

Rechtsvergleich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formularklauseln in China

- Weiterentwicklung des chinesischen Formularklausel-Rechts
unter Heranziehung des deutschen AGB-Rechts

Dissertation
Zur Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaft
der Juristischen Fakultät
der Universität Bremen

vorgelegt von
Zhu, Yan
(VR China)
September 2003

Bremen

Diese Arbeit hat dem Promotionsausschuss Dr. jur. der Universität Bremen als
Dissertation vorgelegen.

Gutachter: 1. Prof. Rolf Knieper
2. Prof. Wolfgang Däubler

Kolloquium am: 24 Nov. 2003

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BB	Betriebsberater
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtshofs
bzw.	beziehungsweise
CAGZ	Chinesische Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts
CAVG	Chinesisches Außenhandelsvertragsgesetz
CBGB	Chinesisches Bürgerliches Gesetzbuch
CGG	Chinesisches Gesellschaftsgesetz
CGGG	Chinesisches Gesetzgebungsgesetz
c.i.c.	culpa in contraendo
COVG	Chinesischer Oberster Volksgerichtshof
CPG	Chinesisches Preisgesetz
CPQG	Chinesisches Produktqualitätsgesetz
CSHG	Chinesisches Seehandelsgesetz
CSLG	Chinesisches Sicherungsleistungsgesetz
CTG	Chinesisches Technologievertragsgesetz
CUrhG	Chinesisches Urhebergesetz
CUWG	Chinesisches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
CVG	Chinesisches Vertragsgesetz
CVPG	Chinesisches Verwaltungsprozessgesetz
CWVG	Chinesisches Wirtschaftsvertragsgesetz
CVerf	Chinesisches Verfassungsgesetz
CVerbSG	Chinesisches Verbraucherschutzgesetz
CVersG	Chinesisches Versicherungsgesetz
CZPG	Chinesisches Zivilprozessgesetz
ders	derselben
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
Drucks.	Drucksache
ECBGB	Entwurf des Chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

EVCBGB	Entwurf des Vertragsgesetzes im Chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch
EU	Europäische Union
f.	und folgende Seite/folgender Paragraph
ff.	und folgende Seiten/Paragraphen
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	Gegebenenfalls
GPICC	General Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung
HaustürWG	Haustürwiderrufgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz
Hrsg.	Herausgeber
IPR	Internationales Privatrecht
i.V.m	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KPCh	Kommunistische Partei Chinas
m.E.	meines Erachtens
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVK	Nationaler Volkskongress
PECL	The Principles of The European Contract Law
pVV	positive Vertragsverletzung
PrALR	Das Preußische Allgemeine Landrecht
RabelZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RiLi	Richtlinie
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
sog.	Sogenannt
UCC	Uniform Commercial Code
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklage bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)
UNIDROIT	Institut international pour l' unification du droit privé
u.s.w.	und so weit
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
Vgl.	Vergleich
Vol.	Volume
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
www.	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

ZVglRWiss
ZZP

Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
Zeitschrift für Zivilprozessordnung

Thema: Rechtsvergleich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und
Formularklauseln in China
- Weiterentwicklung des chinesischen Formularklausel-Rechts
unter Heranziehung des deutschen AGB-Rechts

EINFÜHRUNG: BEDEUTUNG, METHODEN UND AUFGABEN DES RECHTSVERGLEICHS IN DIESER ARBEIT	13
I. Die Bedeutung von Rechtsvergleich für die Modernisierung des chinesischen Rechts	13
II. Globalisierung und Lokalisierung	16
III. Methoden des Rechtsvergleichs in dieser Arbeit	17
1. Funktionale Methode	18
2. Die anderen rechtsvergleichenden Methoden	18
IV. Rechtsrezeption und Rechtsassimilation	19
V. Generelle Aufgaben von Rechtsvergleich und die konkreten Aufgaben dieser Arbeit	21
1. Generelle Aufgaben von Rechtsvergleich in Bezug auf die Modernisierung des chinesischen Rechts	21
2. Die konkreten Aufgaben und der Aufbau dieser Arbeit	21
KAPITEL 1: VERTRAGSFREIHEIT, VERTRAGSGERECHTIGKEIT UND FRAGESTELLUNG	23
I. Privatautonomie als der übergeordnete Begriff von Vertragsfreiheit in Europa (Deutschland)	23
II. Hierarchie und Abhängigkeit: Überblick über die traditionelle chinesische Rechtskultur im Bereich des Vertragsrechts	26
1. Kontraktliche Theorie auf der politischen Ebene	27
2. Vertrag als Mittel zur Gewährleistung von Sachen- und Dienstleistungsverkehr	30
3. Privatautonomie als tragendes Prinzip im gegenwärtigen chinesischen Privatrecht	31
III. Formelle Vertragsfreiheit als Ausgangslage im BGB in Deutschland	32
IV. Materielle Vertragsfreiheit	36
1. Prozedurale Vertragsfreiheit	37
2. Materielle und ausgleichende Vertragsfreiheit (inhaltliche tatsächliche Vertragsfreiheit)	38
V. Fragestellung: Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland	40
1. Rationalitätsschein von AGB	40
2. Inhaltskontrolle von AGB als die wichtigste gegenwärtige Aufgabe des Vertragsrechts in Deutschland	42
VI. Formularklauseln in China und deren Inhaltskontrolle	43
1. Formularklauseln im chinesischen Wirtschaftsleben	43

2. Kategorien von FormularklauseIn in China	45
a. Exekutive FormularklauseIn als Teil verwaltungsrechtlicher Vertragsverordnungen	45
b. FormularklauseIn im Bereich der Daseinsvorsorge durch Staatsmonopole.....	46
c. Privatisierung von FormularklauseIn	46
3. Kurze Bewertung der drei Kategorien von FormularklauseIn in China.....	47
a. Die exekutiven FormularklauseIn.....	47
b. FormularklauseIn im Bereich der Daseinsvorsorge durch Staatsmonopole.....	48
c. FormularklauseIn von privaten und staatlichen Unternehmen.....	49
4. Fragestellung: Inhaltskontrolle von FormularklauseIn in China.....	49

KAPITEL 2: RICHTERLICHE INHALTSKONTROLLE UND KODIFIKATION DER INHALTSKONTROLLE..... 51

I. Richterliche Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und FormularklauseIn in China	51
1. Generelles Verhaeltnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht.....	51
2. Punktuelle Inhaltskontrolle durch richterliche Fortbildung vor Erlass des AGBG	52
a. Inhaltskontrolle durch reichsrichterliche Fortbildung.....	52
b. Richterliche Inhaltskontrolle vor Erlass des AGBG in Deutschland.....	54
c. Funktion der richterlichen rechtsfortbildenden Inhaltskontrolle vor Erlass des AGBG	55
3. Uebersicht ueber die richterliche Inhaltskontrolle von FormularklauseIn in China	56
4. Gerichtliche Inzidentkontrolle von AGB und FormularklauseIn und deren Nachteile....	57
II. Kodifikation der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland.....	59
1. Funktion der Kodifikation des AGBG	59
2. Einfuegung des AGB-Rechts in das BGB nach der Schuldrechtsmodernisierung.....	59
III. Vertragsgesetzgebung in China.....	60
1. Die erste Periode von 1949 bis 1978.....	60
2. Die zweite Periode von 1979 bis 1999.....	60
3. Die dritte Periode von 1999 bis zur Gegenwart	62
IV. Grundzuege des neuen einheitlichen Vertragsgesetzes (CVG).....	63
1. Modernisierung	63
2. Materialisierung	63
3. Defizite.....	64
V. Kodifikation der Inhaltskontrolle von FormularklauseIn in China	65
1. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im CVG	65
2. Uebersicht ueber die Geschichte der Rechtssetzung im Bereich der Inhaltskontrolle von FormularklauseIn in China	66
3. Defizite und Mangel der Kodifikation der Inhaltskontrolle von FormularklauseIn in China	69
VI. Verhaeltnis zwischen dem CVG und dem CVerbSG	71

KAPITEL 3: VERGLEICH DER BEGRIFFE „ALLGEMEINE GESCHAFTSBEDINGUNGEN“ UND „FORMULARKLAUSELN“..... 75

I. Vergleich der beiden Begriffe „Allgemeine Geschaeftsbedingungen“ und „FormularklauseIn“	75
1. Merkmale von AGB und FormularklauseIn.....	76

2. Vertragsart.....	77
3. Regelungsgegenstand.....	78
4. Vorformulierung.....	79
5. Vielzahl.....	79
6. Stellen bei Vertragsabschluß.....	81
7. Aushandeln.....	82
II. Rechtsnorm oder Vertrag: Vergleich der Rechtsgeltung und der Funktionsweise von AGB in Deutschland und Formularklauseln in China.....	83
1. Rechtsnatur von AGB in Deutschland.....	83
2. Rechtsnatur von Formularklauseln in China.....	90
KAPITEL 4: DER PERSÖNLICHE UND DER SACHLICHE ANWENDUNGSBEREICH DER INHALTSKONTROLLE VON AGB IN DEUTSCHLAND UND VON FORMULARKLAUSELN IN CHINA.....	92
I. Der persönliche Anwendungsbereich.....	92
1. Überblick über die Rechtssubjektlichotomie von natürlicher und juristischer Person, von Kaufmann und Nichtkaufmann, von Unternehmer und Verbraucher in Deutschland.....	92
2. Das Kriterium der Subjektdifferenzierung im AGB-Recht in Deutschland.....	93
3. Der persönliche Anwendungsbereich des AGB-Rechts in Deutschland.....	94
4. Der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China.....	94
II. Der sachliche Anwendungsbereich.....	96
1. Der sachliche Anwendungsbereich des AGB-Rechts im BGB.....	96
2. Der sachliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von Formularklauseln im CVG97.....	96
III. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle von AGB durch § 310 Abs. 3 BGB (§ 24 a AGBG) und die Diskussion über eine Übernahme dieser Ausweitung ins chinesische Recht.....	99
1. Definition des Verbrauchervertrags.....	99
2. Die neue Ausweitung.....	99
3. Übernahme dieser neuen Ausweitung ins chinesische Formularklausel-Recht.....	100
KAPITEL 5: SCHRANKEN DER INHALTSKONTROLLE.....	101
I. Vorstufen der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland.....	101
1. Anwendungsbereiche.....	101
2. Einbeziehungskontrolle überraschender Klauseln.....	101
II. Schranken der Inhaltskontrolle von AGB im AGB-Recht des BGB.....	102
1. Deklaratorische Klauseln.....	102
2. Leistungsbeschreibende und preisbestimmende Klauseln.....	104
3. Rechtsergänzende Klauseln.....	105
4. Rechtsabweichende Klauseln.....	106
III. Schranken der Inhaltskontrolle von Formularklauseln nach dem CVG in China.....	106
1. Vorstufen.....	106
a. Anwendungsbereiche.....	106
b. Die Hinweispflicht für haftungsausschließende- und haftungsbeschränkende Klauseln als Einbeziehungskontrolle.....	107

2. Schranken der Inhaltskontrolle von Formulklauseln	108
--	-----

KAPITEL 6: VERGLEICH DER MAßSTÄBE DER INHALTSKONTROLLE VON AGB IN DEUTSCHLAND MIT DENEN VON FORMULARKLAUSELN IN CHINA 110

I. Natur der Inhaltskontrolle von AGB-Recht in Deutschland.....	110
1. Rechtskontrolle oder Billigkeitskontrolle?.....	110
2. Generalisierende Maßstäbe oder Berücksichtigung der individuellen Umstände?.....	110
3. Wirksamkeitskontrolle oder Ausübungskontrolle?	112
II. Die Natur der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG	113
III. Modell der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB im AGB-Recht	114
1. Rechtsnatur, Funktionen und Funktionsweise von Generalklauseln	114
a. Rechtsnatur von Generalklauseln	114
b. Funktionen von Generalklauseln.....	115
c. Funktionsweise von Generalklauseln	118
d. Bindungskraft von Präjudizien.....	120
2. Generalklauseln in § 307 Abs. 1 und 2 BGB als Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB	120
3. Verbotskataloge: §§ 308 und 309 BGB	121
IV. Modell der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China	122
V. Konkrete Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland.....	124
1. Allgemeine Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB außerhalb des AGB-Rechts	124
a. Allgemeines zwingendes Recht außerhalb des AGB-Rechts.....	124
b. Verstoß gegen gesetzliches Verbot	124
c. Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 BGB.....	125
2. Unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben als Maßstab zur Inhaltskontrolle von AGB	125
a. Gebot von Treu und Glauben	125
b. Unangemessene Benachteiligung.....	127
3. Regelbeispiele in § 307 Abs. 2 BGB.....	130
a. Leitbildfunktion des dispositiven Rechts nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	130
b. Vertragsnatur nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	132
4. Verbotskataloge: Verbotsklauseln mit und ohne Wertungsmöglichkeit (§§ 308 und 309 BGB)	134
a. Verbotskataloge mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB).....	134
b. Verbotskataloge ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB)	135
VI. Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG.....	140
1. Allgemeine Maßstäbe der Vertragsunwirksamkeit sowohl für Individualverträge wie auch für Formulklauseln	140
2. Prinzip der Gerechtigkeit als Generalmaßstab der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG	143
a. Gerechtigkeitsprinzip	143
b. Vergleich des Gebotes von Treu und Glauben im deutschen und im chinesischen Recht.....	145
c. Abgrenzung des Gerechtigkeitsprinzips vom Gebot von Treu und Glauben im CVG	146
d. Konkrete Inhalte des Gerechtigkeitsprinzips	148

e. Kriterien des Gerechtigkeitsprinzips	152
3. Konkrete Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG	154
a. Verbot der Haftungsbefreiung	154
b. Verbot von Haftungserhöhung der Vertragsparteien des Verwenders.....	156
c. Verbot des Ausschlusses der wesentlichen Rechte der Vertragsparteien des Verwenders.....	156
VII: Dispositives Recht in Europa und China	157
1. Allgemeine Bemerkungen über dispositives Recht im kontinental-europäischen Rechtskreis	157
2. Analyse der chinesischen Rechtskultur aus der Perspektive der Rechtsnatur dispositiven Rechts	158
3. Transformation der Natur des chinesischen Rechts am Anfang des 20. Jahrhunderts ..	160
4. Dispositives Recht und Schematisierung, Objektivierung sowie Materialisierung	161
5. Zwischenergebnis.....	162
VIII: Das Transparenzprinzip bei der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und seine Einführung ins Formulklausel-Recht in China	163
1. Überblick über den Meinungsstand zum Transparenzprinzip vor dem SMG in Deutschland.....	163
2. Transparenzgebot als eigenständige Kategorie im deutschen AGBG und SMG.....	165
3. Einführung des Transparenzgebotes in das chinesische Formulklausel-Recht.....	167
 KAPITEL 7: VERHÄLTNIS ZWISCHEN DER INHALTSKONTROLLE VON AGB UND DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG DURCH KONDITIONENKARTELLE UND –EMPFEHLUNGEN IN DEUTSCHLAND SOWIE SEINE RECHTSVERGLEICHENDE BEDEUTUNG FÜR DIE INHALTSKONTROLLE VON FORMULARKLAUSELN IN CHINA.....	168
I. Anknüpfungspunkt: Konditionenkartelle und -empfehlungen	168
II. Interdependenz und Ergänzung der Funktionen von Vertrag und Wettbewerb	169
III. Zweck des AGB-Rechts und des GWB in Deutschland	171
IV. Zuhilfenahme der Inhaltskontrollmaßstäbe des AGB-Rechts bei der Missbrauchsaufsicht von Konditionenkartellen und –empfehlungen	171
V. Monopol und Wettbewerb in China	172
VI. Zwischenergebnis.....	173
 KAPITEL 8: AUSLEGUNG VON AGB IN DEUTSCHLAND UND VON FORMULARKLAUSELN IN CHINA.....	175
I. Allgemeine hermeneutische Lehre in Deutschland	175
II. Aufspaltung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsgeschäftsauslegung in Deutschland; Auslegungsmethoden in China.....	175
III. Auslegung von AGB und Formulklauseln.....	177
1. Vorrang der Individualabrede	177

2. Objektivierter Auslegung als grundlegende Auslegungsmethode von AGB und Formularklauseln.....	178
3. Gesetzeskonforme Auslegung.....	179
4. Richtlinienkonforme Auslegung als ausschließliche Auslegungsmethode von AGB in Deutschland.....	179
5. Ergänzende Auslegung.....	180
6. Rechtsvergleichende Auslegung.....	181
7. Unklarheitenregel als Auffanglösung bei Mehrdeutigkeiten nach Auslegung.....	182
a. Gesetzliche Bestimmungen zur Unklarheitenregel in Deutschland und China.....	182
b. Funktion der Unklarheitenregel.....	182
c. Anwendungsbereich der Unklarheitenregel.....	183
IV. Zwischenergebnis.....	184

KAPITEL 9: RECHTSFOLGE UNWIRKSAMER AGB UND FORMULARKLAUSELN
..... 185

I. Teilnichtigkeit und Restgültigkeit.....	185
1. Teilbarkeit und Teilnichtigkeit der unter Einbeziehung von AGB zustande gekommenen Verträge im deutschen AGB-Recht.....	185
2. Teilnichtigkeit im chinesischen allgemeinen Vertragsrecht und Formularklausel-Recht	186
3. Verbot geltungserhaltender Reduktion und salvatorische Klauseln.....	186
a. Verbot geltungserhaltender Reduktion im deutschen AGB-Recht und dessen Einführung ins chinesische Formularklausel-Recht.....	186
b. Salvatorische Klauseln.....	188
II. Lückenfüllung durch dispositives Recht und ergänzende Auslegung.....	190
1. Voraussetzungen von Lückenfüllung.....	190
2. Lückenfüllung durch dispositives Recht.....	190
a. Vorrang des dispositiven Rechts vor ergänzender Auslegung bei Lückenfüllung im Falle von unwirksamen AGB-Klauseln in Deutschland.....	190
b. Heranziehung der ergänzenden Auslegung bei Fehlen des entsprechenden dispositiven Rechts.....	191
III. Gesamtnichtigkeit wegen unzumutbarer Härte als Ausnahmefall.....	192
1. Unzumutbare Härte im deutschen AGB-Recht.....	192
2. Rechtsfolge bei Gesamtnichtigkeit wegen unzumutbarer Härte nach dem deutschen und dem chinesischen Vertragsrecht.....	193
3. Verhältnis der unzumutbaren Härte zum Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäfts- grundlage im deutschen Recht.....	193
4. Einführung der Vorschrift über den Ausnahmefall der unzumutbaren Härte ins CVG. 195	

**KAPITEL 10: VERBANDSKLAGE IN DEUTSCHLAND UND
REPRÄSENTANTENKLAGE IN CHINA ALS KOLLEKTIVE KLAGEFORMEN ... 196**

I. Schutz überindividueller Interessen als Inhaltskontrollziel von AGB und Formularklauseln	196
1. Überindividuelle Interessen als Schutzzweck des Zivilprozesses.....	196
2. Kategorien überindividueller Interessen aus der Sicht der Inhaltskontrolle.....	197

II. Prozessuale Möglichkeiten der Inhaltskontrolle zum Zweck des Schutzes überindividueller Interessen.....	197
1. Verbandsklage.....	198
2. <i>class action</i> (Gruppenklage).....	199
3. Repräsentantenklage (<i>daibiaoren susong</i>) in China.....	199
III. Vergleich zwischen Verbandsklage und Repräsentantenklage unter Berücksichtigung der <i>class action</i>	200
1. Klage- und Prozessführungsbefugnis von Verbänden und Repräsentanten.....	200
a. Meinungsstand über Klagebefugnis von Verbänden bei der Verbandsklage in Deutschland.....	200
b. Klagebefugnis von Repräsentanten bei der <i>class action</i> im common law und Repräsentantenklage in China.....	201
c. Klageunterstützungsbefugnis von Verbraucherschutzorganisationen in China.....	204
2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	205
a. Unterlassung.....	205
b. Schadensersatz.....	206
3. Rechtskraft von durch Verbandsklage und Repräsentantenklage erstrittenen Urteilen.....	207
4. Geltung der Prozessmaximen.....	209
a. Dispositionsmaxime.....	209
b. Prinzip des rechtlichen Gehörs.....	210
5. Zwischenergebnis.....	211

KAPITEL 11: PRÄVENTIVE BEHÖRDLICHE INHALTSKONTROLLE 212

I. Funktionen der Verwaltungskontrolle in Deutschland und in China.....	212
II. Ablehnung der vollpräventiven Inhaltskontrolle.....	214
1. Deutschland.....	214
2. China.....	215
III. Zwischenergebnis.....	215

KAPITEL 12: INHALTSKONTROLLE VON AGB UND FORMULARKLAUSELN UNTER GELTUNG DES UN-KAUFRECHTS BEI AUßENHANDELSBEZIEHUNGEN ZWISCHEN DEUTSCHLAND UND CHINA 217

I. Rechtswahlmöglichkeit.....	217
1. Durch Verweisung im IPR anzuwendendes nationales Recht.....	217
2. Das UN-Kaufrecht als Rechtswahl.....	219
II. Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln in Verträgen, die unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommen sind.....	220
1. Überschneidung des sachlichen Anwendungsbereichs vom UN-Kaufrecht, AGB-Recht und Formulklausel-Recht.....	220
2. Einbeziehung von AGB oder Formulklauseln in Verträge, die unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen sind.....	221
a. Beifügen von AGB oder Formulklauseltext.....	221
b. Sprachenproblem.....	222
c. Kollision zwischen AGB und Formulklauseln.....	222

3. Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln in Verträgen, die unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen sind	224
a. Inhaltskontrolle als Gültigkeitsfrage außerhalb des Sachbereichs des UN-Kaufrechts	224
b. UN-Kaufrecht als gesetzliches dispositives Recht bei der Inhaltskontrolle	225
III. Zwischenergebnis.....	227
ZUSAMMENFASSUNG	228
EMPFEHLUNGEN FÜR EINE MODERNISIERUNG DES CHINESISCHEN FORMULARKLAUSEL-RECHTS AUFGRUND DER DEUTSCHEN ERFahrungen:	234
ANHANG 1: GEGENÜBERSTELLUNG DER FALLGRUPPEN DER INHALTSKONTROLLE VON AGB UND FORMULARKLAUSELN	236
ANHANG 2. HAFTUNG AUS VERTRAGSPFLICHTVERLETZUNG IM CVG IM VERGLEICH ZUM DEUTSCHEN RECHT: KRITERIUM FÜR DIE INHALTSKONTROLLE VON FORMULARKLAUSELN ZUR VERTRAGSHAFTUNG IN CHINA.....	251
1. Prinzip der Haftungszurechnung.....	251
2. Formen der Vertragspflichtverletzung	252
a. Tatsächliche Vertragsverletzung	252
b. Vorweggenommene Vertragsverletzung.....	254
3. Rechtsfolgen und Haftungsarten der Vertragsverletzung	254
a. Erfüllungsanspruch (<i>shiji lüxing qingqiuquan</i>)	254
b. Rücktritt.....	255
c. Nachbesserung.....	255
d. Schadensersatz	256
e. Haftungsbefreiung bei Vertragsverletzung.....	258
4. Zwischenergebnis.....	258
ANHANG 3: DIE KONKRETEN VERBOTSKATALOGE IN DEN SHENZHENER VORSCHRIFTEN ÜBER DIE INHALTSKONTROLLE VON STANDARDVERTRÄGEN.....	259
ANHANG 4: DIE KONKRETEN VERBOTSKATALOGE IN DEN SHANGHAIER ÜBERWACHUNGSVORSCHRIFTEN FÜR FORMULARKLAUSELN	261
LITERATURVERZEICHNIS	262

Einführung: Bedeutung, Methoden und Aufgaben des Rechtsvergleichs in dieser Arbeit

Rechtsvergleich, *comparative law*, *droit compare* und *bijiao fa*, - alle diese Begriffe finden seit dem letzten Jahrhundert unter Juristen zunehmendes Forschungsinteresse. In den letzten Jahrzehnten ist auf dem Gebiet des Zivilrechts eine Flut rechtsvergleichender Arbeiten erschienen.¹ Aber die Frage, was Rechtsvergleich bedeutet, wurde bis jetzt noch nicht einheitlich beantwortet. *Zweigert* und *Kötz* als führende Juristen auf diesem Gebiet haben nicht direkt eine klare Definition des Begriffs gegeben, sondern durch Typengliederung und Differenzierung des Rechtsvergleichs zu anderen rechtlichen Gebieten, z.B. dem Internationalen Privatrecht, dem Völkerrecht, der Rechtsgeschichte, der Rechtsethnologie usw. indirekt eine Abgrenzungsdefinition versucht.² Einige Autoren haben sogar ganz auf eine Definition verzichtet.³ Tatsächlich ist es ziemlich schwer, dem Begriff „Rechtsvergleich“ eine präzise und flexible Definition zu geben.

Trotzdem ist es nötig, einen Hinweis auf die Bedeutung, Methoden und Aufgaben des Rechtsvergleichs, der in dieser Arbeit unternommen wird, zu geben.

I. Die Bedeutung von Rechtsvergleich für die Modernisierung des chinesischen Rechts

Im Zuge von innenpolitischen und außenpolitischen Krisen wie Aufstände und Extraterritorialität hatte die *T'sing* Dynastie (1641-1911 n.Chr.) am Ende des 19. Jahrhunderts eine Rechtsreform durchgeführt, welche zum ersten Mal (wegen der ähnlichen Sprachen und geographischen Nähe vor allem direkt von Japan) in der chinesischen Rechtsgeschichte die neuen, modernen westlichen Rechtsbegriffe und Rechtstheorien in China einführte. Abgesehen davon, dass Rechtsrezeption als „Kulturübertragung“ angesehen werden kann⁴, stellte Rechtsvergleich in China von Anfang an die grundlegendste Methode der Gesetzgebung dar. So hatten die Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des ersten chinesischen BGB (1929-1933) fast alle damals modernen Rechtswerke herangezogen und sie unter Erwägung ihrer Vor- und Nachteile berücksichtigt.⁵ China hat mit der Modernisierung seines Rechts und seiner Gesellschaft anhand der vergleichenden Methode begonnen, obwohl nach wie vor eine Diskrepanz zwischen dem „lebenden“ (*law in action*) und „toten“ Recht (*law in writing*) besteht. Versuche, diese Diskrepanz zu beseitigen, sind im Auf und Ab der Geschichte mehrfach unternommen worden. Nach Gründung der VR China hatte die KPCh eine extrem marxistische Rechtspolitik betrieben. An die Stelle des Versuchs, anhand des modernen Rechts und moderner Rechtstheorien die chinesische Gesellschaft unter Berücksichtigung ihrer Tradition zu kontrollieren, transformieren und modernisieren, war der

¹ „Schon im Jahre 1930 zählte Erich-Hans Kaden etwa 4000 Titel, als er die rechtsvergleichende Literatur auf dem Gebiet des Zivilrechts in einer umfassenden Bibliographie zusammenstellte und dabei sämtliche Monographien und Zeitschriftenaufsätze erfasste, die in den Jahren 1870 bis 1930 in Zentral- und Westeuropa sowie in den Vereinigten Staaten erschienen waren.“ Vgl. O. Sandrock, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, 1966, S. 7

² Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 1 bis 12

³ Z.B. M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 1

⁴ Koschacker sieht die Rechtsrezeption als „Kulturübertragung“ an. In ders.: Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern? FS Hiert, Bd.1, 1936, S. 145, 149; in: B. Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung S. 12; Z. Kitagawa, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrecht in Japan, S. 13 ff.

⁵ Vgl: Foo Ping-Sheng, Introduction to Book I, II und III, S. XIX, in: The Civil Code of the Republic of China, 1931

Maoismus getreten, welcher die Funktion von Recht und rechtliche Werte völlig ablehnte (*wufa wutian*). In der Tat ist der Maoismus mit dem klassischen Marxismus nicht vereinbar. Mit der von *Deng Xiaoping* ins Leben gerufenen Politik der Öffnung und Reform hat China erneut an den Versuch angeknüpft, auch abendländisches rechtliches Denken abhängig von seiner Anpassungsfähigkeit an die chinesische gesellschaftliche Realität einzuführen, um ein modernes China traditioneller Prägung aufbauen zu können.

Aus der oben mit wenigen Worten umrissenen Rechtsgeschichte Chinas seit mehr als einem Jahrhundert ist zu folgern, dass Rechtsvergleich als Rechtsmethode außerordentliche Bedeutung in China gewonnen hat und noch gewinnen wird. Seine Funktion soll jedoch eine andere als die in Europa oder in den USA sein.

Einmal ist festzustellen, dass die westlichen Rechtstheorien und Rechtsinstitute im römischen Recht wurzeln.⁶ Mit dem Aufschwung der unabhängigen Nationalstaaten hatten sich die Juristen nur auf ihre eigenen nationalen Rechte konzentriert. Sie glaubten, dass ihr eigenes auf dem Naturrecht gründendes Recht die einzige Wahrheit sei. Deshalb gab es bis Mitte des 19. Jahrhunderts keinen Raum für eine Entwicklung von Rechtsvergleich im wissenschaftlichen Sinne.⁷ Aber die gemeinsame Wurzel erleichtert das gegenseitige Verständnis zwischen den Juristen auf dem europäischen Kontinent. Sogar der angloamerikanische Rechtskreis hat Wurzeln im römischen Recht, obwohl er sehr stark durch Fallrecht und die pragmatische Philosophie (z.B. *D. Hume*) geprägt ist. Nach dem Aufschwung des Rechtsvergleichs in Europa seit Mitte des 19. Jahrhunderts bemühen sich Juristen um Rechtsvereinheitlichung.⁸ Demgegenüber hatten die chinesischen Gesetzgeber und Rechtswissenschaftler von vornherein den Rechtsvergleich als die wichtigste Methode zur Rezeption westlichen Rechts und zur Modernisierung des chinesischen Rechts herangezogen.⁹

Weiterhin ist bekannt, dass Rituale (*Li*) eine entscheidende Rolle bei der Kontrolle der gesellschaftlichen Ordnung sowie privatem Handeln in der traditionellen chinesischen

⁶ Vgl. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I 1985 und Band II 1989; Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, 2001; Hessel E. Yntema: *Roman Law As The Basis Of Comparative Law*, abgekürzte Fassung in: Zweigert/Puttfarcken (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, S. 162 bis 185

⁷ „Weder im Programm der Naturrechtsschule noch im Programm der historischen Rechtsschule war der Rechtsvergleichung eine irgendwie bedeutsame Rolle zugewiesen – im naturrechtlichen Programm wohl deshalb nicht, weil dort ja gerade ein überall und zeitlich unbedingt geltendes Rechtssystem vorausgesetzt wurde, dessen inhaltliche Ausfüllung rein axiomatisch-deduktiv erfolgen sollte; im Programm der historischen Rechtsschule nicht, weil diese Schule zwar im Gewande des Historismus auftrat, in Wirklichkeit aber nur das gemeine Recht auf der Grundlage der ethischen Axiome *Kants* und mit den Mitteln der rationalistischen naturrechtlichen Methodik systematisierte und fortbildete -.“ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 225 ff.; in: O. Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, S. 12 und 13.; vgl. auch Walther Hug, *The History of Comparative Law*, *Harvard Law Review* XIV(1931/1932), in: Zweigert/Puttfarcken (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, S. 109 bis 161

⁸ „Auf dem ersten Kongress der *Société de Législation comparée* formulierte R. Saleilles feierlich, dass ‚die Wissenschaft der Rechtsvergleichung im juristischen Sinne des Wortes zum Ziel hat, aus dem Gemeinsamen der einzelnen Rechtsinstitute heraus eine gemeinsame Basis aufzudecken, oder doch jedenfalls Berührungspunkte, die die grundlegende Einheit des universalen juristischen Lebens ans Licht bringen können.‘ Ihm folgten E. Lambert und andere.“ In: R. Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 17

⁹ Der vorletzte Kaiser der T'sing Dynastie, Guangxu, äußerte sich über Rechtsreform, „Dafür muss Rücksicht auf viele ausländische Gesetze genommen werden, wir müssen sie sorgfältig erforschen und danach ausarbeiten, damit die zu reformierenden chinesischen Gesetze mit den ausländischen vereinbart werden können und es infolge dessen uns leicht fällt, die Gesellschaft zu kontrollieren. (*canzuo geguo falü, xixin kaoding, tuowei niyi, wuqi zhongwai tongxing, youbi zhili.*)“ in: Niederschrift von Kaiser Guangxu, Bingsheng, April des 28. Jahres seiner Regierungszeit.

