga-

nisation: Jürgen Basedow, The Hague Conference and the Future of Private International Law – A Jubilee Speech, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 82 (2018), S. 922, 924 f.

¹³ Monographisch Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9); Guangjian Tu, Private International Law in China, Heidelberg 2016; im Überblick Weizuo Chen, China, in: Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro Miguel de Asensio (Fn. 3), S. 1970 ff.; Jin Huang, Creation and Perfection of China's Law Applicable to Foreign-Related Situations, in: Yearbook of Private International Law 14 (2012/13), S. 269 ff.; Knut Benjamin Piffler, Das neue Internationale Privatrecht der Volksrepublik China, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 76 (2012), S. 1 ff.; zu den weiteren Perspektiven Qingkun Xu, The Codification of Conflicts Law in China: A Long Way to Go, in: American Journal of Comparative Law 65 (2017), S. 919 ff.; alle m.w.N.

¹⁴ Monographisch Peter Leibkühler, Die Parteiautonomie im chinesischen internationalen Privatrecht, Tübingen 2017; Jieying Liang, Party Autonomy in Contractual Choice of Law in China, Cambridge (UK) 2018.

¹⁵ So noch Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004, § 18 I 1 c.

¹⁶ Vgl. auch Heinz-Peter Mansel, Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts, in: Stefan Leible/Hannes Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, Jena 2013, S. 241, 256: „natürlicher, mittlerweile unbestrittener Ausfluss der Vertragsfreiheit“; zu den rechtstheoretischen Legitimationsgründen ausführlich Jürgen Basedow, Theorie der Rechtswahl, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 75 (2011), S. 32 ff.; Alex Mills, Party Autonomy in Private International Law, Cambridge (UK) 2018, S. 29 ff.

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40; ber. ABl. 2012 L 310/52.

III-VO,¹⁸ Art. 8 Haager Unterhaltsprotokoll,¹⁹ Art. 22 EuErbVO²⁰ und Art. 22 EuGüVO²¹ zeigen, auch außerhalb des Vertragsrechts die Stellung eines allgemeinen Anknüpfungsprinzips erlangt.²² Dessen ungeachtet fehlt es dem europäischen Kollisionsrecht gegenwärtig an einer systematisch geschlossenen Kodifikation, insbesondere an einer kohärenten Regelung von Problemen des Allgemeinen Teils.²³ Die Anforderungen an die Rechtswahl sind daher in den jeweiligen EU-Verordnungen mit zum Teil erheblichen Unterschieden ausgestaltet, deren inhaltliche Rechtfertigung umstritten ist.²⁴ Auch eine Heranziehung der bereits erwähnten Haager Prinzipien der Rechtswahl verspricht insoweit nur einen geringen Beitrag zu größerer Kohärenz, weil der sachliche Anwendungsbereich dieser Regeln sich auf internationale Handelsverträge beschränkt. Sie können daher allenfalls zu einer besseren Feinabstimmung der Kollisionsnormen der Rom I-VO untereinander, aber nicht in Bezug auf deren Verhältnis zu anderen Verordnungen beitragen.

Im Gegensatz dazu hat der chinesische Gesetzgeber die Parteiautonomie nicht nur im Internationalen Vertragsrecht verankert (§ 41 Satz 1 IPRG), sondern darüber hinaus eine Regelung zur Rechtswahl im Allgemeinen Teil des IPRG geschaffen (§ 3 IPRG). Diese Vorschrift bestimmt, dass die Parteien gemäß den gesetzlichen Bestimmungen das Recht ausdrücklich wählen können, das auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung angewendet wird. Zwar wird einhellig betont, dass der Gesetzgeber mit der hervorgehobenen Kodifikation der Parteiautonomie deren Bedeutung als allgemeines Anknüpfungsprinzip nachdrücklich unterstrichen habe.²⁵ Die Tragweite dieser

Vorschrift ist aber begrenzt, denn sie verweist darauf, dass die Parteiautonomie nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen eröffnet sei. Das Oberste Volksgericht hat in § 6 der bereits erwähnten Erläuterung von 2012 bekräftigt, dass eine Rechtswahl nur statthaft ist, wenn sich in einem Gesetz der VR China eine ausdrückliche Bestimmung findet, die den Parteien eine solche Vereinbarung erlaubt; andernfalls ist die Rechtswahl unwirksam.²⁶ Falls sich, vor allem im Besonderen Teil des IPRG, keine Vorschrift findet, die eine Rechtswahl gestattet, kann daher nicht subsidiär auf § 3 IPRG zurückgegriffen werden.²⁷ Fraglich ist allerdings, ob die Vorschrift deshalb als lediglich deklaratorischer Natur einzustufen ist.²⁸ Denn sie erschöpft sich nicht in einem Verweis auf den Besonderen Teil des IPRG, sondern enthält durchaus inhaltliche Anforderungen an die Zulässigkeit einer Rechtswahl, die sich etwa in § 41 Satz 1 IPRG nicht finden, namentlich im Hinblick auf das Erfordernis einer Auslandsberührung (s. unten II.2.a) und in Bezug auf die Voraussetzung einer ausdrücklichen Rechtswahl (s. unten II.2.b).

2. Vergleich

a) Internationaler Sachverhalt

Es ist problematisch, die Prüfung, ob ein Sachverhalt einen kollisionsrechtlich relevanten Auslandsbezug hat, vor die Klammer ziehen zu wollen und abstrakt, das heißt ohne Bezugnahme auf die Anknüpfungsmomente und den Zweck einer bestimmten Kollisionsnorm, zu prüfen.²⁹ Dies zeigt sich insbesondere am Spannungsverhältnis zwischen Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO einerseits, Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO andererseits. Obwohl sich in Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO das Erfordernis eines Auslandsbezuges findet, trifft Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO eine Regelung zur Rechtswahlfreiheit bei reinen Inlandssachverhalten.³⁰ Die Parteien dürfen auch bei einem nur mit einer einzigen Rechtsordnung verbundenen Sachverhalt ein fremdes Recht wählen, müssen sich aber damit abfinden, dass die einfach zwingenden Vorschriften der erstgenannten Rechtsordnung von ihrer Rechtswahl unberührt bleiben. Die Rechtswahlvereinbarung ist folglich nicht generell unwirksam; sie entfaltet aber lediglich materiellrechtliche Wirkung, soweit zwingendes Recht entgegensteht.³¹ Es ist also funktional zwischen der Internationalität als einem Anwendungskriterium der Rom I-VO einerseits und als einer Voraussetzung freier kollisionsrechtlicher Rechtswahl im Sinne des Art. 3 Rom I-VO andererseits

¹⁸ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts v. 20.12.2010, ABl. 2010 L 343/10 (sog. Rom III-VO).

¹⁹ Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht v. 23.11.2007, ABl. EU 2009 L 331/19.

²⁰ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses v. 4.7.2012, ABl. 2012 L 201/107 (EuErbVO).

²¹ Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 des Rates zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. 2016 L 183/1 (EuGüVO).

²² Näher *Jan v. Hein*, in: *Thomas Rauscher* (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, 4. Auflage, München 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 1, m.w.N.

²³ Zur Problematik ausführlich *Jan v. Hein*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, München 2018, Art. 3 EGBGB Rn. 69 ff., m.w.N.

²⁴ Näher *Heinz-Peter Mansel* (Fn. 16), S. 256 ff.; *Felix Maultztzsch*, *Parteiautonomie im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, in: *Jan v. Hein/Giesela Rühl* (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen 2016, S. 153 ff.; *Melanie Schmitz*, *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht*, Berlin 2017, S. 108 ff.; *Sandra Wandt*, *Rechtswahlregelungen im Europäischen Kollisionsrecht*, Frankfurt/Main 2014, S. 41 ff., alle m.w.N.

²⁵ Vgl. *Weizuo Chen*, *Selected Problems of General Provisions in Private International Law: The PRC Perspective*, in: *Jürgen Basedow/Knut*

Benjamin Pißler (Fn. 4), S. 51, 53; *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 18; *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 1.35; *Guangjian Tu* (Fn. 13) Rn. 73; aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 28.

²⁶ Näher hierzu *Guangjian Tu* (Fn. 13) Rn. 73; *Xue Tong* (Fn. 5), S. 208; aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 35.

²⁷ *Guangjian Tu* (Fn. 13) Rn. 73; *Xue Tong* (Fn. 5), S. 208; aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 35 f.

²⁸ So *Weizuo Chen* (Fn. 25), S. 53; differenzierend *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 50.

²⁹ Ausführlich *Jan v. Hein* (Fn. 23), Art. 3 EGBGB Rn. 9 ff., m.w.N.

³⁰ Zum historischen Hintergrund *Jan v. Hein* (Fn. 23), Art. 3 EGBGB Rn. 10.

³¹ *Jan v. Hein* (Fn. 23), Art. 3 EGBGB Rn. 10.

zu unterscheiden, denn andernfalls könnte Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO niemals zur Anwendung kommen.³²

Die Haager Prinzipien für internationale Handelsverträge hingegen kommen – wie schon das Haager Kaufrechtsübereinkommens von 1955³³ – bei einem Vertrag, der nicht die in Art. 1 Abs. 2 HPRW definierten internationalen Bezüge aufweist, von vornherein nicht in Betracht. Ein Vertrag gilt demnach als international, es sei denn, dass beide Parteien ihre Niederlassung in demselben Staat haben und das Verhältnis der Parteien und aller anderen Sachverhaltselemente – unabhängig vom gewählten Recht – nur mit diesem Staat verbunden sind. Der Anwendungsbereich der Haager Prinzipien ist somit enger gefasst als jener der Rom I-VO.³⁴ Eine Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO vergleichbare Spezialvorschrift für eine Rechtswahl bei reinen Inlandssachverhalten findet sich daher in den Prinzipien nicht. Darüberhinausgehend gestattet es Art. 11 Abs. 4 HPRW allgemein, den *ordre public* des objektiven Vertragsstatuts zu berücksichtigen (siehe unten VI. 2.c).

Das IPRG verlangt ebenfalls einen Auslandsbezug. Zwar gestattet § 41 Satz 1 IPRG den Parteien *prima facie* ganz allgemein, durch Vereinbarung das auf den Vertrag anzuwendende Recht zu wählen, ohne ein solches Erfordernis zu enthalten. Insoweit kommt aber ergänzend § 3 IPRG zum Tragen, der eine solche Voraussetzung aufstellt. Wann ein hinreichender Auslandsbezug gegeben ist, wird durch § 1 der bereits genannten Erläuterung des Obersten Volksgerichts präzisiert.³⁵

b) Form

Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO gestattet den Parteien nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die konkludente Rechtswahl.³⁶ Ein wichtiges, wenn auch nicht allein entscheidendes Indiz für eine konkludente Rechtswahl stellt nach Erwägungsgrund 12 Rom I-VO eine ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung dar.³⁷ Aufgrund der in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO getroffenen besonderen Regelung ist die Rechtswahlvereinbarung in ihrer Formgültigkeit vom Hauptvertrag grundsätzlich unabhängig.³⁸ Die Rechtswahlvereinbarung kann also gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO wirksam zustande gekommen sein, auch wenn das

danach maßgebende Recht zur Formnichtigkeit des Hauptvertrages, zum Beispiel eines Grundstückskaufvertrages, führt.³⁹ Zwar lässt sich aus Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO keine Sachnorm in dem Sinne gewinnen, dass die Rechtswahl bereits kraft Verordnungsrechts formfrei möglich sein müsse, da andernfalls die in Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO ausgesprochene Verweisung auf Art. 11 Rom I-VO nicht zu erklären wäre.⁴⁰ Aus dieser Verweisung folgt aber im Ergebnis nichts Gegenteiliges, denn es dürfte ausgesprochen selten sein, dass keines der in Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO alternativ berufenen Rechte die Rechtswahlabrede formlos akzeptiert.⁴¹ Zumindest das autonome deutsche IPR stellt, wie sich im Umkehrschluss aus dem zur Durchführung der Rom III-VO geschaffenen Art. 46e EGBGB entnehmen lässt, keine Formanforderungen an eine Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO.⁴²

Art. 4 Satz 1 der Haager Prinzipien bekräftigt ebenfalls die Zulässigkeit einer konkludenten Rechtswahl. Art. 4 Satz 2 HPRW stellt zudem explizit klar, dass einer Gerichtsstandsvereinbarung insoweit nur eine begrenzte Indizwirkung zukommt: „An agreement between the parties to confer jurisdiction on a court or an arbitral tribunal to determine disputes under the contract is not in itself equivalent to a choice of law.“ Eine Gesamtbetrachtung aller für und gegen eine konkludente Rechtswahl sprechenden Faktoren (Wohn- und Geschäftssitz der Parteien, Vertragssprache, Bezugnahme auf bestimmte Rechtsbegriffe und so weiter) entspricht auch der bisherigen deutschen Rechtspraxis.⁴³ In Bezug auf die Formerfordernisse an eine Rechtswahl sind die Haager Prinzipien liberaler als die Rom I-VO; nach Art. 5 HPRW unterliegt eine Rechtswahlvereinbarung keinerlei formalen Anforderungen, sofern diese nicht von den Parteien vereinbart worden sind. Insoweit wurde, um den internationalen Handelsverkehr von formalen Hindernissen zu befreien, eine Sachnorm im IPR geschaffen.⁴⁴

Zwar vermittelt auch das internationale Vertragsrecht der VR China auf den ersten Blick einen liberalen Eindruck, denn § 41 Satz 1 IPRG schweigt zu Formanforderungen. Insoweit kommt aber wiederum § 3 IPRG zum Tragen, der eine ausdrückliche Rechtswahl verlangt.⁴⁵ Ein striktes Erfordernis einer expliziten Rechtswahl könnte allerdings auch aus chinesischer Sicht den praktischen Bedürfnissen des internationalen Han-

³² *Jan v. Hein* (Fn. 23), Art. 3 EGBGB Rn. 11.

³³ Art. 1 Abs. 4 Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht vom 15.6.1955, in: *Erik Jayme/Rainer Hausmann*, Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, 19. Auflage, München 2018, Nr. 76.

³⁴ Näher *Dieter Martiny* (Fn. 8), S. 633.

³⁵ Näher *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 29 ff.; *Nicolas Nord/Gustavo Cerqueira* (Fn. 5), S. 81 f.

³⁶ Näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 10 ff.; kritisch hierzu *Patrick Wautelet*, *Weg met de impliciete Rechtskeuze!*, in: *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen/Cambridge 2014, S. 305 ff, der aus Gründen der Rechtssicherheit und mit Hinweis auf die Ausweichklausel (Art. 4 Abs. 3 bzw. 4 Rom I-VO) eine Abschaffung der konkludenten Rechtswahl fordert.

³⁷ Näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 20 ff.

³⁸ Näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 44.

³⁹ Näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 45.

⁴⁰ Zutreffend *Heinz-Peter Mansel* (Fn. 16), S. 283; *Sandra Wandt* (Fn. 24), S. 142 f; zum Streitstand näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 45, m.w.N.