Gesellschaft spielten, während das Recht nur eine sekundäre Funktion innehatte.¹⁰ Diese gesellschaftliche Kontrollform war mit der modernen Industrialisierung und dem Rechtsstaats- oder Verfassungsstaatsmodell nicht zu vereinbaren.¹¹ Ohne Berücksichtigung der Frage nach der Akkulturation während der Rechtsrezeption hatten die innere und äußere Druckkraft die *T'sing* Dynastie am Ende des 19. Jahrhunderts gezwungen, westliche Rechtstheorien und westliches Recht vergleichend einzuführen, da es für China zu der damaligen Zeit keine Alternative gab.

Außerdem bot der Zeitpunkt, als China mit seiner Rechtsreform begann, auch die Chance, die sich bereits entwickelten westlichen Rechtstheorien und Gesetze auf einen höheren Niveau ohne eigene schöpferische Mühe zu absorbieren. Aber die Gegenüberstellung des chinesischen und des westlichen Rechts¹² zwang die Reformer, sich grundlegend mit westlichem Recht zu beschäftigen. Allerdings hatte traditioneller Druck einen „Systembruch“ im CBGB (1929-1933) bewirkt, denn zwischen den ersten drei Büchern (dem Allgemeinen Teil, dem Sachenrecht und dem Schuldrecht) und dem vierten bzw. fünften Buch über Familien- und Erbrecht bestehen offenbar unsystematische Gesetzgebungsrichtlinien und unterschiedliche Rechtswerte.¹³

Die entscheidende Rolle des Rechtsvergleichs für die Rezeption westlichen Rechts mit dem Ziel der Modernisierung des chinesischen Rechts bildet folgerichtig auch den Ausgangspunkt dieser Arbeit. In diesem Sinne steht diese Arbeit auch in der Tradition, einen Beitrag zur Modernisierung des chinesischen Rechts leisten zu wollen.

M.E. begann die Rezeption des westlichen Rechts in China lediglich mit einem oberflächlichen Rechtsvergleich ohne Auslotung des hinter dem Recht stehenden Sozialmodells und der Rechtskultur.¹⁴ Folglich hat diese Rechtsrezeption eine ständige Auseinandersetzung darüber ausgelöst, ob das rezepierte Recht an die gesellschaftliche Wirklichkeit in China angepasst werden kann. M.E. kann Rechtsrezeption unterschiedliche Wurzeln haben wie militärische Eroberung (Rezeption des französischen Rechts nach 1806)

¹⁰ Vgl. T'ung-Tsu CH'U, *Law and Society in Traditional China* (1961); R. David/J.E.C. Brierley, *Major Legal System In The World Today*, 1968, S. 441 ff.; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 280 ff.; Großfeld/Wang, *Das Europäische Recht aus der Sicht Chinas*, *ZVglRWiss*, 94 (1995), S. 292 ff.

¹¹ M. Weber, *Konfuzianismus und Taoismus*, Tübingen 1920, (seine chinesische Fassung übersetzt von Rongfen Wang, Beijing 1995).

¹² „It could not be further removed from our traditional concept of law, particularly as set forth in the celebrated work of Ihering, *The Struggle For Law (Der Kampf um's Recht)*.“ in: R. David/J.E.C. Brierley, *Major Legal System In The World Today*, S. 442 und 443

¹³ Die Gesetzgeber des Zivilgesetzentwurfs der *T'sing* Dynastie behaupteten: „Das Personenrecht resultiert aus den Volkssitten und den Gewohnheiten, deswegen dürfte es nicht zwingend reformiert werden. ... In den beiden Büchern von Familien- und Erbrecht muss Rücksicht auf unsere Ethik, Moral und gegenwärtige Regelungen genommen werden, sonst würde der schon Jahrtausende dauernden Volksgeist zum Bruch kommen.“ Vgl. Shi Tanjing usw.: *Zusammenfassung von Forschung des Zivilrechts*, S. 27; Foo Ping-Sheng, *Introduction (Englisch), The Civil Code of the Republic of China, 1931*; ähnliches Problem auch in Japan, „Bei dem Kodifikationsstreit in Japan handelt es sich im Familien- und Erbrecht darum, ob die herkömmliche Familienrechtsordnung in Japan, die aus der mächtigen Stellung des Familienoberhauptes (Koshu) und aus dem damit eng zusammenhängenden Anerbenrecht des ersten Sohnes bestand, auch gesetzlich aufrechterhalten werden soll.“ in: Z. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, S. 31

¹⁴ R. Sacco hat die Frage danach, ob die Nachahmung eines fremden Modells als Ziel der vergleichenden Wissenschaft gelten muss oder kann, verneint. Er meint, „Die großen Rezeptionen – und d.h. die Räder, die den rechtlichen Fortschritt antreiben – geschehen ohne eine ihnen vorangehende Vergleichung, oder jedenfalls nur auf der Grundlage einer nur oberflächlichen Vergleichung, für die man die Kenntnis eines Gesetzestextes für ausreichend hält, oder auf der Grundlage eines Entwurfes der Lehre; die Vergleichung auf wissenschaftlichem Niveau greift erst später ein und untersucht die Rezeptionen erst dann, wenn sie bereits vollzogen sind (manchmal sogar erst dann, wenn der Vollzug schon Jahrhunderte zurück liegt).“ Vgl. ders.: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, S. 25 und 26

oder politische Motive (Abschaffung der „ungleichen Verträge“ und Extraterritorialität in Japan und China). Wissenschaftliche Rezeption oder Nachahmung fremden Rechts geschieht gewöhnlich in Friedenszeiten, weshalb die Qualität einer Rechtsrezeption aufgrund der guten Vorbereitung durch Rechtsvergleich auch höher als die spontane oberflächliche Rezeption einzuschätzen ist. Insoweit kann diese Arbeit vielleicht einen Beitrag zu einer möglichen Rezeption des deutschen AGB-Rechts in China leisten.

II. Globalisierung und Lokalisierung

Gegenwärtig herrscht in China eine heftige Auseinandersetzung, welche den langjährigen Streit seit Beginn der Reform am Ende der *T'sing* Dynastie fortsetzt, und wobei es darum geht, das Rangverhältnis zwischen dem rezipierten und dem einheimischen Recht zu klären. Dabei handelt es sich um ein Dauerthema in der chinesischen Rechtswissenschaft. Einmal wurde die Denkrichtung vertreten, dass dem rezipierten westlichen Recht nur ein funktionaler Zweck (*xixue weiyong*) zugewiesen werden sollte, wohingegen das einheimische Recht als Wesen bzw. Geist betrachtet werden müsste (*zhongxue weiti*). Auf der anderen Seite wurde vertreten, dass die Verwestlichung des chinesischen Rechts die einzige Möglichkeit der rechtlichen sowie der gesellschaftlichen Modernisierung Chinas wäre.

Diese Kontroverse erfährt seit Durchführung der Politik von Öffnung und Reform in China eine neue Blütezeit. Mit dem Beitritt Chinas zur WTO und seiner umfassenden Teilnahme an der globalen Wirtschaft und Politik spitzt sich diese Kontroverse zu. Interessanterweise wird der Ruf nach Wiederanerkennung des chinesischen traditionellen Rechts in dem Maße lauter, in welchem das chinesische Recht globalisiert bzw. internationalisiert wird.¹⁵

M.E. geht es hier um die grundlegende Frage von Rechtsvergleich, in welchem Verhältnis die einheimische Kultur und das rezipierte Recht zueinander stehen können und müssen.¹⁶ Offenbar genügt die bloße Erkenntnis des positiv-rechtlichen Zusammenhangs für Rechtsvergleich nicht. Daher müssen der kulturelle und der zivilisatorische Raum beachtet werden, in dem die Institute funktionieren.¹⁷ *Holmes* hat zu Recht darauf hingewiesen: „*the life of the law has not been logic: it has been experience.*“¹⁸ Nach, oder sogar vor Rezeption eines fremden Rechts, stellt sich die Frage nach der Assimilation des Fremdrechts auf dem einheimischen Boden.¹⁹ Es ist zu bemerken, dass der chinesische Gesetzgeber bis jetzt bei der Rezeption fremden Rechts öfter eine „*misconceptualization of the drafting task*“ hat.²⁰ Es lohnt sich in der Tat darüber nachzudenken, ob sich eine Modernisierung des chinesischen

¹⁵ “Persistence of traditional ideas” in: R. David/J.E.C. Brierley, Major Legal System In The World Today, S. 447 ff.; Die sog. Neo-Linkschule in China vertritt auch eine solche Ansicht.

¹⁶ Über das Verhältnis zwischen Kultur und Recht bei Rechtsvergleichung Vgl. Münch, Kultur und Recht, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1 (1914) 345; Koschacker, Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern? FS Hiert, Bd. I. 1936, S. 145, 149; Constantinesco, Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise, ZVglRWiss 80 (1981) 161; Gessner/Hassemar, Gegenkultur und Recht, 1985; Peter Sack u.a. (Hrsg.), Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?, Rechtstheorie, Beiheft 12 (1991); zitiert nach B. Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, S. 12 Fn. 4

¹⁷ B. Großfeld, a.a.O. S. 12

¹⁸ O. W. Holmes, The Common Law, 1881, S. 5

¹⁹ E. Zittelmann hat auf der ersten internationalen Tagung für Rechtsvergleichung in Paris gemeint: „Die Rechtsvergleichung hat ihren höchsten Wert darin, dass sie eine Wissenschaft vom Recht überhaupt als einer einheitlichen Kulturerscheinung ermöglicht.“ in ders.: Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, in: DJZV, 1900, S. 329; zitiert nach Z. Kitagawa, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, S. 54

²⁰ Ann Seidman/Robert. B. Seidman, Drafting Legislation for Development: Lessons From a Chinese Project, in: A.J.C.L. 1996, S. 10 ff.

Rechts und der Gesellschaft aus eigener Kraft entwickeln könnte,²¹ oder ob Rezeption (einschließlich Assimilation) die unentbehrliche Voraussetzung dafür ist.

M.E. herrscht heutzutage eine Koexistenz der verschiedenen Kulturen und eine Konvergenz der verschiedenen Rechtskreise vor, obwohl eine „*collision of culture*“ (Huntington) vorausgesagt worden ist. Im Bereich der Wirtschaft haben sich die Regeln aufgrund des Welthandels und der globalen Kapitalisierung zunehmend angleichen lassen. China darf sich nicht davon isolieren. An einer Globalisierung in diesem Sinne richtet sich China gegenwärtig aus. Dabei wirken die wirtschaftlichen Regeln notwendig auch auf die Denkweise und erstrecken sich bis auf die Ethik im Bereich des Familien- und Erbrechts. Vor einem „Systembruch“ zwischen dem Vertrags- und dem Sachenrecht auf der einen und dem traditionellen Familien- und Erbrecht auf der anderen Seite ist bei dieser Rechtsrezeption zu warnen. Es gilt, eine Harmonisierung zwischen diesen Bereichen anzustreben.²² Konflikte zwischen Globalisierung und Lokalisierung bei der Rezeption fremden Rechts geben eine Möglichkeit zur Assimilation des rezipierten Rechts bzw. sind ein Übergangsphänomen vom „toten“ zum „lebenden“ Recht.

III. Methoden des Rechtsvergleichs in dieser Arbeit

Rechtsvergleich setzt Vergleichbarkeit der zu analysierenden Rechtsinstitute voraus. Offenbar gibt es zwischen der chinesischen gesellschaftlichen Norm „*Li*“ und dem europäischen Kernprinzip der „Privatautonomie“ eine unüberbrückbare ideologische Kluft, geschweige denn Vergleichbarkeit. Was jedoch die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und von Formulklauseln in China angeht, so geht es hier vor allem um ein überall auftauchendes Institut im Vertragsrecht, ohne geographische Beschränkung. Insbesondere haben Verträge, welche durch Einbeziehung von AGB und Formulklauseln zustande gekommen sind, im Rahmen der Marktwirtschaft, gleichgültig ob es sich um die deutsche „soziale“ oder die chinesische „sozialistische“ Marktwirtschaft handelt, vor allem eine wirtschaftliche Funktion. Insofern muss ein Vergleich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und von Formulklauseln in China möglich sein.

In dieser Arbeit wird versucht, ein konkretes Rechtsinstitut im Vertragsrecht, nämlich die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China vergleichend zu analysieren, wobei dies im Rahmen der Mikro-Vergleichung geschehen sollte.²³ Ohne Zweifel sind bei der Mikro-Vergleichung andere soziale Elemente wie Kultur, Sprache, Geographie, u.s.w. zu berücksichtigen, da sonst nur ein begrifflicher positiver Rechtsvergleich vollzogen würde. Problematisch ist jedoch, dass es den Umfang dieser Arbeit sprengen würde, auf alle oben erwähnten Elemente näher einzugehen. Deswegen kann sich die Mikro-Vergleichung in dieser Arbeit legitim nur mit der Kernfrage der Inhaltskontrolle beschäftigen; notwendigerweise ist dabei aber auch Rücksicht auf die anderen damit zusammenhängenden Elemente zu nehmen. Im Folgenden werden die in dieser Arbeit verwendeten vergleichenden Methoden in Umrissen dargestellt.

²¹ Max Weber hat diese Frage verneint. Vgl. ders.: Konfuzianismus und Daoismus, 1920

²² Über „den widersprüchlichen Zusammengang von Familien- und Schuldrecht“ vgl. R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 148 ff.

²³ Über „Makro- und Mikro-Vergleichung“ vgl. L.-J. Constantinesco, Der Rechtsbegriff der Makro-Vergleichung, ZVglRWiss 80(1981), S. 177 ff.

1. Funktionale Methode

„Seit den fünfziger Jahren hat die sog. funktionale Rechtsvergleichung erhöhte Bedeutung gewonnen, insbesondere durch die grundlegende Studie von *Josef Esser* über ‚Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts‘ aus dem Jahre 1956.“²⁴ Diese funktionale Methode soll als die wichtigste angesehen werden, aus der sich andere Methodenlehrsätze – Auswahl der zu vergleichenden Rechte, Spannbreite der Untersuchung, Systembildung etc. – ergeben können.²⁵ „Die funktionale Rechtsvergleichung ist durch folgende Methode gekennzeichnet: Man geht nicht von einem einheimischen Rechtssatz, von einem einheimischen Normenkomplex, etwa einer Rechtsinstitution, oder von einem geschlossenen einheimlichen Rechtsgebiet aus und stellt diesen Dingen die entsprechenden fremden Rechtssätze, Normenkomplexe, Rechtsinstitutionen oder Rechtsgebiete gegenüber, sondern man nimmt auf einen konkreten Lebenssachverhalt oder auf ein konkretes Rechtsproblem Bezug und fragt, welche materielle Lösung für diesen Sachverhalt oder für dieses Rechtsproblem in den verschiedenen Rechtsordnungen vorgesehen ist.“²⁶ Die Ausgangsfrage einer rechtsvergleichenden Arbeit soll deshalb funktional gestellt, das zu untersuchende Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden.²⁷

Auf Grundlage dieser Methode soll in dieser Arbeit zunächst die Frage gestellt werden, was die Situation der Verbreitung von AGB im Rechtsverkehr in Deutschland und Formularklauseln in China ist (*Kapitel 2*) und wie das deutsche AGB-Recht und das chinesische Formularklausel-Recht die Vertragsparteien des Verwenders vor missbräuchlichen AGB in Deutschland bzw. vor missbräuchlichen Formularklauseln in China schützen (*Kapitel 6*). Dabei ist der Vergleich der beiderseitigen positiven Rechtsvorschriften, wenn möglich, unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre²⁸ (vor allem in Deutschland) zu unternehmen, damit der Zweck und die Aufgaben, welche z.B. die Rezeption deutschen AGB-Rechts in China hat, erfüllt werden können.

2. Die anderen rechtsvergleichenden Methoden

Nicht zu übersehen ist, dass sich die funktionale Methode zunehmender Kritik ausgesetzt sieht.²⁹ *Sacco* meint, der Anspruch, dass für die Legitimation der Rechtsvergleichung ein funktioneller Nutzen notwendig und unabdingbar sei, sei die Frucht eines Missverständnisses,

²⁴ Tübingen, Zweite, unveränderte Auflage aus dem Jahre 1964, in: O. Sandrock, Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, S. 66

²⁵ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33

²⁶ Ein solcher methodischer Ausgangspunkt ist zuerst von Max Salomon in seinem rechtsphilosophischen System (Vgl. Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Basel, 2. Aufl., 1925, S. 26 ff.) vorgeschlagen worden. Ihm sind, wenn auch im einzelnen abweichend, gefolgt: F. von Hippel, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, 1930, S. 6 ff.; K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heiderberg, 1935, S. 30 bis 32; Viehweg, Topik und Jurisprudenz, München, 1953, S. 68 bis 71.; zitiert nach O. Sandrock, Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, S. 67 Fn. 2

²⁷ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33

²⁸ „Gesetzesparagraphen zu vergleichen, ist ungenügend, ... Ein Gesetz ist ohne die zugehörige Rechtsprechung nur wie ein Skelett ohne Muskel. Und die Nerven sind die herrschenden Lehrmeinungen.“ Ernst Rabel, Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Zweigert/Puttfarcken, Rechtsvergleichung, S. 88

²⁹ Kritik gegen die funktionale Rechtsvergleichung, Vgl. G. Frankenberg, Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law, Harvard Int'l L. J. 26 (1985) 411; Markesinis, Comparative Law – A Subject In Search Of An Audience, Mod. L. Rev. 53 (1990) 1.; zitiert nach B. Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, S. 9 Fn. 13; und neust: M. Reinmann, Beyond National System: A Comparative Law for the International Age, Tul.L.Rev. 75 (2001) 1103; zitiert nach H. Kötz: Alte und Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, S. 257 ff.

das man derzeit zu überwinden sucht.³⁰ *Großfeld* hat sich dazu anhand eines Zitates implizit kritisch geäußert: „Recht entspringt einer Tradition, die mehr ist als Zeitablauf. Tradition wirkt bewusst und unbewusst, hat eine äußere (Landschaft, Institute, Gebäude, Werke) und eine innere Seite (Glaube, Wünsche, Ängste, Verdrängungen, Träume); beide Seiten formen die Rechtsgeltung und Rechtsetzungen.“³¹ Mit Recht hat *Lawrence Friedman* die Ansicht vertreten, es sei für die Vergleichbarkeit von Rechtsnormen entscheidend „*the extent to which they are imbedded in societies with similar social structures, institutions and social codes.*“³²

Die Kritik an der sog. funktionalen rechtsvergleichenden Methode, oder besser, alle Versuche³³, diese Methode zu vervollkommen, sind meiner Meinung nach teilweise gerechtfertigt. Vor einer begrifflich-positiven Rechtsvergleichung „toten“ Rechts kann nicht genug gewarnt werden. Deswegen sind die Besonderheiten in China, welche auf das Engste mit Formulklauseln (in Gestalt von Verwaltungsvorschriften in der Planwirtschaftsphase oder in Form von einseitig aufgestellten Vertragsbestimmungen in der Marktwirtschaftsphase) zusammenhängen, bei einem Vergleich zu berücksichtigen. Insofern werden über die funktionale Methode hinaus rechtssoziologische (über einschlägige wirtschaftliche Sachverhalte in Deutschland und China), historische (Berücksichtigung der großen wirtschaftlichen und rechtlichen Transformation in China) und kulturelle (potentiell aber wichtig) sowie ökonomisch rechtsanalysierende³⁴ Methoden herangezogen, um einen Vergleich der „lebenden“ Rechte vollziehen zu können.

IV. Rechtsrezeption und Rechtsassimilation

Die Rechtsgeschichte Chinas seit mehr als einem Jahrhundert macht deutlich, dass die rechtliche Modernisierung in China mit der systematischen Rezeption des westlichen, vor allem des kontinental-europäischen Rechts begonnen hat. Um es am Beispiel der Rezeption des kontinental-europäischen Rechts zu verdeutlichen: Der berühmte Zivilrechtler der Republikzeit *Mei Zhongxie* wies darauf hin: „Das geltende Zivilgesetzbuch hat zu 60 bis 70 Prozent das deutsche Recht, zu 30 bis 40 Prozent das schweizerische Recht übernommen. Vom französischen, japanischen und sowjetischen Recht wurden auch jeweils 10 bis 20 Prozent übernommen.“³⁵ Am Anfang dieser Rechtsreform stand aber kaum die Überzeugung der Überlegenheit des westlichen Rechts. Diese Rechtsreform hing vielmehr mit dem Versprechen der europäischen (und japanischen) Mächte zusammen, nach erfolgter Rechtsreform auf die die chinesische Regierung demütigende Konsulargerichtsbarkeit zu verzichten.³⁶

³⁰ R. Sacco, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 14

³¹ Krawietz, Identität oder Einheit des Rechtssystems? *Rechtstheorie* 16 (1985) 233, 250, in: B. Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, S. 9, Fn. 15

³² L. Friedman, Some Thoughts on Comparative Legal Culture, in: David S. Clark (Hrsg.), *Comparative and Private international Law, Essays in Honor of John Herry Merryman* (1990) 49, 54, in: H. Kötz, Alte und Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 2002, S. 263

³³ Z.B. behauptet Jaakko Husa „a moderate version of functionalism“. Vgl. ders: Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? *RabelsZ* 2003, S. 419 ff.

³⁴ Vgl. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2nd Edition, 1977

³⁵ Zhongxie Mei, Einführung in das Zivilrecht, Vorwort für die erste Auflage, 1943 (Nachdruck, Beijing 1997)

³⁶ Sieh R. Heuser, Das Recht ändern, den Staat stärken: Internationale Konferenz in Hangzhou zur 150. Wiederkehr des Geburtstags des chinesischen Rechtsreformers Shen Jiaben, in: *Asien, Deutsche Zeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur*, Hamburg Nr. 40/Juli 1991, S. 84; vgl. auch Harro von Senger, Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der chinesischen Rechtskultur, in: Heinrich Scholler (Hrsg.), *Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur*, 1993

Aber zwischen dem übernommenen westlichen Recht als „totem“ fremdem Recht und dem einheimischen Recht als „lebendem“ Recht bestanden und bestehen nach wie vor kaum aufzulösende Diskrepanzen und Konflikte, mit welchen sich die chinesischen Rechtswissenschaftler bereits seit Beginn der Rezeption westlichen Rechts beschäftigt haben. In der Tat bestehen diese Schwierigkeiten nicht nur in China, sondern auch in anderen fernöstlichen Staaten wie z.B. Japan³⁷. Insofern hängt die Rechtsrezeption als „rechtliche Mutation“ mit der Chance ihres sozialen Überlebens und darauf folgenden rechtlich „reproduktiven Evolution“ auf das engste zusammen³⁸. Abgesehen von der Macht- und Qualitätsfrage bei der Rezeption des westlichen Rechts in China,³⁹ befand und befindet sich China seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in einer zunehmend schnelleren sozialen Transformation. Hauptsächlich aufgrund des äußeren Drucks wird die Modernisierung Chinas vorangetrieben durch Absorption der modernen, vor allem westlichen Wissenschaft. Die Politiker und Wissenschaftler in China haben sich bereits darüber geeinigt, dass gegenwärtig ein Schwerpunkt auf die Absorption der westlichen Wissenschaft gelegt werden muss, nachdem die Rezeption (einschließlich des westlichen Rechts) schon in vielerlei Hinsicht durchgeführt worden ist.

Bei der Rezeption fremden Rechts geht es um die Kontrolle der einheimischen gesellschaftlichen Wirklichkeit durch die Übernahme fremden Rechtsmaterials. Dies geschah anfänglich eigentlich nur mit der theoretischen Rücksicht auf eine mögliche Anpassung des fremden Rechts an die einheimische soziale Wirklichkeit. Die mögliche Diskrepanz zwischen dem rezipierten Recht und der sozialen Wirklichkeit sollte m.E. von Anfang an sorgfältig ermittelt werden. Die Aufgabe der Erklärung und Verkürzung der während des Übergangs auftauchenden Diskrepanz ist der Rechtssoziologie zu überlassen. Bei dem Vergleich einzelner konkreter Rechtsinstitute, z.B., der Inhaltskontrolle, muss diese Frage mit berücksichtigt werden. Aber im Bereich des Vertragsrechts, welches das Kernstück des rechtlichen Rahmens einer Marktwirtschaft darstellt, zeigt sich jedoch eine Tendenz der Vereinheitlichung, besonders unter dem Einfluss der Mustergesetze, z.B. der *General Principles of Commercial Contract (Unidroit)*, der Europäischen Vertragsprinzipien (PECL)⁴⁰, der Einheitsgesetze, z.B. des UN-Kaufrechts (CISG). Außerdem verdrängt Geld als das vollfunktionale Element in modernen Gesellschaften alle anderen Elemente.⁴¹

³⁷ Über die Rezeption westlichen Rechts in Japan vgl. Z. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, 1970

³⁸ „In der Evolution organischer Systeme scheinen diese Funktionen durch (1) Mutation, (2) Überleben im „Kampf ums Dasein“ und (3) reproduktive Isolation erfüllt zu werden. ... Sucht man im Bereich des Rechts nach entsprechenden Mechanismen der Erzeugung von Varietät, der Selektion und der Stabilisierung, so stößt man auf drei Funktionsbereiche, die sich (1) als Reichhaltigkeit und Konfliktträchtigkeit normativer Erwartungen, (2) als Entscheidungsverfahren und (3) als regulative Formulierung des geltenden Rechts unterscheiden lassen.“ Vgl. N. Luhmann, *Evolution des Rechts in: Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999

³⁹ Nach Paul Koschaker ist die Rezeption eines fremden Rechts keine „Qualitätsfrage“, sondern eine „Machtfrage“. Vgl. ders.: *Europa und das römische Recht*, 2. Aufl. 1953, zitiert nach Jiandong Shao, *Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China*, in: *JZ* 2/1999, S. 83 ff.; auch ähnliche Analyse in: Z. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, S. 49 ff.

⁴⁰ Die „Principles of European Contract Law“ sind ein wichtiges, vielleicht sogar das bislang wichtigste nicht-legislatorische europäische Rechtsvereinheitlichung, welche das Ergebnis der Arbeit der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, einer Gruppe von Juristen aus allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, unter dem Vorsitz von Ole Lando, sind.

⁴¹ Vgl. R. Knieper, *Gesetz und Geschichte*, weitere Nachweisen an vielen Stellen über die Funktionen von Geld im Recht.

V. Generelle Aufgaben von Rechtsvergleich und die konkreten Aufgaben dieser Arbeit

1. Generelle Aufgaben von Rechtsvergleich in Bezug auf die Modernisierung des chinesischen Rechts

Von Anfang an diente Rechtsvergleich in China in erster Linie der Gesetzgebung und der Rechtsrezeption, während sie in Europa zunächst vor allem der Rechtsvereinheitlichung diente.⁴² Die unterschiedlichen historischen Aufgaben in den jeweiligen europäischen Staaten in verschiedenen Entwicklungsphasen bedingen auch die Aufgaben des Rechtsvergleichs. Was die Aufgaben von Rechtsvergleich in China zum jetzigen Zeitpunkt angeht, so müssen sie unter Berücksichtigung der gegenwärtigen rechtlichen Gegebenheiten beantwortet werden.

Die wichtigste Aufgabe von Rechtsvergleich in China sollte es sein, einen Beitrag zur Gesetzgebung leisten zu können. Im Bereich des Zivilrechts, z.B., fehlt in China bis heute noch ein chinesisches BGB (CBGB)⁴³. Um es auf einem hohen Niveau ausarbeiten zu können, ist eine rechtsvergleichende Analyse des BGB, Civile Code, ZGB u.s.w. erforderlich. Ohne eine ausreichende Kenntnis des fremden Rechts wäre ein hochentwickeltes Rechtswerk unmöglich.

Somit kann Rechtsvergleich auch zum gegenseitigen Verständnis zwischen unterschiedlichen nationalen Rechten beitragen. Angesichts der zunehmenden bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen ist es unentbehrlich, die einzelnen Rechtsinstitute durch Rechtsvergleich gegenüber zu stellen, damit der Rechtsrahmen für wirtschaftliche Tätigkeit gewährleistet werden kann.

Gegenwärtig ist festzustellen, dass im Bereich des Vertragsrechts eine Tendenz zur Vereinheitlichung besteht, die der wirtschaftlichen und der rechtlichen Globalisierung entspricht.

2. Die konkreten Aufgaben und der Aufbau dieser Arbeit

Diese Arbeit versteht sich in ihrer Zielsetzung auch als Beitrag zur Modernisierung der einschlägigen chinesischen Gesetzgebung und der hinter ihr stehenden Rechtstheorie. Dabei sind die ständige Rechtsprechung und die herrschende Lehre mit zu berücksichtigen, damit ein Beitrag zur Verbesserung von Rechtsauslegung und Rechtsanwendung geleistet werden kann.

⁴² „Even in 1900, when the first International Congress of Comparative Law was held in Paris, only jurists of continental Europa participated; and only one Englishman, Sir Frederick Pollock, represented the world of English legal tradition. The Congress became somewhat confused in its discussions on the nature and object of comparative law, but in the end a principal idea emerged from its work: the aim of comparative law was to achieve the creation of a *droit commun législatif*, the law of the 20th century, shared by all civilized humanity.“
Vgl. R. David/J.E.C. Brierley, Major Legal System In The World Today, S. 3

⁴³ Der erste Entwurf des CBGB, welcher aus 9 Büchern zusammengesetzt ist, nämlich 1. Allgemeiner Teil (117 Paragraphen), 2. Sachenrecht (329 Paragraphen), 3. Vertragsrecht (454 Paragraphen), 4. Persönlichkeitsrechte (29 Paragraphen), 5. Ehe recht (50 Paragraphen), 6. Adoptionsrecht (33 Paragraphen), 7. Erbrecht (35 Paragraphen), 8. Deliktshaftungsrecht (68 Paragraphen) und 9. Internationales Recht (94 Paragraphen), hat dem Volkskongress schon am 23. 12. 2002 vorgelegen.

Diese Arbeit geht zunächst von den beiden Vertragsrechtswerten, nämlich Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit aus. Anschließend wird die Frage nach der Notwendigkeit der Inhaltskontrolle sowohl von AGB in Deutschland wie auch von Formulklauseln in China gestellt, nachdem anhand von Beispielen ein Blick auf die Verbreitung von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China geworfen wird (Kapitel 1). Die Kodifikation der durch die richterliche Rechtsfortbildung entwickelten Regelungen über die Inhaltskontrolle von AGB entspricht der deutschen Rechtstradition. Das CVG als das erste moderne Vertragsgesetz in China regelt auch die Inhaltskontrolle von Formulklauseln, obwohl die einzelnen Bestimmungen sehr vage sind (Kapitel 2). Hinter den beiden Begriffen, AGB und Formulklauseln, verbergen nicht nur Übereinstimmungen, sondern auch Unterschiede. Auf die Geltungs- und Funktionsweise von AGB und Formulklauseln ist einzugehen, da darin das Wesen von AGB und Formulklauseln liegt (Kapitel 3). Die rechtsvergleichende Analyse dieser beiden Rechtsbegriffe kann einen Beitrag zu den folgenden Erörterungen leisten. Der Anwendungsbereich sowie die Schranken der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China gibt der Anwendung des AGB-Rechts in Deutschland und des Formulklausel-Rechts in China eine Kontur (Kapitel 4 und 5). Die rechtsvergleichende Analyse der Maßstäbe der Inhaltskontrolle jeweilig im AGB-Recht Deutschlands und Formulklausel-Recht Chinas stellt das Kernstück dieser Arbeit dar, welches maßgebend für das vergleichende Verstehen der beiden Rechte über Inhaltskontrolle sein muss. Bei der Inhaltskontrolle ist das *ius dispositivum* heranzuziehen. Das Transparenzgebot spielt auch eine wichtige Rolle bei der Inhaltskontrolle (Kapitel 6). Zwischen Wettbewerb und Vertrag besteht eine enge Beziehung, welche am Beispiel von Konditionenkartellen und –empfehlungen dargelegt werden kann (Kapitel 7). Zwischen Inhaltskontrolle und Auslegung, die allerdings für eine Inhaltskontrolle unentbehrlich ist, muss zum Zweck der Freihaltung von unbilligen Klauseln unterschieden werden (Kapitel 8). Um die Lücke der wegen Inhaltskontrolle unwirksam gewordenen AGB oder Formulklauseln zu schließen, sind spezielle Lösungen erforderlich (Kapitel 9). Angesichts der Rechtsnatur von AGB und Formulklauseln ist die Individualklage allein nicht in der Lage, die Inhaltskontrolle umfassend und effizient zu verwirklichen (Kapitel 10). Deswegen ist auf die kollektiven Klageformen wie die Verbandsklage in Deutschland oder die Repräsentantenklage in China näher einzugehen (Kapitel 11). Bei der Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln kommt den präventiven behördlichen Maßnahmen eine besondere Bedeutung zu (Kapitel 12). Mit Berücksichtigung der zunehmenden Bedeutung der bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Deutschland und China ist es sinnvoll, auf die konkrete Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln, welche in den unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen Vertrag einbezogen werden, einzugehen (Kapitel 12). Zum Schluss wird der Versuch unternommen, eine Gegenüberstellung zwischen den konkreten Verbotskatalogen über die Inhaltskontrolle im AGB-Recht und den vergleichbaren dispositiven Bestimmungen im CVG zu machen. Die einschlägigen regionalen Vorschriften in *Shenzhen* und *Shanghai* werden im Anhang dieser Arbeit beigelegt.

Kapitel 1: Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit und Fragestellung

I. Privatautonomie als der übergeordnete Begriff von Vertragsfreiheit in Europa (Deutschland)

Nach dem seit den Römern überkommenen großen Dualismus im Recht, nämlich der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht ist die wichtigste Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht⁴⁴, dass Privatautonomie im privaten Recht das wichtigste Prinzip ist. Im Gegensatz dazu spielt diese im öffentlichen Recht, das den Staat samt allen Unterorganisationen und die Beziehung auch der privaten Subjekte zu diesem betrifft, keine Rolle. *Flume* als einer der aktivsten Verteidiger des Prinzips von Privatautonomie definiert dies wie folgt:

Privatautonomie als „ das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen “⁴⁵ oder als „ die rechtliche Anerkennung der Möglichkeit, durch Willensäußerung Rechtsfolgen herbeizuführen oder zu verhindern “⁴⁶.

Schon weit vor den Naturrechtssystemen finden sich entsprechende Gedanken in der Moralphilosophie von *Aristoteles*, in der er annimmt, man müsse (nach der Trennung der wahren Interessen des Menschen von den vermeintlichen Interessen des Menschen) die wahren Interessen des Menschen aus seiner Natur ableiten, da jedes Lebewesen nach Selbstverwirklichung (= Verwirklichung seiner spezifischen Fähigkeiten) strebe. Von Natur aus sei der Mensch aber ein rationales Wesen, dessen spezifische Fähigkeit in diesem Zusammenhang ... die Entfaltung seiner Vernunft sei.⁴⁷ Dieses Prinzip kann in neuer Zeit mit der kant'schen kritischen vernünftigen Philosophie bis zu seiner Quelle verfolgt werden. *Kant* sagte: „Die ... erforderliche Qualität ist, außer der natürlichen (dass es kein Kind, kein Weib sei), die einzige: dass er sein eigener Herr sei, mithin irgendein Eigentum habe (wozu auch jede Kunst, Handwerk, oder schöne Kunst, oder Wissenschaft gezählt werden kann), welches ihn ernährt; d.h. dass er in den Fällen, wo er von anderen erwerben muss, um zu leben, nur durch Veräußerung dessen, was sein ist, erwerbe, nicht durch Bewilligung, die er anderen gibt, von seinen Kräften Gebrauch zu machen, folglich, dass er niemand als dem gemeinen Wesen im eigentlichen Sinne des Wortes diene.“⁴⁸ In den „metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre “ hatte *Kant* das Recht formal bestimmt als die Regel, nach

⁴⁴ Gegenüber dieser Unterscheidung hat Kelsen scharfe Kritik in voller Klarheit vorgebracht, „ Die uralte, von den Römern übernommene Scheidung in privates und öffentliches Recht beruht in ihrer heutigen Bedeutung wesentlich auf einer Vorstellung, die in dem Ideenkreise des absoluten Polizeistaates wurzelt, mit den Prinzipien des Rechtsstaates aber logisch unvereinbar ist: dass die Staatsperson allen übrigen Subjekten übergeordnet ist, während diese einander gleichgeordnet sind, das soll den spezifischen Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Gruppe von Rechtsbeziehungen ausmachen. ... Im Polizeistaat waren wie in der spätrömischen Monarchie die Beziehungen der Staatsgewalt zu den Untertanen von der Rechtsordnung zum großen Teil eximiert und der Staat insoweit nicht gleichgeordnetes Rechtssubjekt, sondern übergeordnetes Machtsubjekt: fasst man diese Relationen unter den Begriff des *ius publicum* zusammen, dann bedeutet der Gegensatz von Privat- und von öffentlichem Rechte den Gegensatz von wahren Recht zum Nicht-Recht, zur rechtsfreien Macht, die sich den Namen des Rechtes fälschlich arrogiert. Dann bedeutet das Festhalten an diesem Kriterium auch unter der Herrschaft der Rechtsstaatsidee ein Steckenbleiben im Vorstellungskreise des Polizeistaates, eine theoretische Tendenz nicht ohne politische Absicht. Eine der Idee des Rechtsstaates adäquate Rechtssystematik steht heute noch aus.“ H. Kelsen, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Hrsg. von Klecatsky-Marcic-Schambeck, 1968, S. 1531 f.

⁴⁵ Vgl. W. Flume, AT/II, § 1.1, S. 1.

⁴⁶ Vgl. W. Flume, AT/II, § 1.5, S. 6

⁴⁷ Vgl. J. Schmidt, *Vertragsfreiheit und Schulrechtsreform*, S. 54

⁴⁸ I. Kant, 1793, *Über den Gemeinspruch*, S. 151

der die möglichste Freiheit des Einzelnen mit der Freiheit jedes anderen zusammen bestehen kann. Für *Kant* war dies die sozialetische Konsequenz aus der Ethik der sittlichen Autonomie, die im kategorischen Imperativ an die sittliche Persönlichkeit die Forderung stellt, so zu handeln, dass die *Maxime* ihres Handelns als allgemeine Regel für alle gelten kann. *Kants* Bestimmung des Rechts als Vereinbarungsregel für die möglichste Freiheit eines jeden, d.h. als Freiheitsraum, sollte also autonomes sittliches Handeln ermöglichen.⁴⁹ *Savigny*, der die grundlegende Arbeit für das moderne Zivilrecht geleistet und den größten Einfluss auf das deutsche Zivilrecht ausgeübt hat, hatte die *kant* ' sche Philosophie in sein Zivilrechtssystem eingeführt. Er schreibt darüber: „ Sollen freie Wesen nebeneinander bestehen ... so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein, und die Wirksamkeit jedes einzelnen einen sicheren, freien Raum gewinne. Die Regeln, wodurch jene Grenze und durch sie dieser freie Raum bestimmt wird, ist das Recht. ... Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht, indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freie Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innewohnenden, Kraft sichert. “⁵⁰ Infolgedessen bedeutet hier die freie Entfaltung der Persönlichkeit Privatautonomie. Der Zentralbegriff subjektiven Rechts bedeutet „dem Einzelnen eingeräumte Willensmacht “⁵¹. Diesen Gedanken kann man auch in der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes finden: „ Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. ... Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; ... Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. “⁵²

Aber diese Privatautonomie ruht nach dem rationalistischen Naturrecht auf der Vernunft des Menschen. Vernunft gilt als die Zügelung der Naturliebe (*Kant*), der unbestimmten Subjektivität (*Hegel*) und der Leidenschaft (*Hobbes*). Aber das Vernunftrecht fasst zur Lösung der Probleme der Gerechtigkeit, der Freiheit, des Verhältnisses von Willen und Vernunft keine andere Instanz mehr ins Auge als eben den halben Teil des Menschen selbst, seine Vernunft. Deswegen ist der Ausbruch der „wilden Freiheit“ unter der Herrschaft des Rationalismus wegen des anderen halben dunkeln Teils des Menschen nicht auszuschließen. In der Tat lässt sich die auf Vernunft ruhende Privatautonomie der Kritik, vor allem aufgrund der psychoanalytischen Analyse aussetzen.⁵³ Recht als äußerlicher Zwang tritt endlich ohne Alternative an der Stelle von Vernunft.

Trotz der vielfältigen Formulierungen von Bedenken⁵⁴ über Inhalte von Privatautonomie ist das Moment der Nichteinmischung des Staates in die Privatrechtsgestaltung maßgebend, das

⁴⁹ F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, S. 59

⁵⁰ F.C.v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, S. 331 ff.

⁵¹ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 353

⁵² BVerfGE 7, 198, 204 f; auch 34, 269, 280; 73, 261, 269; 89, 1, 9

⁵³ Über die detaillierte Auseinandersetzung über die Frage nach dem Verhältnis zwischen Vernunft und Rechtssubjekt vgl. R. Knieper, *Gesetz und Geschichte*, S. 81 ff. (Teil III.3. Wie das Mensch in der neuzeitlichen Vernunft geschaffen worden ist, um als vollständiges Rechtssubjekt gelten zu können und wie diese Schöpfung sich erklären lässt.)

⁵⁴ Paul Oertmann warnte in den 20er Jahren dieses Jahrhunderts vor seiner Verwendung, da der Begriff „Privatautonomie“ auf eine den Parteien vom Staat lediglich belassene Gestaltungsmacht hinweise. (Allgemeiner Teil, S. 318.) Fritz von Hippel griff diese These in seiner 1930 abgeschlossenen Habilitationsschrift „Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie“ auf und resümierte: „Der Ausdruck Privatautonomie ist in der heutigen Jurisprudenz wenig angesehen.“ (a.a.O., S. 62 Fn. 7) Der Begriff war möglicherweise nicht nur

notwendig mit dem Begriff der Selbstbestimmung verbunden erscheint. Trotzdem bedeutet Autonomie nicht eine vom Verfassungsstaat losgelöste Rechtsquelle, das heißt, der Einzelne darf nur im Rahmen der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen selbstbestimmend frei gestalten. Privatautonomie leitet sich erst aus der Rechtsordnung ab. „Die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen ist also nach Form und möglichem Inhalt durch die Rechtsordnung bestimmt. Der einzelne hat zwar zu bestimmen, ob und welche Rechtsverhältnisse er betreffs welcher Gegenstände oder Person gestalten will. Er kann aber nur in den Akten rechtsgestaltend handeln, welche ihm nach der Rechtsordnung dafür zur Verfügung stehen, und er kann nur solche Rechtsverhältnisse und diese nur in der Weise gestalten, wie es von der Rechtsordnung anerkannt wird.“⁵⁵ Mit Recht sagte *Franz Böhm*: „Nicht ein naturales Können, sondern ein soziales Dürfen ist kennzeichnend für die Privatrechtsgesellschaft“.⁵⁶ Deswegen ist die privatautonome Gestaltung nicht Rechtssetzung. Schon *Savigny*⁵⁷ hatte darauf hingewiesen, dass der „vieldeutige Ausdruck Autonomie“ zu dem „Irrtum“ viel beigetragen habe, dass der einzelne im Rahmen der Privatautonomie Recht setze.

Die Ursache dafür, warum das Prinzip der Privatautonomie das wichtigste Prinzip des Privatrechts war und ist, kann und muss man im Laufe der Geschichte, nämlich in dem Sozialmodell finden. Im Mittelalter Europas herrschte eine hierarchische gesellschaftliche Ständeordnung. Seitdem die bürgerliche Bewegung im Sinne des von *Henry Maine* beschriebenen Übergangs „*from status to contract*“ ausgebrochen war, brauchte man damals ein als gegen die feudale hierarchische gesellschaftliche Ordnung aufgerufenes Wertzentrum; nicht nur um das Volk zur Teilnahme an dem Kampf um Freiheit und Recht inspirieren, sondern auch um den von niemand wahrzunehmenden und zu prophezeienden Gerechtigkeitsschiedsrichter Gott zu ersetzen. Das Prinzip Privatautonomie entsprach diesen Erfordernissen einerseits auf der politischen Ebene. Andererseits stand das Prinzip Privatautonomie mit der liberalen wirtschaftlichen Ordnung in Zusammenhang.⁵⁸ Mit dem Aufschwung der Städte und der zwischen ihnen bestehenden Handelsbeziehungen seit dem Ende des Mittelalter Europas ergab sich die Notwendigkeit, mehr Freiheit für die wirtschaftlichen Bedürfnisse zuzulassen. Das in Frankreich von dem Physiokraten *Francois Quesnay* (1694-1774) aufgegriffene Ideengut entwickelte sich bei *Adam Smith* und *David Ricardo* zu einer allgemeinen Volkswirtschaftslehre. Nach dieser Theorie sollte der Staat nicht in den wirtschaftlichen Verkehr eingreifen. Der durch das Eigeninteresse des Individuums gespeiste freie Wettbewerb als „unsichtbare Hand (*invisible hand*)“ ist die Voraussetzung für die allgemeine Wohlfahrt der Nation. Der Staat spielt nur eine schützende und zurücktretende Rolle, nämlich als ein „Nachtwächter“ für den wirtschaftlichen Verkehr. Den Zusammenhang zwischen dem Prinzip der Privatautonomie und liberaler Wirtschaft hat *Wieacker* mit seinem spezifischen Talent gezeigt: „Eine Grundvoraussetzung für die Wirtschaftsgesellschaft der Industriellen Revolution war die unbeschränkte Mobilisierung des Eigentums und der Produktionsmittel, d.h. seine unbeschränkte Konvertibilität in mobiles Kapital. Das bestätigt sich nun überraschend dadurch, dass *Savigny* den Begriff des subjektiven Rechts („Herrschaft über die unfreye Natur“) ausdrücklich auf geldwerte Vermögensrechte beschränkt, da allein die Verfügung über den Geldwert unbedingte „Herrschaft über die unfreye Natur“ verbürge“.⁵⁹

wenig angesehen, zumal auch die Defizite einer zügellosen Privatautonomie offen erkennbar waren. (zitiert nach J. Busch, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 14)

⁵⁵ W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 137

⁵⁶ F. Böhm, ORDO XVII (1966), S. 75 und 85

⁵⁷ F.C.v. Savigny, System I, S. 12 N. b.; zitiert nach W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 141

⁵⁸ Gegen diese Meinung sagt Flume, „Das Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit hat ... nichts mit dem Individualismus oder Liberalismus des 18. oder 19. Jahrhunderts zu tun.“ In: W. Flume, a.a.O. S. 141

⁵⁹ F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 60

Privatautonomie hängt auch mit der Auffassung zusammen, nach welcher das Privatrecht ein System subjektiver Rechte des Einzelnen zur Sicherung seiner Freiheitssphäre bedeutet. Diese Auffassung haben *L. Raiser* und *Biedenkopf* heftig kritisiert. *L. Raiser* forderte, dass es ethisch und politisch gleich wichtig wie die Anerkennung individueller Rechtsstellungen im Sinne der herkömmlichen Konzeption des subjektiven Rechts sei, den Einzelnen auch durch das Recht in die ihn umgreifenden, mit anderen verbindenden, als Ordnungsgefüge geregelten Wirkungszusammenhänge einzufügen, also die Rechtsinstitute auszubilden und zu sichern, in denen der Einzelne als Funktionär der Rechtsordnung eine Gliedstellung einnimmt.⁶⁰ Und *Biedenkopf* hat völlig Recht in dem Punkt, dass die formale privatrechtliche Gleichheit des subjektiven Rechts wirtschaftlicher Macht als archimedischer Punkt diene, an dem sie ansetze, um das subjektive Recht aus den Angeln seiner Ordnungsgebundenheit zu heben.⁶¹

Heutzutage ist der Gedanke der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch privatautonomes Handeln, der seinen Ursprung in der Wesenheit des Menschen und seinem Bedürfnis nach Selbstverwirklichung findet, als allgemeine Grundaussage seinem Ursprung nach in dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs.1 GG verbürgt.⁶²

Wichtigste Ausprägungen der Privatautonomie sind bekanntlich die Vertragsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit, die Eigentumsfreiheit und die Freiheit der Eheschließung. Dabei werden Privatautonomie und Vertragsfreiheit oftmals gleichgesetzt. Daraus kann man leicht folgern, dass Privatautonomie vor allem Vertragsfreiheit beinhaltet.

II. Hierarchie und Abhängigkeit: Überblick über die traditionelle chinesische Rechtskultur im Bereich des Vertragsrechts

Wie oben schon dargelegt, gilt das Prinzip der Privatautonomie als das wichtigste im Bereich des Privatrechts in Europa. Es kann als Geist der modernen europäischen Rechtskultur angesehen werden. Bei einem Blick auf die traditionelle chinesische Rechtskultur muss man feststellen, dass diese von zwei anderen wesentlichen Elementen dominiert wird, nämlich von Hierarchie und Abhängigkeit. In dieser Rechtskultur gab es bis vor einem guten Jahrhundert gar keinen freien Raum für die autonome Gestaltung der Einzelnen nach eigenem Willen, also Privatautonomie. Im Folgenden wird der Versuch unternommen, einen inneren Zusammenhang zwischen dieser Rechtskultur und dem Sozialmodell zu finden.⁶³

Vertrag als ein Begriff hat in Europa eine lange Geschichte und ist sprachlich auf das lateinische Wort „ *contractus* “ zurückzuführen. Vor 2500 Jahren gab es bereits den Gedanken des Vertrages in Griechenland, z.B. in den Werken von *Aristoteles*. Im Laufe der Geschichte beinhaltet der Begriff des Vertrages folgende Aspekte⁶⁴:

⁶⁰ L. Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ, 1961, S. 471 ff.

⁶¹ K.H. Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht, S. 117

⁶² Vgl. Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (v. Mangoldt), S. 7

⁶³ Diese Methode als Forschungsparadigma ist vor allem Franz Wieacker zu verdanken, welcher versucht, den engen Zusammenhang zwischen Kodifikation und Sozialmodell zu suchen, damit die rechtliche Entwicklung deutlich wird. Mit der vorliegenden Arbeit versucht der Verfasser unter Anregung der Theorie Wieackers diese Methode auf die gleiche Frage in Zusammenhang mit China anzuwenden.

⁶⁴ Vgl. Huaihong He, Vertragliche Ethik und soziale Gerechtigkeit (Qiyue lunli he shehui zhengyi), S. 12

Auf der Ebene der Rechtswissenschaft bedeutet Vertrag, welcher sich in diesem Sinne vor allem aus dem römischen Recht entwickelt hat, ein rechtliches Instrument.

Als ein religiöser bzw. theologischer Begriff tauchte der Begriff des Vertrags zuerst im alten Testament der Bibel auf.

Am Ende des Mittelalters und am Beginn der bürgerlichen Revolution hatten viele politische Philosophen wie *Hobbes*, *Lock*, *Rousseau* diesem Begriff eine sozial-politische Bedeutung gegeben.

Seit *Kant* ist er auch im Bereich der Ethik benutzt worden.

In Europa kann man aus dem Begriff Vertrag eine umfassende Bedeutung ablesen. Was China betrifft, so ist das anders. Im Gegensatz zu der europäischen Rechtskultur bezog sich der Begriff Vertrag in China nur auf den wirtschaftlichen Verkehr, wo der Vertragsgedanke und die durch Verträge gesteuerten Beziehungen im Wirtschaftsverkehr nur eine marginale Rolle spielten. Oder um es mit dem amerikanisch-chinesischen Historiker *Huang* zu sagen: „Wie die Dinge lagen, hatte das kodifizierte Recht der Dynastie ... für geschäftliche Transaktionen kaum Vorkehrungen getroffen. Riesige Bereiche, insbesondere solche, die mit Verschuldung, Bankrott, Nichteinhaltung von Verträgen und Bildung von Handelsgesellschaften zu tun hatten, waren überhaupt nicht erfasst“, was eine „unvermeidliche Folge“ dessen war, dass das Recht „moralisches Verhalten statt Eigentumsrechte betonte.“⁶⁵ Anders als das römische Vertragsrecht war das traditionelle chinesische Vertragsrecht eher bedeutungslos und bruchstückhaft. Es gab nur wenige Vorschriften vor allem über Kauf von Grundstücken und Wucher. In religiöser, ethischer und politischer Hinsicht herrschte der Konfuzianismus vor, was dazu führte, dass moderne Strömungen von Demokratie und Rechtsstaat bis zum Ende des 19. Jahrhunderts prinzipiell nicht in China aufgetreten waren, obwohl einige Wissenschaftler, zu denen vor allem *Taiyan Zhang*, *Shipei Liu* als Nationalisten gehörten, vor hundert Jahren behauptet hatten, dass der Gedanke von *J. J. Rousseau* in China auch ähnliche Ausdrucksformen gefunden habe.⁶⁶ Seit der Übersetzung der Schrift „*Du Contrat Social, Ou Principes Du Droit Politique*“ von *Rousseau* war der Begriff des Vertrages tatsächlich zum ersten Mal als ein gesellschafts-politischer Begriff benutzt worden.⁶⁷ Im Folgenden wird ein Vergleich des Begriffs Vertrag zwischen der europäischen und chinesischen Rechtskultur umrisshaft dargestellt.

1. Kontrakliche Theorie auf der politischen Ebene

Das heutige moderne Vertragsrecht ist auf das vor 2000 Jahren schon relativ entwickelte römische Vertragsrecht zurückzuführen, obwohl die Beiträge der Glossatoren nicht übersehen werden dürfen. Aber nach der Aufklärung seit der französischen Revolution im Jahr 1789

⁶⁵ Ray Huang, 1587 - Ein Jahr wie jedes andere, der Niedergang der Ming, insbes. S. 248 ff.; zitiert nach R. Heuser, Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung, JZ 1988, S. 903; vgl. auch 1587 - A year without significance (die chinesische Version), 1997

⁶⁶ Vgl. Liushipei/Linzi, *Zhongguo minyue jinyi* (Tiefgreifende chinesische Gedanken über den Gesellschaftsvertrag), 1905

⁶⁷ Interessant ist, dass der Übersetzer der ersten Auflage der chinesischen Fassung des Buchs von *Rousseau* ein Japaner ist. Dieses Buch war im Jahr 1898 von einem Shanghaier Übersetzungsbüro veröffentlicht worden. Shongtao Guo, der im Jahr 1876 als Botschafter der T'sing Dynastie tätig war, hatte in seinem Tagebuch die Ideen Rousseaus erwähnt. Vgl., „Xinming congbao (Xingming Zeitung)“ 13, 04 1902, S. 55; in: Huaihong He, Vertragliche Ethik und soziale Gerechtigkeit, S. 7

beschränkte sich die Vertragstheorie nicht nur auf die privatrechtliche Ebene, sondern spielte auf der politischen Ebene eine bahnbrechende Rolle. Viele wichtige demokratische Institute wie Gewaltenteilung, Selbständigkeit der Justiz usw., haben sich mit Unterstützung der Vertragstheorie herausgebildet. So *H. Maine*, „ *The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency, and the growth of individual obligation in its place ... Nor is it difficult to see what is the tie between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the Family. It is Contract* “⁶⁸ Aber hinsichtlich der traditionellen chinesischen Rechtskultur stellt sich zunächst die Frage, ob es in China bis vor einem Jahrhundert einen Begriff des Vertrages im Sinne der europäischen rechtlichen Kultur gab. Das „ *ZHOULI* “⁶⁹ bezeichnet ein zwischen Staaten zustande gekommenes Abkommen als „ großer Vertrag “. Nach dem „ *SHUOWEN* “⁷⁰, bedeutet „ *QI* “ der große Vertrag. Daraus ist abzuleiten, dass „ Vertrag “ als ein Begriff in China auch mit Politik zusammenhängt. Aber in der chinesischen Geschichte gab es m.E. keine Entwicklung „ vom Status zum Vertrag “. Das bedeutet, dass in der chinesischen Rechtskultur ein Bewusstsein von Recht und Rechtsstaat im Grunde genommen fehlt, obwohl es am Ende der *Ming*-Dynastie (1368-1644 n. Chr.)⁷¹ vereinzelte Denkanstöße dazu gegeben hatte. Die rechtliche Struktur während der feudalistischen Epoche Chinas basierte auf zwei hierarchisch struktuierten Organen, nämlich Staat und Familie. Dazwischen gab es keinen Freiraum für eine bürgerliche Gesellschaft, welche als Voraussetzung und Grundlage bürgerlichen Rechts gilt, denn die wichtigste wirtschaftliche Einheit war die Familie, welche ihre Mitglieder mit allem Lebensnotwendigen versorgte. Außerdem musste der Bürger gewöhnlich Naturalsteuer und nicht Geldsteuer leisten. Infolgedessen konnte kein Markt durch staatliche Auftragsvergabe entstehen.

Im Folgenden soll dies mit einem Blick auf die beiden wichtigsten philosophischen Schulen der chinesischen Geschichte verdeutlicht werden:

Der Konfuzianismus sah eine hierarchische gesellschaftliche Ordnung als selbstverständlich an. Jede Person war nach ihrem Status und ihrer Moral zu einem bestimmten „*LI*“ verpflichtet⁷². Man kann ein „Familien-*LI*“ von einem „Gesellschafts-*Li*“ unterscheiden. Das „Familien-*LI*“ erzog die Person von Geburt an zur Einhaltung der von einem Familienmitglied erwarteten Regeln. Zweifellos ist „*LI*“ das wichtigste Mittel zur Aufrechterhaltung der hierarchischen Ordnung. Die Theorie des Konfuzianismus besagt, dass der Mensch an sich gut sei. Recht könne nur rechtwidriges Tun verbieten, es sei aber nicht in der Lage, zu guten Tun zu veranlassen. Damit kann Recht lediglich rechtwidriges Tun verbieten, jedoch kein Schamgefühl darüber bei den Bürgern wecken.⁷³ Das führt dazu, dass das Mittel des Konfuzianismus zum Erreichen seines Ziels zuerst die Moral ist. Recht, das hier Strafrecht bedeutet, spielte nur eine ergänzende Rolle. Nicht zu übersehen ist auch, dass Recht⁷⁴ im Gegensatz zu dem komplexen europäischen Rechtsbegriff nur die von staatlichen

⁶⁸ Vgl. H. Maine, *Ancient law*, S. 172

⁶⁹ Die Ritualien von Zhou

⁷⁰ Interpretation der chinesischen Bildzeichen

⁷¹ Vgl. Huaihong He, *Vertragliche Ethik und soziale Gerechtigkeit*, S. 8

⁷² Das „*LI*“, dessen Schriftzeichen aus dem Symbol für Gottheit (*shi*) und dem Bild einer Opfergabe (*fong*) besteht, hat zahlreiche Bedeutungen und kein genaues Äquivalent in europäischen Sprachen. Das Wort „*LI*“ ist letztlich nicht zu definieren, sondern nur die Beschreibung seiner je nach Kontext verschiedenen Bedeutungen. Die abendländlichen Wissenschaftler haben das Wort auf verschiedenste Weise übersetzt mit Ritus, Sitte, Sittlichkeit, Zeremonie, Etikette, Norm, Schicklichkeit, Vernunft, Anstandsregel usw. Vgl. Eduard J. M. Kroker, *Rite, Gesetz und Recht*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1969, S. 121

⁷³ Vgl. Lunyu, *weizheng* (Lektüre Konfuzius, Politikmachen)

⁷⁴ auf Chinesisch „*Fa*“ oder „*FaLü*“

Organen schriftlich niedergelegten Vorschriften umfasst.⁷⁵ Subjektives Recht als Rechtsbegriff existierte überhaupt nicht. „*LI*“ an sich ist Gesamtheit des Rituals, z.B. Trauer- und Begräbniszeremonien, Jünglingsweihe, Audienzen, Heirat, aber auch sportliche Wettbewerbe wie Bogenschießen. Tatsächlich ist „*LI*“ die Äußerung der den Menschen innewohnenden Moral. Die Funktionen des „*LI*“ spiegeln sich vor allem darin wider:

- die Moral zu wahren
- die Begierden zu mäßigen
- die Aufrechterhaltung der vom Konfuzianismus gewünschten gesellschaftlichen Ordnung

Diese Funktionen des „*LI*“ sind auf das Ziel gerichtet, eine harmonische gesellschaftliche Ordnung aufzubauen. Harmonie ist das Kernziel der traditionellen chinesischen Philosophien. Aber diese harmonische gesellschaftliche Ordnung basiert auf dem Status des Menschen. Kern des Konfuzianismus sind zwei Typen von Status, nämlich Familien- bzw. Stammesstatus sowie Gesellschaftsstatus. Weil der Konfuzianismus in der chinesischen Geschichte eine dominante Rolle spielte, war das traditionelle chinesische Recht konfuzianisiert.⁷⁶

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich das chinesische Recht allein unter dem Einfluss des Konfuzianismus entwickelt hat. Neben dem Konfuzianismus spielte die legalistische Schule eine grundlegende Rolle. Dies besonders in der Periode „*ZHANGUO*“ (Periode der Streitenden Reiche, 475–221 v. Chr.). Im Gegensatz zum Konfuzianismus behauptete die legalistische Schule, dass gesellschaftliche Ordnung durch die Macht der Moral nicht erreicht werden kann. Die Zielsetzung der legalistischen Schule ist die von menschlichem Einfluss unabhängige, dauerhafte stabile gesellschaftliche Ordnung. In diesem Sinne hatten beide Schulen das gleiche Ziel, nämlich die hierarchische gesellschaftliche Ordnung aufrechtzuerhalten.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Schulen liegen in Folgendem:

Das Mittel zur Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung ist nach der legalistischen Schule Recht, genauer gesagt Strafrecht. Für die legalistische Schule zählt nur „*Fa*“ und das betroffene Verfahren. Funktion des „*Fa*“ sei dabei nicht Lobpreisung der Moral, was der Konfuzianismus befürwortete, sondern die Bestrafung des Verbrechens. Nach der legalistischen Schule ist es gleichgültig, ob ein Mensch aufgrund seiner Moral kein Verbrechen begeht oder ob er Angst vor Strafe hat und aus diesem Grund auf ein Verbrechen verzichtet. Die objektive Folge beider Sichtweisen ist nach Meinung der legalistischen Schule völlig gleich.⁷⁷

Um ihr Ziel zu erreichen, verlangte die legalistische Schule drakonische Strafen. Nur aus Angst vor grausamer Folter sollten Verbrechen vermieden werden. Dabei konzentrierte sich die legalistische Schule keineswegs nur wie von den Konfuzianern kritisiert, auf die Todesstrafe, sondern Strafe diene den Legalisten lediglich als Mittel, Verbrechen zu verhindern. Falls es mit leichten Strafen gelang, dieses Ziel zu erreichen, wurde auf schwere Strafen verzichtet.⁷⁸

⁷⁵ Vgl. H.v. Senger, Einführung in das chinesische Recht, 176 (Anm. 6) und S. 301 (Anm. 1)

⁷⁶ Vgl. T'ung-tsu Ch'u, Law and Society in Traditional China, S. 328 bis 346

⁷⁷ Vgl. Shanjunshu, Shuandi, „Strafe bedeutet Verboten des Verbrechens“, so Han Fei, der Vertreter der legalistischen Schule, „Fa muss von Behörden erlassen werden, und Strafe vertieft sich in jedes Herz“, Vgl. Han Fei; Dingfa (Gesetzgebung)

⁷⁸ Vgl. Han Fei, Liufan

Daraus lässt sich erkennen, dass der Konfuzianismus mittels der verschiedenen „*LI*“ die hierarchische gesellschaftliche Ordnung aufrechterhalten wollte, die legalistische Schule hingegen mittels des Rechts (*Fa*) als Norm das gleiche Ziel wie der Konfuzianismus anstrebte. Während der Konfuzianismus Moral und Bildung als Mittel zur Gewährleistung des „*LI*“ ansah, konzentrierte sich die legalistische Schule demgegenüber auf Strafe. Es scheint so, dass sich die Auffassungen der beiden Schulen ausschlossen. Tatsächlich hat der Konfuzianismus im Laufe der Zeit jedoch die legalistische Schule absorbiert, weil das Recht zur Regelung der unterschiedlichen menschlichen Beziehungen für jede Dynastie unentbehrlich war. Deswegen ist der Konfuzianismus auch teilweise selbst durch die legalistische Schule geprägt.⁷⁹ Auf jeden Fall kann die legalistische Schule nicht mit der modernen Rechtslehre gleichgesetzt werden, da Recht nach Meinung der Legalisten nur ein Werkzeug des Herrschers ist. Es diente vor allem dazu, „das Volk zu regieren“. Zwischen Straf- und Zivilrecht sowie zwischen öffentlichem und Privatrecht gab es keine klare Abgrenzung.⁸⁰ Von Kontraktisierung der politischen Verhältnisse konnte keine Rede sein.