⁴¹ *Heinz-Peter Mansel* (Fn. 16), S. 284; *Thomas Pfeiffer* (Fn. 8), S. 506.

⁴² So im Erg. auch *Heinz-Peter Mansel* (Fn. 16), S. 284; *Sandra Wandt* (Fn. 24), S. 143.

⁴³ Näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 24, m.w.N.

⁴⁴ Hierzu näher *Dieter Martiny* (Fn. 8), S. 644; *Thomas Pfeiffer* (Fn. 8), S. 506 f.

⁴⁵ Näher *Qisheng He*, Recent Developments (Fn. 9), S. 165 f.; *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.07; *Guangjian Tu* (Fn. 13), Rn. 74; aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 39 ff.; vgl. auch *Alex Mills* (Fn. 16), S. 353 f.

delsverkehrs, etwa in Bezug auf die Berücksichtigung von Handelsbräuchen, mitunter nur schwer gerecht werden.⁴⁶ Einig scheint man sich insoweit zu sein, dass „ausdrücklich“ im Sinne des § 3 IPRG nicht notwendigerweise „schriftlich“ bedeutet.⁴⁷ Zum Teil wird darüber hinausgehend – wohl eher de lege ferenda – unter Berufung auf das Vorbild des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO für die Zulässigkeit auch einer konkludenten Rechtswahl plädiert.⁴⁸ Eine vermittelnde Lösung sieht § 8 Abs. 2 der Erläuterung des Obersten Volksgerichts vor, der zumindest im Prozess die konkludente Rechtswahl gestattet.⁴⁹

c) Zeitpunkt

Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO können die Parteien das auf den Vertrag anwendbare Recht jederzeit ändern. Im Zweifel entspricht es dem Parteiwillen, dass eine nachträgliche Rechtswahl auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirken soll, um die problemträchtige konsekutive Anwendung zweier verschiedener Rechte zu vermeiden.⁵⁰ Hierfür lässt sich auch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO anführen, der die Formgültigkeit des Vertrages und die Rechte Dritter ausdrücklich vorbehält, was darauf schließen lässt, dass die Rom I-VO von der ex-tunc-Wirkung als dem Normalfall ausgeht.⁵¹ Dem Modell der Rom I-VO folgen auch die Haager Prinzipien in Art. 2 Abs. 3 HPRW.⁵² Bis zu welchem Zeitpunkt eine nachträgliche Rechtswahl in einem laufenden Gerichtsverfahren geltend gemacht werden kann, überlässt Art. 1 Abs. 3 Rom I-VO der lex fori;⁵³ in Deutschland ist eine Rechtswahl auch noch im Berufungsrechtszug möglich,⁵⁴ aber aus Gründen der Prozessökonomie (§ 559 ZPO) nicht mehr in der Revision.⁵⁵

Sowohl § 41 Satz 1 als auch § 3 IPRG schweigen hingegen zum Zeitpunkt der Rechtswahl. § 8 Abs. 1 Erläuterung des OVG sieht aber vor, dass eine Rechts-

wahl bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz getroffen werden darf. Hiermit sollen die Prozessökonomie erhalten und die Parteien vor dem Verlust einer Instanz geschützt werden.⁵⁶ Welche Folgen eine nachträgliche Rechtswahl auf die Formgültigkeit des Vertrages und Rechte Dritter hat, ist nicht ausdrücklich geregelt.⁵⁷

d) Umfang

Sowohl Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Rom I-VO als auch Art. 2 Abs. 2 der Haager Prinzipien gestatten es den Parteien, eine Rechtswahl in Bezug auf den ganzen Vertrag oder nur für einen Teil desselben zu treffen; sie können auch verschiedene Rechte für unterschiedliche Teile eines Vertrages wählen. Die Gründe für eine Teilrechtswahl (*dépeçage*) können verschiedenartiger Natur sein.⁵⁸ So können insbesondere bei komplexen Vertragswerken, die in mehreren Staaten zu erfüllen sind, einzelne Teile des Leistungsprogramms mit verschiedenen Rechtsordnungen verbunden sein.⁵⁹ Mitunter mag der Wunsch der Parteien im Vordergrund stehen, bestimmten lästigen oder einfach zwingenden Vorschriften (zum Beispiel Formvorschriften) einer Rechtsordnung zu entgehen, ohne dieses Recht zur Gänze abzuwählen.⁶⁰ Im Kommentar zu den Haager Prinzipien wird auf die Gefahren der Widersprüchlichkeit oder der Unvereinbarkeit bei der Bestimmung der vertraglichen Rechte und Pflichten verwiesen, die sich aus einer Teilrechtswahl ergeben können.⁶¹ Die europäische Doktrin hat insoweit das ungeschriebene Erfordernis der „Abspaltbarkeit“ der Rechtsfrage als Voraussetzung einer Teilrechtswahl entwickelt.⁶²

Im chinesischen IPR bieten weder § 3 noch § 41 Satz 1 IPRG eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für eine Teilrechtswahl; auch die Erläuterung des OVG schweigt hierzu.⁶³ Dies spricht prima facie zwar dafür, dass eine Teilrechtswahl mangels gesetzlicher Grundlage grundsätzlich nicht gestattet sei.⁶⁴ In der Lehre wird die Zulässigkeit einer *dépeçage* aber für bestimmte Fallgruppen zum Teil befürwortet, so zum Beispiel für die unterschiedliche Anknüpfung der Formgültigkeit einerseits, der Vertragserfüllung andererseits.⁶⁵ In der Rechtspraxis scheint die Frage bislang – ebenso wie in der EU⁶⁶ – nur eine geringe Rolle zu spielen.⁶⁷

⁴⁶ Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.08; Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 74; speziell zum internationalen Seetransportrecht Jieying Liang (Fn. 14), S. 51 ff., m.w.N. zur chinesischen Rechtsprechung.

⁴⁷ Qisheng He, Recent Developments (Fn. 9), S. 165; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.07; ebenso Knut Benjamin Pfeiffer (Fn. 4), S. 10; anders aber offenbar Alex Mills (Fn. 16), S. 379.

⁴⁸ Vgl. allgemein Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 74, aber zurückhaltender im Internationalen Vertragsrecht a.a.O. Rn. 142; im Ergebnis ebenso Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.08.

⁴⁹ Hierzu Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.09; Xue Tong (Fn. 5), S. 209; aus deutscher Sicht Peter Leibkühler (Fn. 14), S. 42 ff.

⁵⁰ Näher Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 95, m.w.N.

⁵¹ Näher Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 95, m.w.N.

⁵² Hierzu Dieter Martiny (Fn. 8), S. 636.

⁵³ Näher Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 139, m.w.N.

⁵⁴ Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 139, m.w.N.

⁵⁵ Letzteres ist streitig; anderer Ansicht z.B. Gerhard Hohloch, in: Erman, Handkommentar zum BGB, 15. Auflage, Köln 2017, Art. 3 Rom I-VO Rn. 22; näher Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 140, m.w.N.

⁵⁶ Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 144; vgl. aus deutscher Sicht Peter Leibkühler (Fn. 14), S. 52 ff.; ferner Alex Mills (Fn. 16), S. 374 f.

⁵⁷ Qisheng He, Recent Developments (Fn. 9), S. 166 f.; Xue Tong (Fn. 5), S. 209.

⁵⁸ Näher Andrea Aubart, Die Behandlung der *dépeçage* im europäischen Internationalen Privatrecht, Tübingen 2013, S. 54 ff.

⁵⁹ Vgl. Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 75.

⁶⁰ Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 75.

⁶¹ Commentary (Fn. 8), Rn. 2.6.

⁶² Näher Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 75 ff., m.w.N.

⁶³ Vgl. Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.13; aus deutscher Sicht näher Peter Leibkühler (Fn. 14), S. 68 ff.

⁶⁴ Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 145.

⁶⁵ Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 145; zurückhaltender Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.16.

⁶⁶ Vgl. Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 73.

⁶⁷ Peter Leibkühler (Fn. 14), S. 69.

e) Materielles Zustandekommen

Bereits für das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung gilt gemäß Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO das Recht, das auf den Hauptvertrag anzuwenden wäre, wenn die Rechtswahlvereinbarung wirksam wäre. Dies ist nicht unlogisch.⁶⁸ Zwar weiß man zunächst noch nicht, ob die Rechtswahl nach dem gewählten Recht wirksam ist. Der Ordnungsgeber knüpft insoweit aber nicht an die Vereinbarung selbst an, deren Wirksamkeit in Zweifel steht, sondern an den rein äußerlichen Tatbestand des Anscheins einer Rechtswahl.⁶⁹ Insbesondere ist nicht etwa die *lex fori* maßgebend.⁷⁰ Da diese im Zeitpunkt der Rechtswahl noch nicht feststeht (sofern keine ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt), wäre andernfalls keine einheitliche Beurteilung der Rechtswahlvereinbarung gewährleistet, was dem übergeordneten Ziel der Rom I-VO, dem internationalen Entscheidungseinklang, zuwiderliefe (Erwägungsrund 6). Entsprechend ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. a der Haager Prinzipien zu verfahren.⁷¹

In der VR China besteht hingegen zu dieser Frage keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Während ein Teil der Lehre für die Heranziehung des präsumtiv gewählten Rechts plädiert,⁷² folgt die bisherige Rechtspraxis traditionell der Anknüpfung an die *lex fori*.⁷³

3. Fazit

Die Regelungen zur Parteiautonomie im chinesischen Internationalen Vertragsrecht (§ 41 Satz 1 IPRG) fallen weniger detailliert aus als diejenigen in der Rom I-VO (Art. 3 Rom I-VO). Aus § 3 IPRG wird zwar, anders als nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO, grundsätzlich auf die Unzulässigkeit einer nur stillschweigenden Rechtswahl geschlossen; § 8 Abs. 2 der Erläuterung des OVG lässt aber eine stillschweigende Rechtswahl im Prozess zu. Der Zeitpunkt der Rechtswahl, die Zulässigkeit einer Teilrechtswahl (*dépeçage*) und das für das materielle Zustandekommen der Rechtswahlvereinbarung maßgebende Recht sind im chinesischen IPR, anders als in der Rom I-VO, nicht explizit geregelt. Soweit auch die Erläuterung des Obersten Volksgerichtshofs von 2012 hierzu keine klaren Vorgaben macht, sollte nicht vorschnell aus § 12 Satz 1 AT ZGB auf die subsidiäre Geltung des Territorialitätsprinzips geschlossen werden. Sachgerechter erscheint es vielmehr, diese Fragen der weiteren Ent-

wicklung von Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen, sodass auch rechtsvergleichende Erkenntnisse, insbesondere die Haager Prinzipien, bei der Auslegung des IPRG berücksichtigt werden können.

III. Wählbares Recht

1. Einführung

In Bezug auf den Gegenstand einer Rechtswahl stellen sich vor allem drei Fragen: erstens, ob nur ein Recht gewählt werden darf, zu dem der Vertrag objektiv eine enge Verbindung aufweist (dazu unten III. 2), zweitens, ob die Parteien nur die Sachvorschriften eines anderen Staates oder auch dessen Kollisionsnormen berufen können (dazu unten III.3) und schließlich drittens, ob die Parteien auch nicht-staatliche Regelwerke, Modellgesetze oder internationale Konventionen wählen dürfen, die im Forumstaat nicht in Kraft sind (dazu unten III.4).

2. Vergleich

a) Kein Erfordernis der engen Verbindung

Die Parteien sind nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO in ihrer Rechtswahl frei, sodass weder in räumlicher noch in sachlicher Hinsicht eine enge Verbindung zwischen dem gewählten Recht und dem Vertrag bestehen muss.⁷⁴ Insbesondere schweizerisches Recht wird vielfach als neutrales Recht gewählt.⁷⁵ Das Prinzip der freien Rechtswahl wird auch in Art. 2 Abs. 4 der Haager Prinzipien bekräftigt.⁷⁶ Besonderheiten sind im Rahmen der Rom I-VO allerdings bei Beförderungsverträgen und Versicherungsverträgen über Massenrisiken zu beachten; insoweit sind die Parteien bei ihrer Auswahl auf die in Art. 5 Abs. 2 litt. a bis e Rom I-VO bzw. Art. 7 Abs. 3 litt. a bis e Rom I-VO aufgeführten Rechtsordnungen beschränkt.

Auch in der VR China wird der Grundsatz der freien Rechtswahl in § 7 der Erläuterung des Obersten Volksgerichts ausdrücklich bestätigt.⁷⁷ Eine Ausnahme besteht für Verbraucherverträge, bei denen nur das Recht am Lieferungsort gewählt werden darf (dazu unten IV.2).

b) Ausschluss des Renvoi

Zwar trifft es zu, dass „Parteien, die ein Recht wählen, in aller Regel das materielle Recht meinen.“⁷⁸ Um diesem präsumtiven Willensinhalt Rechnung zu tragen, würde jedoch eine bloße Auslegungsregel genügen, wie sie Art. 8 der Haager Prinzipien vor-

⁶⁸ Als „rechtspolitisch zweifelhaft“ bezeichnet diese Regelung *Andreas Spickhoff*, Die Rechtswahl und ihre Grenzen unter der Rom I-VO, in: *Eva-Maria Kieninger/Oliver Remien* (Hrsg.), Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, Baden-Baden 2012, S. 117, 123.

⁶⁹ *Sonja Maire*, Die Quelle der Parteiautonomie und das Statut der Rechtswahlvereinbarung im internationalen Vertragsrecht, Basel 2011, S. 136 f.; *Dieter Martiny*, in: Münchener Kommentar (Fn. 23), Art. 3 Rom I-VO Rn. 105.

⁷⁰ BGH 26.10.1993 – XI ZR 42/93, in: BGHZ 123, S. 380, 383.

⁷¹ Näher hierzu *Dieter Martiny* (Fn. 8), S. 641; *Thomas Pfeiffer* (Fn. 8), S. 507 f.

⁷² So *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 87 f.

⁷³ Näher *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 57; *Alex Mills* (Fn. 16), S. 386, jeweils m.w.N.

⁷⁴ Näher *Thomas Rauscher/Jan v. Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 47 ff.

⁷⁵ Näher *Nathalie Voser/Christopher Boog*, Die Wahl des Schweizer Rechts – was man wissen sollte, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2009, S. 126 ff.

⁷⁶ Näher *Dieter Martiny* (Fn. 8), S. 636.

⁷⁷ Näher *Qisheng He*, Recent Developments (Fn. 9) S. 167; *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.10; *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 64 f.; *Alex Mills* (Fn. 16), S. 367; jeweils m.w.N.

⁷⁸ *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen 2006, § 24 II 5, S. 175.

sieht.⁷⁹ Art. 20 Rom I-VO schließt den Renvoi hingegen aus, „soweit in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist“. Eine ausdrückliche Zulassung des Renvoi findet sich allerdings lediglich bei der Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeiten für Versicherungsverträge über Massenrisiken (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 Rom I-VO), nicht hingegen in Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO. Zwar ist weiterhin umstritten, ob sich der Renvoiausschluss auch auf eine Rechtswahlvereinbarung der Parteien nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO bezieht.⁸⁰ Es fehlt jedoch an jeglichem Anhaltspunkt dafür, dass die Reichweite des Art. 20 Rom I-VO sich auf die objektiven Anknüpfungen der Verordnung beschränken sollte. Anderes gilt im Schiedsverfahren nach § 1051 Abs. 1 S. 2 ZPO, der insoweit auf dem UNCITRAL-Modellgesetz beruht.⁸¹ Nach dieser Vorschrift darf auch eine Kollisionsrechtswahl getroffen werden, sofern sie ausdrücklich erfolgt.⁸² Im chinesischen IPR gilt wiederum ein allgemeiner Ausschluss des Renvoi (§ 9 IPRG).⁸³

c) Staatliches und nichtstaatliches Recht

Nicht-staatliche Regelwerke wie die *Unidroit-Grundregeln*⁸⁴ oder die Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts⁸⁵ können nach Art. 3 Rom I-VO nicht mit kollisionsrechtlicher Wirkung als Vertragsstatut vereinbart werden.⁸⁶ Vor allem die Entstehungsgeschichte der Rom I-VO spricht entscheidend gegen eine Einbeziehung nicht-staatlichen Rechts,⁸⁷ denn Art. 3 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags, der eine

solche Wahl ausdrücklich ermöglichen sollte,⁸⁸ ist im Rat gescheitert.⁸⁹ Der Ordnungsgeber selbst hat in ErwGr. 13 Rom I-VO, dem zufolge die Verordnung die Parteien nicht daran hindert, „in ihrem Vertrag auf ein nicht-staatliches Regelwerk [...] Bezug zu nehmen“, klargestellt, dass eine Wahl nicht-staatlichen Rechts allein im Wege einer materiellrechtlichen Verweisung in Betracht kommt.⁹⁰ Eine solche Inkorporation hat zur Folge, dass die Wahl privater Regelwerke nur vorbehaltlich des einfach zwingenden Rechts des objektiven Vertragsstatuts Wirkung entfaltet. Schließlich sah man überwiegend kein praktisches Bedürfnis für die Wahl nicht-staatlichen Rechts vor staatlichen Gerichten, da rechtlich erfahrene Parteien, die eine derartige Rechtswahl trafen, sie in aller Regel durch eine Schiedsvereinbarung absichern würden.⁹¹ § 1051 Abs. 1 ZPO wird nämlich – ebenso wie das zugrunde liegende UNCITRAL-Modellgesetz – allgemein in dem Sinne verstanden, dass die darin genannten „Rechtsvorschriften“ nicht nur staatliches Recht, sondern auch Prinzipien des Vertragsrechts, wie etwa die *Unidroit-Grundregeln*, erfassen.⁹² Im gleichen Sinne wie im UNCITRAL-Modellgesetz sind die „rules of law“ in Art. 3 der Haager Prinzipien zu verstehen.⁹³

Wie Erwägungsgrund 13 Rom I-VO zeigt, sind internationale Konventionen, die der Gerichtsstaat nicht ratifiziert hat oder die nach ihren eigenen Abgrenzungsnormen nicht zur Anwendung gelangen würden, im Rahmen der Rom I-VO ebenso zu behandeln wie nicht-staatliches Recht im Allgemeinen, das heißt sie können lediglich im Wege einer materiellrechtlichen Verweisung einbezogen werden.⁹⁴

Im chinesischen IPR ist vor allem der letztgenannte Punkt, die Einbeziehung völkerrechtlicher Verträge, welche die VR China bislang nicht ratifiziert hat, eingehend diskutiert worden.⁹⁵ § 9 der Erläuterung des Obersten Volksgerichts bestimmt: „Nehmen die

⁷⁹ Hierzu Dieter Martiny (Fn. 8), S. 650 f.

⁸⁰ Für die Zulässigkeit einer Kollisionsrechtswahl insbesondere Otto Sandrock, Rück- und Weiterverweisungen im internationalen Schuldvertragsrecht, in: Festschrift für Gunther Kühne, Frankfurt/Main 2009, S. 881, 892 ff.; ebenso z.B. Gerhard Hohloch (Fn. 55), Art. 20 Rom I-VO Rn. 2; Ulrich Magnus, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Vertragsrecht 1, Berlin 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 19; dagegen aber Dieter Martiny (Fn. 69), Art. 20 Rom I-VO Rn. 6; Karsten Thorn, in: Otto Palandt, BGB, 78. Auflage, München 2019, Art. 20 Rom I-VO Rn. 1; Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 65, m.w.N. zum Streitstand.

⁸¹ Abrufbar unter <<http://www.disarb.org/de/51/materials/uncitral-modellgesetz-%C3%BCr-die-internationale-handelsschiedsgerichtsbarkeit-85-id31>>.

⁸² BT-Drs. 13/5274, 52; näher Jan v. Hein, Bindung an Recht und Gesetz in der Schiedsgerichtsbarkeit – Geltung des IPR; Anwendung nichtstaatlichen Rechts, in: Rüdiger Wilhelm/ Michael Stürner (Hrsg.), Post-M&A-Schiedsverfahren – Recht und Rechtsfindung jenseits gesetzlicher Rechts, Wiesbaden 2019, S. 121, 127 ff., m.w.N.

⁸³ Ausführlich hierzu Weizuo Chen (Fn. 25), S. 58 ff.; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 2.31 ff.; ferner Jieying Liang (Fn. 14), S. 89; Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 83; Xue Tong (Fn. 5), S. 208; aus deutscher Sicht Peter Leibkühler (Fn. 14), S. 71 ff.

⁸⁴ *Unidroit-Grundregeln* für internationale Handelsverträge (2016), abgedr. in Reiner Schulze/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2016, Nr. III.35.

⁸⁵ Ole Lando/Hugh Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Den Haag 2000; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, Den Haag 2003.

⁸⁶ Näher Rolf Wagner, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung), in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2008, S. 377, 379 f.; Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 49 ff., m.w.N.

⁸⁷ Näher Rolf Wagner (Fn. 86), S. 379 f.; Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 52 ff., m.w.N.

⁸⁸ Die vorgeschlagene Vorschrift sollte lauten: „Die Parteien können als anzuwendendes Recht auch auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts wählen. Für Fragen in Bezug auf Rechtsgebiete, die diesen Grundsätzen oder Regeln unterliegen und die nicht ausdrücklich von ihnen geregelt werden, gelten die ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze oder in Ermangelung dieser Grundsätze das mangels Rechtswahl anwendbare Recht nach Maßgabe dieser Verordnung.“ Vorschlag der Kommission vom 15.12.2005, KOM (2005) 650 endg. = Erik Jayme/Rainer Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 13. Auflage, München 2006, Nr. 80.

⁸⁹ Näher Rolf Wagner (Fn. 86), S. 379 f.

⁹⁰ Rolf Wagner (Fn. 86), S. 380; Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 52 ff., m.w.N.

⁹¹ Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 53, m.w.N.

⁹² Näher Jan v. Hein, Bindung an Recht und Gesetz (Fn. 82), S. 138 ff., m.w.N.

⁹³ Commentary (Fn. 8), Rn. 3.1 ff.; hierzu eingehend Ralf Michaels, Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, in: Liber Amicorum Hans Micklitz, Heidelberg 2014, S. 43 ff.; ferner Dieter Martiny (Fn. 8), S. 636 f.; Thomas Pfeiffer (Fn. 8), S. 503 ff.

⁹⁴ Näher Thomas Rauscher/Jan v. Hein (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO Rn. 62 ff.

⁹⁵ Umfassend Jieying Liang (Fn. 14), S. 89 ff.; ferner Qisheng He, Recent Developments (Fn. 9), S. 164 f.; Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 140; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.22 ff.; Xue

Parteien im Vertrag Bezug auf ein internationales Abkommen, das für die Volksrepublik China noch in Kraft ist, so können die Volksgerichte die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien anhand des Inhalts dieses internationalen Übereinkommens bestimmen, soweit hierdurch nicht gegen das gesellschaftliche Allgemeininteresse oder gegen zwingende Bestimmungen in Gesetzen [und] Verwaltungsrechtsnormen verstoßen wird.“ Während die überwiegende Meinung hierin – wie im europäischen IPR – lediglich eine materiellrechtliche Inkorporation sieht,⁹⁶ betrachten andere eine solche Vereinbarung als eine kollisionsrechtliche Rechtswahl.⁹⁷ Für die erstgenannte Auffassung spricht die zurückhaltende Formulierung der Vorschrift, die dem Gericht ein weitgehendes Ermessen einräumt;⁹⁸ für die zweite Meinung lässt sich anführen, dass die Wirkung der Rechtswahl offenbar nicht durch die zwingenden Bestimmungen der *lex causae*, sondern der *lex fori* eingeschränkt werden soll.⁹⁹ Der ausdrückliche Vorbehalt zugunsten chinesischen zwingenden Rechts kann aber auch damit erklärt werden, dass die gewöhnliche *ordre-public*-Klausel (§ 5 IPRG) in einem solchen Fall nicht zum Zuge komme, weil es sich bei einer nicht ratifizierten Konvention gerade nicht um Recht im Sinne des IPRG handele.¹⁰⁰ Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Wahl sonstigen „soft laws“ oder einer allgemeinen *lex mercatoria* scheint auch in China eher Skepsis zu dominieren.¹⁰¹

3. Fazit

Sowohl nach europäischem als auch nach chinesischem IPR können die Parteien das Recht eines Staates wählen, zu dem der Sachverhalt objektiv keine enge Verbindung aufweist (zum Beispiel ein „neutrales“ Recht). Insoweit entsprechen sie den Haager Prinzipien. Abweichungen zeigen sich aber in zwei weiteren Punkten: Sowohl nach europäischem als auch nach chinesischem IPR sind die Parteien in ihrer Rechtswahl – jedenfalls vor staatlichen Gerichten – auf die Sachvorschriften eines Staates beschränkt; der *Renvoi* ist ausgeschlossen (Art. 20 Rom I-VO, § 9 IPRG). Nach europäischem IPR dürfen die Parteien nur ein staatliches Recht mit kollisionsrechtlicher Wirkung wählen; die Vereinbarung bloßer Modellregeln oder einer nicht vom Forumstaat ratifizierten Konvention ist allein im Wege einer materiellrechtlichen Verweisung zulässig (Erwgr. 13 Rom I-VO). Auch das chinesische IPR dürfte lediglich die materiellrechtliche Inkorporation eines von der Volksrepublik nicht ratifizierten Staatsvertra-

ges erlauben. In den beiden letztgenannten Punkten (*Renvoi*, nicht-staatliches Recht) sind die Haager Prinzipien deutlich liberaler. Ob für eine solche Öffnung ein praktisches Bedürfnis besteht, bleibt abzuwarten.

IV. Schutz schwächerer Parteien

1. Einführung

Die Eröffnung der Parteiautonomie schafft das Bedürfnis, rechtlich unerfahrenere und sozial oft schwächere Parteien davor zu schützen, dass sie durch eine unbedachte Rechtswahl benachteiligt werden. Hierzu sehen das europäische und das chinesische IPR verschiedene, voneinander abweichende Lösungstechniken vor.

2. Vergleich

Der Grundsatz der freien Rechtswahl wird in der Rom I-VO durch mehrere Vorschriften zum Schutz der schwächeren Vertragspartei begrenzt.¹⁰² Uneingeschränkt zulässig ist die Rechtswahl gegenüber Franchisenehmern und Vertriebshändlern, obwohl die objektive Anknüpfung (Art. 4 Abs. 1 litt. e und f Rom I-VO) diese als schwächere Parteien begünstigt.¹⁰³ Bei Personenbeförderungsverträgen und Versicherungsverträgen über Massenrisiken wird ein Schutz dadurch gewährleistet, dass nur Rechtsordnungen mit einer objektiv erheblichen Verknüpfung zum Sachverhalt gewählt werden dürfen (Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO, Art. 7 Abs. 3 Rom I-VO).¹⁰⁴ Für Verbraucher (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO) und Arbeitnehmer (Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO) gilt hingegen das Prinzip der Rechtswahlfreiheit, aber nur in Verbindung mit dem Günstigkeitsprinzip. Das heißt: Die Rechtswahl ist zwar grundsätzlich in dem oben (III.2.a) geschilderten Sinne frei, darf aber nicht dazu führen, dass der schwächeren Partei der Schutz der zwingenden Bestimmungen entzogen würde, die das objektive Vertragsstatut enthält.¹⁰⁵ Ob der Gebrauch solch gänzlich unterschiedlicher Schutztechniken in derselben Verordnung von legitimen Besonderheiten der jeweiligen Vertragstypen getragen wird oder ob dieser gespaltene methodische Ansatz als dogmatisch inkohärent bewertet werden muss, bleibt allerdings diskussionswürdig.¹⁰⁶ Enger gefasst sind die Haager Prinzipien, die nur Anwendung finden sollen, wenn beide Parteien zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handeln, und Verbraucher sowie Arbeitneh-

Tong (Fn. 5), S. 209; vgl. aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 59 ff., m.w.N.

⁹⁶ Eingehend *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 119; *Qisheng He*, Recent Developments (Fn. 9), S. 165; *Xue Tong* (Fn. 5), S. 209; wohl auch *Guangjian Tu* (Fn. 13), Rn. 140; ebenso aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 64.

⁹⁷ So *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.22.

⁹⁸ *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 117 ff.

⁹⁹ *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.22; diesen Punkt hebt auch *Xue Tong* (Fn. 5), S. 209, hervor.

¹⁰⁰ So *Qisheng He*, Recent Developments (Fn. 9), S. 165.

¹⁰¹ *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 119; *Guangjian Tu* (Fn. 13), Rn. 138 ff.; *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.20 f.

¹⁰² Hierzu z.B. *Eva-Maria Kieninger*, Der Schutz schwächerer Personen im Schuldrecht, in: *Jan v. Hein/Giesela Rühl* (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, Tübingen 2016, S. 307 ff.; *Giesela Rühl*, Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht, in: *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld 2011, S. 364 ff., beide m.w.N.

¹⁰³ Hierzu *Dieter Martiny* (Fn. 69), Art. 4 Rom I-VO Rn. 138 ff.

¹⁰⁴ Hierzu *Dieter Martiny* (Fn. 69), Art. 5 Rom I-VO Rn. 27 ff.; *Dieter Martiny* (Fn. 69), Art. 7 Rom I-VO Rn. 25 ff.

¹⁰⁵ Hierzu *Dieter Martiny* (Fn. 69), Art. 6 Rom I-VO Rn. 58 ff.