2. Vertrag als Mittel zur Gewährleistung von Sachen- und Dienstleistungsverkehr

Obgleich der Kontraktismus im politischen Sinne keine Rolle in der Vergangenheit Chinas spielte, haben der Begriff und die Verwendung von Verträgen in China bereits eine lange Geschichte. In China wurden Verträge in früherer Zeit als „*QI YUE*“ bezeichnet. Archäologischen Ergebnissen zufolge waren schriftliche Verträge schon in der westlichen *ZHOU* Dynastie (ca. 1027-771 v. Chr.) entstanden. Einige Vertragstypen, wie z.B., Kauf-, Darlehens-, Dienst-, und sogar Gesellschaftsverträge im bürgerlichen Recht finden in vielen Dokumenten wie dem *SHI JING*⁸¹, *YI JING*⁸² und *LI JI*⁸³, Erwähnung. Aufgrund der mehr als tausendjährigen politisch-diktatorisch und feudal geprägten wirtschaftlichen Struktur hatte sich das Vertragsrecht in China nur unsystematisch und vereinzelt entwickeln können. Die traditionelle chinesische Vertragstheorie konzentrierte sich vor allem auf Grundstückskauf und Personenvertrag. Bei diesen Vertragstypen ging es hauptsächlich um die Bestätigungsfunktion der Vertragsurkunden. Auffällig ist, dass im traditionellen chinesischen Vertragsrecht auch strafrechtliche Elemente enthalten sind, z.B. Geiseln als Bürgen.

Seit der Rechtsreform am Ende der *T'sing* Dynastie (1641-1911 n. Chr.) hatten die chinesischen Gesetzgeber und Wissenschaftler wegen der inneren und äußeren Krise des Landes systematisch die europäische kontinentale Vertragstheorie, vor allem im Rahmen der deutschen Rechtsgeschäftstheorie⁸⁴ (mittelbar über japanische Juristen) bei Ausarbeitung des chinesischen BGB übernommen.⁸⁵ Interessant ist, dass die meisten modernen Begriffe im

⁷⁹ Vgl. T'ung-tsu Ch'u, Law and Society in Traditional China, S. 303 bis 325

⁸⁰ Vgl. Lujia Zhou, Zur Rezeption des „inneren Systems“ des deutschen Privatrechts in der Volksrepublik China, S. 23

⁸¹ Das Buch der Gedichte

⁸² Das Buch der Wandlungen

⁸³ Das Buch der Riten

⁸⁴ Im deutschen Zivilrecht gibt es leider keine allgemeine selbständige Vertragstheorie, welche nur eine konkrete Kategorie von Rechtsgeschäftstheorie darstellt, obwohl Lange, Larenz, Stoll und Wieacker während der Kriegszeit versuchten, eine allgemeine Vertragstheorie unter den Vorzeichen einer nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ statt einer Rechtsgeschäftslehre aufzubauen. Vgl. H. Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus u. Bürgerliches Recht, 1933; Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934; Larenz, Vertrag und Unrecht (1936) Bd. I S. 11 ff., 15 ff.; Stoll-Felgenträger, Vertrag und Unrecht, 4. Aufl. (1944) Bd. I S. 1 ff.; F. Wieacker, Zum System d. Deutschen Vermögensrechts (1941) S. 17 ff., 54 ff.; auch L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 64

⁸⁵ Vgl. K. W. Nörr, The Problem of Legal Transplant and the Reception of Continental Law in China before 1930; in: Wege zum japanischen Recht, FS für Z. Kitagawa, S. 231 ff.

chinesischen Vertragsrecht, z.B., Angebot, Annahme, Vertragswirksamkeit, Vertragsnichtigkeit, Forderung und Anspruch usw. ursprünglich aus Japan gekommen waren.⁸⁶ Sprachlich gesehen bedeutet es auch, dass in China eine moderne Vertragstheorie im Sinne der europäischen Rechtskultur bis zu der systematischen Rezeption des westlichen Privatrechts fehlte.

3. Privatautonomie als tragendes Prinzip im gegenwärtigen chinesischen Privatrecht

Nach dem Aufbau der „sozialistischen Marktwirtschaft“ sowie der dementsprechenden Privatrechtslehre wurde Anfang der neunziger Jahre unter den chinesischen Rechtsgelehrten über die Frage gestritten, ob zwischen öffentlichem und Privatrecht zu trennen sei und wenn ja, ob dann Privatautonomie (*sifa zizi*) das tragende Prinzip im chinesischen Privatrecht sein solle.⁸⁷

Im Zuge der Rückbesinnung und Kritik am sowjetischen Staatsgründer *Lenin*, haben die chinesischen Zivilrechtler offen geäußert, dass die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, deren Wurzel man schon im römischen Recht finden kann, unabhängig von der politischen Ideologie, als rechtliche Wahrheit anerkannt werden müsse. Die Ablehnung einer solchen Unterscheidung soll eine der wichtigsten Ursachen für die Unterlegenheit der chinesischen Rechtskultur darstellen. Die Anerkennung der Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht kann beitragen, die falsche Erkenntnis zu beseitigen, nach welcher das Privatrecht nur dem bürgerlichen Kapitalismus zuzuordnen ist, während in sozialistischen Ländern nur das öffentliche Recht herrscht (*Lenin*). Unter den chinesischen Zivilrechtlern wird die Ansicht vertreten, dass es eine zivile (private) Sphäre gebe, die vom Zivilrecht (Privatrecht) geregelt wird, und dass diese zivile von der politischen Sphäre und damit das Privatrecht vom öffentlichen Recht strikt zu trennen sei, da in der zivilen Sphäre Privatautonomie gelte⁸⁸, und unbegrenzte Staatsmacht für den privatautonomen, vom Staat unabhängigen Bereich gefährlich sei.⁸⁹ Andere erheben die Privatautonomie zum Grundprinzip des Privatrechts, indem sie nicht von der Trennung des Privatrechts vom öffentlichen Recht, sondern vom subjektiven Recht ausgehen. Die Handlungsfreiheit des Einzelnen ergebe sich aus seinen subjektiven Rechten innerhalb der gesetzlichen Beschränkungen. Der Kern des subjektiven Rechts sei das, was im Interesse des Einzelnen liege; sein Wesen sei Freiheit. Das subjektive Recht sei die Grundlage der Privatautonomie. Das Prinzip der Freiwilligkeit in § 4 CAGZ enthalte zwar den Kern der Privatautonomie, aber nicht in vollem Umfang. Der Grundsatz der Privatautonomie verlange auch die möglichst weitgehende Reduktion der zwingenden und die Vermehrung des Anteils der dispositiven Rechtsnormen im Privatrecht. Die Verwirklichung der Privatautonomie im Privatrecht sei aber nicht allein Aufgabe des Privatrechts, sondern auch des öffentlichen Rechts.⁹⁰

⁸⁶ Vgl. Gulian Li, Chinesische Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert (Er shi shiji de zhongguo faxue), S. 8 bis 37

⁸⁷ Vgl. Ping Jiang/Lihong Zhang, Marktwirtschaft und Willensautonomie (Shichang jingji yu yishi zizhi), in: Faxue yanjiu, 1993/6, S. 20, 21 f.

⁸⁸ Huixing Liang: Das chinesische Zivilrecht: Sein gegenwärtiger Zustand und der Erlass eines Zivilgesetzbuches, AcP 1994 (194) S. 479 ff.; vgl. auch Lujia Zhou, Zur Rezeption des „inneren Systems“ des deutschen Privatrechts in der Volksrepublik China, 1998, S. 159

⁸⁹ Vgl. Guodong Xu: Das bürgerliche Gesetzbuch und die Beschränkung der Macht (Mifadian he quanli kongzhi), in: Faxue yanjiu, 1993, S. 20, 21 f.; zitiert nach Lujia Zhou, a.a.O. S. 159

⁹⁰ Vgl. Ping Jiang/Lihong Zhang, Marktwirtschaft und Willensautonomie (Shichang jingji yu yishi zizhi), in: Faxue yanjiu, 1993/6. S. 20 ff.; zitiert nach Lujia Zhou, a.a.O. S. 159 und 160

Unter starkem politischen Einfluss wurde es in den Lehrbüchern des chinesischen Zivilrechts zunächst abgelehnt, Privatautonomie als einen das Privatrecht leitenden Grundsatz anzuerkennen⁹¹. Trotzdem hat sich die chinesische Privatrechtslehre rasant entwickelt. Zur Zeit gilt Privatautonomie als tragendes Prinzip im chinesischen Privatrecht. Dafür spricht, dass Vertragsfreiheit, welche das Kernstück der Privatautonomie darstellt, in § 4 CVG gesetzlich festgeschrieben ist.⁹²

III. Formelle Vertragsfreiheit als Ausgangslage im BGB in Deutschland

Falls ein juristischer Anfänger im BGB nach einer ausdrücklichen Definition der Vertragsfreiheit suchen würde, müsste er scheitern, obwohl durch Auslegung des § 311 Abs. 1 BGB eine Spur der Vertragsfreiheit gefunden werden könnte.⁹³ Vertragsfreiheit war für die Gesetzgeber des BGB so selbstverständlich, dass sich eine ausdrückliche Erwähnung der Vertragsfreiheit wegen ihrer Selbstverständlichkeit als Grundlage des BGB erübrigte.⁹⁴ Aus dem Wortlaut des BGB ist leicht abzulesen, dass neben einigen vereinzelt Generalklauseln im BGB, z.B. §§ 134, 138, 242 BGB und einigen zum Zweck des Schutzes des Schwächeren aufgenommenen Vorschriften, z.B. §§ 557 ff., 544, 617 bis 619 BGB, die meisten dispositiven Bestimmungen, die sich in erster Linie in Buch 2 des BGB befinden, auf der Vertragsfreiheit beruhen. Aus den Motiven des Entwurfs des BGB kann man auch schließen, dass das Vertragsrecht des BGB von 1896 auf dem liberal-individualistischen Gedanken formaler Freiheit und Rechtsgleichheit der Privatrechtssubjekte beruht.⁹⁵ Die formelle Vertragsfreiheit setzt m.E. folgende Aspekte voraus:

Erstens: Träger der Vertragsfreiheit sind die theoretisch gleichgestellten Privaten, nämlich Personen, welche die Fesseln der feudalen ständischen gesellschaftlichen Ordnung im Bereich der Politik bereits abgestreift haben. Mindestens auf der positiv-rechtlichen Ebene ist jede Person gleichberechtigt; so beginnt nach § 1 BGB die Rechtsfähigkeit des Menschen mit Vollendung der Geburt. Im Bereich des wirtschaftlichen Verkehrs kann jedes juristische Subjekt bürgerlichen Rechts, gleichgültig ob natürliche oder juristische Person, nach seiner Vorliebe frei seine eigenen Interessen anstreben.

Weiterhin liegt der Vertragsfreiheit die Selbstbestimmung mittels Willenserklärungen zugrunde. „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“.⁹⁶ Hier bedeutet „gewollt“ Freiheit und Herr seiner selbst. Dies

⁹¹ Z.B. Rou Tong (Hrsg.), Chinesisches Zivilrecht (Zhongguo minfa), 1990, S. 176

⁹² „Nachdem Chinas Wirtschaft sich heute überwiegend an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiert, muss auch das chinesische Privatrecht wesentliche Elemente der Privatautonomie enthalten.“ Vgl. T. Beuchert und YU Rong, Regelungen zur Rechtsgeschäftslehre; in: Jiandong Shao/Eva Drewes (Hrsg.), Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, S. 18

⁹³ „Herkömmlich wird sie (Vertragsfreiheit) auf § 305 BGB gestützt, obwohl der Wortlaut der Bestimmung wenig Anhalt für diese Interpretation bietet“. T. Barnet, Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität, 1999, S. 10

⁹⁴ Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888, I, S. 127 ff.; II, S. 1 ff.; zitiert nach W. Däubler, Formale oder materiale Selbstbestimmung? in: M. Greiffenhagen (Hrsg.), Emanzipation, S. 114 („Die Verfasser des BGB hielten diesen Grundsatz für selbstverständlich, dass sie ihn nicht ausdrücklich in den Gesetzestext aufnahmen; die Vorschrift des § 305 BGB, wonach Schuldverhältnisse grundsätzlich durch Vertrag begründet werden, setzt vielmehr die Existenz der Vertragsfreiheit voraus.“)

⁹⁵ Vgl. Motive I, S. 370

⁹⁶ Motive I, S. 126.

setzt voraus, dass Vertragsparteien Entscheidungsfreiheit haben und ihre eigenen Interessen durch lauterer Marktwettbewerb im Markt wahrnehmen können.

Außerdem wird die Vertragsfreiheit durch den Begriff der Selbstverantwortung ergänzt. Der Grundsatz der Selbstverantwortung gewährleistet den Gedanken des Verkehrs- und Vertrauensschutzes.⁹⁷ Der entscheidende Gesichtspunkt für die Selbstverantwortung als Teil der Selbstbestimmung war von *Savigny* richtig erkannt worden, als er sagte: „Nun beruht aber alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können“⁹⁸. Der Vertragsfreiheit wohnt die Selbstverantwortung inne, sonst würde die Vertragsfreiheit zum besten Mittel des Egoismus auf Kosten der Interessen des anderen werden. In diesem Sinne setzt Selbstverantwortung die Grenze der formellen Vertragsfreiheit.

Schließlich sollte der Staat nach der liberalen Vorstellung nicht direkt in die im Konflikt stehenden privaten mannigfaltigen Interesse eingreifen. Alles, was er dazu tun kann, ist, dieses dem einzelnen Privaten zu überlassen. Diese Auffassung spiegelt sich in dem bekannten Grundsatz „*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui meme*“ wider. Damals herrschte die Überzeugung, dass fairer Wettbewerb durch vertraglichen Ausgleich von selbst realisiert werden könnte. „Bei hoheitlicher Gestaltung würde alle Persönlichkeit erstickt, die persönliche Initiative und Wirkungskraft unterdrückt, die Verantwortungsfreude gehindert und eine sich auf die Gemeinschaft verlassende Verantwortungslosigkeit gezüchtet und die eigene Entwicklung der Persönlichkeit, die letzten Endes zur Entwicklung der Gesellschaft erforderlich ist, stark gehemmt“.⁹⁹

Die oben zusammengefassten vier wichtigen Elemente der Vertragsfreiheit galten von Anfang an bedauerlicherweise mehr formell als materiell. Der durch die Vertragsfreiheit geleistete Beitrag hat sich zuerst auf der politischen Ebene im Kampf gegen die feudale hierarchische gesellschaftliche Ordnung widerspiegelt. Sogar in diesem Bereich ist manchmal bedenklich, so behauptet *Kramer*, „wie fiktiv die Ideen von Vertragsfreiheit und Gleichheit subjektiver Rechte, wie illusionär der Optimismus in Bezug auf die gesamtgesellschaftliche Realisierungschance des bürgerlichen Rechtsinstrumentariums sein musste. Das ‚formal versprochene Ideal einer gerechten, freiheitlichen und gleichheitlichen Ordnung‘ wurde so als ‚politische und gesellschaftliche Realität unterstellt‘, um dadurch das faktisch noch bestehende vorbürgerliche Feudalsystem der Unfreiheit und Ungleichheit verschleiern zu können“¹⁰⁰ und die von *H. Maine* geschilderte Bewegung von „*status to contract*“ fand für einen Teil der Gesellschaft nur auf dem Papier statt. Das heißt, „vor dem Gesetz waren alle Bürger gleich, aber nicht alle waren eben Bürger!“¹⁰¹ Was die wirtschaftliche Auswirkung von diesem Prinzip der Vertragsfreiheit betrifft, so bedeutet Vertragsfreiheit den Weg zur unverhüllten Plünderung der besitzlosen Klasse zum Zweck der ursprünglichen Akkumulation, die für die unerhörte Entwicklung des Kapitalismus unentbehrlich war, besonders in dessen Anfangsperiode. v. *Gierke* hat schon vor Verkündung des BGB davor gewarnt, dass mit dem Grundsatz Vertragsfreiheit „nicht willkürliche, sondern nur vernünftige Freiheit gemeint“ sein könne, weil „schränkenlose Vertragsfreiheit“ sich selbst zerstöre und „zum Mittel der Unterdrückung des einen durch den andern“ werde.¹⁰² *Anton*

⁹⁷ T. Barnet, Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität, S. 4

⁹⁸ F.C.v. Savigny, System III, S. 258; zitiert nach W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 159

⁹⁹ Vgl. Schmidt-Rimpler, AcP147(1941), S. 130 ff, 170

¹⁰⁰ E. A. Kramer, Krise, S. 25

¹⁰¹ Der Mann ohne Eigenschaften (Rowohlt, 1972), S. 33; zitiert nach E.A. Kramer, Krise, S. 26

¹⁰² O.v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 23

Menger als Vertreter sozialistischer Kreise publizierte schon vor Verkündung des BGB eine Streitschrift gegen dessen ersten Entwurf, in der die soziale Rückständigkeit angeprangert wurde. Nach seiner Auffassung würde die Vertragsfreiheit auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse zu einem Zusammenstoß der wirtschaftlichen Interessen der besitzenden und der besitzlosen Klassen führen. Charakteristisch ist nach seiner Meinung, dass auf den anderen Rechtsgebieten, d.h. im Sachen-, Erb- und Familienrecht, das Prinzip der Vertragsfreiheit dem Gesetzesentwurf nicht zugrunde gelegt wurde.¹⁰³ Im Mittelpunkt der von verschiedenen Seiten geäußerten Kritik stand die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegende kant'sche formale Freiheitsethik. Diese sah den Missbrauch der Vertragsfreiheit durch den Stärkeren nicht als Rechtsproblem an, sondern als Herausforderung der Moral.¹⁰⁴ Die Analyse, welche diese formelle Vertragsfreiheit unter die Lupe nimmt, kommt zu folgenden Ergebnissen:

Träger der Vertragsfreiheit waren von Anfang an nicht wirklich gleichberechtigte Private, sondern isolierte, ihrer geschichtlichen Besonderheiten und Bedingtheit entkleidete Individuen.¹⁰⁵ Das bedeutet, die sich mit Vollendung der Geburt ergebende gleichberechtigte Rechtsfähigkeit kommt nur der abstrakten Person aber nicht dem sozialen Menschen (*F. Böhm*) zu. So behauptet *L. Raiser*, wenn man das Privatrecht als ein System subjektiver Rechte des Einzelnen zur Sicherung seiner Freiheitssphäre auffasse, so leiste man einer individualistischen Isolierung der Rechtsgenossen Vorschub.¹⁰⁶

„Nicht die tatsächliche Fähigkeit zur Selbstgestaltung der Lebensverhältnisse, sondern das psychologische Phänomen des Rechtsfolgen erstrebenden und erzeugenden Willens ist ausschließlicher Gegenstand des rechtlichen Schutzes.“¹⁰⁷ Eine äußere Willenserklärung kann unabhängig von der Erklärungs- oder Willenstheorie aufgrund der Entscheidungsfreiheit auf keinen Fall dem wirklichen, inneren Willen gleichgestellt werden, da aufgrund der immanenten Struktur der bürgerlichen Gesellschaft nach wie vor ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien besteht. „Die Freiheit besteht lediglich durch das Gewand der Rechtsgleichheit, in das sie sich kleidet.“¹⁰⁸ In der Tat hat sich der Raum für ein dem früheren Vertragsmodell entsprechendes Verhalten ziemlich verengt. In der Wirklichkeit stehen z.B. Vertrag und Wettbewerb in einem unmittelbaren und untrennbaren Zusammenhang. Insbesondere nachdem viele Monopolunternehmen anstelle der Handwerker den Handelsverkehr beherrschten, hatten Private keine Chance im Sinne des BGB, mit diesen

¹⁰³ A. Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 150; zitiert nach U. Knobe, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 27

¹⁰⁴ O.v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 13ff.; Kant, Werke in 12. Bänden, Bd. VIII, S. 757; zitiert nach U. Knobe, a.a.O. S. 27

¹⁰⁵ „Mittelpunkt dieser Rechtswelt aber war der Mensch als isoliertes, seiner geschichtlichen Besonderheiten und Bedingtheit entkleidetes Individuum, als Rechtsperson und Rechtssubjekt. Dieses Rechtssubjekt ist das Gegenstück des von der Philosophie des deutschen Idealismus absolut gesetzten Ich, dessen Willensfreiheit und sittliche Selbstverantwortlichkeit von den Juristen als Axiom übernommen wird. Seine Willensmacht wird als subjektives Recht geschützt; Rechtssubjekt und subjektives Recht werden zu den zentralen Begriffen des Privatrechtssystems erhoben.“ Vgl. L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit; in ders.: Die Aufgabe des Privatrechts, S. 63

¹⁰⁶ L. Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S. 472

¹⁰⁷ W. Däubler, Formale oder materiale Selbstbestimmung? In: M. Greiffenhagen (Hrsg.), Emanzipation, S. 115

¹⁰⁸ „Der Reiche und der Arme, der Mächtige und der Geringe, der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, der Versicherer und der Versicherte – wenn sie sich durch einen Vertrag verbinden, stehen sie einander rechtlich völlig gleich als partes, als Parteien mit der gleichen Befugnis des freien Beliebens, sie ‚vertragen‘ sich, weil anscheinend das, was dem einen gutdünkt, auch dem anderen gefällt. Aber in Wahrheit ist diese Gleichheit sehr häufig nur leerer Schein, denn der *rechtlichen* Freiheit des Armen, des Geringen, des Arbeitnehmers, des Versicherten entspricht keine *wirtschaftliche* Freiheit; sie sind durch ihre Lage gezwungen, den Vertrag abzuschließen, und zwar unter den Bedingungen, die der andere ihnen vorschreibt.“ Viktor Ehrenberg, Freiheit und Zwang auf dem Gebiet des Vertragsrechts, 1905, S. 20 f.; zitiert nach W. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 46

Unternehmen im einzelnen frei zu verhandeln.¹⁰⁹ Gerade dieses Problem bildet den Gegenstand der späteren Korrektur der ursprünglich formellen Vertragsfreiheit.¹¹⁰ Das, was *Franz Neumann* bereits vor langer Zeit plastisch als die „Dialektik der Vertragskategorie“ bezeichnet hat, ist zu offensichtlich: Privatautonome Freiheitsentfaltung des einen kann einhergehen mit der Einschränkung, ja Aufhebung der Möglichkeit zur selbstbestimmten Lebensgestaltung des anderen.¹¹¹ Eine eigene Willenserklärung sollte nur ein fiktives Mittel zum Zweck der Übereinstimmung der beiden Vertragsparteien darstellen, welche die formelle Vertragsfreiheit auf theoretischer Ebene fordert. Willenserklärung und Vertrag wurden vor dem Hintergrund des idealistischen Freiheitsbegriffs und des Liberalismus in einer Weise interpretiert, welche eine Beschäftigung mit der Frage der materiellen Vertragsparität von vornherein entbehrlich machte.¹¹²

Selbstverantwortung setzt außerdem voraus, dass sich das Individuum über die rechtliche Bedeutung seiner Handlungen im Wirtschaftsverkehr informieren kann. Aber konfrontiert mit so komplizierten und unübersichtlichen Vertragsklauseln ist das Individuum wegen seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit und intellektuellen Unerfahrenheit nicht in der Lage, Selbstverantwortung für seine Handlungen zu übernehmen. Bei Analyse des Irrtums hat *Flume* mit Recht gesagt: „Es geht um die Wertung, wie weit der Selbstverantwortung Raum zu geben ist.“¹¹³ Das Ungleichgewicht oder die Disparität gefährdet die Entscheidungsfreiheit. *M. Wolf* hat richtig gezeigt, dass aufgrund faktischer Ungleichheit der Vertragspartner in typischen Situationen ein gerechter Ausgleich der gegenseitigen Interessen gar nicht möglich ist.¹¹⁴ Später knüpft *Dauner-Lieb* in ihrer Abhandlung über den Verbraucherschutz an die Unterscheidung zwischen intellektueller und wirtschaftlicher Unterlegenheit des einen Vertragspartners an.¹¹⁵ Eine wichtige Voraussetzung für das Funktionieren der Vertragsfreiheit und des Marktmechanismus bildet eine umfassende Informationssymmetrie zwischen den Vertragspartnern, welche in den vertraglichen Kontakt eintreten wollen. Dieser Grundsatz erlangt angesichts einer immer komplexeren Ausgestaltung sämtlicher Lebensbereiche eine ständig steigende Bedeutung.¹¹⁶

¹⁰⁹ Vgl. W. Däubler, Formale oder materiale Selbstbestimmung? In: M. Greiffenhagen (Hrsg.), *Emanzipation*, S. 118-124 (Monopolisierungsprozess und Selbstbestimmungsprinzip)

¹¹⁰ Flume meinte: „Soweit nach unserer Rechtsordnung den einzelnen die Regelung der Rechtsverhältnisse in beiderseitiger Selbstbestimmung, d.h. durch Vertrag, überlassen ist, liegt dem die Voraussetzung zugrunde, dass die einzelnen sich mit der Macht zur Selbstbestimmung gegenüberstehen. Es ist aber das ewige Dilemma der Privatautonomie, dass diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird.“ Die Lösung des Dilemmas findet er darin, dass „die wirtschaftliche Macht des an sich Stärkeren durch den Markt – also durch den Wettbewerb – aufgehoben wird.“ Und die neoliberale Rechtslehre spricht ähnlich, so z.B. Mestmäcker: „Nur bei relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit der beteiligten Rechtssubjekte vermag die Vertragsfreiheit ihre ordnende Kraft voll zu entfalten.“ Noch strenger setzt F. Böhm (1937) voraus, dass „keiner (der beiden Vertragspartner) für sich allein einen ins Gewicht fallenden Einfluss auf die Gestaltung der Marktbedingungen und der Marktpreise besitzt. Fehlt diese Voraussetzung, ... (so sind) diese Märkte ... der unmittelbaren Marktlenkung durch den Staat zu unterstellen.“ Vgl. W. Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, S. 10; Mestmäcker, *Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge*, ders. *JZ* 1964, S. 441; krit. dazu schon L. Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977, S. 231 Fn. 9.; F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937, S. 105 f.; zitiert nach F. Rittner, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, *AcP* 188(1988), S. 108 ff.

¹¹¹ F. Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: ders. *Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967, S. 31 (49); zitiert nach W. Höfling, *Vertragsfreiheit*, S. 45

¹¹² Einen Ideologievorwurf erhebt etwa Kramer, „Krise“, 1974, S. 20 ff., 23 ff.; vgl. auch W. Däubler in: *Emanzipation*, 1973, S. 114, 115 f.; zitiert nach G. Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, S. 9

¹¹³ W. Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, S. 160

¹¹⁴ M. Wolf, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, S. 12 ff.

¹¹⁵ B. Dauner-Lieb, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, S. 51 f.

¹¹⁶ U. Knoke, *Wandlung im Verständnis der Vertragsfreiheit*, S. 138 ff.

Zum Schluss hat sich die Funktion des Staates im Laufe der Geschichte verändert. Vom Staat werden inzwischen viele wichtige Funktionen übernommen, auch wenn vor dem staatlichen Partialismus gewarnt worden ist. Seit dem zweiten Weltkrieg spielt der Staat gemäß der *Keynes'schen* Wirtschaftstheorie¹¹⁷ eine führende Rolle als Stimulans der Volkswirtschaft. So hat *L. Raiser* auch in Bezug auf das Recht darauf hingewiesen: „die Aufgabe, sich als Person zu behaupten, die Konsequenzen des eigenen Handelns zu übersehen und dafür einzustehen, ist ungleich schwieriger geworden. Der von anonymen Mächten abhängig gewordene Bürger wendet sich nicht mehr gegen den Staat, sondern ruft ihn zu Hilfe“. ¹¹⁸ Staatliche Schutzpflichten, wie sie in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 und Art. 6 Abs. 1 GG ausdrücklich normiert sind, werden heute weitgehend in ihrer spezifischen Grundrechtsfunktion anerkannt. Deswegen ist die „grundrechtliche Drittwirkung“ auf einschlägige privatrechtliche Rechtsverhältnisse seit Jahrzehnten in Deutschland thematisiert worden.¹¹⁹

Hinsichtlich dieser rasanten Veränderungen muss man darüber nachdenken, ob der Begriff der Vertragsfreiheit nicht schon im Lauf der Zeit verwässert wurde. Obwohl das vor mehr als einem Jahrhundert in Kraft getretene BGB zur Zeit noch Geltungskraft findet, „allerdings nicht in seiner ursprünglichen Gestalt“, „haben wirtschaftliche Ereignisse und Entwicklungen, wie ... die Vorherrschaft Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ... deutlich gemacht, dass sich viele aktuelle Probleme nicht mit dem von dem BGB bereitgestellten begrifflichen und instrumentalen Rüstzeug so ohne weiteres lösen ließen. ... Der Wandel des Rechtsverständnisses des bürgerlichen Rechts wird unter dem Stichwort des *sozialen Ausgleichs* oder des *Sozialprinzips* thematisiert.“¹²⁰

Unter dem Gesichtspunkt der materiellen Vertragsfreiheit sind das Prinzip der formal-abstrakten Vertragsfreiheit und das Institut der Privatautonomie auf die Realität wirtschaftlicher Abläufe hin zu prüfen.

IV. Materielle Vertragsfreiheit

Libérale Vertragsfreiheit ist durch Verfahren, aber nicht durch inhaltliche „Richtigkeit“ legitimiert und damit gleichzeitig „vom Erfordernis innerer Gerechtigkeit entlastet“. ¹²¹ Für das BGB ist hierfür kennzeichnend, dass das selbstverständliche Bekenntnis zur Vertragsfreiheit in der technischen Formel des § 311 Abs. 1 BGB gerade nur angedeutet ist; dass die *laesio enormis* des Gemeinen Rechts gefallen ist und dass sich das BGB beim gegenseitigen Vertrag grundsätzlich gegen das materielle Äquivalenzprinzip der aristotelischen, thomistischen und vernunftrechtlichen Vertragsethik entscheidet. ¹²² Im Gegensatz zu der formellen Vertragsfreiheit ist die materielle Vertragsfreiheit dadurch gekennzeichnet, dass die Ausgewogenheit der Leistung und Gegenleistung nicht nur auf das

¹¹⁷ Vgl. J. M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936

¹¹⁸ L. Raiser, *Vertragsfreiheit heute*; in ders.: *Die Aufgaben des Privatrechts*, S. 43

¹¹⁹ Z.B. die mittelbare Drittwirkungslehre von Günter Dürig, in ders.: *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in: *Festschrift für H. Nawiasky*, 1965, S. 157 ff.; die unmittelbare Drittwirkungslehre von Hans Carl Nipperdey, in: ders.: *Grundrechte und Privatrecht*, 1961, S. 15; zitiert nach W. Höfling, *Vertragsfreiheit*, S. 49

¹²⁰ Staudinger Kommentar zum BGB, Geleitwort, S. 1

¹²¹ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969); und *Rechtssoziologie* (1972), S. 327; zitiert nach E.A. Kramer, *Krise*, S. 23

¹²² „Dem entspricht die ausdrückliche Verwerfung der *clausula rebus sic stantibus*, mit charakteristischer Ausnahme allein des Kreditverfalls bei Austauschverträgen und Kreditzusagen (§§ 321 und 610); die strenge Bestimmung der Geldschuld als Nennwertschuld (§ 244 ff.); die Zulassung abstrakter Schuldverträge, die Abstraktion der Übereignung und der Zession von ihrer causa und die Begünstigung des gutgläubigen Eigentums- und Hypothekenerwerbs.“ Vgl. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 482

prozedurale Kriterium, nämlich das rechtlich formelle Kriterium hin geprüft werden soll, sondern auch nach dem tatsächlichen Kriterium. Insofern fordert *L. Raiser* mit Nachdruck eine „ materielle Vertragsgerechtigkeit “, und zwar als „ das Herzstück einer juristischen Vertragslehre. “¹²³ In diesem Sinne soll sich die materielle Vertragsfreiheit in zwei Stufen gliedern, und zwar als erste Stufe die prozedurale Vertragsfreiheit und als zweite Stufe die materiell ausgleichende Vertragsfreiheit.

1. Prozedurale Vertragsfreiheit

Es ist so wie es die juristische Redeweise im anglo-amerikanischen Rechtssystem sagt: Das Verfahren ist die Mutter der Gerechtigkeit und ein funktionales Verfahren stellt den ersten Schritt zur materiellen Vertragsfreiheit dar. Das Verfahren als ein Institut hat seine eigenen unabhängigen Werte. In der Tat ist problematisch, ob abstrakte Vertragsfreiheit in eine materielle Vertragsfreiheit verwandelt werden kann. Die abstrakte Vertragsfreiheit würde ohne das ihr dienende Verfahren verwässern. In diesem Sinne ist es außerordentlich wichtig, dass bei Vertragsabschluß wichtige Verfahren, z.B. Informationsaustausch, Selbstentscheidung und ggf. Aushandlung unentbehrlich sind.

Die Vertragsgerechtigkeit hat grundsätzlich primär prozeduralen Charakter.¹²⁴ Die fundamentale Bedeutung des Vertragsmechanismus liegt vor allem in einem spezifischen prozeduralen Mechanismus. Insofern erwartet ergibt sich die Vertragsfreiheit zuerst aus dem Prozess des Aushandelns.

Augenfällig ist im Bereich der Verwendung von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China, dass das tatsächliche Übereinstimmungsverfahren beider Vertragsparteien durch die sog. Verweisung oder Einbezugnahme von AGB und Formulklauseln ersetzt ist. Danach sollen AGB oder Formulklauseln nur passive Legitimation haben, da die Vertragspartner in der Tat ihre Inhalte nicht richtig zur Kenntnis nehmen können, auch wenn die Möglichkeit dafür nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 verschafft werden muss. Als Folge müssen die Vertragsparteien nicht immer mit deren Inhalt einverstanden sein, sondern nur mit der Geltung (§ 305 Abs. 2 BGB). Der amerikanische Jurist *Karl. N. Llewelyn* bezeichnet dies als „ *blanket assent* “¹²⁵. Eine Übereinstimmung unter diesen Umständen bezieht sich nur auf die nicht benachteiligenden Klauseln, gilt aber nicht als pauschale Legitimation von AGB oder Formulklauseln.

Die von *Schmidt-Rimpler* begründete Lehre der „ Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus “¹²⁶ stützt die Legitimation der Vertragsfreiheit auch auf diesem prozeduralen Mechanismus. Aber diese „ Richtigkeitsgewähr “ setzt voraus, dass beide Vertragsparteien sich entscheiden können, ob und mit wem der Vertrag abgeschlossen wird und wie der Vertrag inhaltlich gestaltet werden kann. Schmidt-Rimpler betont den Vertragsmechanismus zunächst vor allem, um dem missbräuchlichen hoheitlichen Eingriff während der Nazi-Zeit entgegenzuwirken. Danach meint er auch, diese Richtigkeitsgewähr trete nur unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Grenzen ein. D.h. wenn die rechtliche Vertragsfreiheit

¹²³ L. Raiser, Vertragfunktion und Vertragsfreiheit; in ders.: Die Aufgabe des Privatrechts, S. 129

¹²⁴ C. W. Canaris, AcP (2000), Wandlungen des Schuldvertragsrechts, S. 284 ff.

¹²⁵ Vgl. Karl. N. Llewelyn, Prausnitz: The Standardization of Commercial Contract in English and Continental Law, 52 Harv. L. Rev. 1939 S. 700 ff.

¹²⁶ W. Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130 ff., ders. in: FS für L. Raiser, S. 3 ff.

wegen der tatsächlichen Imparität zwischen den Vertragsparteien versagt, dann bietet sich keine Gewähr für ihre rechtliche Richtigkeit.

Deswegen lässt sich die Vertragsfreiheit nicht allein durch rechtliche prozedurale Mittel bewältigen. Vielmehr bedarf sie notwendig des Rückgriffs auf inhaltliche Maßnahmen.

Eine solche Begründung kann man auch im amerikanischen Recht finden. Die Lehre der „*Unconscionability*“, welche in *section 2-302 of the Uniform Commercial Code (UCC)* als wichtige Waffe neben der Bestimmung in *section 211(1) of the restatement (second) of Contracts* gegen unfaire standard-form contract terms vorgeschrieben ist, lässt sich in zwei Stufen gliedern, nämlich „*procedural unconscionability*“ und „*substantive unconscionability*“. „*Procedural unconscionability consists either of infirmities, approaching duress, undue influence, misrepresentation, or of sneaky drafting strategies, such as hiding offensive terms in fine print, contradictory provisions, or incomprehensible terms. In searching out procedural unconscionability, courts examine the transaction to ascertain whether businesses have taken undue advantage of the rational and social factors that hamper consumers from identifying the meaning of terms contained in the boilerplate.*“¹²⁷ Diese „*procedural unconscionability*“ entspricht gerade der prozeduralen Vertragsfreiheit.

2. Materielle und ausgleichende Vertragsfreiheit (inhaltliche tatsächliche Vertragsfreiheit)

„ Historisch gesehen ist die materielle Vertragsfreiheit ein maßgebendes Merkmal des Naturrechts, vor allem nach *Grotius*. *Grotius*’ Lehre von der Vertragsgerechtigkeit beruht auf der aristotelisch-thomistischen Tradition, die bereits auf die Konsiliatoren gewirkt hatte. Diese Tradition forderte als Kriterium der inhaltlichen Vertragsgerechtigkeit ein Leistungsgleichgewicht (*aequalitas*) und daher eine äquivalente Gegenleistung: *ne plus exigatur quam par est*. Dieses Erfordernis beherrschte das ältere Gemeine Recht ebenso wie das Vernunftrecht bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts; in entschiedenem Gegensatz zum klassischen römischen Recht, zur Pandektenwissenschaft und noch zum Bürgerlichen Gesetzbuch (hierfür kennzeichnend sind das liberale freie Spiel der Kräfte und die ungebundene Preisbildung unter der Voraussetzung stabiler Währungs- und Wirtschaftlagen). Die Wiederaufnahme der älteren Tradition durch die Rechtsprechung nach dem Ersten und wieder nach dem Zweiten Weltkrieg ist das bedeutendste Symptom für den Einbruch einer materiellen Vertragsethik ins moderne Privatrecht geworden.“¹²⁸

Ein funktionales Verfahren bei der Übereinstimmung von Vertragsschließenden führt nicht notwendig dazu, dass das Ergebnis des Vertrags gerecht ist, da die grundlegende Struktur der bürgerlichen Gesellschaft seit langem auf ein Ungleichgewicht zwischen Konzernen oder Kartellen auf der einen Seite und Individuen als Endverbrauchern auf der anderen Seite basiert. Um die inhaltliche, tatsächliche Vertragsfreiheit zu verwirklichen, bestehen viele Möglichkeiten wie z.B. die Korrektur des strukturellen Ungleichgewichts durch wettbewerbsrechtliche Maßnahmen.¹²⁹ „ Wettbewerb bildet eines der wichtigsten Instrumente zur Neutralisierung der Macht von Privatrechtssubjektiven und trägt so

¹²⁷ Vgl. Robert A. Hillman/Jeffery J. Rachlinski, Standard-form Contracting in the Electronic Age, in: N.Y.L.R. Vol.77 2002, S. 458 ff.

¹²⁸ F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 295 und 296

¹²⁹ Über das Verhältnis zwischen Konditionenkartellen und der Inhaltskontrolle vgl. Kap. 8

entschieden zur Entschärfung des Problems ungleicher Machtverteilung auf der Ebene des Privatrechts bei; er eröffnet den Marktteilnehmern Alternativen und Wahlmöglichkeit, welche die Ausübung ihrer tatsächlichen Entscheidungsfreiheit in eminentem Maße fördern.“¹³⁰ „Aber es sollte auch illusionär sein, wenn solche Aufforderung zugunsten der materiellen Vertragsfreiheit gestellt wären, den enthumanisierten bargeldlosen Zahlungsverkehr zu unterbinden, Konzerne zu zerschlagen oder gar ‚radikal systemsprengend‘ die konkrete Utopie einer herrschaftsfreien Ordnung unter Gleichen auch im Sinne einer materiellen Egalität zu verwirklichen.“¹³¹ Insofern ist es der gerichtlichen unmittelbaren Kontrolle zu überlassen, d.h. die unbilligen Klauseln müssen korrigiert werden.

Obwohl Verwendern als Vertragspartei durch die Vertragsfreiheit auch die Freiheit zur Verwendung von AGB verliehen ist und dies auch durch die deutsche Verfassung (Art. 2 Abs. 1 GG) gewährleistet ist, besitzen sie nur die passive Legalität zur Verwendung von AGB. Sie müssen dann nach dem gemeinten Gesetz (*Kant*)¹³² ihre Vertragsfreiheit nutzen, ohne dass den Vertragspartei ihre jeweilige Vertragsfreiheit genommen wird. In der Tat besteht nach wie vor die Möglichkeit, dass die stärkere Vertragspartei ihre Interessen auf Kosten der schwächeren durchsetzt, indem die Vertragsfreiheit auf Abschlussfreiheit reduziert werden kann. In faktischer Hinsicht ist die tatsächliche Entscheidungsfreiheit der Vertragspartei stark beeinträchtigt; und zwar, „trotz rechtlicher Selbstbestimmung droht dem Kunden also faktische Fremdbestimmung durch den Verwender der AGB.“¹³³ Unter diesem Umstand müssen Maßnahmen getroffen werden, um die inhaltliche materielle Vertragsfreiheit zu erreichen. Dafür gibt es mindestens zwei Möglichkeiten: legislative und richterliche Hilfe. Diese beiden werden im Folgenden am Beispiel der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China rechtsvergleichend näher untersucht.

Angesichts dessen, dass die Verwendung von AGB oder Formulklauseln die Gefahr birgt, zu einem Versagen der Vertragsfreiheit zu führen, ist Inhaltskontrolle, welche nur einen Ausnahmefall bei allgemeinen Austauschverträgen darstellt, als Erfordernis bei Verwendung von AGB oder Formulklauseln zu fordern. Folgerichtig kommt es bei Wiederherstellung der Voraussetzungen für materielle Vertragsfreiheit zunächst darauf an, ob standardisierte Klauseln in den Vertrag einbezogen werden können. So kann eine Basis für materielle Vertragsfreiheit z.B. durch ausdrückliche Hinweispflicht und ein Transparenzgebot geschaffen werden.

In Bezug auf die oben erwähnte „*procedural unconscionability*“ im amerikanischen Recht bedeutet „*substantive unconscionability manifestly unjust terms, such as terms that are immoral, conflict with public policy, deny a party substantially what she bargained for, or have no reasonable purpose in the trade.*“¹³⁴ Diese „*substantive unconscionability*“ passt gerade zu der materiellen Vertragsfreiheit.

Im Gegensatz zur Vertragsgerechtigkeit bei Verwendung von AGB oder Formulklauseln, bedeutet die materielle Vertragsfreiheit bei allgemeinen Austauschverträgen nicht unmittelbar eine kompensatorische Einwirkung auf den Vertragsinhalt, welcher offenbar zu der

¹³⁰ C. W. Canaris, AcP (2000), Wandlungen des Schuldvertragsrechts, S. 287

¹³¹ R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 162 ff.

¹³² Nach der kant'schen Theorie ist Recht nach der berühmten Definition in der Metaphysik der Sitten „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann.“ Vgl. I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 318

¹³³ C. W. Canaris, AcP (2000), Wandlungen des Schuldvertragsrechts, S. 321

¹³⁴ Robert A. Hillman/Jeffery J. Rachlinski, Standard-form Contracting in the Electronic Age, New York University Law Review, Vol. 77 2002, S. 457

unantastbaren Privatautonomie gehört, sondern eine komplementäre Wiederherstellung der Tatsachenbasis für die Vertragsfreiheit und nur mit wenigen Ausnahmen eine Inhaltskontrolle, auf welche im Folgenden einzugehen wird.

V. Fragestellung: Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland

„ Eine der tiefgreifendsten Wandlungen, die das deutsche Vertragsrecht im Laufe dieses Jahrhunderts erfahren hat, stellt zweifellos die Entwicklung der Inhaltskontrolle von AGB dar, für die es bei Einführung des BGB nicht den geringsten Ansatz gab. “¹³⁵ Wie oben bereits erwähnt, ist die Vertragsfreiheit wegen der fast in allen wirtschaftlichen Bereichen schon überwuchernden AGB erodiert worden, „denn das Diktum *Ramms* scheint kaum übertrieben, dass nämlich in keinem zentralen Lebensverhältnis ... die freie Selbstbestimmung durch Vertrag noch Realität ist. “¹³⁶ Auch behauptet *Rehbinder*: „heute gibt es kaum noch Bereiche des Wirtschaftslebens, in denen nicht das dispositive Gesetzrecht des BGB und des HGB durch die Regelungen der AGB verdrängt wird “. ¹³⁷ Die Anwendung gleichförmiger Geschäftsbedingungen ruft „ die innere und äußere Anpassungserscheinungen “¹³⁸ hervor, welche dem Verwender und seinen Kunden jeweils Vor- und Nachteile bringen. Deswegen stellt sich die Frage, ob AGB materielle Vertragsfreiheit erreichen können oder umgekehrt der materiellen Vertragsfreiheit widersprechen, und ob sie wegen der ihnen innewohnenden unausgewogenen Klauseln der Inhaltskontrolle unterliegen sollten.

1. Rationalitätsschein von AGB

Bei der Diskussion um die Legitimität der Verwendung von AGB werden die sich aus ihr ergebenden wirtschaftlichen rationalen Vorteile als Begründung herangezogen. Es scheint unvorstellbar, dass im modernen wirtschaftlichen Verkehr jeder Vertrag, der zwischen Unternehmern und Verbrauchern oder nur zwischen Unternehmern geschlossen wird, noch im einzelnen ausgehandelt werden muss. Bei der Anwendung von AGB ergeben sich aufgrund ihrer wirtschaftlichen Effizienz folgende Vorteile¹³⁹:

- a. Zeitersparnis beim Aushandeln,
- b. Vereinfachung der Korrespondenz,

¹³⁵ C. W. Canaris, AcP (2000), Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“ S. 320; gleichfalls behauptet W. Schmidt aus rechtssoziologischer Sicht: „Die Standardisierung des Vertrages ist eine so offensichtliche Erscheinung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, dass man kaum mehr davon sprechen darf. Die Rationalisierung der Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern – seien es Unternehmen untereinander oder Unternehmen und Einzelpersonen – gehört zu den tiefgreifendsten Wandlungen des vertraglichen Verhaltens.“ Vgl. ders.: Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, S. 96 ff.

¹³⁶ T. Ramm, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, S. 2, in: E.A. Kramer, S. 5

¹³⁷ M. Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 9

¹³⁸ Heck wies darauf hin: „Es ist nun eine allbekannte Tatsache, dass die häufige Wiederholung einer menschlichen Handlung, der Massenbetrieb, (...) wichtige Wirkungen hervorruft, innere und äußere Anpassungserscheinungen. Die innere Anpassung zeigt sich in doppelter Weise, einmal in der Steigerung der Leistungsfähigkeit (...) und zweitens in dem Zurücktreten des Bewusstseins, der Ersparnis an Aufmerksamkeit. Die Handlungen nehmen einen gleichmäßigen, gewohnheitsmäßigen, typischen Zuschnitt an, sie werden vollzogen, ohne dass man die Einzelnen vorher überlegt. Die äußere Anpassung wird vermittelt durch neue Bedürfnisse, die sich einstellen. Der Handelnde strebt nach der Beseitigung von Hindernissen, Störungen, die bei bloß vereinzelt Handlungen ruhig hingenommen werden, beim Massenbetrieb lästig oder unerträglich erscheinen.“ Vgl. ders.: AcP 92 (1902), S. 455

¹³⁹ H. Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln, S. 18

- c. Vereinfachung der Überwachung bei der Geschäftsabwicklung (Expeditions-, Debitorenkontrolle usw.)
- d. einheitlich bindende Verhandlungsdirektiven für das Verkaufspersonal

Es scheint so, dass AGB für sich in Anspruch nehmen können, „ die reibungsloseste, technischste und der Technik am besten entsprechende Regelung von Konflikten “¹⁴⁰ zu sein, welche von der Wirtschaft und den Unternehmern geschaffen wurden. Aber gegen diese Tatsache spricht deutlich folgende Begründung: „ In den AGB setzt sich Interessenwahrung durch, und wie stark die treibende wirtschaftliche Macht ist, zeigt sich an der resignierenden Feststellung, dass eine Lösung, die zur Unzulässigkeit führte, praktisch daran scheitern müsste, , dass die Verwendung von AGB ein aus dem Wirtschaftsablauf und der Vertragspraxis nicht mehr wegzudenkendes Element ist’ . Das ist nicht deshalb so, weil ohne sie die gesamte Vertragspraxis darniederläge, sondern weil ihre Bekämpfung angesichts der ökonomischen Realität aussichtslos scheint. “¹⁴¹ Im Gegenteil zu der oben genannten rationalen Legitimität der Verwendung von AGB versteckt „ Rationalisierung als rationalisierende Leerformel das Irrationale, besser Interessenkonforme einer vorgeschlagenen Lösung. “¹⁴²

Die tiefste Ursache, warum AGB so umfangreiche Anwendung gefunden haben, liegt deshalb nicht unmittelbar in der Rationalität des von der Wirtschaft selbstgeschaffenen Rechts, sondern in der einseitigen Verfolgung der partikulären Interessen von verschiedenen Unternehmen und Unternehmensverbänden. Aus dieser Perspektive haben AGB nur eine scheinbare (passive) Legalität, aus welcher sich ergibt, dass deren Verwendung zwar nicht verboten werden kann, aber sie einer Inhaltskontrolle unterzogen werden müssen.¹⁴³ Die Diskussion über die Inhaltskontrolle von AGB, die ihren Ausgangspunkt 1935 in *Ludwig Raisers* Monographie „ Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen “ (Neudruck 1961) genommen hatte¹⁴⁴, hat die Nachteile der Anwendung von AGB unter die Lupe genommen.

Dabei sollte jedoch berücksichtigt werden, dass wenn „ man die von Rechtsprechung und Lehre unangezweifelte Gültigkeit der AGB als überwucherndes Element von Verträgen und den Inhalt der neueren Privatrechtsgesetzgebung zusammennimmt, so lässt sich die Behauptung nicht verifizieren, es gebe eine durchgängige Tendenz in Richtung auf eine materiale Unterfütterung der Freiheit zu Lasten einer lediglich formalen Freiheits-Konzeption. “¹⁴⁵

¹⁴⁰ R. Knieper, Technokratische Rationalität in Allgemeinen Geschäftsbedingungen?, in: ZRP 1971, S. 64

¹⁴¹ R. Knieper, a.a.O. S. 62

¹⁴² R. Knieper, a.a.O. S. 65

¹⁴³ Raisers Meinung über die Nutzen und Gefahren der Verwendung von AGB beeinflusst die Diskussion bis heute maßgebend: Die Erscheinung der AGB. als solche zu bekämpfen, besteht kein Grund; sie etwa durch staatlich gesetzte Ordnungen ersetzen zu wollen, wäre verfehlt. Sie hat vielmehr einen wirtschaftlich vernünftigen Sinn, der sich nach Bedürfnis entfalten soll, solange man die bestehende Wirtschaftsverfassung nicht von Grund auf ändert. Auch ihre Verbreitung braucht daher nicht erschwert zu werden. Nur muss dafür Sorge getragen werden, dass bei ihrer Ausgestaltung und Handhabung das öffentliche Interesse und das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft nachdrücklich zur Geltung kommt. Es muss verhindert werden, dass sich ein Unternehmer in seinen AGB. durch List oder wirtschaftlichen Druck eigennützige Vorteile sichert, die den Kunden ungebührlich belasten, der Gesamtwirtschaft schaden und das Recht verletzen. Die Mittel dazu sind eine wirksame *Kontrolle* durch Verwaltungsbehörden und durch die staatliche Gerichtsbarkeit, die auf diesem Gebiet nicht beliebig zurückgedrängt werden darf. “ ders.: AGB-Recht, S. 98 f.

¹⁴⁴ Staudinger-Schlosser, Einl. zum ABGB, S. 2

¹⁴⁵ R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 183

2. Inhaltskontrolle von AGB als die wichtigste gegenwärtige Aufgabe des Vertragsrechts in Deutschland

Obwohl autonome Gestaltung der Lebensverhältnisse von Parteien als unantastbar in Deutschland gilt, bedarf die Privatautonomie der Parteien wegen der gestörten Gegebenheiten für Selbstbestimmung aber einer gesetzlichen bzw. gerichtlichen Inhaltskontrolle. Das BVerfG hat in drei ständigen Urteilen diese Notwendigkeit aufgezeigt.¹⁴⁶ Ebenfalls ist der Versuch von den deutschen Juristen unternommen, den Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle zu lösen.¹⁴⁷ Es ist festzustellen, dass wenn „ die Richtiggewähr des Vertragsmechanismus-(Schmidt-Rimpler) “ wegen der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit von AGB-Verwendern gestört ist, die Vertragsgerechtigkeit durch externe Einflussnahme im Wege einer Rechtskontrolle gewährleistet werden muss. So meint auch der BGH¹⁴⁸.

„ Derjenige, der Allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellt und auf diese Weise die Vertragsfreiheit für sich allein beansprucht, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, schon bei der Festlegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen seiner künftigen Partner angemessen zu berücksichtigen; bringt er nur seine eigenen Interessen zur Geltung, so missbraucht er die Vertragsfreiheit. “

Unter der Flagge der „ Materialisierung “ hat der Gesetzgeber zuerst punktuell, und dann systematisch besonders durch Erlass des AGBG von 1976 die Gefahren bekämpft, „ die sich aus einer einseitigen oder gar missbräuchlichen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit ergeben können. “¹⁴⁹ „ Das gesetzliche AGB-Recht lässt sich mithin als Umsetzung des vom BVerfG akzentuierten grundrechtlichen Schutzauftrags für ein wichtiges Teilgebiet verstehen. “¹⁵⁰

Rechtsvergleichend lässt sich sagen, dass die Inhaltskontrolle von AGB ein generelles Phänomen in den industriellen Staaten ist. So können nach § 1341 Abs. 2 des italienischen Codice Civile dem anderen Vertragsteil besonders nachteilige Klauseln in vorformulierten AGB nur wirksam vereinbart werden, wenn der andere Vertragsteil sie ausdrücklich schriftlich bestätigt. Nach § 1342 Abs. 2 Codice civile ist die Vereinbarung nachteiliger

¹⁴⁶ BVerfG NJW 1990, 1469; 1994, 36; 2001, 957

¹⁴⁷ „Die Entwicklung auf dem Gebiet der AGB hat seit dem Inkrafttreten des BGB die Kritik und Befürchtungen, die Otto. v. Gierke und Anton Menger Ende des 19. Jahrhunderts in geradezu seherischer Weise geäußert hatten, vollkommen bestätigt. Auch wenn es stark übertrieben sein könnte, in Zusammenhang mit AGB heute, wie Otto. v. Gierke, von einem ‚sozialen Chaos‘ zu reden, so kann doch nicht geleugnet werden, dass die normativ zu wenig eingeschränkte Vertragsfreiheit die Ursache der heutigen Rechtswirklichkeit ist, die auf dem Gebiet der Anwendung von AGB durch eine jedenfalls normativ unbewältigte Spannung zwischen dem Grundsatz und den faktischen Voraussetzungen der Vertragsfreiheit einerseits und der sozialen Gerechtigkeit andererseits gekennzeichnet ist. “ In: W. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB – eine Aufgabe für den Gesetzgeber, in FS für K. Larenz, 1973, S. 375; vgl. Schmidt-Rimpler, Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130 ff.; ders.: Zum Vertragsproblem, in: FS für Raiser, 1974, S. 3 ff. Andere Meinung von Flume: „Zu Unrecht hat man versucht, die Schranken für den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus einer allgemeinen Beschränkung der Vertragsfreiheit zu folgern. ... Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen kann ein ‚Missbrauch der Vertragsfreiheit‘ gar nicht erfolgen, weil die inhaltliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einseitig gesetzt wird.“ In: W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 168 und 169

¹⁴⁸ BGHZ 70, 304 (310)

¹⁴⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Regelungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), eine Information des Bundesministers der Justiz, S. 20

¹⁵⁰ M. Stoffels, AGB-Recht, S. 33

Klauseln durch Formularverträge nur unter den in § 1341 Abs. 2 *Codice civile* aufgeführten Voraussetzungen wirksam. Nach § 2 - 302 UCC (*Uniform Commercial Code*) ist der Richter berechtigt, unbillige Klauseln zu kontrollieren. Die Vorschrift richtet sich hauptsächlich gegen unlautere Formularbedingungen, ist aber nicht auf diese beschränkt. In der Praxis haben sich – entgegen ursprünglichen Befürchtungen hinsichtlich einer Gefährdung der Rechtssicherheit – bereits eine Reihe von Fallgruppen und Gesichtspunkten herausgebildet, die der Generalklausel festere Konturen geben.¹⁵¹

Obwohl von amerikanischer Seite angesichts des Untergangs der traditionellen Vertragstheorie behauptet wird, dass der Vertrag bereits tot sei,¹⁵² kann er dennoch im Sinne der materiellen Vertragsfreiheit mit Hilfe der Inhaltskontrolle von AGB wiederbelebt werden.

VI. Formularklauseln in China und deren Inhaltskontrolle

1. Formularklauseln im chinesischen Wirtschaftsleben

Seit Gründung der VR China im Jahre 1949 bis zur Durchführung der Reform- und Öffnungspolitik ab 1979 beherrschten Staatsunternehmen alle wirtschaftliche Bereiche. Diese wirtschaftliche Struktur war unter dem starken Einfluss der ehemaligen Sowjetunion aufgebaut worden. Die Wirtschaftsstruktur in fast allen sozialistischen Ländern beruht auf den Vorstellungen der marxistischen Theorie: Es gibt danach zwei grundlegende „ Eigentumsordnungen “: Volkseigentum und kollektives Eigentum. (Zu dem Privateigentum gehören im wesentlichen nur die Konsumgüter der Individuen.) Am Markt orientierte Warenproduktion und Warenaustausch wurden weitgehend eliminiert und verboten. An ihre Stelle traten staatliche Befehle und staatliche Planung; die gesamte Volkswirtschaft war stark zentralisiert und das ganze Land wurde zu einer gigantischen Maschine. Die einzelnen Unternehmen wurden als Bauteile dieser Maschine angesehen. Sie hatten nur den gemeinsamen Zweck, die Entwicklung der Volkswirtschaft planmäßig und proportional zu gewährleisten. Auf diese Weise bestand zwischen ihnen keine Konkurrenz.¹⁵³

Marktbeherrschende Staatsunternehmen, die vor dem Übergang zur „ sozialistischen Marktwirtschaft “ in der VR China seit 1992 noch den größten Teil der wichtigen Produktionsmittel besaßen, haben gegenwärtig noch immer eine leitende Position in der Volkswirtschaft inne. Seitdem die wirtschaftliche Reform auf Gründung der Marktwirtschaft zielte, verringerte sich die beherrschende Rolle von Staatsunternehmen in allen wirtschaftlichen Bereichen. Auffällig ist, dass die Nachwirkungen von deren beherrschender Rolle bis heute spürbar sind. Konfrontiert mit zunehmendem Wettbewerb, welcher vor allem aus der steigenden Anzahl der Privatunternehmen resultiert, halten die für bestimmte Wirtschaftszweige zuständigen Staatsorgane und die noch in einigen Branchen (vor allem im Infrastrukturbereich) existierenden staatlichen Monopolunternehmen noch immer und teilweise sogar stärker als früher an den Formularklauseln fest, welche mit der vergangenen Planwirtschaft zusammenhängen. Dahinter verbergen sich offenbar partikuläre Interessen. Diese Staatsorgane und Staatsunternehmen wollen die aus den konkreten Vertragsvorschriften abgeleiteten Überwachungsprivilegien und Freizeichnungsklauseln langfristig in die Hand nehmen. Dies hat sich im Laufe der Rechtsetzung des CVG sehr deutlich gezeigt.