¹⁰⁶ Hierzu ausführlich *Giesela Rühl* (Fn. 102), S. 364 ff., die das Günstigkeitsprinzip als allgemeinen Lösungsansatz empfiehlt.

mer ausdrücklich von ihrem persönlichen Anwendungsbereich ausschließen (Art. 1 Abs. 1 HPRW).¹⁰⁷

In Europa ist das Günstigkeitsprinzip wegen der dadurch befürchteten Komplikationen der Rechtsanwendung oft kritisiert worden.¹⁰⁸ Der chinesische Gesetzgeber hat es bewusst nicht übernommen.¹⁰⁹ Bei Verbraucherverträgen kann der Verbraucher nur das Recht am Ort der Warenlieferung beziehungsweise der Erbringung von Dienstleistungen wählen (§ 42 IPRG).¹¹⁰ Dies dürfte allerdings nur in seltenen Fällen zu Abweichungen führen, denn häufig wird der Lieferungsort am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers liegen, sodass das nach chinesischem IPR wählbare Recht mit demjenigen übereinstimmt, das auch nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO das für den Günstigkeitsvergleich maßgebende objektive Vertragsstatut bilden würde. Liegt der Erfüllungsort hingegen außerhalb des Verbraucherstaates, ist auch im europäischen IPR Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO zu beachten, der insoweit die Reichweite des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes für Dienstleistungsverträge einschränkt. Trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte werden sich die praktischen Ergebnisse in der EU und China daher häufig gleichen.

Für Arbeitsverträge ist hingegen in der VR China überhaupt keine Rechtswahlmöglichkeit vorgesehen (§ 43 IPRG).¹¹¹ Diese Einschränkung wird im chinesischen Schrifttum als allzu restriktiv kritisiert.¹¹² Gerade bei leitenden Angestellten erscheine dieser ausnahmslos zwingende Schutz überzogen.¹¹³ Als vorzugswürdig wird eine Rechtswahl empfohlen, die durch zwingende Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers eingeschränkt werde.¹¹⁴ Für Personenbeförderungsverträge und Versicherungsverträge fehlt es schließlich an speziellen Regelungen, sodass insoweit grundsätzlich Rechtswahlfreiheit nach § 41 Satz 1 IPRG besteht.¹¹⁵ Hier müsste gegebenenfalls auf die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen (dazu sogleich unter V. 2) oder den *ordre public* (siehe unten VI. 2) zurückgegriffen werden, um die schwächere Partei zu schützen.

3. Fazit

Sowohl das europäische als auch das chinesische IPR enthalten besondere Vorschriften zum Schutz von Verbrauchern und Arbeitnehmern, die aber inhaltlich und in der Regelungstechnik voneinander abweichen. Das chinesische Modell vermeidet die mit der Handhabung des Günstigkeitsprinzips in der europäischen Praxis befürchteten Probleme. Zumindest im Arbeitsrecht dürfte aber eine größere Flexibilität – auch im Interesse des Arbeitnehmers – sachlich gerechtfertigt sein.

V. Eingriffsnormen

1. Einführung

Während das klassische IPR auf der Annahme basierte, die Privatrechtsordnungen der einzelnen Staaten seien grundsätzlich gleichwertig und fungibel, wird das Privatrecht in der heutigen Zeit häufig durch regulatorische Eingriffe des Gesetzgebers eingeschränkt oder gar selbst für die Verwirklichung regulatorischer Ziele in Dienst genommen.¹¹⁶ International zwingende Vorschriften, die zum Beispiel das gewöhnliche Vertragsstatut durchbrechen, finden sich auf so unterschiedlichen Feldern wie dem Außenwirtschaftsrecht, dem Kartellrecht, dem Kapitalmarktrecht oder, in Gestalt zwingender Preisregelungen, zum Beispiel im Architekten- oder Arzneimittelrecht.¹¹⁷ Daher stellt sich die Frage, wie mit solchen Eingriffsnormen umzugehen ist.

2. Vergleich

a) Legaldefinition

Die Kommission wollte im Zuge der Überführung des EVÜ¹¹⁸ in die Rom I-VO eine klarere Definition des Begriffs der Eingriffsnorm schaffen,¹¹⁹ die sich an der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Arblade* orientierte.¹²⁰ Hiermit sollte eine bessere Abgrenzung der Eingriffsnormen vom lediglich *intern* zwingenden Recht im Sinne der Art. 3 Abs. 3 und 4, Art. 6 Abs. 2 Satz 2, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO erreicht werden.¹²¹ Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO bezeichnet es als charakteristische Eigenschaft einer Eingriffsnorm, dass ihre Einhaltung von einem Staat als „entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Orga-

¹⁰⁷ Hierzu Dieter Martiny (Fn. 8), S. 634, der auf das Schutzbedürfnis von Franchisenehmern hinweist.

¹⁰⁸ Im Verbraucherschutzrecht siehe Art. 5 des Kommissionsvorschlages von 2005 (Fn. 88) und die Begründung auf S. 6 f.; im Arbeitsrecht Sebastian Krebber, Individualarbeitsrecht als Arbeitsmarktrecht und Anknüpfung des Arbeitsverhältnisstatuts, in: Festschrift für Rolf Birk, Tübingen 2008, S. 477, 492 ff.

¹⁰⁹ Vgl. Qisheng He, Recent Developments (Fn. 9), S. 172.

¹¹⁰ Zur Frage, ob es sich hierbei um eine ein- oder zweiseitige Rechtswahl handelt und zur Einbeziehung in AGB ausführlich Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.64 ff.

¹¹¹ Näher hierzu Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 194; Qisheng He, Recent Developments (Fn. 9), S. 172; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.76.

¹¹² Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 194; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.76.

¹¹³ Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 194.

¹¹⁴ Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.76.

¹¹⁵ Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 195; kritisch hierzu Qisheng He, Recent Developments (Fn. 9), S. 173.

¹¹⁶ Ausführlich hierzu Jan v. Hein, Eingriffsnormen und ordre public als Instrumente zur Durchsetzung von öffentlichem Wirtschaftsrecht im internationalen Verhältnis, in: Peter Jung (Hrsg.), Die private Durchsetzung von öffentlichem Wirtschaftsrecht, Tübingen 2018, S. 23 ff., m.w.N.

¹¹⁷ Näher Jan v. Hein, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 32 ff., m.w.N.

¹¹⁸ Römisches EWG-Schuldvertragsübereinkommens von 1980, ABl. EG 1998 C 27/34.

¹¹⁹ Art. 8 des Vorschlages der Kommission vom 15.12.2005 (Fn. 88).

¹²⁰ EuGH 23.11.1999 – C-369/96 und C-376/99 (*Arblade*), Slg. 1999, I-8453 Rn. 30.

¹²¹ Erwägungsgrund 37 Satz 2 Rom I-VO.

nisation, angesehen wird“¹²² Es reicht also nicht aus, dass eine Norm allein privaten Interessen dient.¹²³ Die Abgrenzung der Eingriffsnormen vom sogenannten Sonderprivatrecht zum Schutze schwächerer Parteien, die über Art. 6 und Art. 8 Rom I-VO geschützt werden (siehe oben IV.2), wirft jedoch erhebliche Probleme auf.¹²⁴

Die Haager Prinzipien verzichten auf eine Definition des Begriffs der Eingriffsnormen.¹²⁵ Hieraus dürften sich aber keine wesentlichen Abweichungen gegenüber dem engen Verständnis der Rom I-VO ergeben.¹²⁶ Auch § 4 IPRG trifft keine nähere Bestimmung dazu, wann eine Vorschrift als international zwingend zu gelten hat.¹²⁷ Insoweit ist aber § 10 der Erläuterung des Obersten Volksgerichts zu nennen, der ebenfalls klarstellt, dass gesellschaftliche Allgemeininteressen der VR China betroffen sein müssen, und hierfür in den Nrn. 1–5 als Beispiele den Arbeitnehmerschutz, die Produktsicherheit, die Umweltsicherheit, die Sicherheit des Finanzwesens und das Kartellrecht nennt. Diese Fallgruppen werden auch von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erfasst,¹²⁸ wobei in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz allerdings danach zu unterscheiden ist, ob zwingende Regeln vorwiegend dem Schutz des Arbeitnehmers als der schwächeren Vertragspartei dienen oder ob sie über diesen Zweck hinausgehend vorrangig die politische, soziale oder wirtschaftliche Organisation eines Landes schützen.¹²⁹ Da im Internationalen Arbeitsrecht der VR China bereits die Rechtswahl als solche ausgeschlossen ist (siehe oben IV.2), hat diese Frage dort aber eine erheblich geringere praktische Bedeutung. Die in § 10 der Erläuterung enthaltene Auflistung ist, wie sich aus deren Nr. 6 ergibt, nicht abschließend. Es kommt also grundsätzlich in Betracht, auch Vorschriften im Bereich der Personenbeförderung oder des Versicherungsrechts gesondert anzuknüpfen (siehe oben IV.2).

b) Eingriffsnormen der lex fori

Eingriffsnormen der lex fori werden nach allen untersuchten Regelwerken gesondert angeknüpft (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO, Art. 11 Abs. 1 HPRW, § 4 IPRG).

¹²² Hervorhebungen hinzugefügt.

¹²³ Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 34 ff.

¹²⁴ Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 36 ff.

¹²⁵ Kritisch *Symeon Symeonides* (Fn. 8), S. 887 f.

¹²⁶ Commentary (Fn. 8), Rn. 11.16; *Thomas Pfeiffer* (Fn. 8), S. 510; vgl. auch *Dieter Martiny* (Fn. 8), S. 647.

¹²⁷ Zu Eingriffsnormen im chinesischen IPR ausführlich *Yong GAN*, Mandatory Rules in Private International Law in the People's Republic of China, in: Yearbook of Private International Law 14 (2012/2013), S. 305 ff.; *Jieying Liang* (Fn. 14), S. 120 ff.; *Qisheng He*, Recent Developments (Fn. 9), S. 174 f.; *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.84 ff.; aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 84 ff.

¹²⁸ Die Ähnlichkeit betont auch *Xue Tong* (Fn. 5), S. 209.

¹²⁹ Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 37 f.; ebenso zum chinesischen IPR *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.87.

c) Eingriffsnormen der lex causae

Schwieriger zu beurteilen ist die Behandlung von Eingriffsnormen der lex causae. In der EU wird vielfach vertreten, dass die Parteien mit der Wahl eines bestimmten Rechts zugleich dessen Eingriffsnormen mitvereinbart hätten.¹³⁰ Da sich Eingriffsnormen gerade dadurch auszeichnen, dass sie unabhängig vom gewählten Recht zur Anwendung kommen, ist es dogmatisch allerdings fragwürdig, ihre Geltung ausgerechnet vom Parteiwillen abhängig zu machen.¹³¹ Hinzu kommt, dass Parteien in internationalen Handelssachen nicht selten die Anwendung eines neutralen Rechts als Vertragsstatut vereinbaren, ohne sich damit dessen Eingriffsnormen unterstellen zu wollen.¹³² Gleichwohl sind die Verfasser des EVÜ ersichtlich von einer sogenannten Einheitsanknüpfung ausgegangen.¹³³ Die Annahme ist daher naheliegend, dass die Rom I-VO weiterhin stillschweigend die Schuldstatutstheorie als Grundsatz voraussetzt.¹³⁴ Auch die Haager Prinzipien scheinen davon auszugehen, dass die Eingriffsnormen des Vertragsstatuts ohne weiteres mitberufen seien.¹³⁵ Das IPRG schweigt ebenso wie die Erläuterung des OVG zur Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen.¹³⁶ Dennoch wird eine Einheitsanknüpfung von Teilen der Literatur für zulässig gehalten.¹³⁷

d) „Drittstaatliche“ Eingriffsnormen

Als „drittstaatliche“ Eingriffsnormen werden solche Vorschriften international zwingenden Rechts bezeichnet, die weder zur lex fori noch zum Vertragsstatut zählen.¹³⁸ Die Sonderanknüpfung dieser Normen wurde in der EU – nicht allein, aber insbesondere aufgrund britischen Drucks¹³⁹ – auf die international zwingenden Normen des Erfüllungsortes beschränkt (Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO). Hiermit wurde die herkömmliche

¹³⁰ In neuerer Zeit namentlich *Wulf-Henning Roth*, Drittstaatliche Eingriffsnormen und Rom I-Verordnung, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2018, S. 177, 181 f.; ferner z.B. *Ulrich Magnus* (Fn. 80), Art. 9 Rom I-VO Rn. 133 ff.

¹³¹ Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 45.

¹³² Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 45.

¹³³ *Mario Giuliano/Paul Lagarde*, Bericht zum EVÜ, BT-Drs. 10/503, S. 58.

¹³⁴ Dafür *GA Szpunar*, Schlussanträge vom 20.4.2016 in der Rs. C-135/15 – *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:281, Rn. 76.

¹³⁵ Commentary (Fn. 8), Rn. 11.13, 11.16; hierzu *Dieter Martiny* (Fn. 8), 647.

¹³⁶ *Xue Tong* (Fn. 5), S. 209.

¹³⁷ *Yong GAN* (Fn. 127) S. 311 f.; vgl. auch aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 87.

¹³⁸ Z.B. BGH 24.2.2015 – XI ZR 193/14, in: Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 2328 Rn. 53; *Wulf-Henning Roth* (Fn. 130), S. 177 ff.

¹³⁹ Näher zur Entstehungsgeschichte *Michael McParland*, The Rome I-Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Oxford (UK) 2015, Rn. 15.57 ff.

englische Position zu dieser Frage¹⁴⁰ auf die europäische Ebene übertragen. Die Vorschrift lautet:

„Den Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, kann Wirkung verliehen werden, soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen. Bei der Entscheidung, ob diesen Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist, werden Art und Zweck dieser Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden.“

Sowohl die einzelnen Tatbestandsmerkmale als auch die jeweiligen Rechtsfolgen dieser Norm sind heftig umstritten; dies betrifft insbesondere die Frage, wann die Erfüllung eines Vertrages „unrechtmäßig“ im Sinne dieser Vorschrift wird,¹⁴¹ wie der Erfüllungsort zu bestimmen ist¹⁴² und was im Einzelnen unter einer „Wirkungsverleihung“ zu verstehen ist.¹⁴³ Die deutsche Rechtsprechung ist herkömmlich der Methode gefolgt, ausländische Verbotsgesetze im Rahmen zivilrechtlicher Generalklauseln (Sittenwidrigkeit, §§ 138, 826 BGB; Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB) zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Als faktischer Umstand kann ein ausländisches Verbotsgesetz Berücksichtigung finden, wenn es den Parteien die Durchführung einer Vereinbarung tatsächlich unmöglich macht.¹⁴⁵ An dieser Rechtsprechung kann ungeachtet der Europäisierung des Kollisionsrechts grundsätzlich festgehalten werden, weil die Rom I-VO nicht das Sachrecht der Mitgliedstaaten vereinheitlicht.¹⁴⁶ Insoweit soll es nach

¹⁴⁰ *Ralli Bros v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287 (CA) = (1919) 1 Ll. L. Rep. 505 (C.A.); näher *Mathias Kuckein*, Die „Berücksichtigung“ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht, Tübingen 2008, S. 5 ff.; *McParland* (Fn. 139) Rn. 15.107; *Richard Plender/Michael Wilderspin*, *The European Private International Law of Obligations*, 4. Auflage, London 2015, Rn. 12-035.