¹⁵¹ Vgl. von Hippel, *Rechts Zeitschrift* 1969, S. 564

¹⁵² Vgl. G. Gilmore, *The death of contract*, 1974

¹⁵³ Vgl. Xiaoye Wang, *Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft*, S. 9 und 10

Was die tiefer liegenden Gründe für die Verbreitung von Formulklauseln in China angeht, so sind zwei Elemente als hauptsächliche Ursache zu nennen: Staatsmonopol und übergreifende Verwaltungsmacht. Daraus ergeben sich zwei typische Ausprägungen der völlig andersartigen Verbreitung von Formulklauseln in China als von AGB in Deutschland. Zum einen stehen Formulklauseln mit der Verwaltungsmacht in engem Zusammenhang. Zum anderen vermischen sich Verwaltungsordnungen und Formulklauseln miteinander, welche dann in Gestalt von Verwaltungsordnungen erlassen werden, aber in der Tat nur die branchenbezogenen Interessen bestimmter Staatsunternehmen verfolgen. Mit formeller Vertragsfreiheit hatte die Verbreitung von Formulklauseln in China ursprünglich nichts zu tun.

Im Folgenden werden einige typische Fälle von benachteiligenden Formulklauseln aus verschiedenen Wirtschaftszweigen Chinas als Beispiele genannt:

Telekommunikation:

- Die „Regelung des Telegrammservice“ des Telekommunikationsministeriums (§ 62 Unterabschnitt 8, Abschnitt 2) schreibt vor, dass „Postämter keine Haftung übernehmen für materielle Folgeschäden der Benutzer dieses Telegrammservices.“
- Die auf der Rückseite des Formulars über Telegrammservice stehende Mitteilung lautet: „Ist ein Telegramm aufgrund Verzug oder Fehler während des Services unwirksam, die dem Postamt zuzurechnen sind, muss das Amt die Servicegebühren erstatten; eine weitere Haftung durch das Amt ist jedoch ausgeschlossen.“¹⁵⁴
- Eine übliche Formulklausel beim Telefonservice lautet: „Benutzer müssen unsere Nutzungsvorschriften einhalten, ansonsten wird der Service eingestellt; eine diesbezügliche Haftung des Serviceanbieters ist ausgeschlossen.“¹⁵⁵
- Standardformulklausel beim Mobilfunkservice: „Eine Veränderung der Preise ist dem Serviceanbieter vorbehalten.“ (Diese Klausel verstößt offensichtlich gegen die dispositive Bestimmung des § 8 Abs. 1 Satz 2 CVG)

Versorgung mit Wasser, Gas und Wärme:

- Formulklauseln von „*zuidi xiaofei* (Mindestmaß des Verbrauchs)“: Die Gebühr für Wasser wird für je 5 Kubikmeter abgerechnet, bei Gas für je 3 Kubikmeter, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Verbrauchsmenge.¹⁵⁶ (Diese Formulklausel verstößt deutlich gegen die Bestimmung des § 6 CUWG)
- Die Freizeichnung für die Verletzung von Leben und Körperschäden: Sechs Familienmitglieder waren aufgrund der Verwendung des unreinen Gases erstickt, aber die Klage auf Schadensersatz wurde dennoch abgewiesen.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Unverständlicherweise hat das COVG in seiner Stellungnahme in Bezug auf diese Mitteilung auf der Formularrückseite diese benachteiligende Formulklausel für bindend erklärt: „Es besteht keine Zuständigkeit der Instanzvolkgerichte für Schadensersatzklagen, die durch Verzug oder fehlerhafte Zustellung von Telegrammen durch den Telegrammservice von Post eingeleitet werden, solange keine diesbezügliche Änderung des Telekommunikationsgesetzes vorgenommen wird.“ Erst am 9. Juni 1999 hat das COVG diese völlig unzutreffende Stellungnahme korrigiert: „Instanzvolkgerichte haben die Zuständigkeit für solche Fälle, bei denen die Klage die Voraussetzung der Bestimmung nach § 108 CZPR erfüllen kann.“ Vgl. Du Jun, On Standard Form Contract, S. 363

¹⁵⁵ Zitiert nach Du Jun, On Standard Form Contract, S. 34

¹⁵⁶ Vgl. „Zweifel an das Mindestmaß in Monopolbranchen“, (www.peopledaily.com.cn 24. Sep. 2001)

¹⁵⁷ Vgl. Der Fall von Hanbing Yu, in Nanfang Zhoumo (Wochenendzeitung in Südchina), 12 März 1999, S. 7

Kleinhandel:

- Unbillige Formulklauseln in Supermärkten, z.B.: „ Das Recht auf Leibesvisitation ist dem Supermarkt vorbehalten. “ „ Die Geldstrafen für Diebstahl betragen ein Zehnfaches der Diebessumme. “ „ Nach Übergabe des Kaufgegenstandes darf er nicht ausgetauscht oder zurückgegeben werden. “¹⁵⁸

Fotogeschäfte:

- „ Ist der Film nach der Übergabe im Geschäft verschwunden oder beschädigt, ist dieses nur verpflichtet, den Kaufpreis des entsprechenden Filmes zu erstatten. “¹⁵⁹

Hotelbranche:

- „ Ein Wertgegenstand muss besonders aufbewahrt werden, sonst übernimmt das Hotel keine Haftung für Diebstahl. “¹⁶⁰

2. Kategorien von Formulklauseln in China

In China lassen sich Formulklauseln einschließlich Standardverträgen im weiteren Sinne in folgende Fallgruppen aufgliedern:

a. Exekutive Formulklauseln als Teil verwaltungsrechtlicher Vertragsverordnungen

Exekutive Formulklauseln in Form von Standardverträgen innerhalb von Verwaltungsvertragsvorschriften verbreiteten sich vor 1979 in fast allen chinesischen Wirtschaftsbereichen. Diese Standardverträge kann man zur Zeit noch in verschiedenen Staatsmonopolbereichen finden. Im Folgenden werden nur die Wirtschaftszweige, in denen Standardverträge aufgrund von verwaltungsrechtlichen Vertragsvorschriften noch eine Rolle spielen, genannt:

- Für den An- und Verkauf von Industrie- und Bergbauprodukten wurden die Vertragsvorschriften für den An- und Verkauf von Industrie- und Bergbauprodukten am 23. 01. 1984 vom Staatsrat erlassen. Nach § 1 dieser Vorschriften umfassen Industrie- und Bergbauprodukte industrielle Produktions- und Konsumgüter. Der persönliche Anwendungsbereich dieser Vertragsvorschriften umfasst nur juristische Personen (§ 2 Abs. 1). Für Verträge zwischen individuellen und juristischen Personen sind sie analog anzuwenden(§ 2. Abs. 2). § 6 bestimmt ausdrücklich: „ Dieser Vertragstypus soll folgende Klauseln (§ 12) enthalten. “ Nach ihrem Zweck ist diese Bestimmung nicht dispositiv sondern zwingend, obwohl Verträge im Laufe der Rechtsprechung bei Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen erforderlichen Klauseln durch richterliche Rechtsfortbildung als gültig anerkannt wurden. Von Quantität und Qualität über Verpackung bis zur Vertragsverletzung und diesbezüglichem Schadensersatz ist alles in diesen Vertragsvorschriften zwingend vorgeschrieben.

¹⁵⁸ Zitiert nach Du Jun, On Standard Form Contract, S. 35

¹⁵⁹ Zitiert nach Du Jun, a.a.O. S. 36

¹⁶⁰ Zitiert nach Du Jun, a.a.O. S. 35

- Für den Beförderungsbereich gibt es vier Vertragsvorschriften, die jeweils den Landstraßen-, Eisenbahn-, Wasser- und Lufttransport regeln. Erwähnenswert ist, dass die Eisenbahnvertragsvorschriften vom Eisenbahnministerium, die Wasser- und Landstraßenvertragsvorschriften vom Verkehrsministerium und die Luftvertragsvorschriften von der Flugaufsichtsbehörde unabhängig voneinander verfasst worden waren. Allen Vorschriften liegt das, inzwischen bereits vom CVG abgelöste CWVG, zugrunde. Trotzdem sind diese Vorschriften in der Praxis noch gültig. Für ihre Auslegung sind die betreffenden Ministerien zuständig.
- Für die Bau- und Baudesignindustrie wurden ebenfalls drei Vertragsvorschriften vom Staatsrat verabschiedet, nämlich die Bauübernahme-, Baudesign- und Bauüberwachungsvertragsvorschriften. Darüber hinaus hat der Staatsrat auch einige Vertragsvorschriften über Lagerhaltung, Dienstleistung und Technik erlassen.

Solche verwaltungsrechtlichen Vertragsordnungen sind durch gesetzliche Ermächtigung entstanden. Nach § 89 Abs. 2 CVerf hat der Staatsrat die Befugnis, kraft Verfassung und Gesetz Verwaltungsmaßnahmen vorzuschreiben, Verwaltungsordnungen auszuarbeiten sowie Beschlüsse und Anordnungen bekannt zu geben. Nach § 90 Abs. 2 CVerf können die jeweiligen Ministerien und Kommissionen kraft Gesetzes innerhalb ihrer Befugnisse Anordnungen, Anweisungen und Verwaltungsordnungen erlassen.¹⁶¹

b. Formularklauseln im Bereich der Daseinsvorsorge durch Staatsmonopole

Kodifikationen gewinnen ihre Bedeutung durch Systematik, Vereinfachung und Übersichtlichkeit. Ein einheitlicher Markt braucht seiner Natur nach ein einheitliches Vertragsgesetz, welches die Zügigkeit von Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr am Markt sicherstellt. Aber Marktregeln finden ihre Anwendung nicht überall in der Marktwirtschaft. Wo der Marktmechanismus keine, vom sozialen Standpunkt her ausreichende Lösung anbietet, sind wie z.B. im Bereich der Daseinsvorsorge Staatsmonopole zum Zweck des Gemeinwohls erforderlich. Wettbewerb kann nur dort in Betracht kommen, wo der Bereich für den „Wettbewerb“ geeignet ist. Völlig ungeeignet für jeden Wettbewerb sind diejenigen Bereiche und Aufgaben, die schlechthin dem Staat zugeordnet werden müssen. Ob die Notwendigkeit einer solchen Zuordnung besteht oder nicht, hängt davon ab, ob der in Frage stehende Bereich der Existenz der staatlichen Gesamtheit dient.

Leider erfüllen die Verwaltungsmonopole, denen die aufgrund des schon aufgehobenen CWVG erlassenen fachspezifischen Vertragsvorschriften zugrunde liegen, diese Voraussetzung nicht. Dies ist auf die frühere Planwirtschaft zurückzuführen. Das auf Gesetz oder Konzession beruhende Staatsmonopol, vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge, unterscheidet sich in seiner Wirkung wesentlich von der herrschenden Position eines privatwirtschaftlich handelnden Unternehmers im Markt. Die Ausschlusswirkungen des rechtlich geschützten Monopols sind bestimmungsgemäß unabhängig von seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

c. Privatisierung von Formularklauseln

¹⁶¹ Vgl. § 80 GG (Erlass von Rechtsverordnung)

Nach der neuesten Novellierung der chinesischen Verfassung 1999, nach welcher private Unternehmen einen wichtigen Bestandteil der gesamten chinesischen Wirtschaftsstruktur bilden¹⁶², gewinnen Privatunternehmen im chinesischen wirtschaftlichen Verkehr zunehmende Bedeutung. Zur Zeit verwenden fast alle privaten Unternehmen in China beim Warenverkauf oder der Dienstleistungserbringung Formularklauseln.

Mit der Reform von Staatsunternehmen wandeln sich diese gegenwärtig in die Rechtsform juristischer Personen um. Sie stehen mit privaten Unternehmen ohne Privilegien im Wettbewerb. Abgesehen von der Kategorie zwei, unterliegen die von ihnen verwendeten Formularklauseln der Inhaltskontrolle. Im Versicherungswesen, z.B., haben die betreffenden Formularklauseln des CVersG nicht mehr den früheren verwaltungsrechtlichen zwingenden Charakter, sondern sind verhandelbar. § 17 CVersG schreibt vor, dass „Klauseln im Versicherungsvertrag, die den Versicherer von der Haftung befreien, vom Versicherer beim Abschluss des Versicherungsvertrags dem Versicherungsnehmer deutlich erklärt werden müssen; solange er sie nicht deutlich erklärt hat, bleiben sie wirkungslos.“ Außerdem muss der Versicherer auch nach dem § 16 CVersG dem Versicherungsnehmer die Klauseln des Versicherungsvertrags erläutern. Daraus ist abzuleiten, dass die Inhaltskontrolle bereits vor dem Inkrafttreten des CVG im CVersG angesiedelt war, weil im Versicherungswesen Formularklauseln ein notwendiges Mittel für Massengeschäfte darstellen. Im CSHG hat die Inhaltskontrolle von Formularklauseln bei Warentransportverträgen und anderen Transportdokumenten ebenfalls ihren Ausdruck gefunden¹⁶³.

3. Kurze Bewertung der drei Kategorien von Formularklauseln in China

a. Die exekutiven Formularklauseln

Die exekutiven Formularklauseln stehen mit der chinesischen ökonomischen Entwicklung in engstem Zusammenhang. Was in einem Plan in der Planwirtschaftsphase geregelt war, konnte nicht vertraglich geändert werden. Verträge dienten nur der Konkretisierung der planmäßigen wirtschaftlichen Vorgaben. Gemäß § 7 Nr. 1 CWVG (inzwischen aufgehoben) sind Verträge, die gegen staatliche Pläne verstoßen, nichtig. Wenn eine Änderung staatlicher Pläne den Vertrag nachträglich planwidrig werden lässt, kann er gekündigt werden (§ 27 Nr. 3 CWVG). Diese Gesetzesbestimmung kann auf den Leninismus zurückgeführt werden. *Lenin* betonte: „Wir erkennen nichts Privates an, für uns ist im Bereich der Wirtschaft alles öffentlich-rechtlich. ... Wir müssen überall die staatliche Einmischung in die privatrechtlichen Beziehungen ausweiten.“¹⁶⁴ Auf dieser Grundlage wurden Verträge zu einem Instrument der Planwirtschaft. Exekutive Formularklauseln in Standardverträgen waren und sind nur Ausdruck der wirtschaftlichen Verwaltungsrechte, die sich sehr oft in ein Mittel zum Schutz partikulärer Interessen verwandelten. Vor diesem historischen Hintergrund unterscheiden sich Formularklauseln sehr deutlich von den AGB in Deutschland, mit welchen ursprünglich die Versicherungsgesellschaften als Großbetriebe auf den Plan traten. Mit der Erfindung von Eisenbahn und Dampfschiff musste den auf Massenverkehr eingerichteten Verkehrsunternehmungen nach der Natur ihres Geschäfts daran gelegen sein, eine möglichst große Zahl möglichst gleichartiger Verträge abzuschließen.¹⁶⁵

¹⁶² Vgl. § 11 CVerf

¹⁶³ Vgl. §§ 44, 116 Abs. 1 CAHG

¹⁶⁴ Lenin Werke, russische Ausgabe Bd. 29, S. 419; zitiert nach F. Münzel, Das Recht der Volksrepublik China, S. 167, Fn. 103

¹⁶⁵ L. Raiser, AGB-Recht, S. 26 und 27

All den verwaltungsrechtlichen Vertragsvorschriften, als deren Teil die exekutiven Formular Klausen veröffentlicht worden waren, lag keine Vertragsfreiheit zugrunde. Nach der damaligen Vertragstheorie sollten das Vertragsgesetz und die Vertragsvorschriften sehr detailliert ausgearbeitet werden. Daraus folgte, dass alle Bestimmungen zwingend waren. Schöpferische Gestaltung der einzelnen Rechtsverhältnisse galt als Abweichung oder Umgehung der Verwaltungsregulierung. Von Materialisierung und Objektivierung konnte keine Rede sein, da die planwirtschaftliche Natur dieser Vertragsvorschriften deutlich marktwirtschaftlichen Gesetzen wie faire Risikoverteilung und gerechter Interessenausgleich entgegenstand. Insofern haben die Standardverträge, welche verschiedene verwaltungsrechtliche Vertragsvorschriften wiederholen, häufig das Ziel, die jeweiligen partikulären Interessen durchzusetzen.

Wie oben schon erwähnt, sind diese Vertragsvorschriften aufgrund der gesetzgebenden Ermächtigung durch den Volkskongress vom Staatsrat und verschiedenen Ministerien erlassen worden. Dementsprechend sind sie positives Verwaltungsrecht. Aber an der Auffassung, dass diese Vertragsvorschriften als Ausführungsbestimmungen zu den alten Gesetzen ihre Geltung nicht verloren haben,¹⁶⁶ ist zu zweifeln, da ihre Fortgeltung allgemeinen Grundsätzen der Normenhierarchie, insbesondere des Verhältnisses von Gesetz und Verordnung widerspricht, wie sie inzwischen in §§ 77 ff. CGGG ihren normativen Ausdruck gefunden haben.¹⁶⁷

Hervorzuheben ist auch, dass §§ 123, 124 CVG sehr deutlich bestimmen, dass nur andere Gesetze (aber nicht verwaltungsrechtliche Vertragsvorschriften) die Bestimmungen im CVG revidieren können. Deswegen ist das CVG in China zur Zeit die einzige Vertragsregelungsquelle. Insofern widersprechen diese Vertragsvorschriften durch ihre zwingenden, mit den Bestimmungen im CVG unvereinbaren Bestimmungen dem neuen CVG. Insbesondere sind Rechtssubjekte nun nach § 4 CVG berechtigt, Vertragsinhalte aufgrund des Prinzips der Vertragsfreiheit von diesen zwingenden Verwaltungsvorschriften abweichend frei zu gestalten. Darum sollten m.E. diese Vertragsvorschriften durch eine gesetzliche Bestimmung für ungültig erklärt werden.

Auch unter Berücksichtigung dessen, dass Staatsmonopole auf bestimmten Gebieten noch erforderlich sind, da sie für die Daseinsvorsorge zum Zweck des Gemeinwohls sowie hinsichtlich der Grenzen des Marktes sinnvoll sind, ist der oben gemachte Vorschlag für sinnvoll zu halten, weil die meisten der oben aufgezählten fachspezifischen Formular Klauseln aufgrund der Verwaltungsvertragsvorschriften diese Voraussetzung nicht erfüllen können. Deswegen dürfen sie einer allgemeinen Inhaltskontrolle nicht entzogen werden.

b. Formular Klauseln im Bereich der Daseinsvorsorge durch Staatsmonopole

In den Bereichen der Daseinsvorsorge, wo der Marktmechanismus keine vom sozialen Standpunkt her ausreichende Lösung anbietet, können solche Staatsunternehmen, welche ihre besonderen Funktionen ausüben wie z.B. dem Gemeinwohl zu dienen, Waren und Dienstleistungen unabhängig vom Marktwettbewerb mittels Formular Klauseln zu erbringen, von der allgemeinen Inhaltskontrolle freigestellt werden. Diese in Gestalt von Rechtsverordnungen geltenden Formular Klauseln erfolgen durch gesetzliche Ermächtigung

¹⁶⁶ Diese Meinung ist in Deutschland z.B. von Münzel/Zheng (Chinas Neues Vertragsrecht, RIW 1999, S. 646) und Tetz (Neues Vertragsgesetz in China, RIW 1999, S. 647) vertreten.

¹⁶⁷ Vgl. R. Knieper, Die Bedeutung des Zivil- und Wirtschaftsrechts, ZVglRWiss 101(2002), S. 228

nach Maßgabe der §§ 89 Abs. 1 und 90 Abs. 1 CVerf Aber zugunsten des Gemeinwohls bedürfen Formularklauseln, welche die Daseinsvorsorge betreffen, auch einer besonderen Inhaltskontrolle, die normalerweise während der Ausarbeitung von spezifischen Vertragsordnungen durch Interessenausgleich schon geleistet worden ist. Die als Vertragsordnung erlassenen Regeln unterliegen als Rechtsnorm keiner richterlichen Inhaltskontrolle, können aber auf Grund des richterlichen Prüfungsrechts auf Einhaltung der Ermächtigung und damit auf ihre Angemessenheit überprüft werden.

Rechtsvergleichend gesehen, schreibt das CVG in seinem Kapitel 10 (§§ 176 bis 184 CVG) mit Bestimmungen über Versorgungsverträge von Elektrizität, Wasser, Gas oder Wärme vor, dass diese den Kauf- und Werkverträgen u.a. gleichgestellt sind. M. E. ist die Gesetzgebungspolitik diesbezüglich problematisch, da die Rechtsbestimmungen über die Inhaltskontrolle nach § 39 ff. CVG nach einer systematischen Auslegung, auch auf diese Daseinsvorsorgeverträge Anwendung finden müssten. Aber die Inhaltskontrolle nach §§ 39 ff. CVG ist mit der Eigenschaft der Daseinsvorsorgeverträge kaum zu vereinbaren. Deswegen müssen Bestimmungen für Daseinsvorsorgeverträge, die kraft gesetzlicher Ermächtigung in verschiedenen fachspezifischen Vertragsordnungen erlassen werden sollen, aus dem CVG ausgegliedert werden. Sie funktionieren in der Regel durch Standardverträge, welche aus Formularklauseln bestehen.

c. Formularklauseln von privaten und staatlichen Unternehmen

Zur Begründung ihrer Legitimität wird, wie in Deutschland, die sog. wirtschaftliche Rationalität der standardisierten Vertragsbedingungen herangezogen, hinter welcher jedoch die einseitige Interessenverfolgung der Verwender versteckt ist. Die hier behandelte Kategorie stellt den Hauptgegenstand der Inhaltskontrolle in China dar. Wegen der immanenten Gefahr, dass Verwender auf Kosten ihrer Vertragsparteien eigene Interessen einseitig verfolgen, müssen die von ihnen einseitig vorab ausgearbeiteten Formularklauseln einer Inhaltskontrolle unterzogen werden.

In der nun eingeführten „ sozialistischen Marktwirtschaft “ müssen Staatsunternehmen genau wie private Unternehmen dem Wettbewerb unterliegen. Dabei ist zwischen staatlicher Aufsichtsbefugnis, z.B. in Aufsichtsorganen wie Regierungsbehörden, und den staatlichen Unternehmen streng zu unterscheiden. In Bereichen, in denen Marktregeln gelten können und müssen, z.B. dem allgemeinen Warenkauf und Darlehen, sind Staatsunternehmen mit privaten Unternehmen gleichzusetzen, obwohl wegen der spezifischen Rolle von Staatseigentum in China Staatsunternehmen über eine besondere soziale Funktion¹⁶⁸ verfügen. Nur unter der Voraussetzung der Trennung von Staat und Staatsunternehmen kann die Beseitigung der zur Zeit noch verbliebenen Wettbewerbshindernisse seitens der Staatsunternehmen erreicht werden.

4. Fragestellung: Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China

Das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbreitung der Anwendung von Formularklauseln in China fordert dringend eine umfassende Überprüfung aller in Gestalt von Formularklauseln erscheinenden Vertragsbedingungen. Eine auf Vertragsgerechtigkeit und Verbraucherschutz zielende gut funktionierende Inhaltskontrolle von Formularklauseln stellt

¹⁶⁸ Vgl. §§ 6 und 7 CVerf

eine dringende Aufgabe für Gesetzgeber, Rechtsprechung und Rechtswissenschaftler in China dar.

Kapitel 2: Richterliche Inhaltskontrolle und Kodifikation der Inhaltskontrolle

I. Richterliche Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China

Vor Inkrafttreten des AGBG mussten die Richter auch ohne deren Kodifikation eine Inhaltskontrolle von AGB vornehmen. Somit entsprach die Kodifikation der Inhaltskontrolle einem dringenden Bedürfnis im Rechtsleben. Das AGB-Recht in Deutschland wurde dann aufgrund kasuistischer Rechtsprechung kodifiziert. Vor und nach dem Inkrafttreten des AGBG haben die richterliche und die behördliche Inhaltskontrolle eine unterschiedliche Rolle gespielt. Mit Hinblick auf die Wichtigkeit der Rechtsfortbildung bei der richterlichen Inhaltskontrolle wird die Frage aufgeworfen, welche besondere Funktion diese hat.

1. Generelles Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht

Im Jahre 1856 vertrat *Windscheid* in seinem Buch „Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts“ die Auffassung, dass die bisher gelehrte Einheit von materiellem Recht und Aktionenrecht unzutreffend sei und leitete mit seiner Lehre vom materiellrechtlichen Anspruch die heute geläufige Trennung des Zivilrechts vom Zivilprozessrecht ein.¹⁶⁹

Für seine Zeit hatte *Savigny* der *actio* des römischen Rechts eine autoritative Interpretation gegeben, nach der die Klage das subjektive Privatrecht *selbst* im Zustand der Verteidigung verkörpert: „In dem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt, im Zustand der Vertheidigung. [...] und die Reihe von Veränderungen, die auf diese Weise in ihm entsteht, fasse ich zusammen unter dem Namen des *Actionenrechts*.“¹⁷⁰ Die *actio* bzw. das Klagerecht ist also kein selbständiges Recht, sondern gehört „nur zu dem Entwicklungsprozess oder der Metamorphose, die in jedem selbständigen Rechte eintreten kann. [...]“¹⁷¹ Abweichend von der Lehre von *Savigny* hatte *Windscheid* durch Umsetzung der römischen Actionen in „die moderne juristische Sprache“ dem materiellen subjektiven Recht des Anspruchs eine besondere Funktion hinzugefügt und das Klagerecht ausschließlich dem Prozessrecht überlassen.

Aber danach wurde der Wichtigkeit des Prozessrechts keine ausreichende Aufmerksamkeit geschenkt. Die Vorstellung, dass das Prozessrecht „nur“ der Durchsetzung des materiellen Rechts diene, übte einen negativen Einfluss auf die Erkenntnis der Funktionen des Prozessrechts aus. „Diese Grundkonzeption, nach der sich der Prozess als ein ‚Rechtsschutzmittel‘ darstellt, bestimmt daher die Darstellung der verschiedenen Prozessarten: wenn der Prozess dem Schutz der Rechte des einzelnen dient, dann ist der „typische Prozess“ – der Prototyp aller Prozessarten – das Verfahren über die zivilprozessuale Leistungsklage. Mit dieser Klage macht der einzelne einen Anspruch – ein einzelnes subjektives, materielles Recht – geltend, und Urteil und Zwangsvollstreckung dienen „nur“ der Verwirklichung dieses einzelnen Rechts.“¹⁷²

¹⁶⁹ Vgl. W. Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny, 1965, S. 71 ff.

¹⁷⁰ F.C.v. Savigny, System, Bd. V, § 204, S. 2; zitiert nach G. Wagner, Prozessverträge, S. 400

¹⁷¹ F.C.v. Savigny, Fn. 79, S. 2; zitiert nach G. Wagner, a.a.O. S. 401

¹⁷² H.-M. Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZVP 1967, S. 349

Seit Jahren gibt es unter den deutschen Juristen Auseinandersetzungen über Aufgaben oder Zweck des Prozessrechts. Zur Zeit besteht Übereinstimmung darin, dass dem Prozessrecht neben dem „auxiliaren“ Zweck, z.B. Schutz subjektiver Rechte, Bewahrung der objektiven Rechtsordnung auch ein Selbstzweck zukommt, nämlich, „Verfahrens-gerechtigkeit“ (*due procedure*) und Fortbildung konkreter materieller Rechte. Insofern ist das Prozessrecht bereits aus dem Schatten des materiellen Rechts herausgetreten.

In China lassen sich die Meinungen über Zweck oder Funktion des Prozessrechts wie folgt gliedern. Zum einen sei das materielle Recht zweifellos wichtiger als das Prozessrecht, welches nur dem Schutz der materiellen Rechte diene. Zum zweiten sollten das materielle Recht und das Prozessrecht gleiches Gewicht in der Rechtsordnung haben, aber bei Konflikten müsste das materielle Recht dem Prozessrecht vorgehen. Zum dritten sei das Prozessrecht wichtiger als das materielle Recht und das erstere habe Vorrang gegenüber dem letzteren. Diese Meinung wird vor allem von den jüngeren Juristen in China vertreten.

Aus diesem Meinungsstand lässt sich leicht ableiten, dass in China wegen des starken Einflusses des *case law* auf dem Prozessrecht mehr Aufmerksamkeit als früher ruht und diesem neue Funktionen zugewiesen werden.

Was die Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln angeht, liegt es auf der Hand, dass ohne die prozessuale Inhaltskontrolle das materielle Recht verwässert würde. Da AGB und Formulklauseln eine Vielzahl von Fällen in standardisierter Form betreffen, ist es nötig, eine prozessuale Form zu finden, bei der überindividuelle Interessen spezial gewährleistet werden können. Infolgedessen wird im Folgenden (Kapitel 11) vor allem rechtsvergleichend auf die Verbandsklage im deutschen Recht, die *class action* im amerikanischen Recht und die Repräsentantenklage im chinesischen Recht eingegangen. Anschließend wird auf die Möglichkeit der Einführung der typischen deutschen kollektiven Klageform, der Verbandsklage, in China eingegangen. Aber zunächst soll ein Blick auf die richterliche Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland geworfen werden.

2. Punktuelle Inhaltskontrolle durch richterliche Fortbildung vor Erlass des AGBG

a. Inhaltskontrolle durch reichsrichterliche Fortbildung

Tatsächlich waren AGB im wirtschaftlichen Verkehr schon vor Erlass des BGB verwendet worden. „ Im wesentlichen sind jedoch AGB in unserem Sinn, die einen Massenbetrieb voraussetzen, wenigstens in Deutschland erst seit dem wirtschaftlichen Aufschwung anzutreffen, der Ende des 18. Jahrhunderts und dann voll im 19. Jahrhundert einsetzt.“¹⁷³ Der Anwendungsbereich der AGB konzentrierte sich damals vor allem auf Versicherungs-, Börsen- und Bankenwesen, denen Massengeschäfte zugrundeliegen. Diesem Rechtsphänomen schenken die Gesetzgeber des BGB bei der Ausarbeitung keine ausreichende Aufmerksamkeit. Der Grundgedanke des Vertragsrechts im BGB baute, wie am Anfang dieser Arbeit dargelegt, auf der formellen Vertragsfreiheit auf, was gerade die Tür für eine Verbreitung von AGB öffnete.

¹⁷³ L. Raiser, AGB-Recht, S. 26

In der Anfangszeit war das RG sehr zurückhaltend im Kampf gegen unbillige AGB.¹⁷⁴ Nach dieser zögernden Haltung unternahm das RG durch restriktive Auslegung von Klauseln über Haftungsfreizeichnung und ähnliche Arten der Risikoverlagerung den Versuch einer versteckten Inhaltskontrolle. Bei der offenen Inhaltskontrolle bedienten sich die Gerichte zuerst der Generalklausel des § 138 BGB, welche sittenwidrige Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt. „ Der Gedanke des Verstoßes gegen die guten Sitten wurde auch zum Mittel, um unangemessen erscheinenden Bestimmungen in AGB die Anerkennung zu versagen. ... So erklärt sich, dass sie (Rechtsprechung) zur Aufstellung von Grenzen für die Gestaltungsfreiheit der AGB auf dem Weg über den Begriff des Monopolmissbrauchs kam, und darum hält sie bis heute daran fest, als Voraussetzung für die Anwendung des § 138 BGB gegenüber AGB eine Monopolstellung des Unternehmers zu fordern. “¹⁷⁵ „ Das RG hielt es für sittenwidrig, wenn der Monopolinhaber unter Missbrauch einer Machtstellung dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige oder von den allgemeinen und angemessenen abweichende Bedingungen vorschreibe “ .¹⁷⁶ Die Rechtsprechung des RG betrachtete AGB mehr als eine Art „ fertig bereitliegender Rechtsordnung “, der sich die Parteien unterwerfen, denn als Bestimmungen, die erst kraft vertraglicher Vereinbarung für den einzelnen Vertrag gelten.¹⁷⁷ Aber das RG war mit seinem Versuch, lediglich bei Vorliegen einer Monopolstellung des Anbieters den materiellen Inhalt von AGB auf Verstöße gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) zu überprüfen, gescheitert, weil Inhaltskontrolle mit Sittenwidrigkeit nicht gleichgestellt werden darf. Die Inhaltskontrolle führt grundsätzlich zu einer Entscheidung darüber, ob die betreffenden AGB wirksam sind, und das ganze Vertragswerk durch Lückenfüllung mittels der dispositiven gesetzlichen Bestimmungen oder der ergänzenden Auslegung wirksam bleibt, während die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts prinzipiell die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat (§ 134 BGB).