¹⁴¹ Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 33 f.

¹⁴² Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 47 f.

¹⁴³ Näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 48 ff.

¹⁴⁴ S. etwa BGH 21.12.1960 – VIII ZR 1/60, in: BGHZ 34, S. 169 = Neue Juristische Wochenschrift 1961, S. 822 (US-Embargo); BGH 22.6.1972 – II ZR 113/70, in: BGHZ 59, S. 82 = Neue Juristische Wochenschrift 1972, S. 1575 (nigerianische Masken); BGH 8.2.1984 – VIII ZR 254/82, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 1746 = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1986, S. 154 mit Anm. *Peter Mülberrt*, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1986, S. 140 = Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 53 (1986), S. 146 mit Anm. *Harald Baum*; eingehende Bestandsaufnahme bei *Lisa Günther*, Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen, Saarbrücken 2011, S. 66 ff.; *Mathias Kuckein* (Fn. 140), S. 72 ff.

¹⁴⁵ RG 28.6.1918 – II 69/18, in: RGZ 93, S. 182, 184; OLG Frankfurt a.M. 25.9.2018 – 16 U 209/17, in: Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 3591; näher *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 53 ff.

¹⁴⁶ EuGH 18.10.2016 – C-135/15, in: ECLI:EU:C:2016:774 = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2016, S. 1389 – Nikiforidis; näher zum

dem EuGH auch nicht darauf ankommen, ob es sich um das Recht eines anderen Mitgliedstaates oder eines Nicht-EU-Staates handelt.¹⁴⁷

Nach Art. 11 Abs. 2 der Haager Prinzipien soll das Kollisionsrecht der *lex fori* über die Anwendung oder Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen entscheiden.¹⁴⁸ Dies unterstützt grundsätzlich die Position des EuGH, außerhalb des engen Anwendungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO auch drittstaatliche Eingriffsnormen zu berücksichtigen.¹⁴⁹

In der Rechtspraxis der VR China werden drittstaatliche Eingriffsnormen bislang hingegen nicht beachtet; dem dürfte auch die Sperrwirkung des § 4 IPRG entgegenstehen.¹⁵⁰ Zum Teil wird in der Lehre befürwortet, insoweit auf den *ordre public* zurückzugreifen,¹⁵¹ womit sich wohl ähnliche Ergebnisse erzielen ließen wie im deutschen Recht mithilfe des § 138 BGB.

3. Fazit

Sowohl das europäische als auch das chinesische IPR ermöglichen die Sonderanknüpfung inländischer Eingriffsnormen (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO; § 4 IPRG). Unsicherheiten bestehen in deren Abgrenzung gegenüber dem lediglich einfach zwingenden Recht. Die Frage der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen ist im europäischen IPR nur lückenhaft (Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO) und im chinesischen IPR bislang nicht geregelt. Die Öffnungsklausel in Art. 11 Abs. 2 der Haager Prinzipien zeigt, dass insoweit Rechtsprechung und Wissenschaft Raum für die Entwicklung angemessener Lösungen eingeräumt werden sollte.

VI. Ordre public

1. Einführung

Schließlich bleibt als klassische Schranke der Parteiautonomie der *ordre public* zu beachten.¹⁵² Auch in der chinesischen Dogmatik wird klar zwischen der Abwehrfunktion des *ordre public* („negative Funktion“) und der bereits (oben V) behandelten Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen („positive Funktion“) unterschieden.¹⁵³ Die praktische Bedeutung des *ordre public* ist im internationalen Vertragsrecht eher gering, weil Eingriffsnormen des Forums bereits gesondert angeknüpft werden (siehe oben V.2.b), sodass die klassische Abwehrfunktion des *ordre public* nur noch in seltenen

Streit um die Tragweite der Entscheidung *Jan v. Hein*, Eingriffsnormen und ordre public (Fn. 116), S. 53 ff.

¹⁴⁷ EuGH 18.10.2016 – C-135/15, in: ECLI:EU:C:2016:774 Rn. 55 = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2016, S. 1389 – Nikiforidis.

¹⁴⁸ Aus dem Commentary (Fn. 8), Rn. 11.20 ergibt sich, dass mit dem „law of the forum“ das IPR der *lex fori* gemeint ist; ebenso *Dieter Martiny* (Fn. 8), S. 647; *Thomas Pfeiffer* (Fn. 8), S. 510.

¹⁴⁹ In diesem Sinne bereits *Thomas Pfeiffer* (Fn. 8), S. 510.

¹⁵⁰ Vgl. *Yong GAN* (Fn. 127), S. 319 f.; *Xue Tong* (Fn. 5), S. 209.

¹⁵¹ *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.94; zu weiteren Lehrmeinungen *Yong GAN* (Fn. 127), S. 314; aus deutscher Sicht *Peter Leibkühler* (Fn. 14), S. 87 f., m.w.N.

¹⁵² Vgl. allgemein zum Verhältnis von ordre public und Parteiautonomie *Jan v. Hein* (Fn. 23), Art. 6 EGBGB Rn. 207 ff, m.w.N.

¹⁵³ *Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo* (Fn. 9), Rn. 8.93.

Fällen zum Tragen kommt.¹⁵⁴ Bei der Ausgestaltung des *ordre public* stimmen die hier untersuchten Regelwerke zwar im Grundsatz überein, weisen jedoch im Detail wichtige Unterschiede auf.

2. Vergleich

a) Inländischer *ordre public*

Selbstverständlich ist der inländische *ordre public* zu beachten. Hier zeigen sich eher Unterschiede in der Formulierung: Während Art. 21 Rom I-VO und Art. 11 Abs. 3 der Haager Prinzipien voraussetzen, dass die Anwendung des gewählten Rechts mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist, stellt § 5 IPRG auf eine Schädigung des gesellschaftlichen Allgemeininteresses der VR China ab.¹⁵⁵

b) Rechtsfolgen

Deutlichere Unterschiede ergeben sich im Hinblick auf die Rechtsfolgen. Weder in der Rom I-VO noch in den Haager Prinzipien findet sich hierzu eine Regelung. In den Mitgliedstaaten der EU bestehen verschiedene Ansätze der Lückenfüllung, die von einer unmittelbaren Anwendung der *lex fori* über den Rückgriff auf eine Ersatzanknüpfung bis hin zur Anpassung und gegebenenfalls Fortbildung des ausländischen Rechts reichen.¹⁵⁶ Der chinesische Gesetzgeber hat sich insoweit für die internationale verbreitete Anwendung der *lex fori* entschieden (§ 5 IPRG).¹⁵⁷ Im Rahmen des Art. 21 Rom I-VO erscheint aber die Anpassung des ausländischen Rechts vorzuzugswürdig, um auch bei einem *ordre public*-Verstoß den Entscheidungseinklang innerhalb der Mitgliedstaaten zu wahren.¹⁵⁸

c) Ausländischer *ordre public*

Ein ausländischer *ordre public*, etwa derjenige des objektiven Vertragsstatuts, ist im Rahmen des Art. 21 Rom I-VO ebenso unbeachtlich wie nach § 5 IPRG.¹⁵⁹ Die Rom I-VO nimmt lediglich auf das einfach zwingende Recht des objektiven Vertragsstatuts Rücksicht, wenn es sich trotz der Rechtswahl um einen reinen Inlandssachverhalt im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO handelt (siehe oben II.2.a). Art. 11 Abs. 4 der Haager Prinzipien sieht hingegen vor, dass der *ordre public* des objektiven Vertragsstatuts auch bei internationalen Verträgen allgemein nach Maßgabe der *lex fori* berücksichtigt werden kann.¹⁶⁰ Hiermit wird allerdings die bereits (oben VI.1) erwähnte Grenzziehung zwischen der negativen Abwehrfunktion des klassischen *ordre*

public und der Sonderanknüpfung beziehungsweise Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen verwischt.¹⁶¹ Ob hierfür tatsächlich ein praktisches Bedürfnis im internationalen Handelsverkehr besteht, ist zu bezweifeln.¹⁶²

3. Fazit

Sowohl das europäische IPR (Art. 21 Rom I-VO) als auch das chinesische IPR (§ 5 IPRG) enthalten eine allgemein gefasste *ordre public*-Klausel. Diese könnte angesichts der geringeren Regelungsdichte der chinesischen Kodifikation in der VR China, etwa beim Schutz schwächerer Parteien (siehe oben IV.2) eine vergleichsweise größere Rolle spielen als in der EU. Anders als das europäische IPR regelt das chinesische IPR auch die Rechtsfolge eines *ordre public*-Verstoßes eindeutig (Anwendung der *lex fori*). Ein ausländischer *ordre public* ist entgegen den Haager Prinzipien sowohl in der EU als auch in China unbeachtlich.

VII. Ergebnis und Ausblick

Das in § 12 Satz 1 AT ZGB bekräftigte Territorialitätsprinzip dient in der Rechtspraxis allenfalls als Auffangregel, wenn sich das anwendbare Recht nicht nach dem gemäß § 12 Satz 2 AT ZGB vorrangigen IPRG und der Erläuterung des OVG bestimmen lässt. Das europäische und das chinesische Internationale Vertragsrecht zeigen trotz unterschiedlicher gesetzlicher Regelungsdichte bei den allgemeinen Anforderungen an die Rechtswahl und das wählbare Recht ein hohes Maß an Übereinstimmung. Inhaltliche Abweichungen bestehen beim Schutz schwächerer Parteien (Verbraucher, Arbeitnehmer), wobei die Unterschiede in der praktischen Rechtsanwendung aber nicht allzu groß ausfallen dürften. Die Haager Prinzipien können insoweit zu einer Rechtsharmonisierung durch *soft law* nichts beitragen, weil sie nur für internationale Handelsverträge, also „B2B“-Geschäfte, gelten. Lücken und Unsicherheiten zeigen sich in der EU und in der VR China bei der Anknüpfung oder Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen. Insoweit enthalten auch die Haager Prinzipien lediglich eine Öffnungsklausel zugunsten der *lex fori*, die bei der inhaltlichen Problemlösung nicht wesentlich weiterhilft. Hier besteht noch ein erheblicher Bedarf für die Erarbeitung international konsensfähiger und vorhersehbarer Anknüpfungen.

¹⁵⁴ Vgl. zur Rom I-VO Dieter Martiny (Fn. 69), Art. 21 Rom I-VO Rn. 2; zum chinesischen IPR Jieying Liang (Fn. 14), S. 149.

¹⁵⁵ Hierzu Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 77; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.92 ff.

¹⁵⁶ Ausführlich Jan v. Hein (Fn. 23), Art. 6 EGBGB Rn. 214 ff., m.w.N.

¹⁵⁷ Hierzu Guangjian Tu (Fn. 13), Rn. 77; Zheng Sophia Tang/Yongping Xiao/Zhenxin Huo (Fn. 9), Rn. 8.92.

¹⁵⁸ Dafür auch Dieter Martiny (Fn. 69), Art. 21 Rom I-VO Rn. 6, m.w.N.

¹⁵⁹ Vgl. zur Rom I-VO nur Thomas Pfeiffer (Fn. 8), S. 510; zu § 5 IPR Weizuo Chen, Selected Problems (Fn. 25), S. 60 f.

¹⁶⁰ Näher hierzu Commentary (Fn. 8), Rn. 11.28 f.

¹⁶¹ Kritisch Symeon Symeonides (Fn. 8), S. 885; Dieter Martiny (Fn. 8), S. 649 f.

¹⁶² Kritisch Symeon Symeonides (Fn. 8), S. 885; Dieter Martiny (Fn. 8), S. 649 f.; skeptisch auch Thomas Pfeiffer (Fn. 8), S. 510.

* * *

Limitations to Contractual Freedom in Private International Law (§ 12 General Part of the Chinese Civil Code)

Although the principle of territoriality has been codified in section 12, 1st sentence, of the General Part of the Chinese Civil Code (GPCC), it merely serves as a default rule in legal practice because, pursuant to the 2nd sentence of section 12 GPCC, the provisions of the Chinese Act on Private International Law and the judicial interpretation by the Supreme People's Court take precedence. In the present article, the rules governing party autonomy in Chinese international contract law are compared with their counterparts in the Rome I Regulation and the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Although EU and Chinese PIL differ in some technical details, their general approach to party autonomy and the laws that may be chosen is quite similar. Substantial differences exist with regard to consumer and individual employment contracts, but their practical impact appears to be limited. Insofar, the Hague Principles do not offer any guidance for further harmonisation because their scope is limited to B2B scenarios. Both the EU and the Chinese PIL rules are characterised by gaps and uncertainty as far as foreign overriding mandatory rules are concerned.

Die Parteiautonomie und deren Beschränkung bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für die zivilen Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug

ZHU Xiaozhe¹

Abstract

Der aus § 8 Zivilrechtsgrundsätze entnommene § 12 AT des ZGB hält am absoluten Territorialitätsprinzip fest, das in der Lehre und Rechtsanwendung stark kritisiert wird. Dies spiegelt die herkömmliche Betonung der Souveränität wider. Der Meinung des Gesetzgebers nach wird dieses Problem aber in der Rechtsanwendung durch das vorrangige chinesische Gesetz zum Internationalen Privatrecht (IPRG) beseitigt. Chinas IPRG stellt einerseits fest, dass die Parteien vor oder nach dem Zustandekommen des Rechtsverhältnisses durch Privatautonomie das anwendbare Recht wählen können. Während der Kreis der wählbaren Rechte herkömmlich nach ihrer „substantziellen Verbindung“ zum Sachverhalt bestimmt wurde, wird nunmehr der Grundsatz der freien Rechtswahl in § 7 der Erläuterung des Obersten Volksgerichts bestätigt. Andererseits wird die Parteiautonomie zum Beispiel durch Eingriffsnormen, den *ordre public* und den Verbraucherschutz beschränkt.

A. Die Auslegung des § 12 AT des ZGB

1. Historische Entstehung des § 12 AT des ZGB

In § 12 des im Jahr 2017 verkündeten Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuchs der Volksrepublik Chinas (im Folgenden: AT ZGB) ist vorgeschrieben:² „Auf Zivilaktivitäten im Hoheitsgebiet der Volksrepublik China werden die Gesetze der Volksrepublik China angewandt. Gibt es andere gesetzliche Bestimmungen, so gelten diese Bestimmungen.“ Diese Norm hat das Vorbild des § 8 Abs. 1 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China³ (im Folgenden: Zivilrechtsgrundsätze) aufgenommen, der den Inhalt hat: „Auf Zivilgeschäfte im Gebiet der VR China wird das Recht der VR China angewandt, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.“ Diese Vorschriften stellen die Deklaration der territorialen Rechtswirkung der chinesischen Gesetze durch die Legislative dar und werden aus der Perspektive der international-privatrechtlichen Theorie als das absolute „Territorialitätsprinzip“ bezeichnet.⁴ Die Zivilrechtsgrundsätze sind inhaltlich anders als der AT des ZGB, zur Zeit stehen die Zivilrechtsgrundsätze noch in Kraft bis zu dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs Chinas im Jahr 2020.

In das Privatrecht Chinas sind solche Bestimmungen an zahlreichen Stellen aufgenommen worden, beispielsweise sind solche Vorschriften im Wertpapier-

gesetz,⁵ Wechselgesetz,⁶ Versicherungsgesetz,⁷ Treuhandgesetz,⁸ Produktqualitätsgesetz⁹ und Arbeitsgesetz¹⁰ zu finden.

Aus der Perspektive der historischen Entwicklung des internationalen Privatrechts ist das absolute Territorialitätsprinzip schon längst verworfen worden.

⁵ § 2 I „Im Gebiet der Volksrepublik China gilt für die Ausgabe von Aktien, Gesellschaftsschuldverschreibungen und vom Staatsrat nach dem Recht festgelegten sonstigen Wertpapieren und für den Handel mit ihnen dieses Gesetz; soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen trifft, werden die Bestimmungen des „Gesellschaftsgesetzes der Volksrepublik China“ und anderer Gesetze und Verwaltungsnormen angewandt.“ Wertpapiergesetz, 中国证券法, v. 29. 12. 1998, revidiert am 28.8.2004, 27.10.2005, 29.06.2013, 31.08.2014, Order of the President of the People's Republic of China No. 41 2014 (2014 年中华人民共和国主席令 41 号).

⁶ § 2 I „Für Wechsel- und Schecktätigkeit innerhalb des Gebiets der VR China gilt dies Gesetz.“ Wechselgesetz, 中华人民共和国票据法, v. 10.05.1995, revidiert am 28.04.2004, Order of the President of the People's Republic of China No. 2 2004 (2004 年中华人民共和国主席令 22 号).

⁷ § 3 „Dies Gesetz gilt für Versicherungsaktivitäten im Gebiet der Volksrepublik China.“ Versicherungsgesetz der Volksrepublik China 中华人民共和国保险法, Quelle des chinesischen Textes: 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) 2009, Nr. 2, S. 197 ff. Deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Zeitschrift für Chinesisches Recht, 2010, S. 279 ff.

⁸ § 3 „Wenn Treugeber, Treuhänder und Begünstigte (im folgenden sämtlich als Treuhandbeteiligte bezeichnet) im Gebiet der VR China zivilrechtliche, gewerbliche oder gemeinnützige Treuhandaktivitäten betreiben, wird dies Gesetz angewandt.“ Treuhandgesetz der VR China, 中华人民共和国信托法, v. 28.4.2001; deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht, 28.4.01/1.

⁹ § 2 I „Werden im Gebiet der VR China Produktion oder Absatz von Produkten betrieben, so ist dabei dies Gesetz zu beachten.“ Produktqualitätsgesetz der VR China 中华人民共和国产品质量法, v. 22.2.1993, revidiert am 8.7.2000, 27.8.2009, 29.12.2018, Order of the President of the People's Republic of China No. 22 2018 (2018 年中华人民共和国主席令 22 号).

¹⁰ § 2 I „Auf die Unternehmen im Gebiet der VR China und auf die Organisationen der Individualwirtschaft im Gebiet der VR China (im Folgenden kurz: Arbeitgebereinheiten) und auf die Arbeitenden, die mit ihnen Arbeitsbeziehungen bilden, wird dies Gesetz angewandt.“ Arbeitsgesetz der VR China, 中华人民共和国劳动法, v. 5.7.1994, revidiert am 27.8.2009, 29.12.2018, Order of the President of the People's Republic of China No. 22 2018 (2018 年中华人民共和国主席令 22 号).

¹ Professor an der Universität für Finanzwesen und Wirtschaft Shanghai, Leiter des Instituts für Zivilrechts- und Rechtsvergleichungsvergleichung. E-Mail: <zhuxiaozhe1027@163.com>.

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 Pjßler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

³ 中华人民共和国民法通则, v. 12.4.1986, geändert am 27.8.2009 geändert, 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 DU Tao (杜涛)/XIAO Yongping (肖永平), Das chinesische Zivilgesetzbuch in der Epoche der Globalisierung: das Übersteigen des Territorialitätsprinzips (全球化时代的中国民法典: 属地主义之超越), Fazhi Yu Shehui Fazhan (法制与社会发展), 2017, Nr. 3, S. 69–85.

Bereits im 14. Jahrhundert wurde von dem italienischen Juristen Bartolus de Saxoferrato (1314–1357) die Statutenlehre zur Begründung des Kollisionsrechts entwickelt.¹¹ Danach sind alle Gesetze in *statuta personalia* und *statuta realia* zu gliedern. Nur die *statuta realia* weisen territoriale Rechtswirkungen auf, während sich die *statuta personalia* mit der Person bewegen und hierdurch eine extraterritoriale Wirkung erhalten können. Durch diesen Gedanken wurde das Stereotyp des Territorialitätsprinzips in den feudalistischen Gesetzen durchbrochen und die theoretische Grundlage für die Anwendung des Gesetzes im fremden Territorium gelegt.¹²

In dem im Jahr 1849 veröffentlichten achten Band seines *Systems des Heutigen Römischen Rechts* sprach sich Friedrich Carl von Savigny gegen die Meinung aus, die international-privatrechtlichen Probleme mithilfe des absoluten Grundsatzes der unabhängigen Souveränität (sogenanntes Territorialitätsprinzip) zu lösen.¹³ Vor dem Hintergrund des immer häufigeren Kontaktes und Umgangs zwischen verschiedenen Nationen taugte nach seiner Meinung das strikte Territorialitätsprinzip nicht mehr für die Lösung der Gesetzeskonflikte zwischen Ländern. Das Territorialitätsprinzip müsse vielmehr durch neue Prinzipien ersetzt werden.¹⁴ Daraufhin behauptete er, dass das anwendbare Recht anhand „seiner eigentümlichen Natur, nach seinem Sitz“ festgelegt werden soll, nämlich nach der Theorie vom Sitz der Rechtsverhältnisse.¹⁵

Savignys Theorie löste den territorialen Anwendungsbereich des Rechts von der Souveränität ab und erkannte die Gleichheit der Privatrechte verschiedener Länder an, was die inländische Gesetzgebung bezüglich des internationalen Privatrechts vom Ende des 19. Jahrhunderts bis Anfang des 20. Jahrhunderts stark beeinflusst hat.¹⁶

In den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts wurde das Prinzip der engsten Verbindung (the closest connection) vom US-amerikanischen Gelehrten Reese in das von ihm ausgearbeitete „Restatement (second) of Conflict of Laws“ eingebracht, das somit ebenfalls ein Konzept des Internationalen Privatrechts zum Ausdruck bringt, das jenseits der Souveränität ist.¹⁷

Nach der Gründung der Volksrepublik China im Jahre 1949 legte die Regierung Chinas besonderen Wert auf die Souveränität bei der Gesetzgebung. Neben dem Verkehr mit den sozialistischen Ländern hatte China damals mit kapitalistischen Ländern so gut wie keine Kontakte, was dazu führte, dass in der Rechtstheorie innerhalb Chinas behauptet wurde, dass fremde Geset-

ze auf dem Territorium Chinas keine Wirkung entfalten dürften.¹⁸

In den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts begann die Politik der Reform und der Öffnung sowie die Etablierung und Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft. Aber aufgrund der Pfadabhängigkeit in der Rechtstheorie und in der Gesetzgebung war das Territorialitätsprinzip dennoch in der Gesetzgebung bezüglich der Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug erkennbar geblieben. Folglich kamen stets die dem § 8 der Zivilrechtsgrundsätze ähnlichen Gesetzesbestimmungen des internationalen Privatrechts zur Anwendung, die das Territorialitätsprinzip verfolgten und dadurch der Tendenz weltweiter Gesetzgebung zuwiderliefen.

Im Jahre 2014 wurde die Kodifizierung des Zivilgesetzbuchs Chinas von der Legislative in Gang gesetzt. Zwar haben manche Juristen aus dem Fach des internationalen Privatrechts scharfe Kritik an der Gesetzgebung zu § 8 Abs. 1 der Zivilrechtsgrundsätze geübt,¹⁹ doch hält die Legislative diesen Ansatz nicht für problematisch. Denn die Probleme der Rechtsanwendung auf Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug werden von dem im Jahre 2010 verkündeten Gesetz der Volksrepublik China zur Anwendung des Rechts auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung²⁰ (auch Gesetz zum Internationalen Privatrecht, im Folgenden: IPRG) vorrangig geregelt, während § 12 AT ZGB nur die territoriale Rechtswirkung des Zivilrechts im Übrigen festgestellt hat.²¹ Auch die zivilrechtlichen Juristen fassen § 12 AT ZGB nur als eine grundsätzliche Vorschrift auf, das IPRG gilt jedoch als *lex specialis* gegenüber § 12 AT ZGB hinsichtlich der territorialen Wirkung des Zivilrechts, was der Grund dafür war, dass § 8 Abs. 1 der Zivilrechtsgrundsätze in § 12 AT ZGB inhaltlich wieder aufgenommen wurde.

¹⁸ Forschungs- und Lehrabteilung für Zivilrecht der zentralen Schule für Kader in Politik und Recht (中央政法干部学校民法教研室) (Hrsg.), Die Grundfragen des chinesischen Zivilrechts (中华人民共和国民法基本问题), Beijing 1958, S. 40.

¹⁹ XU Qinkun (许庆坤), Die Reflexion über die Gesetzgebung der territorialen Rechtswirkung des chinesischen Zivilrechts – § 8 Abs. 1 AGZ als Mittelpunkt (我国民法地域效力立法之检讨——以〈中华人民共和国民法通则〉第 8 条第 1 款为中心), Fashang Yanjiu (法商研究), 2015, Nr. 5, S. 157–165.

²⁰ Gesetz der Volksrepublik China zur Anwendung des Rechts auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung vom 28.10.2010, deutsche Übersetzung von Knut Benjamin Piffler in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2010, S. 376 ff.; auch abgedruckt in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 76 (2012), S. 161 ff.; weitere deutsche Übersetzung von XUE Tong und ZOU Guyong in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2011, 199 ff.; englische Übersetzungen von Chen Weizuo/Kevin M. Moore in: Yearbook of Private International Law 12 (2010), S. 669 ff.; HE Qisheng, in: Jürgen Basedow/Knut Benjamin Piffler (Hrsg.), Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, Tübingen 2014, S. 439 ff.

²¹ SHI Hong (石宏) (Hrsg.), Erklärungen, Motive und betroffene Vorschriften des Allgemeinen Teils des chinesischen Zivilgesetzbuches (《中华人民共和国民法总则》条文说明、立法理由及相关规定), Beijing 2017, S. 26–27.

¹¹ DU Tao/XIAO Yongping (Fn. 4), S. 73.

¹² Bartolus, On Conflict of Law (法律冲突论), Chinesische Übersetzung von QI Xiaoquan (齐湘泉)/HUANG Xiwei (黄希韦), Wuda Guojifa Pinglun (武大国际法评论), 2010, Nr. 12, S. 324–341.

¹³ DU Tao/XIAO Yongping (Fn. 4), S. 73.

¹⁴ DU Tao/XIAO Yongping (Fn. 4), S. 73.

¹⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 8, Chinesische Übersetzung von LI Shuangyuan (李双元) u.a., Beijing 1999, S. 13 ff.

¹⁶ DU Tao/XIAO Yongping (Fn. 4), S. 74.

¹⁷ DU Tao/XIAO Yongping (Fn. 4), S. 80.

2. Das Verhältnis zwischen dem § 12 AT ZGB und dem IPRG

§ 12 Satz 1 AT ZGB ist als die grundsätzliche Bestimmung hinsichtlich der territorialen Rechtswirkung des Zivilrechts zu erachten, während der zweite Satz dieser Vorschrift mit dem Inhalt, dass, falls etwas anderes durch Gesetze bestimmt wird, diese abweichenden Regeln Anwendung finden sollen, bei formaler Betrachtung die Ausnahme darstellt. Was das hier erwähnte „etwas andere“ angeht, bezieht sich dies in der Regel auf das in 2010 verkündete IPRG, weil die Vielzahl auslandsbezogener ziviler Rechtsverhältnisse durch dieses Gesetz geregelt wird. Deshalb muss in der Rechtspraxis § 12 Satz 1 AT ZGB umgekehrt als Ausnahme gelten.

§ 12 Satz 1 AT ZGB bestimmt nur den territorialen Anwendungsbereich des Zivilrechts Chinas, kann aber nicht als das allgemeine Beurteilungskriterium der Rechtsanwendung im internationalen Privatrecht dienen. Dem Wortlaut dieser Vorschrift ist zwar zu entnehmen, dass für die zivilen Tätigkeiten im Territorium der VR China die zivilrechtlichen Gesetze Chinas Anwendung finden sollen. Tatsächlich kann es aber durchaus stattfinden, dass die Anwendbarkeit der Gesetze Chinas ausgeschlossen wird, weil die Klagen nicht vor einem Gericht in China erhoben oder die Gesetze Chinas nicht von den Parteien gewählt oder als anwendbares Recht durch inländische Kollisionsnormen berufen werden. Umgekehrt vermögen die Gerichte in China die Gesetze der VR China anzuwenden, wenn sich eine Partei außerhalb des Territoriums der VR China für die Erhebung einer Klage vor einem Gericht in China entschieden hat.

Zusammenfassend hat § 12 AT ZGB lediglich eine deklaratorische Bedeutung für die territoriale Anwendungswirkung des Gesetzes; der Wert der Vorschrift für die Rechtspraxis ist jedoch gering.