Nachdem die Nationalsozialisten an die Macht kamen, wandelte sich die deutsche Wirtschaft von einem relativ freien wettbewerbsfähigen Modell in ein Staatsmonopolmodell. Deswegen verlor die Inhaltskontrolle von AGB zunächst ihre Bedeutung. „ Auf die Ausgestaltung von AGB nahm der NS-Staat im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftskontrolle nur vereinzelt in bestimmten Bereichen mittelbaren und unmittelbaren Einfluss. “¹⁷⁸ Erst nach Einführung der „ sozialen Marktwirtschaft “ in Deutschland wurde die Inhaltskontrolle wieder auf die Tagesordnung gesetzt.

¹⁷⁴ In einer Entscheidung aus dem Jahre 1883 betreffend AGB des Seefrachtrechts verdeutlichte es seinen Standpunkt wie folgt: „so wenig billig und gerecht nun auch diese Abwälzung einer ... Haftung ... sein und so sehr sie das natürliche Verhältnis verschieben mag, so fehlt es doch, mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit, in dieser Beziehung an der Möglichkeit, der betreffenden Vereinbarung die Gültigkeit zu versagen.“ RGZ 11, 100 (110); zitiert nach M. Stoffels, AGB-Recht, S. 7

¹⁷⁵ L. Raiser, AGB-Recht, S. 278 und 279

¹⁷⁶ Vgl. RGZ 62, 264 (266); 79, 224 (229); 83, 9(14); 99, 107 (109); 102, 396 (397); 103,82 (84); 106, 386; 115, 218 (220); 143, 24 (28); 161, 76 (80); 143, 24 (28 f.), und L. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 18 und 19, L. Raiser, AGB-Recht, S. 302 f.

¹⁷⁷ RG Deutsches Recht 1941, S. 1212

¹⁷⁸ Entwurf eines AGB-Gesetzes vom BMJ, 1975, S. 20

b. Richterliche Inhaltskontrolle vor Erlass des AGBG in Deutschland

Eine Regelung, die auf den völligen Ausschluss der Gewährleistung beim Kauf fabrikneuer Möbel hinauslief, erklärte der BGH uneingeschränkt für unwirksam.¹⁷⁹ Anschließend an diese Entscheidung lag die weitere Entwicklung vor allem in den Händen des VII. und des VIII. Zivilsenats, die damals für das Werk- bzw. Kaufvertragsrecht zuständig waren. Außerdem ließ der IV. Zivilsenat in seiner Rechtsprechung zum Maklerrecht die Konturen des späteren § 9 AGBG bereits deutlich hervortreten.¹⁸⁰

Die offene richterliche Inhaltskontrolle der Rechtsprechung wurde ursprünglich aus § 242 BGB entwickelt.¹⁸¹ Aber „ die nachfolgenden Urteile blieben lange Zeit nicht frei von einem gewissen Zögern. Dieses schlug sich in dem Drängen nieder, lieber mit einer einschränkenden Auslegung harter Klauseln und einer im Einzelfall sich ergebenden Unzulässigkeit, sich auf sie zu berufen, also mit einer Ausübungskontrolle zu arbeiten, als offene Inhaltskontrolle obwalten zu lassen. Insgesamt hat sich jedoch das vom BGH aufgestellte Postulat von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Inhaltskontrolle Anfang der sechziger Jahre durchgesetzt. “¹⁸² Die Urteile, die sich auf § 242 BGB stützten, haben die Inhaltskontrolle typisiert und konkretisiert. In diesem Sinne wird vertreten, dass das AGBG die richterlichen Erfahrungen kodifiziert und dadurch für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gesorgt habe.¹⁸³

Obwohl fast alle Zivilsenate im BGH sich mit AGB-Fällen befasst und darüber zahlreiche Entscheidungen getroffen haben, bestand hinsichtlich der Inhaltskontrolle von AGB bei den Zivilsenaten im BGH und den Instanzgerichten keine einheitliche Auffassung.¹⁸⁴ Die Wirksamkeit der AGB-Rechtsprechung wurde zusätzlich dadurch beeinträchtigt, dass die Entscheidungen nur für den Einzelfall wirkten und weder die Partei, die den Prozess verloren hatte, noch andere Verwender rechtlich daran gehindert werden konnten, eine missbilligte Klausel in einem anderen Vertrag unverändert oder leicht abgewandelt erneut einzuführen.¹⁸⁵ Deswegen wurde sowohl seitens der Juristen¹⁸⁶ als auch von der damaligen Bundesregierung¹⁸⁷ der Ruf immer lauter, ein Gesetz zur Regelung von AGB einschließlich einer kollektiven Klageform baldmöglichst zu verfassen.

¹⁷⁹ BGHZ 22, 90

¹⁸⁰ Vgl. H.E. Brandner, Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz, in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 40

¹⁸¹ Vgl. F. Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB, S. 43 f.

¹⁸² Staudinger-Coester, § 8 AGBG, Rdnr. 3

¹⁸³ Vgl. H. Heinrichs, Maßstab und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes, in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 23 f.

¹⁸⁴ Schmidt-Salzer hat 27 unterschiedliche Kriterien bei der Inhaltskontrolle durch die Zivilsenate des BGH aufgezählt, die von „unangemessen“ über „mit Treu und Glauben nicht vereinbar“ bis „nach ihrem Inhalt eine freiwillige Unterwerfung unter sie ausgeschlossen“ reichen. Vgl. J. Schmidt-Salzer, AGB, S. 87 bis 89

¹⁸⁵ Entwurf eines AGB-Gesetzes, S. 21 und 22

¹⁸⁶ Z.B. L. Raiser, JZ 1958, S. 7 ff. und in Juristentagsfestschrift, 1960, S. 101 ff.; Mroch, Zum Kampf gegen unlautere Geschäftsbedingungen, 1960; Kliege, Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, 1966; Richterliche Kontrolle von AGB, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Bd. 41, 1968 (zitiert nach Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl. Rdnr. 9 Fn. 23 und 24)

¹⁸⁷ Die Diskussion über eine gesetzliche Regelung des Rechts der AGB griff zu Beginn der 70er Jahre verstärkt auch auf Regierung und Parteien über. Im Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik vom 18. 10. 1971 wurde ausdrücklich auf die Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes der Verbraucher gegen unangemessene Vertragsbedingungen hingewiesen und eine amtliche Untersuchung dieser Fragen angekündigt. Die Ankündigung führte zur Berufung einer Sachverständigengruppe durch das BMJ mit dem Auftrag, Lösungsvorschläge zur gesetzlichen Regelung des Rechts der AGB zu erarbeiten. Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, Einl. Rdnr. 9

c. Funktion der richterlichen rechtsfortbildenden Inhaltskontrolle vor Erlass des AGBG

Wie oben bereits erwähnt, fand die richterliche Inhaltskontrolle vor dem Erlass des AGBG in Form der Rechtsfortbildung entweder anhand des § 138 BGB oder des § 242 BGB statt. Unter dem Begriff der Rechtsfortbildung versteht man das Weiterentwickeln des Rechts durch Anpassung an veränderte Verhältnisse, insbesondere in der Struktur von Wirtschaft oder Technik, durch Einfluss gewandelten Rechtsdenkens. Was die Inhaltskontrolle von AGB angeht, so ist der ursprüngliche Rechtsleitgedanke des BGB für die Inhaltskontrolle nicht geeignet, weil im BGB die formelle Vertragsfreiheit dominiert. Die Aufgabe, durch ausdehnende Auslegung von Generalklauseln, z.B. §§ 138, 242 BGB die Anpassung an die entwickelte soziale Wirklichkeit durchzuführen und die dringliche Aufgabe der Inhaltskontrolle zu bewältigen, oblag den Richtern, da die Gesetze keine klare Grundlage für eine Inhaltskontrolle boten. Es war die Aufgabe von Richtern, abstrakte Rechtsregeln auf konkrete Tatsachen anzuwenden. Aber wenn eine anzuwendende Rechtsregel entweder wegen planwidriger Gesetzeslücken oder eines veralteten Rechtsleitgedankens fehlte, dann oblag es dem Richter, die Lücken im geschriebenen Gesetz festzustellen¹⁸⁸ und zu schließen. Nach dem zweiten Weltkrieg wurde das deutsche Recht vor allem durch höchstrichterliche Rechtsprechung systematisch weiterentwickelt. Im Bereich des AGB-Rechts handelte es sich in diesem Sinne um „ Richterrecht reinsten Wassers “ und um eine „ hoch anzuerkennende Leistung der deutschen Rechtsprechung “. ¹⁸⁹ Aber daraus ergibt sich die Frage, bis zu welchem Grad Rechtsfortbildung im Kodifikationsrechtskreis Geltung beanspruchen kann.

Unter dem Prinzip der Gewaltenteilung, die auf die Lehre von *Montesquieu* zurückzuführen ist, wird die Unterteilung der politischen Gewalt in gesetzgebende (legislative), vollziehende (exekutive) und rechtsprechende (judikative) Gewalt (Art. 20 II 2 GG) verstanden. Der in Art. 20 III. 3 GG normierte Grundsatz vom „ Primat des Rechts “ bildet die Basis aller Überlegungen zur richterlichen Rechtsbindung. Zwar scheint die Verfassung in Art. 97 Abs. 1 GG ebenso wie in § 25 DRiG das Gewicht auf die ausschließliche Gesetzesabhängigkeit der Richter zu verlagern: unter „ Gesetz “ (im materiellen Sinn) ist hier jedoch – wie allgemein anerkannt wird – „ Recht “, d.h. die Summe aller positiven Rechtsnormen, zu verstehen. Der eigentliche Streit beginnt erst bei der Frage, ob mit dem ungeschriebenen Recht (Gewohnheitsrecht, Naturrecht) in solchem Sinne auch das Richterrecht dem positiven Recht gleich zu achten sei. Unter dieser verengten Problemstellung dürfte sich freilich ebenso wenig eine brauchbare Lösung finden lassen, zumal ja die völlige Ausklammerung des Richterrechts aus Art. 20 III. 3 GG zwangsläufig zur Verfassungswidrigkeit schon jeder judiziellen Rechtsfortbildung führen würde.¹⁹⁰ In der Tat lässt sich sowohl theoretisch wie auch praktisch kaum etwas gegen Rechtsfortbildung einwenden, da jedes Gesetz „ ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesetzlichen Anschauung “ steht.¹⁹¹

Die richterliche Rechtsfortbildung der Inhaltskontrolle vor Erlass des AGBG stellte eine gute Vorbereitung für die Kodifikation der Inhaltskontrolle von AGB dar. Sie ist eines der besten Beispiele für Rechtsfortbildung. Hinsichtlich der rasanten Verdrängung des dispositiven Rechts durch die Verbreitung von AGB bildet die richterliche Rechtsfortbildung eine Brücke dazu, die beiden in Widerspruch stehenden Rechtswerte, nämlich Rechtssicherheit und

¹⁸⁸ Vgl. C.-W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983

¹⁸⁹ So Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 24 IV, S. 329

¹⁹⁰ Vgl. H.P. Schneider, Richterrecht, Gesetzrecht und Verfassungsrecht, S. 11

¹⁹¹ R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 141

Rechtselastizität im Gesetz zu versöhnen, damit das Dilemma von Kodifikationserstarrung und Anpassung an die rasante Entwicklung der modernen Gesellschaft strukturell bewältigt werden kann.

Die Funktion dieser Rechtsfortbildung bestand auch nach dem Erlass des AGBG weiter, da die Rechtsprechung letztverbindlich über die Gültigkeit von AGB entscheidet. Die Richter nahmen mittels der Generalklausel, § 9 AGBG (nun § 307 BGB) ohne Verweisung auf § 242 BGB einzelne konkrete Inhaltskontrollen für von den gesetzlichen Verbotsklauseln nicht umfasste Vertragsbedingungen vor und es kam auf diese Weise zu einer ergänzenden Rechtsfortbildung. Die deutlichste Ausprägung dieser Rechtsfortbildung ist dadurch charakterisiert, dass Richter bei der Inhaltskontrolle als relativ klares Kriterium die „ unangemessene Benachteiligung “ herausgebildet haben. „ § 9 AGBG als Generalklausel ist als Auftrag des Gesetzgebers an die Gerichte zur Rechtsfortbildung des AGB-Rechts anzusehen. Die kontinuierliche Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH zu den Leasingverträgen verdient dabei Beachtung. Sie zeigt, dass spezialisierte Spruchkörper durchaus in der Lage sind, im Wege des Fallrechts gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen Schritt für Schritt feste Konturen zu geben sowohl für inhaltliche Angemessenheit als auch für die den Gerichten durch die Generalklausel des § 9 AGBG übertragenen Aufgabe der Gestaltung und Fortbildung des besonderen Schuldrechts. “¹⁹²

Dies führt zu Rechtseinheit und Rechtstransparenz. Außerdem fordert die neue Entwicklung wiederum eine Novellierung des AGB-Rechts. Dieser Austauschprozess zwischen Kodifikation und richterlicher Rechtsfortbildung bringt die ständige Kommunikation zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Ausdruck.

3. Überblick über die richterliche Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China

Angesichts der vereinzelten Rechtsvorschriften über die Inhaltskontrolle von Formulklauseln wenden Richter in China die Generalklauseln als Grundlage an. Das Gerechtigkeitsprinzip (§ 39 Abs. 1 CVG) und das Gebot von Treu und Glauben (§ 4 CVG) sind deswegen, wie in Deutschland, zu einem wirkungsvollen Abwehrmittel gegen den Missbrauch der Vertragsfreiheit geworden.

Aber aufgrund der falschen Vorstellung, dass Formulklauseln, welche von Staatsunternehmen ausgearbeitet sind und in Anwendung gebracht werden, mit Rechtsbestimmungen gleichgestellt sind, pflegen Richter in China, die unbilligen Formulklauseln als gesetzesähnliche Bestimmungen, z.B. als verwaltungsrechtliche Bestimmungen, zu behandeln. Nach § 12 CVPG besitzen Volkserichte keine Zuständigkeit für Klagen, welche von Bürgern, juristischen Personen oder anderen Organen gegen gültige Verwaltungsordnungen oder die von Verwaltungsorganen erlassenen Beschlüsse und Befehle eingereicht werden. Deswegen sind viele unbillige Formulklauseln in Gestalt von verwaltungsrechtlichen Bestimmungen einer richterlichen Inhaltskontrolle entzogen. Insofern stellt die rechtliche Natur von Formulklauseln eine Voraussetzung der richterlichen Inhaltskontrolle dar. Darüber hinaus spielt die immer noch existierende Abhängigkeit der chinesischen Richter von der Verwaltungsgewalt bei der richterlichen Inhaltskontrolle eine negative Rolle.

¹⁹² P. Ulmer, Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 10

4. Gerichtliche Inzidentkontrolle von AGB und Formulklauseln und deren Nachteile

Individuelle Interessen sowie die Persönlichkeitsentfaltung stellen den Ausgangspunkt des Privatrechts dar. Dementsprechend wird der Zivilprozess regelmäßig als dasjenige Verfahren begriffen, in dem allein private Rechte und damit subjektive Interessen verwirklicht werden.¹⁹³ Wie oben schon gezeigt, kommt dem Prozessrecht eine wichtige Bedeutung bei der Verwirklichung materieller Ansprüche zu. Konkrete gerichtliche Inzidentkontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China erfolgt nach den jeweiligen deutschen und chinesischen Zivilverfahren.

Nennenswert ist, dass Gesetzgebung und Verwaltung in China gegenwärtig nicht ausreichend den Anforderungen der Gesellschaft zu entsprechen vermögen. Deshalb wird die Möglichkeit der Fortbildung des Rechts durch Gerichtsverfahren hervorgehoben.¹⁹⁴

Die Inzidentkontrolle von AGB in Deutschland wirkt gewissermaßen auch auf die Verbandsklage. „Obsiegende Urteile in Individualprozessen bestellen nicht nur das Feld für die spätere Unterlassungsklage, indem sie mögliche Auswüchse der unbilligen AGB-Bestimmung mit der Macht des Präjudizes vermeiden; sie verringern zugleich auch die Gefahr, dass ein die Unterlassungsklage abweisendes Urteil als eine pauschale richterliche Billigung der betreffenden AGB-Klauseln missverstanden wird.“¹⁹⁵

Aber angesichts der dramatischen Verbreitung von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China liegen die der Inzidentkontrolle immanenten Nachteile auf der Hand:

Erstens beinhaltet die Inzidentkontrolle keine Präjudizialität für die nachfolgenden Klagen, in welchen inhaltlich gleiche missbräuchliche AGB in Deutschland oder Formulklauseln in China ebenfalls eingeklagt werden. Das zeigt sich insbesondere daran, dass die Rechtskraft eines Urteils aus einer niedrigeren Gerichtsinstanz die höhere Gerichtsinstanz nicht binden kann. Umgekehrt können die Urteile einer höheren Gerichtsinstanz die niedrigere Gerichtsinstanz insoweit binden, als die niedrigere Gerichtsinstanz nicht das Risiko eingehen will, die systematische, einheitliche Beurteilung des gleichen Sachverhalts zu sprengen. Aber es gilt die Ausnahme, dass einzelne Umstände eine Abweichung von der Vorentscheidung aus der höheren Gerichtsinstanz rechtfertigen können. Das heißt, Inzidentkontrolle birgt die Gefahr in sich, dass eine durch Inzidentkontrolle bereits als unwirksam verworfene AGB-Klausel oder Formulklausel von dem gleichen oder anderen Verwendern gegenüber anderen Vertragsparteien wieder einseitig vorgelegt und somit die Freihaltung von missbräuchlichen Klauseln vereitelt wird.

Zweitens wird entsprechend dem liberalistischen Modell des Zivilrechtsprozesses unterstellt, dass sich beide Parteien im laufenden Prozess aufgrund der Dispositionsmaxime auf der gleichen Ebene gegenüber stehen, damit die Gefahr vom „Sozialarzt“ oder „Sozialingenieur“¹⁹⁶ vermieden wird. Von konkreten Einzelheiten sowie intellektuellem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht wird unter diesem Gesichtspunkt abstrahiert. In Wirklichkeit sind Individuen im Individualprozess bezüglich der Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln in vielerlei Hinsicht deren Aufstellern bzw. Verwendern unterlegen.

¹⁹³ Vgl. Rosenberg/Schwarb/Gottwalt, Zivilprozessrecht, S. 2 ff. (Auf den Schutz überindividueller Interessen mittels der Verbandsklage wird im Folgenden näher eingegangen.)

¹⁹⁴ Gleicher Fall auch in Japan, vgl. H. Inoue, Der Zivilprozess – als gleichberechtigtes Dialogverfahren, ZJP 1985, S. 382

¹⁹⁵ J. Basedow, Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte, AcP 182, S. 338

¹⁹⁶ K. Thiere, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, S. 10 (Fn. 55)

Zeitliche, intellektuelle, sowie wirtschaftliche Belastungen zwingen Individuen zum Verzicht auf eine aussichtslose Klage bezüglich einer Inhaltskontrolle. Der Konflikt zwischen den verbreiteten missbräuchlichen, standardisierten Klauseln und der schwachen Inzidentkontrolle widerspricht dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle sowohl von AGB in Deutschland als auch von Formulklauseln in China. „Die vor oder außerhalb des Prozesses schon verlorene Autonomie der Parteien lässt sich nur dadurch wieder herstellen, dass unter Beachtung entsprechender Regeln ein rationaler Dialog geführt wird, wobei im Prozessverlauf ebenso wie – oder in diesem noch mehr als in jenem – im Urteilstenor die substantielle Gleichstellung der Parteien angestrebt wird.“¹⁹⁷ Durch die kollektive Klageform, nämlich die Verbandsklage in Deutschland und die Repräsentantenklage in China, wird das Ungleichgewicht zwischen dem Verwender und seinen Vertragspartnern relativiert, damit die richterliche Inhaltskontrolle effizient erfolgen kann.

Außerdem steht die Inzidentkontrolle mit der Rechtsnatur von AGB und Formulklauseln, welche durch die Vielzahl ihrer Verwendung funktionieren, nicht in Einklang.¹⁹⁸ Durch Individualprozess kann der Schutzzweck der Inhaltskontrolle von Anfang an strukturell nicht erreicht werden, weil dessen Funktion hauptsächlich dem Schutz individueller Interessen dient, auch wenn obsiegende Urteile daraus entsprechende Verbandsklagen mittelbar beeinflussen können. Aber Ordnungs- und Massenfunktion der Inhaltskontrolle, die sich aus der Rechtsnatur von AGB oder Formulklauseln ergibt, können nicht ausschließlich durch Inzidentkontrolle bewältigt werden.

Zu betonen ist, dass die Kriterien bei der Inzidentkontrolle von Verbraucherverträgen und Nichtverbraucherverträgen zu unterscheiden sind. Bei den ersteren sind konkrete Umstände nach § 310 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen. Dies erfolgt durch Umsetzung der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln. Aber prinzipiell ist eine Kontrolle von AGB nach Maßgabe der jeweiligen Branchensituation in Abstimmung mit den berechtigten Erwartungen des einschlägigen Kundenkreises¹⁹⁹ vorzunehmen.

Nach der Meinung von *E. Schmidt*²⁰⁰ lassen sich zwischen dem von vornherein auf Rechtssteuerung angelegten Massenkampf und dem eher generalisierungsfeindlichen Individualkampf gelegentlich auch in Mischform vorkommende Konflikttypen ausmachen. Der Massenkampf ist mehr oder minder einzelfallunabhängig und benötigt die normtatsächliche Ausleuchtung des fraglichen Steuerungssektors. Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich das Defizit der Inzidentkontrolle klar zum Ausdruck bringen.

¹⁹⁷ Vgl. H. Inoue, Der Zivilprozess – als gleichberechtigtes Dialogverfahren, ZJP 1985, S. 382

¹⁹⁸ s. Kapitel 2 II

¹⁹⁹ E. Schmidt, Grundlage und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, JuS, 1987, S. 934

²⁰⁰ E. Schmidt, Struktur- und Kompetenzanforderungen an einen zeitgemäßen Zivilprozess, KritV 1989, S. 321 ff.

II. Kodifikation der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland

1. Funktion der Kodifikation des AGBG²⁰¹

Der Gesetzgeber hat die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze in Bezug auf die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland kodifiziert sowie neue Regelungen geschaffen²⁰² und dadurch für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gesorgt. Das Kernstück des AGBG bilden die §§ 9 bis 11 AGBG (nun §§ 307 bis 309 BGB), darunter werden die Verbotskataloge der §§ 10 und 11 AGBG als die Konkretisierung der Generalklausel des § 9 AGBG betrachtet.²⁰³

Das Gesetz über die Inhaltskontrolle hat die uneinheitliche Situation der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB mindestens in dem Bereich beendet, in welchem das Gesetz schon ausdrücklich durch Aufzählung der konkreten Verbotsklauseln klare Bestimmungen für gesetzliche Inhaltskontrolle vorsieht.

Wesentlich ist, dass die §§ 10 und 11 AGBG (nun §§ 308 und 309 BGB jedoch mit inhaltlichen Änderungen) theoretisch zwar eine Konkretisierung der Generalklausel des § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB) darstellen, aber bei der Anwendung Vorrang vor der Norm des § 9 AGBG haben. Das heißt, bei der Anwendung muss der Richter zunächst punktuell überprüfen, ob die Verbotsklauseln der §§ 10 und 11 AGBG direkt Anwendung finden können. Diese Prüfungsreihenfolge ist zwingend. Nur anhand einer solchen Prüfung kann der Richter feststellen, ob im Gesetz für den zu beurteilenden Fall eine Lücke besteht. Danach kann er den als Auffangklausel vorgesehenen § 9 AGBG anwenden, mit dem die weitere Rechtsfortbildung ermöglicht wird.

2. Einfügung des AGB-Rechts in das BGB nach der Schuldrechtsmodernisierung

Der Übersicht, Systematik und Vereinfachung von Kodifizierungen ist es nachteilig, wenn einer der wichtigsten Bestandteile davon durch ein unabhängiges Nebengesetz geregelt ist. Wie oben dargelegt, stellt das AGB-Recht seit ein paar Jahrzehnten die wichtigste Ausprägung von Vertragsrecht dar. Aber das unabhängige AGBG neben dem BGB droht notwendigerweise dessen zentrale Stellung im Privatrecht zu untergraben. Daraus resultiert in der Rechtsordnung ein erheblicher Ordnungs- und Transparenzverlust. Die im AGBG geregelten Fragen, wie weit die grundsätzliche Nachgiebigkeit des Schuldrechts reicht und wann Abweichungen hiervon unzulässig sind, sind unmittelbar mit den Regelungen des BGB verknüpft und überlagern und ergänzen diese. Die enge Verknüpfung ist indessen durch die Kodifikation in zwei unterschiedlichen Gesetzen nicht erkennbar. Zudem entsteht so eine Zweiteilung der in der Sache einheitlichen Regelungsgrundsätze, Begrifflichkeiten und Wertungsmaßstäbe, was angesichts der engen Verschränkung der Materien des BGB und des AGBG nicht richtig sein kann.²⁰⁴

²⁰¹ Über die Entstehungsgeschichte der Kodifikation des AGBG bitte siehe Entwurf eines AGBG, BMI, 1976, S. 26 f.

²⁰² „Von ‚kodifiziertem Richterrecht‘ zu sprechen, ginge indes zu weit, fanden sich doch im AGB-Recht neben einigen Neuerungen ohne bisheriges Vorbild auch bewusste Korrekturen der damaligen Entscheidungspraxis der Gerichte.“ Vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinken, Einleitung AGBG, Rdnr. 2

²⁰³ Vgl. H. Heinrichs, Maßstäbe und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle, in: Zehn Jahre, S. 23 f.

²⁰⁴ Drucksache 14/6040, S. 92

Das deutsche Bundesministerium der Justiz hat schließlich die große Lösung zur Umsetzung der drei EU-RiLin und die „*en-bloc*“ Lösung für die Einfügung des ABGB ins BGB gewählt, obwohl es über beide Lösungsalternativen, nämlich die „*en-bloc*“ und die „systematische Lösung“ eine heftige Auseinandersetzung gegeben hatte.²⁰⁵ Die Stelle der Einfügung des ABGB wurde ebenfalls kritisiert.²⁰⁶

Nunmehr hat der deutsche Gesetzgeber den Titel für die §§ 305 ff. BGB geändert. Er heißt jetzt: „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“. Obwohl das aufgehobene ABGB „*en-bloc*“ ins BGB eingefügt wurde, ergeben sich daraus weitere Veränderungen, auf welche später noch eingegangen wird.²⁰⁷

III. Vertragsgesetzgebung in China

1. Die erste Periode von 1949 bis 1978

Nach Gründung der Volksrepublik China hat die kommunistische Partei Chinas (KPCh) das systematische Rechtssystem der Republik China völlig abgeschafft (*Feichu liufa quanshu*: Abschaffung der sechs Gesetze, nämlich Verfassung, Bürgerliches Gesetzbuch, Strafgesetzbuch, Verwaltungsrecht, Zivilprozessgesetz, Strafprozessgesetz), während es in Taiwan nach 1949 intakt blieb. Aus politischen und wirtschaftlichen Gründen, vor allem unter dem Einfluss der Auffassung *Lenins* über die Warenwirtschaft und das Zivilrecht, sind viele grundlegende Gesetze wie das CBGB und CZPG aus dem Rechtsleben verschwunden. Anschließend begann die sog. „Kulturrevolution“, die 10 Jahre dauerte. An eine regelmäßige Gesetzgebung durch den NVK war in dieser Zeit nicht zu denken.

Während einer kurzen Liberalisierungsphase von 1962 bis 1965 beschloss die Zentralregierung, dass zwischen Staat und Kommunen bzw. unter den unterschiedlichen Kommunen das Vertragssystem zur Anwendung kommen sollte. In dieser Zeit spielten Verträge in gewissem Umfang eine Rolle. In diesen drei Jahren erfuhr die wirtschaftliche Entwicklung einen deutlichen Aufschwung. Das zeigt deutlich, dass Verträge für eine Wirtschaft, gleichgültig ob „sozialistisch“ oder „kapitalistisch“ organisiert, unentbehrlich sind. Mit den Reformen seit 1979 hat China wieder auf den Weg zurückgefunden, den es vor 20 Jahren schon beschritten hatte.

2. Die zweite Periode von 1979 bis 1999

Seit dem Beginn der Politik von Öffnung und Reform in China im Jahre 1979 hat sich ein unsystematisches Vertragsrecht entwickelt, welches aus Vertragsgesetzen, Ansichten des COVG und verwaltungsrechtlichen Vertragsverordnungen besteht. Die jeweiligen Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse sind in der Vergangenheit in einer Vielzahl von Rundschreiben, Bekanntmachungen und in Zeitungen veröffentlicht worden.²⁰⁸ Diese Situation steht einer rechtlichen Transparenz entgegen.

²⁰⁵ Vgl. P. Ulm, Das AGB-Gesetz – künftig Teil des BGB? BB 2001, Heft 1.4. die erste Seite; ders.: JZ 2001, S. 491 ff.

²⁰⁶ Z.B. Wolf/Pfeiffer haben darauf hingewiesen, dass die Einordnung des ABGB in den Allgemeinen Teil des BGB systematisch sinnvoller gewesen wäre. Vgl. ders. ZRP, 2001, S. 303 ff.

²⁰⁷ Vgl. v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, S. 12 ff.

²⁰⁸ Vgl. Hilf/Göttsche, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 3/2003, S. 164

Folgende drei Vertragsgesetze dieser Periode sind nennenswert:

- Wirtschaftsvertragsgesetz (CWVG) vom 13. 12. 1981, geändert am 2. 9. 1993 (inzwischen aufgehoben)
- Technologievertragsgesetz (CTVG) vom 23. 6. 1985 (inzwischen aufgehoben)
- Außenwirtschaftsvertragsgesetz (CAWG) vom 21. 3. 1985 (inzwischen aufgehoben)

Darüber hinaus enthalten die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (CAGZ, vom 1. April. 1986) viele Bestimmungen über Verträge. Weil es auch gegenwärtig in China noch kein Zivilgesetzbuch gibt, spielt dieses Gesetz eine ähnliche Rolle wie das BGB in Deutschland, kann aber hinsichtlich der vielen vagen Formulierungen nicht mit dem BGB gleichgestellt werden.