B. Die Parteiautonomie und deren Beschränkung im internationalen Privatrecht Chinas

1. Der Grundsatz der Parteiautonomie im internationalen Privatrecht Chinas

Dass die Parteien ziviler Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug durch Vereinbarung das anwendbare Recht wählen dürfen und können, wird als der Grundsatz der Parteiautonomie (auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit bei der Rechtsanwendung auf Zivilrechtsverhältnisse mit Auslandsbezug) bezeichnet.²²

Der Grundsatz der Parteiautonomie war schon in den Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China anerkannt, deren § 145 Abs. 1 vorschreibt: „Die Beteiligten an Verträgen mit Auslandsberührung können, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Recht wählen, das zur Regelung von Vertragsstreitigkeiten angewandt wird.“ Im zweiten Absatz dieser Vorschrift wird bestimmt: „Wenn die

Beteiligten an Verträgen mit Auslandsberührung keine Wahl getroffen haben, wird das Recht des Staates angewandt, zu dem der Vertrag die engste Verbindung hat.“

Einerseits ist die Parteiautonomie als ein allgemeiner Grundsatz im IPRG vorgesehen worden, was im § 3 IPRG erfolgt ist, dessen Inhalt lautet: „Die Parteien können gemäß den gesetzlichen Bestimmungen das Recht ausdrücklich wählen, das auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung angewendet wird.“ Darüber hinaus dürfen die Parteien mancher außervertraglicher Rechtsverhältnisse ebenfalls durch eine Rechtswahl das anwendbare Recht vereinbaren. Hierin eingeschlossen sind: Stellvertretung (§ 16), Treuhand (§ 17), Schiedsklausel (§ 18), Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten (§ 24), Scheidung durch Vereinbarung (§ 26), dingliche Rechte an beweglichen Sachen (§ 37), dingliche Rechte an beweglichen Sachen *in transitu* (Sachen im grenzüberschreitenden Transport) (§ 38), Deliktshaftung (§ 44), Produkthaftung (§ 45), ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 47), Deliktshaftung für geistiges Eigentum (§ 50).²³

2. Die Bedeutung der Parteiautonomie

(1) Die Voraussetzung für die Rechtswahlvereinbarung

Nach dem Wortlaut des § 3 IPRG muss die Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien „gemäß den gesetzlichen Bestimmungen“ erfolgen. Hieraus folgt, dass die Frage, ob die Parteien berechtigt sind, das anwendbare Recht zu wählen, nach dem konkreten Inhalt der jeweiligen Kollisionsnorm bestimmt werden muss. Deswegen hat der § 3 eine bloß deklaratorische Funktion, praktische Bedeutung besitzt er aber nicht.²⁴

Erfolgt die Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien ohne explizite gesetzliche Grundlage, ist eine solche Vereinbarung nach § 6 der Erläuterung *des Obersten Volksgerichts zum IPRG* (im Folgenden: Erläuterung des OVG) nichtig.²⁵

²³ Nach der Rechtsprechung ist es außerhalb des Bereiches des Vertrags selten, dass die Parteien durch die Vereinbarung der anwendbaren Gesetze die Parteiautonomie durchsetzen. Der Normzweck des IPRG, die Vertragsfreiheit zu erweitern, scheint momentan nicht allgemein erreicht zu sein. Vgl. LIN Yanping (林燕萍)/LOU Weiyang (娄卫阳), Die Anwendung der Parteiautonomie im Verfahren mit Auslandsbezug, Faxue (法学), 2015, Nr. 12, S. 133–144.

²⁴ DU Tao (杜涛), Kommentar und Auslegung zum IPRG (涉外民事关系法律适用法释评), Beijing 2011, S. 61. Für die Anerkennung des Wertes dieser deklaratorischen Kodifikation, vgl. GUO Yujun (郭玉军), Reflexion und Verbesserung der Gesetzgebung des chinesischen IPRGs – IPRG als Mittelpunkt (中国国际私法的立法反思及其完善——以〈涉外民事关系法律适用法〉为中心), Qinghua Faxue (清华法学), 2011, Nr. 5, S. 158. Darüber hinaus findet § 3 IPRG in der Rechtspraxis auch als Grundlage für die Wahl der anwendbaren Gesetze Anwendung, vgl. LIN Yanping/LOU Weiyang (Fn. 23), S. 133–144.

²⁵ Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Gesetzes der Volksrepublik China über das anwendbare Recht auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung (Teil 1), deutsche Übersetzung von Peter Leibkühler in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2013, S. 107 ff.

²² XU Weigong (徐伟功), Anwendung der Parteiautonomie in der Wahl der anwendbaren Gesetze in China (法律选择中的意思自治原则在我国的运用), Faxue (法学), 2013, Nr. 9, S. 24 ff.

(2) Die Form der Rechtswahlvereinbarung

Die Natur der Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien ist eine vertragliche Handlung. Prinzipiell dürfen die Parteien über die Form der Rechtsgeschäfte frei entscheiden. Aber § 3 IPRG zufolge sind die Vereinbarungen der Parteien hinsichtlich des anwendbaren Rechts „ausdrücklich“ zu treffen.

In der Praxis der Rechtsprechung wird aber auch die Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien im Verlauf des Gerichtsverfahrens akzeptiert.²⁶ § 8 Abs. 2 der Erläuterung des OVG sieht vor: „Nehmen alle Parteien Bezug auf das Recht desselben Landes und erheben auch keinen Einwand bezüglich der Anwendung [dieses] Rechts, so können die Volksgerichte feststellen, dass die Parteien bereits eine Rechtswahl bezüglich ihrer zivilrechtlichen Beziehung mit Außenberührung getroffen haben.“

(3) Der Zeitpunkt der Rechtswahlvereinbarung

Zeitlich kann die Wahl des anwendbaren Rechts durch Vereinbarungen sowohl vor als auch nach dem Zustandekommen der Rechtsverhältnisse erfolgen. Ein Beispiel für die Wahl des anwendbaren Rechts nach dem Zustandekommen der Rechtsverhältnisse bildet § 44 S. 2 IPRG mit dem Inhalt: „Wenn die Parteien nach dem Eintritt der rechtsverletzenden Handlung vereinbaren, das anwendbare Recht zu wählen, gilt diese Vereinbarung.“

§ 8 Abs. 1 der Erläuterung des OVG hat deutlich angeordnet: „Die Volksgerichte müssen der einvernehmlichen Rechtswahl der Parteien sowie der Änderung der Rechtswahl entsprechen, soweit sie bis zum Schluss der Verhandlung in erster Instanz erfolgte.“

(4) Der Kreis der wählbaren Rechte

Ob das von den Parteien durch Vereinbarung gewählte Recht eine tatsächliche Verbindung mit dem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien aufweisen muss, ist zweifelhaft. Die traditionelle Theorie des internationalen Privatrechts hat sich für das Kriterium der „substanziellen Verbindung“ entschieden.²⁷ Das heißt, das von den Parteien durch Vereinbarung gewählte anwendbare Recht hat mit dem zu entscheidenden Fall im substanziellen Verhältnis zu stehen, wogegen ein Recht, das mit dem zu entscheidenden Fall nichts zu tun hat, nicht als darauf anwendbares Recht gewählt werden darf.

Dazu hat aber das Oberste Volksgericht in China relativ liberal Stellung genommen. In § 7 der Erläuterung des OVG ist bestimmt: „Macht eine der Parteien die Unwirksamkeit einer Rechtswahl aus dem Grunde geltend, dass das von beiden Seiten einvernehmlich gewählte Recht mit der Streitbelegenen zivilrechtlichen Beziehung keinerlei tatsächliche Verbindung habe, wird [dies] von den Volksgerichten nicht

unterstützt.“ Die zivilen Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug sind ihrer Natur nach privatrechtlich, was dafür spricht, dass die Verfügungen über eigene Rechte oder Pflichten durch die Parteien selbst grundsätzlich respektiert werden müssen, einschließlich ihrer Wahl des anwendbaren Rechts beim Auftauchen einer Streitigkeit. Außerdem könnten die Bereitschaft und Willigkeit der Ausländer, mit den Inländern Geschäfte abzuschließen, negativ beeinflusst werden, falls die Wahl des Rechts eines dritten Staates ihnen nicht erlaubt wäre. Schließlich könnte es zur Minderung der Wettbewerbskraft der inländischen Unternehmen kommen.²⁸

Die Gültigkeit der oben gezogenen Konsequenz beschränkt sich auf diejenigen zivilen Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug, die ihrer Natur nach einen Vertrag darstellen. Bei außervertraglichen Rechtsverhältnissen müssen die von den Parteien gewählten Gesetze nach dem IPRG mit dem zu entscheidenden Fall in irgendeinem Verhältnis stehen. Ansonsten ist die Wahl des anwendbaren Rechts vom Gericht als nichtig zu beurteilen.²⁹

Ob internationale Konventionen von den Parteien als anwendbares Recht gewählt werden könne, wird im Schrifttum wie in der Praxis des internationalen Privatrechts dahingehend beantwortet, dass die Wahl der in China schon in Kraft getretenen internationalen Konventionen (zum Beispiel CISG) als anwendbares Recht wirksam ist.³⁰ Sollten die internationalen Konventionen, an denen sich China nicht beteiligt oder die in China noch nicht in Kraft getreten haben, von den Parteien als die anwendbaren Gesetze gewählt werden, führt dies nach § 9 der Erläuterung des OVG nur dazu, dass die Volksgerichte die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien anhand des Inhalts dieses internationalen Übereinkommens beurteilen können.³¹

3. Die Schranken der Parteiautonomie

Nach dem IPRG haben die Parteien prinzipiell die Freiheit, das anwendbare Recht selbst zu wählen. Diese Parteiautonomie ist jedoch nicht absolut oder unbeschränkt. Die Beschränkung der Parteiautonomie wird durch die folgenden Aspekte zum Ausdruck gebracht.

(1) Eingriffsnormen

Die international zwingenden Normen (Eingriffsnormen) im internationalen Privatrecht werden gelegentlich auch als „Gesetze von unmittelbarer Anwendung“

²⁸ XIAO Yongping (肖永平)/HU Yongqing (胡永庆), Parteiautonomie in der Wahl der anwendbaren Gesetze (法律选择中的当事人意思自治), Falü Kexue (法律科学), 1997, Nr. 5, S. 80–81.

²⁹ XU Weigong (徐伟功), S. 31.

³⁰ LI Wang (李旺), Parteiautonomie und die Anwendung der internationalen Konventionen (当事人意思自治与国际条约的适用), Qinghua Faxue (清华法学), 2017, Nr. 4, S. 185.

³¹ GAO Xiaoli (高晓力), Auslegung und Anwendung der ersten juristischen Interpretation des Obersten Volksgerichts zum IPRG (《关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释(一)》的理解与适用), Renmin Sifa (人民司法), 2013, Nr. 3, S. 22. Als kollisionsrechtlich anwendbares Recht für die relevanten Fälle können diese internationalen Konventionen aber nicht gelten.

²⁶ DU Tao (冯. 24), S. 279.

²⁷ XU Weigong (徐伟功), Anwendung der Parteiautonomie in der Wahl der anwendbaren Gesetze in China (法律选择中的意思自治原则在我国的运用), Faxue (法学), 2013, Nr. 9, S. 30.

(lois d'application immédiate) bezeichnet.^{32,33} Der § 4 IPRG schreibt vor: „Wenn in Gesetzen der Volksrepublik China zu zivilrechtlichen Beziehungen mit Außenberührung zwingende Bestimmungen enthalten sind, werden diese zwingenden Bestimmungen direkt angewendet.“

Der Begriff der zwingenden Normen ist so abstrakt und unbestimmt, dass es nicht leicht ist, ihn in der Praxis korrekt anzuwenden. Vor diesem Hintergrund ist durch § 10 der Erläuterung des OVG nicht abschließend aufgezählt worden, dass direkt anwendbare Gesetze diejenigen zwingenden Normen sind, die dem Schutz der Arbeitnehmer, der Hygiene der Lebensmittel, der Sicherheit der Öffentlichkeit, dem Schutz der Umwelt, der Kontrolle der Devisen, der Finanzsicherheit, der Bekämpfung der Beschränkung des Wettbewerbs und der Bekämpfung gegen das Preisdumping dienen.

(2) Ordre public (öffentliche Ordnung)

Unter dem Begriff der öffentlichen Ordnung sind das öffentliche Interesse oder die soziale Sittlichkeit in einem Land zu verstehen. Im internationalen Privatrecht kann durch Vorbehaltsklauseln die Anwendung ausländischer Gesetze ausgeschlossen werden. Dieses Institut ist für Konstellationen gedacht, in denen die öffentlichen Interesse oder die soziale Sittlichkeit in einem Land beschädigt werden könnten, wenn die durch die inländischen kollisionsrechtlichen Regeln ermittelten ausländischen Normen Anwendung finden würden.³⁴

Von den Eingriffsnormen ist der ordre public zu unterscheiden. Die Eingriffsnormen sind konkrete, unmittelbar anzuwendende Bestimmungen. Dagegen stellt der ordre public bloß einen abstrakten, nicht direkt anwendbaren rechtlichen Grundsatz dar. Funktionell dient der ordre public nur zur nachträglichen Kontrolle und gilt hiermit als das letzte Sicherheitsventil für die inländischen Interessen.³⁵

Falls das von den Parteien durch Vereinbarung gewählte anwendbare Recht mit dem ordre public in China in Widerspruch steht, wird die Wahl der Parteien

ausgeschlossen, was eine Beschränkung der Parteiautonomie darstellt.³⁶

(3) Verbraucherschutz

Bei Verbraucherverträgen können die Unternehmer ihre überlegene Stellung ausnutzen und die Verbraucher unter Umständen dazu zwingen, ungleiche Verträge abzuschließen. Zudem ist es für die Geschädigten schwer, auf dem Rechtsweg eigene Interessen zu schützen, wenn die auf den Markt gebrachten Produkte Mängel aufweisen und hierdurch eine Schädigung verursacht haben. Um den Schutz der Verbraucher und der Geschädigten in Produkthaftungsfällen zu stärken, wird in §§ 42 und 45 IPRG bestimmt, dass die Verbraucher beziehungsweise die durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten zur einseitigen Wahl des anwendbaren Rechts berechtigt sind. Demzufolge können sie nach eigenem Bedarf die für sie günstigsten Gesetze wählen, was durchaus als Beschränkung der Autonomie der anderen Partei gelten kann.

4. Fazit

Zusammengefasst sieht § 12 AT ZGB das in der Lehre und Rechtspraxis kritisierte absolute Territorialitätsprinzip vor. Aus diesem Grund wird § 12 AT ZGB keine große Rolle in der Rechtsanwendung spielen. In der Praxis gilt einerseits nach dem IPRG der Grundsatz der Parteiautonomie, andererseits steht diese Freiheit auch unter der Beschränkung der Eingriffsnormen, des ordre public und des Verbraucherschutzes.

³² Näher Klaus Schurig, Lois d'application immédiate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts, in: Wolfgang Holl/Ulrich Klinke (Hrsg.), Internationales Privatrecht – Internationales Wirtschaftsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, S. 55, 59–65, m.w.N. Unter diesem Begriff versteht man die Normen, die nach dem inländischen Recht unmittelbare Anwendung finden müssen und auch nicht durch die Parteien vertraglich ausgeschlossen werden dürfen. Nicht nur haben die Parteien in diesen Situationen keine Berechtigung zur freien Wahl des anwendbaren Rechts, sondern das zuständige Gericht braucht im Ablauf des Prozesses auch nicht die inländischen kollisionsrechtlichen Regeln zu berücksichtigen. Hieraus folgt die absolute territoriale Rechtswirkung dieser Normen.

³³ GAO Xiaoli (Fn. 31), S. 22; DU Tao/XIAO Yongping (Fn. 4), S. 82.

³⁴ LI Shuangyuan (李双元), Internationales Privatrecht (Kapitel des Kollisionsrechtes) (国际私法〈冲突法篇〉), 3. Auflage, Wuhan 2016, S. 201. Dazu bestimmt § 5 IPRG: „Wenn die Anwendung ausländischen Rechts das gesellschaftliche Allgemeininteresse der Volksrepublik China schädigen würde, wird das Recht der Volksrepublik China angewendet.“

³⁵ DU Tao (Fn. 24), S. 73.

³⁶ TIAN Xiaoyun (田晓云), Vergleichende Forschung über die Wahl der anwendbaren Gesetze für den Ausland bezüglich Verträgen durch Parteiautonomie (意思自治原则确定涉外合同准据法比较研究), Xinan Zhengfa Daxue Xuebao (西南政法大学学报), 2005, Nr. 3, S. 24; DU Tao (Fn. 24), S. 280.

* * *

Party Autonomy and its Limitation when Determining the Law Applicable Law to Foreign Related Civil Relations

§ 12 of the General Part of the new Chinese Civil Code originates from § 8 of the former General Principles of Civil Law. Specifying an absolute principle of territoriality, and thereby reflecting a traditional emphasis on sovereignty, the provision has been heavily criticized in terms of both theory and its legal application. In the view of the legislature, this problem should be remedied by China's Code on Private International Law (PIL Code) taking precedence over § 12. China's PIL Code states that the parties can exercise party autonomy so as to agree on the applicable law before or even after the formation of legal relationships. While the menu of eligible laws traditionally encompassed laws having a "substantial connection" to the case at hand, this requirement has been relaxed in § 7 of the Supreme People's Court interpretive guidelines. Nonetheless, party autonomy is limited by overriding mandatory rules, public policy and notions of consumer protection.

Beijing

Baker & McKenzie

Suite 3401, China World Tower 2
China World Trade Center
No. 1, Jianguomenwai Avenue
100004 Beijing, VR China

贝壳·麦坚时国际律师事务所北京代表处
国贸大厦2座3401室
中国国际贸易中心
建国门外大街1号
100004 北京, 中华人民共和国

Tel.: +86 10 6535 3800; Fax: +86 10 6505 2309; 6505 0378; E-Mail: <christian.atzler@bakermckenzie.com>
Ansprechpartner: *Christian Atzler*

Brandi Dröge Piltz Heuer & Gronemeyer

Suite 706/2, Jian Wai SOHO
No. 39, East 3rd Ring Road, Chaoyang District
100022 Beijing, VR China

建外 SOHO 2 号楼 706 室
朝阳区东三环中路 39 号
100022 北京, 中华人民共和国

Tel.: +86 10 5869 5751; E-Mail: <wigginghaus@bdphg.de>
Ansprechpartner: *Dr. Nils Wigginghaus*

King & Wood Mallesons

18/F, East Tower, World Financial Center
No. 1, Dongsanhuan Zhonglu, Chaoyang District
100020 Beijing, VR China

环球金融中心办公楼东楼 18 层
朝阳区东三环中路 1 号
100020 北京, 中华人民共和国

Tel.: +86 10 5878 5588; Fax: +86 10 5878 5599; E-Mail: <sandra.link@kwm-europe.com>
Ansprechpartner: *Dr. Sandra Link*

Wenfei Attorneys-at-Law Ltd.

Room 1006, Air China Plaza
No. 36, Xiaoyun Road, Chaoyang District
100027 Beijing, VR China

瑞士文斐律师事务所
国航大厦 1006 室
朝阳区霄云路 36 号
100027 北京, 中华人民共和国

Tel.: +86 10 8418 5687; Fax: +86 10 8418 5907; E-Mail: <paul.thaler@wenfei.com>
Ansprechpartner: *Dr. Paul Thaler*

Shanghai

Clifford Chance LLP

25/F, HKRI Centre Tower 2, HKRI Taikoo Hui
No. 288, Shimen Yi Road
200041 Shanghai, VR China

高伟绅律师事务所上海代表处
兴业太古汇香港兴业中心二座 25 层
市石门一路 288 号
200041 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 2320 7288; Fax: +86 21 2320 7256; E-Mail: <qian.ma@cliffordchance.com>
Ansprechpartner: *Dr. Ma Qian*

CMS, China

Suite 2801, Plaza 66, Tower 2
No. 1266, Nanjing Road West
200040 Shanghai, VR China

德国 CMS 德和信律师事务所驻上海代表处
恒隆广场 2 期 2801 室
南京西路 1266 号
200040 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 6289 6363; Fax: +86 21 6289 0731; E-Mail: <ulrike.glueck@cms-hs.com>
Ansprechpartner: *Dr. Ulrike Glück*

Ernst & Young

German Business Center (GBC) Shanghai
23/F, The Center, No. 989, Changle Road
200031 Shanghai, VR China

安永会计师事务所
世纪商贸广场 23 楼
长乐路 989 号
200031 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 2405 2348; Fax: +86 21 6275 1131; E-Mail: <titus.bongart@cn.ey.com>

Ansprechpartner: *Titus von dem Bongart*

Freshfields Bruckhaus Deringer

34/F, Jin Mao Tower
No. 88, Century Boulevard, Pudong
200121 Shanghai, VR China

富而德律师事务所
金茂大厦 34 楼
浦东新区世纪大道 88 号
200121 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 5049 1118; Fax: +86 21 3878 0099; E-Mail: <heiner.braun@freshfields.com>

Ansprechpartner: *Dr. Heiner Braun*

Hogan Lovells

18/F, Park Place
No. 1601, Nanjing Road West
200040 Shanghai, VR China

霍金路伟律师事务所上海办事处
越洋广场 18 楼
南京西路 1601 号
200040 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 6122 3800; Fax: +86 21 6122 3899; E-Mail: <shengzhe.wang@hoganlovells.com>

Ansprechpartner: *Shengzhe Wang*

Latham & Watkins LLP

26/F, Two ifc
No. 8, Century Boulevard
200120 Shanghai, VR China

国金中心二期 26 楼
世纪大道 8 号
200120 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 6101 6000; Fax: +86 21 6101 6001; E-Mail: <christian.jahn@lw.com>

Ansprechpartner: *Dr. Christian H. Jahn*

Linklaters LLP

29/F, Mirae Asset Tower
No. 166, Lujiazui Ring Road
200120 Shanghai, VR China

年利达律师事务所上海代表处
未来资产大厦 29 楼
陆家嘴环路 166 号
200120 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 2891 1888; Fax: +86 21 2891 1818; E-Mail: <wolfgang.sturm@linklaters.com>

Ansprechpartner: *Wolfgang F. Sturm*

Luther Law Offices

2/F AZIA Center
No. 1233, Lujiazui Ring Road, Pudong
200120 Shanghai, VR China

陆德律师事务所
汇亚大厦 2 层
浦东新区陆家嘴环路 1233 号
200120 上海, 中华人民共和国

Pinsent Masons

Room 4605, Park Place Office Tower
No. 1601, Nanjing West Road
200040 Shanghai, VR China

品诚梅森律师事务所
上海越洋广场 4605 室
静安区南京西路 1601 号
200040 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 6321 1166; Fax: +86 21 6329 2696; E-Mail: <bernd.stucken@pinsentmasons.com>

Ansprechpartner: *Dr. Bernd-Uwe Stucken*

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

German Centre for Industry and Trade Shanghai
Unit 638, 6/F, Tower 3, No. 88, Keyuan Road
201203 Shanghai, VR China

德国申特海姆律师事务所上海代表处
3 幢 6 层 638 室
德国中心, 科苑路 88 号
上海浦东张江高科技园区
201203 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 2898 6660; E-Mail: <bernhard.heringhaus@schindhelm.net>

Ansprechpartner: *Dr. Bernhard Heringhaus*

Schulz Noack Bärwinkel

Suite 2302, International Trade Center
No. 2201, Yan'an Road West
200336 Shanghai, VR China

德国律师事务所上海办事处
国际贸易中心 2302 室
延安西路 2201 号
200336 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 6219 8370; Fax: +86 21 6219 6849; E-Mail: <jm.scheil@snblaw.com>

Ansprechpartner: *Dr. Jörg-Michael Scheil*

Taylor Wessing

15/F, United Plaza, Unit 1509
No. 1468, Nanjing Road West
200040 Shanghai, VR China

泰乐信律师事务所驻上海代表处
中欣大厦 15 楼 1509 单元
南京西路 1468 号
200040 上海, 中华人民共和国

Tel.: +86 21 6247 7247; Fax +86 21 6247 7248; E-Mail: <r.koppitz@taylorwessing.com>

Ansprechpartner: *Ralph Vigo Koppitz*

Guangzhou

Rödl & Partner

45/F, Metro Plaza
No. 183, Tianhe Road North
510075 Guangzhou, VR China

德国罗德律师事务所上海代表处
大都会广场 45 楼
广州市天河北路 183 号
510075 广州, 中华人民共和国

Tel.: +86 20 2264 6388; Fax: +86 20 2264 6390; E-Mail: <sebastian.wiendieck@roedl.pro>

Ansprechpartner: *Sebastian Wiendieck*

IMPRESSUM

ISSN: 1613-5768
Online ISSN: 2366-7125

- Herausgeber**
(主编) Deutsch-Chinesische Juristenvereinigung e.V.
Dr. Joachim Glatter, Präsident
E-Mail: <glatter@dcjv.org>
Homepage: <www.dcjv.org>
- Verantwortlich für diese Ausgabe**
(特刊负责编辑) Prof. Dr. Jan von Hein
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Prof. Dr. Claudia Schubert
Universität Hamburg
- Schriftleitung**
(执行编辑) Dr. Peter Leibkühler LL.M. (China-EU School of Law)
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)
Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft
der Universitäten Göttingen und Nanjing
Hankou Lu 22
210093 Nanjing, VR China
南京大学中德法学研究所
汉口路 22 号
210093 南京, 中华人民共和国
Tel. / Fax: +86 25 8663 7892
E-Mail: <dcir.nanjing@hotmail.com>
- Wissenschaftlicher Beirat** (编委会) Prof. Dr. Björn Ahl, Professor für chinesische Rechtskultur,
Universität zu Köln
Prof. Dr. Knut Benjamin Pißler, M.A., Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
- Online-Redaktion**
(电子版编辑部) Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Privatrecht
Mittelweg 187
20148 Hamburg
Kontakt bei technischen Fragen: David Schröder-Micheel
E-Mail: <micheel@mpipriv.de>
- Gestaltung**
(美术设计) Jasper Habicht, Köln

Die Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR) erscheint viermal im Jahr als gedruckte Ausgabe. Das Abonnement der Zeitschrift ist für die Mitglieder der DCJV im Mitgliedsbeitrag enthalten. Es steht jedem Interessierten frei, Mitglied der DCJV zu werden. Eine Mitgliedschaft bei der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung kann online unter <www.dcjv.org> beantragt werden.

Unter <www.ZChinR.de> stehen die Beiträge der jeweils vier letzten Ausgaben der Zeitschrift in Form von Inhaltsverzeichnissen, diejenigen der vorhergehenden Ausgaben als Volltexte im text- und seitenkonkordanten PDF-Format zur Verfügung. Mitglieder der DCJV können sich mit ihrem persönlichen Benutzernamen und Passwort anmelden und erhalten damit Zugriff auch auf die Volltexte der letzten vier Ausgaben.

Die Jahrgänge 1–10 (1994–2003) sind unter dem Titel „Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V.“ erschienen. Die älteren Jahrgänge stehen im Internet unter <www.dcjv.de> im Volltext kostenfrei zum Abruf bereit.

Hinweise für Autoren finden sich unter derselben Adresse bei Unterpunkt ZChinR / Archiv.

Chinesisches Recht und Rechtsvergleichung (LL.M. / M.A.)



Seit dem Jahr 2013 wird deutschen Absolventen der Rechtswissenschaften oder eines sinologischen Studiengangs die Möglichkeit geboten, im Rahmen eines Masterstudiengangs zwei Semester am Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaften in Nanjing zu verbringen und das chinesische Recht sowie die chinesische Sprache zu studieren.



Angeboten werden

- ▶ Chinesische Sprache und Rechtsterminologie
- ▶ Quellen des chinesischen Rechts und Gesetzgebung
- ▶ Zivil- und Wirtschaftsrecht (Vertrags-, Gesellschaftsrecht)
- ▶ Öffentliches Recht (Verwaltungs- und Verfassungsrecht)
- ▶ Rechtsvergleichung
- ▶ Chinesische Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie
- ▶ Politik, Gesellschaft, Wirtschaft und Geschichte Chinas



Zulassungsvoraussetzung ist ein Studium der Rechtswissenschaften oder der Chinawissenschaften/Sinologie. Je nach vorangegangenem Studium sind Nachweise über Kenntnisse der jeweils anderen Disziplin erforderlich. Der Umfang der nachzuweisenden Vorkenntnisse richtet sich nach dem gewählten Studienschwerpunkt und dem angestrebten Abschluss (LL.M. oder M.A.).



Kurzprofil »Chinesisches Recht und Rechtsvergleichung«

Abschluss: Je nach Studienschwerpunkt Chinawissenschaft »M.A.« oder Rechtswissenschaft »LL.M.« der Universität Göttingen und rechtswissenschaftliche Master der Universität Nanjing · **Regelstudienzeit:** Vier Semester · **Unterrichtssprache:** Deutsch und Englisch · Der Studiengang ist zulassungsbeschränkt · **Verfügbare Studienplätze:** 25 · **Studienverlauf:** 1. Semester Göttingen, 2.-3. Semester Nanjing, 4. Semester Göttingen · Studienbeginn ist zum Wintersemester möglich



ZChinR

Zeitschrift für Chinesisches Recht

Call for Papers

Since 1994 the German–Chinese Jurists’ Association and the Sino–German Institute for Legal Studies of the Universities of Göttingen and Nanjing are quarterly publishing the “Zeitschrift für Chinesisches Recht (German Journal of Chinese Law)”, formerly known as the “Newsletter of the German-Chinese Jurists’ Association”.

The journal is focusing on issues of contemporary Chinese law and modern Chinese legal history with a particular emphasis on legal aspects of Chinese economic development and international relations. It seeks to advance practical as well as theoretical analysis of Chinese law.

The journal invites submissions within its scope as set out above to be published in one of its next issues. To guarantee for intellectually stimulating and innovative contributions all submissions will be subject to a review procedure by the editors. Manuscripts (English or German) to be published in the journal’s categories articles, short contributions, documentations and book reviews should be submitted in electronic form and should follow the rules of citation and guidelines for the submission of articles, which can be found at www.ZChinR.de. Previous issues of ZChinR can also be found at www.ZChinR.de.

Please address your manuscripts as well as any inquiries concerning subscription and advertising to the editor-in-chief:

Dr. Peter Leibkühler (LL.M.)
ZChinR, Sino–German Institute for Legal Studies
Nanjing University
22, Hankou Lu, 210093 Nanjing, People’s Republic of China
E-mail: dcir.nanjing@hotmail.com Tel./Fax: +86 25 8663 7892