Anzumerken bleibt auch, dass das CSHG (vom 1. Juli 1993) zahlreiche Bestimmungen über den Seetransport von Waren und Touristen sowie diesbezügliche Charter- und Versicherungsverträge enthält. Das CURhG (vom 1. Juni 1990) enthält zahlreiche Bestimmungen hinsichtlich Lizenzverträgen über Urheberrechte. Die Eisenbahnbeförderungsvorschriften sehen viele Bestimmungen über Eisenbahntransportverträge vor, und im „Chinesischen Joint-Venture- und Kooperationsgesetz“ findet man zahlreiche Vorschriften zu Joint-Venture- und Kooperationsverträgen. Zu bemerken ist auch, dass die Kaufvertragsvorschriften für industrielle und mineralische Produkte, die Werkvertrags-, die Sachenversicherungsvertrags-, und die Darlehensvertragsvorschriften sowie zahlreiche einzelne Ausführungsbestimmungen eine wichtige Rolle spielten.

Neben den oben erwähnten vier Hauptquellen des Vertragsrechts darf nicht übersehen werden, dass Verträge als das wichtigste Mittel in der Marktwirtschaft mit vielen anderen rechtlichen Instituten in Zusammenhang stehen. Deshalb sind die einschlägigen Gesetze oder Verordnungen wie z.B. das Verbraucherschutzgesetz (vom 1. Januar 1994), das Produktqualitätsgesetz (vom 1. September 1993) und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (vom 1. Dezember 1993) ebenfalls zu berücksichtigen.

Das Vertragsrecht in China war bis zum Inkrafttreten des neuen einheitlichen chinesischen Vertragsgesetzes (CVG) sehr unsystematisch kodifiziert. Dies zeigte sich vor allem an der Zergliederung in unabhängige Vertragsgesetze und diesbezügliche Ausführungsbestimmungen, die wiederum zueinander in Widerspruch standen. Diese Zergliederungssituation führte zu vielen unlösbaren Problemen:

1. Die Probleme bezogen sich auf Vertragsinhalt, Vertragstyp und Vertragsrechtsprinzipien.²⁰⁹ Den drei nebeneinander ganz selbständigen Vertragsgesetzen (CWVG, CTVG und CAWG) lagen uneinheitliche Vertragsprinzipien zugrunde. So lauten die Vertragsprinzipien des CVVG: „*Gleichberechtigung und gegenseitiger Vorteil, Übereinstimmung durch Konsultation, Äquivalenz und Entgelt*“, die des CTVG „*Freiwilligkeit und Gleichberechtigung, gegenseitiger Vorteil und Entgelt, Treu und Glauben*“, im CAWG „*Gleichberechtigung und gegenseitiger Vorteil, Übereinstimmung durch Konsultation*“. Diese Vertragsprinzipien unterscheiden sich nicht nur bezüglich ihres Wortlautes, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht. Außerdem ist Gegenstand dieser drei Vertragsgesetze nur der sog. wirtschaftliche Vertrag

²⁰⁹ Vgl. R. Knieper, Wirtschaftsrechtsreform in der Volksrepublik China, An-Prax, 1998, S. 274-275 (Probleme einer anstehenden Schuldrechtsreform)

zwischen juristischen Personen oder Unternehmen. Aus dieser, von der Planwirtschaft geprägten Vertragsgesetzgebung ergaben sich Fragen wie die folgenden: Wie ist ein wirtschaftlicher Vertrag zu definieren und wie kann man mit nicht-wirtschaftlichen Verträgen umgehen? Umfasst der nicht-wirtschaftliche Vertrag auch den Verbrauchsgüterkauf im Sinne der §§ 474 ff. BGB (n.F.)? In der Tat resultierten aus der unübersichtlichen und teils chaotischen Rechtslage viele Konflikte.

2. Ohne einen gemeinsamen allgemeinen Teil überlappen sich viele der Bestimmungen in den drei Vertragsgesetzen, was den Kodifikationswerten wie Vereinfachung, Übersichtlichkeit und Systematik deutlich widerspricht. Einheitliche allgemeine Vorschriften im Allgemeinen Teil würden viele unnötige Wiederholungen vermeiden.
3. Der Begriff vom „wirtschaftlichen Vertrag“ ist auf die Vertragstheorie in der ehemaligen Sowjetunion zurückzuführen. Dieser Begriff hängt mit der Planwirtschaft zusammen. Der sog. „wirtschaftliche Vertrag“ wurde durch staatlichen Plan, aber nicht durch freien Wettbewerb in einer Marktwirtschaft durchgeführt. Nach Vollziehung der Politik von Reform und Öffnung hat dieser Begriff im Zuge des Aufbaus einer „sozialistischen Marktwirtschaft“ seine Bedeutung fast völlig verloren.

3. Die dritte Periode von 1999 bis zur Gegenwart

Seit 1993 hat der NVK gerade hinsichtlich dieser unbefriedigenden Situation in Zusammenarbeit mit Professoren und Richtern (leider kaum Rechtsanwälte) beschlossen, ein neues einheitliches Vertragsgesetz, anstatt der früheren drei unabhängig nebeneinander stehenden, auszuarbeiten. Nach 6 jähriger mühsamer Arbeit wurde dieses neue Vertragsgesetz am 15. 03. 1999 erlassen und trat am 1. 10. 1999 in Kraft.²¹⁰ Gleichzeitig wurden die drei früheren bereichsspezifischen Vertragsgesetze abgeschafft (§ 428 CVG).

„Nach dem Beitritt zur WTO hat sich China dazu verpflichtet, in Hinblick auf die Bereiche Handel, Dienstleistungen, TRIPS und Devisenkontrolle nur solche rechtlichen Maßnahmen durchzusetzen, die zuvor veröffentlicht und den übrigen WTO-Mitgliedern, Privatpersonen und Unternehmen zugänglich gemacht worden sind. Darüber hinaus verpflichtet sich die VR China, in den anderen welthandelsrechtlich relevanten Bereichen nur noch solche Gesetze und Verordnungen durchzusetzen, die zuvor veröffentlicht bzw. allgemein zugänglich gemacht worden sind.“²¹¹ Insofern bedeutet die systematische Modernisierung des chinesischen Vertragsrechts auch eine Umsetzung dieser Transparenzpflicht.

²¹⁰ „Im August 1998 wurde der Entwurf in den 4. – 7. Tagungen des ständigen Ausschusses des neunten Volkskongresses viermal diskutiert und überprüft. Zwischendurch wurde er publiziert, um die verschiedenen Meinungen in der Öffentlichkeit dazu einzuholen. Zu dieser Zeit war es für die VR China ganz neu, während der Entstehung eines Gesetzes schon den vorläufigen Entwurf in der Öffentlichkeit zur Diskussion zu stellen.“ Vgl. Yingxia, Su, Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem chinesischen Vertragsgesetz, ZVglRWiss, 2003, S. 101ff. (S. 107 f.)

²¹¹ Hilf/Göttsche, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 3/2003, S. 164

IV. Grundzüge des neuen einheitlichen Vertragsgesetzes (CVG)

1. Modernisierung

Mit der Einführung der „sozialistischen Marktwirtschaft chinesischer Prägung“ und der Entwicklung von bi- und multilateralen internationalen wirtschaftlichen Beziehungen ist vieles daran gesetzt worden, ein auf diese neue Wirtschaftsbasis bezogenes, modernes Vertragsgesetz auszuarbeiten. Das neue Vertragsgesetz bezweckt gerade die Erfüllung dieser Anforderungen. Was die Modernisierung dieses Gesetzes betrifft, so sind folgende Punkte bedeutsam:

- a. Die Gesetzesgliederung hat sich im Vergleich zu der früherer chinesischer Gesetze deutlich verbessert: Ein Allgemeiner Teil, der aus 8 Abschnitten besteht, befindet sich vor einem 15 Abschnitte umfassenden Besonderen Teil und einer Ergänzungsbestimmung. Diese Gesetzgebungstechnik folgt dem System der Pandekten. Mit der Ausformung von Allgemeinbegriffen geht die Ausarbeitung „allgemeiner Vorschriften“ einher: Vorschriften, die für mehrere Regelungsbereiche gelten sollen, werden „vor die Klammer gezogen“.²¹² Diese Gesetzesgliederung kann einen Beitrag zu gesetzlicher Transparenz und Übersichtlichkeit leisten.
- b. Viele rechtswissenschaftliche „Entdeckungen und Erfindungen“ wie die „*culpa in contrahendo*“ (§ 42 CVG), nachvertragliche Pflichten (§ 92 CVG), der Eigentumsvorbehalt (§ 129 CVG), die vorweggenommene Leistungsstörung (*anticipatory breach of contract*) (§ 94 Abs. 2 CVG) und der Kontrahierungszwang (§ 289 CVG) finden ebenfalls Eingang in dieses neue Vertragsgesetz.
- c. Einige der neuesten Entwicklungen im Wirtschaftsverkehr werden durch diese neuen Bestimmungen umfasst. So gelten z.B. beim elektronischen Schriftverkehr Telegramme, Fernschreiben, Faxe, ausgetauschte elektronische Daten und E-mails als Schriftform (§ 11 CVG). Abschnitt 14 enthält außerdem Bestimmungen über Finanzleasing.

2. Materialisierung

Mit Betonung des Prinzips der „Vertragsfreiheit“ (§ 4 CVG) auf der einen Seite und des Gebotes von Vertragsgerechtigkeit sowie Treu und Glauben (§§ 5 und 6 CVG) auf der anderen Seite erstrebt das neue Vertragsgesetz Zielsetzungen, zwischen denen folgerichtig ein Spannungsverhältnis bestehen muss. Auffällig ist dabei die strikte Durchführung des Gebotes von Treu und Glauben. So sind bei Vertragsabschluss die Parteien verpflichtet, nach dem Gebot von Treu und Glauben den Vertrag anzubahnen und zu verhandeln. Bei Böswilligkeit oder vorsätzlicher unwahrer Information (§§ 42, 43 CVG) wird aus *c.i.c.* gehaftet. Während der Vertragserfüllung müssen die beiden Vertragsparteien zusammenarbeiten und aufeinander Rücksicht nehmen (§ 60 Abs. 2 CVG). Nach der Vertragserfüllung sind die Vertragsparteien weiterhin verpflichtet, nachvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten einzuhalten (§ 92 CVG).

²¹² Zur Frage des Allgemeinen Teils vgl. F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 486 ff.

Kontrahierungszwang als eine Korrektur der formellen Vertragsfreiheit wird auch im CVG anerkannt; so dürfen nach § 289 CVG die mit dem öffentlichen Transport befassten Transporteure ein übliches und angemessenes Transportverlangen von Passagieren oder Versendern nicht ablehnen.

Am deutlichsten wird die Inhaltskontrolle bei Formulklauseln (§§ 39, 40, 41, 52, 53 CVG), welche den Gegenstand dieser Dissertation bildet und auf die in den folgenden Kapiteln näher eingegangen wird.

3. Defizite

Trotz der Modernisierung und Materialisierung des CVG kann man darin noch deutliche Überreste der Planwirtschaft finden. Dies ist auf den Widerstand der vielfältigen politischen Kräfte, in erster Linie der partikulären Interessen der Regierungsorgane, zurückzuführen. Nennenswert sind in diesem Zusammenhang folgende Bestimmungen:

- Bestimmungen über Technologieverträge sind im Abschnitt 18. CVG enthalten, der fast alle früheren Bestimmungen des bereits abgeschaffenen CTVG aufgrund der beharrlich verfolgten Interessen des Ministerium für Technologie ohne Veränderung *en-bloc* übernommen hat. Dies ist mit der gesetzgeberischen Herausbildung von Vertragstypen nicht zu vereinbaren, da es sich bei Technologieverträgen nicht um juristisch abstrakte Vertragstypen handelt, sondern um einen Vertragstyp, der sich auf einen konkreten Gegenstand bezieht.
- Nach § 38 CVG müssen zwischen den betreffenden juristischen Personen und anderen Organisationen entsprechend den in den einschlägigen gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen festgelegten Rechten und Pflichten Verträge geschlossen werden, wenn der Staat aufgrund von Erfordernissen imperative Pflichten oder staatliche Warenbestellpflichten zuweist. Diese Bestimmung hat ihre Wurzel im § 11 CWVG.
- Das in § 7 CVG formulierte Prinzip, dass Vertragsparteien die sozioökonomische Ordnung nicht stören dürfen, bringt die planwirtschaftliche Prägung ebenfalls deutlich zum Ausdruck.
- Nach § 127 Satz 1 CVG sind die Verwaltungsbehörden für Industrie und Handel und andere Fachbehörden innerhalb ihrer Zuständigkeitsbereiche gemäß den Bestimmungen der Gesetze und Verwaltungsverordnungen für die Überwachung und Regelung von Verträgen verantwortlich, die die staatlichen oder gesellschaftlichen öffentlichen Interessen rechtswidrig gefährden. Mit dieser Bestimmung besteht die Möglichkeit, dass Verwaltungsgewalt in privatautonome Verträge missbräuchlich eingreifen kann.

Unbefriedigend ist auch, dass für grundlegende Vertragstypen wie Dienst-, Reise-, Tausch- und Leihverträge sowie Factoringverträge im CVG keine entsprechenden Bestimmungen existieren, auch wenn die Bestimmungen für andere Vertragstypen nach § 124 CVG darauf analog anwendbar sind.

Darüber hinaus sind Versorgungsverträge von Elektrizität, Wasser, Gas oder Wärme parallel mit anderen Vertragstypen geregelt, sollten aber, wie oben dargelegt, wegen ihrer Daseinsvorsorgeeigenschaft für alle Bürger durch Vertragsverordnungen mit zwingendem Charakter geregelt werden.

Zwischen dem CVG und dem CVerbSG bestehen nach wie vor Abgrenzungsprobleme. Darauf wird im Folgenden näher eingegangen.

Zusammenfassend gesehen ist das CVG als neues einheitliches Vertragsgesetz trotz der zahlreichen Defizite als ein relativ modernes Gesetz in der chinesischen Gesetzgebungsentwicklung anzusehen. In Hinblick darauf, dass dieses Vertragsgesetz ein wichtiger Teil des zukünftigen CBGB sein wird, und damit den Hauptteil des Schuldrechts ausmachen wird, ist festzustellen, dass damit für das CBGB bereits ein wichtiger Grundstein gelegt wurde.

V. Kodifikation der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China

Wie bereits dargelegt, stand die Verbreitung von Formulklauseln in China ursprünglich nicht mit dem Prinzip von Vertragsfreiheit in Zusammenhang, sondern mit den Staatsmonopolen und der Planwirtschaft. Zu bemerken ist, dass Verwender von Formulklauseln aller Wirtschaftsbereiche aufgrund der jetzigen formellen Vertragsfreiheit versuchen, das Vertragsfreiheitsprinzip, welches nun im CVG als grundlegendes Prinzip anerkannt ist (§ 4 CVG), zu missbrauchen, um unbillige Klauseln durchzusetzen.

1. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im CVG

Das Prinzip der Vertragsfreiheit wurde nach Gründung der VR China längere Zeit sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Vertragspraxis außer Acht gelassen. Dies, obwohl schon das CWVG vorsah, dass Vertragsparteien während des Vertragsschlusses die Prinzipien von Freiwilligkeit, Gleichberechtigung und bilateraler Zuwendung einhalten müssen. Aber unter dem starken Einfluss der Planwirtschaft und durch staatliche Eingriffe stellte das CAVG in vielerlei Hinsicht noch zwingende Anforderungen an Vertragabschluss, -erfüllung, -änderung und Rücktritt. In der Tat formuliert das CWVG das Prinzip der Vertragsfreiheit sehr eng, wobei das Gewicht überwiegend auf staatliche Planung gelegt wird. Demzufolge haben viele Lehrbücher über Vertragsrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit noch nicht als grundlegend anerkannt.²¹³

Nach dem Aufbau der „sozialistischen Marktwirtschaft“ wurde das CWVG im Jahre 1993 einer umfangreichen Reform unterzogen. Einer der Schwerpunkte war die Ausdehnung der Vertragsfreiheit zugunsten der Vertragsparteien und die Beschränkung der Anwendung von Staatsplänen sowie staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft.

Während der Ausarbeitung des CVG wurde das Prinzip der Vertragsfreiheit als das grundlegendste betrachtet. „Das Gesetz muss die Privatautonomie (*dangshiren yisi zizhi*) ausreichend beachten. Durch Beschränkungen wegen Verstoßes gegen Gesetz und die guten Sitten wird die Vertragsfreiheit der Vertragsbeteiligten geschützt und damit sind sie dem Eingriff von Verwaltungsorganen sowie anderen Organen entzogen. Ohne wichtige rechtfertigende Gründe darf die Vertragsfreiheit zugunsten von Vertragsbeteiligten nicht beschränkt werden.“²¹⁴

²¹³ Vgl. Huiyang Su (Hrsg), Vertragsrecht in der gegenwärtigen China (Zhongguo Dangdai Hetongfa), S. 34

²¹⁴ Vgl. Huixing Lian, Ausarbeitung des chinesischen Vertragsgesetzes, in ders. (Hrsg): Civil and Commercial Law Review (Minshangfa Luncong), Band 9, 1996

Das Prinzip der Vertragsfreiheit findet seinen Ausdruck schließlich in § 4 CVG. Dies soll im Folgenden erklärt werden²¹⁵:

Einmal haben Privatvereinbarungen Vorrang vor dispositivem Recht. Dieser Punkt findet deutlich seinen Ausdruck in der Formulierung vieler Normen: „ es sei denn, dass keine Privatvereinbarungen bestehen. “ Die Zielsetzung des CVG wird auch dadurch betont, dass die Bestimmungen darin nicht die Privatvereinbarungen ersetzen wollen, sondern lediglich einen Maßstab setzen, welcher Anwendung finden kann, wenn keine Privatvereinbarungen getroffen sind.

Weiterhin genießen Vertragsparteien nicht nur die Freiheit des Vertragsabschlusses, sondern können auch selbst darüber entschieden, welche Vertragsform (§ 10 CVG), welcher Inhalt (§ 77 CVG), und sogar welche Haftungsform (§ 107 CVG) gewählt wird.

Sehr wichtig ist, dass der Gesetzgeber schon während der Ausarbeitung des CVG zur Kenntnis genommen hat, dass Vertragsfreiheit mehr relativ als absolut sein sollte. Einer der an dem Gesetzgebungsprozess des CVG Beteiligten wies zu Recht darauf hin: „ Sozialgerechtigkeit gibt es in zwei Varianten, formelle und materielle Gerechtigkeit. Im Sinne des neuen Zivilrechts bedeutet Sozialgerechtigkeit mehr eine materielle, nicht aber formelle Freiheit. “²¹⁶ Nach § 4 CVG steht es den Vertragsparteien zu, im Rahmen der Gesetze freiwillig Vertragsinhalte zu vereinbaren. Das heißt, nur im Rahmen der Gesetze können die Vertragsparteien Vertragsfreiheit genießen. Darüber hinaus unterliegt das Prinzip von Vertragsfreiheit vielen Beschränkungen. Dafür spielt das Prinzip der Vertragsgerechtigkeit, welches sich gerade wegen der Beseitigung der negativen Folgen des Prinzips der (formellen) Vertragsfreiheit herausgebildet hat, eine entscheidende Rolle.

Im Einzelnen findet das Prinzip der Vertragsgerechtigkeit seinen Ausdruck darin, z.B. dass das Gebot von Treu und Glauben den Richtern unter Umständen billiges Ermessen erlaubt, Kontrahierungszwang seine Anwendung bei besonderen Vertragstypen in Bezug auf das Gemeinwohl findet und Formularklauseln einer strengen Inhaltskontrolle unterworfen werden. Das letztere stellt den Gegenstand der hier vorgelegten Arbeit dar.

2. Überblick über die Geschichte der Rechtssetzung im Bereich der Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China

Von Anfang an gehörte die Inhaltskontrolle von Formularklauseln zu einer der wichtigsten Aufgaben, die den Gesetzgebern des CVG oblag. Im Referententwurf des CVG gab es insgesamt 4 Paragraphen über die Inhaltskontrolle von Formularklauseln, nämlich²¹⁷:

§ 55 RefG²¹⁸ „ *Vertragsklauseln, die für eine Vielzahl von Verträgen mit zahlreichen unbestimmten Parteien von einer Vertragspartei vorformuliert sind, sind Standardklauseln.* “

²¹⁵ Vgl. Liming Wang, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 155 ff.

²¹⁶ Huixing Lian, Vom neuen zum gegenwärtigen Zivilrecht; in ders.: Forschung über zivilrechtliche Rechtsprechung und Gesetzgebung, Band 2, 1999, S. 171

²¹⁷ Die folgenden vier Vorschriften wurden nach einem Aufsatz von Prof. Huixing Lian ins deutsche übersetzt. Dieser ist einer der wichtigsten Beteiligten bei der Abfassung dieses Gesetzes. Vgl. Huixing Liang, Auseinandersetzungspunkte beim Verfassen des einheitlichen chinesischen Vertragsgesetzes, Über den dritten Entwurf des einheitlichen chinesischen Vertragsgesetzes; in ders.: Forschung über zivilrechtliche Rechtsprechung und Gesetzgebung, Band 2, 1999, S. 130 f

§ 56 RefG „ Wenn Verträge durch Standardklauseln abgeschlossen werden, muss der Verwender dieses Standardvertrags die andere Seite auf diese Klauseln explizit aufmerksam machen, damit sie in vernünftiger Art und Weise den Inhalt dieser Standardklauseln zur Kenntnis nehmen kann. “

§ 57 Abs. 1. RefG „ Standardklauseln, welche die Vertragsparteien des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, sind unwirksam. “ Abs.2 „ Eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung ist zu vermuten, wenn Standardklauseln (1) mit gesetzlichen Grundsätzen nicht vereinbar sind, oder zwingende gesetzliche Vorschriften umgehen und (2) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so ausschließen und einschränken, dass der Vertragszweck nicht erreicht werden kann. “

§ 58 Abs.1. RefG „ Standardklauseln sind nach der Kenntnis von durchschnittlichen Vertragsparteien auszulegen. “ Abs. 2. „ Wenn es für die Auslegung der Standardklauseln zwei oder mehr als zwei Möglichkeiten gibt, dann gehen Zweifel zu Lasten des Verwenders. “

Nicht zufällig stimmen diese vier Rechtsvorschriften im Referententwurf mit den Bestimmungen in §§ 1. Abs. 1, 2. 9 und 5 ABGB (aufgehoben) im Groben und Ganzen überein. Daraus kann geschlossen werden, dass das ABGB bei der Ausarbeitung dieses Entwurfs im Bereich der Inhaltskontrolle von Formulklauseln einen gewissen Einfluss ausgeübt hat.

Im dritten Entwurf des CVG war der Begriff der Standardklauseln abgeschafft worden. Außerdem wurden die Bestimmungen über Unwirksamkeit von Standardklauseln im RefG in die Bestimmungen über Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln (§ 28 dritter Entwurf) eingefügt. Nur eine Vorschrift über die Hinweispflicht des Verwenders und die Auslegungsregel blieb erhalten, nämlich, § 29 (dritter Entwurf): Abs.1 „ Werden Verträge durch Formulklauseln abgeschlossen, muss der Verwender in zumutbarer Weise die anderen Vertragsparteien auf die haftungsausschließenden Klauseln und die von ihm hauptsächlich zu tragenden Pflichten aufmerksam machen, und auf Wunsch der anderen Vertragspartei muss der Verwender diese Klauseln im Einzelnen erklären. Zweifel gehen bei der Auslegung von Formulklauseln zu Lasten des Verwenders. “ Abs.2 „ Dies gilt auch für Verträge, die mittels der vom Branchenverband, den zuständigen Behörden oder der Muttergesellschaft abgefassten Formulklauseln zustande gekommen sind. “

Hier ist der Abs. 2 eine sehr wichtige Bestimmung, mit dem der Gesetzgeber des CVG versuchte, chinesische Verwaltungsmonopole und tatsächliche Konditionenkartelle durch die Einbeziehungskontrolle zu überwinden. Bedauerlicherweise ist sie im vierten Entwurf des CVG gestrichen worden.

In § 23 Abs. 1 des vierten Entwurfs des CVG blieb noch die Regelung über die Hinweispflicht für haftungsausschließende und -beschränkende Formulklauseln erhalten. Darüber hinaus wurde in Abs. 2 eine neue Regel über den Vorrang der Individualabrede hinzugefügt, die mit dem § 305 b BGB gleichzustellen ist.

²¹⁸ Dieser Referententwurf ist auch ein Entwurf des CVG, der durch Wissenschaftler aus 12 Instituten oder Universitäten im Auftrag des Rechtsausschlusses des NVK zusammen vorgelegt worden war.

Im CVG gibt es nur 3 Vorschriften, welche unmittelbar die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln betreffen. In § 40 Satz 1 CVG sind drei konkrete Klauselverbote vorgeschrieben. In § 40 Satz 2 CVG wird für den Fall der Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln in Gestalt von Formular Klauseln direkt auf die §§ 52, 53 CVG verwiesen. Inhaltskontrolle (*neirong kongzhi*) als ein rechtlicher Begriff existiert im CVG nicht. Deswegen ist die Rechtslage bezüglich der Inhaltskontrolle von Formular Klauseln im CVG sehr unbefriedigend.

Während der Ausarbeitung des Entwurfs des CBGB²¹⁹ wurde die Novellierung des Formular Klausel-Rechts auf die Tagesordnung gesetzt. Im vorläufigen Entwurf war ein Buch ausschließlich über Verträge enthalten, das die Regelungen des CVG mit Änderungen übernahm. Die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln stellt davon einen wichtigen Bestandteil dar. Im Abschnitt 2 „*Vertragsschluss*“ gibt es jetzt insgesamt 8 Paragraphen über Formular Klauseln (§§ 27 bis 33). „*Inhaltskontrolle*“ als Begriff (*Neirong kongzhi*) tritt erstmals in § 30 auf. Im Vergleich zu den Vorschriften des CVG gibt es einige neue Bestimmungen. Im Folgenden die deutsche Fassung der neuen Paragraphen des von Rechtswissenschaftlern vorgelegten Entwurfs:

§ 27 [Formular Klauseln und Nichtformular Klauseln]

Formular Klauseln sind die Vertragsbestimmungen, die vom Verwender zum Zwecke des Vertragsschlusses mit einer unbestimmten Vielzahl von Vertragsparteien vorformuliert worden sind und bei Vertragsschluss nicht mit den Vertragspartnern in Einzelnen ausgehandelt werden.

Stimmen Formular Klauseln mit Nicht-Formular Klauseln nicht überein, gelten die Nicht-Formular Klauseln, es sei denn, dass sie das Interesse des Verbrauchers benachteiligen.

§ 28 [Einbeziehung von Formular Klauseln]

Sind Formular Klauseln nicht in der Vertragsurkunde oder Anlage der Vertragsurkunde beigefügt, soll der Verwender auf sie ausdrücklich hinweisen, sonst können die Vertragsparteien geltend machen, dass diese Formular Klauseln nicht Bestandteil des Vertrags sind.

Wenn wegen ihrer Schriftart, Ausdrucksform oder anderer ungewöhnlicher Umstände die Vertragsparteien den Inhalt der Formular Klauseln nicht zur Kenntnis nehmen, kaum begreifen oder verstehen, können sie geltend machen, dass diese Formular Klauseln nicht Bestandteil des Vertrags sind.

§ 29 [Auslegung von Formular Klauseln]

Formular Klauseln sind objektiv nach dem durchschnittlichen Verständnis auszulegen, abgesehen von den Besonderheiten des Verwenders. Besteht Zweifel an den Formular Klauseln zuungunsten von Vertragspartnern, so sind sie einschränkend auszulegen. Zweifel bei mehrdeutigen Auslegungen von unklaren Formular Klauseln gehen zu Lasten des Verwenders.

²¹⁹ Nach dem Plan der Kommission für die Ausarbeitung des CBGB sollte der Entwurf schrittweise vorgelegt werden. An diesem Entwurf, der im Mai 2002 vorgelegt wurde, waren vor allem Rechtswissenschaftler beteiligt, deswegen wurde er „Vorschlagsentwurf der Wissenschaftler“ genannt.

§ 30 [Inhaltskontrolle von Formular Klauseln]

Aufgrund der Natur des Vertrags, des Vertragszwecks, der Inhalte aller Vertragsbestimmungen, der Art der Vertragsbegründung, des Verhältnisses beider Interessen und der Verkehrsgewohnheiten sowie anderer Elemente, z.B., offener Außerachtlassung der Gebote von Treu und Glauben, können die Vertragsparteien die Formular Klauseln anfechten.

Die Staatsratsministerien bestimmen nach dieser Vorschrift die konkreten Fallgruppen von unbilligen Formular Klauseln.

§ 31 [Nicht einbezogene Formular Klauseln und Wirksamkeit des Vertrags]

Sind Formular Klauseln ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder angefochten, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam, wenn er ohne diesen Teil noch begründet werden kann, es sei denn, dass der im übrigen wirksame Vertrag für eine der Vertragsparteien offensichtlich nachteilig ist.

§ 32 [Kollision von Formular Klauseln]

Verwenden die beiden Vertragsparteien jeweilig ihre eigenen Formular Klauseln, und haben die Vertragsparteien bis auf diese Formular Klauseln die anderen Vertragsbestimmungen vereinbart, ist der Vertrag aufgrund der schon vereinbarten Vertragsbestimmungen sowie der inhaltlich übereinstimmenden Formular Klauseln abzuschließen. Es sei denn, dass eine der Vertragsparteien von vornherein oder nachträglich der anderen Vertragspartei mitteilt, dass sie sich nicht an diesen Vertrag bindet.

§ 33 [Unterlassungsklage und Zuständigkeit]

Verbraucherschutzorganisationen und Gewerkschaften, die gesetzlich gegründet sind, können im eigenen Namen gegen den Verwender eine Klage einleiten und geltend machen, dass die vom Verwender gebrauchten Formular Klauseln, die die Interessen von Verbrauchern und Arbeitnehmern benachteiligen, als unwirksam zu erklären sind und gegenüber den Verwendern Unterlassung dieser Formular Klauseln zu fordern ist.

Urteile, die Formular Klauseln als unwirksam erklären und ihre Unterlassung verkünden, gelten auch für die anderen Verwender, die die gleichen Formular Klauseln verwenden.

Das oberste Volksgericht der Provinz, in dem der Beklagte seinen Sitz hat, ist zuständig für Klagen im Sinne von Absatz 1.

3. Defizite und Mängel der Kodifikation der Inhaltskontrolle von Formular Klauseln in China

Viele chinesische Gesetzgeber und Juristen waren und sind mit der neuen Regelung über die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln im CVG unzufrieden. Trotzdem ist positiv hervorzuheben, dass die Inhaltskontrolle nach dem CVG sich nicht nur auf den Verbraucherschutz beschränkt, sondern auf alle zivilrechtlichen Verträge bezieht. Einige grundlegende Prinzipien wie der Vorrang der Individualabrede und die Unklarheitenregel bei Auslegung von Formular Klauseln wurden aufgrund rechtsvergleichender Forschung

übernommen. Dadurch könnte sich die Tür für eine mutige und offene gerichtliche Inhaltskontrolle bald öffnen. Mittels dieses gesetzlichen Grundgedankens könnten Richter zur Schaffung von Vertragsgerechtigkeit beitragen.²²⁰ Nennenswert ist auch, dass der Begriff der Formarklausel anstelle von Standardvertrag im CVG festgeschrieben ist. Dies ist völlig zutreffend, da zwischen Formarklausel und Standardvertrag zu unterscheiden ist. In der Tat bilden Formarklauseln den unmittelbaren Gegenstand der Inhaltskontrolle, wobei sie einen Teil oder das Ganze eines Standardvertrags darstellen können. Es ist denkbar, dass nur eine oder einige Klauseln eines Gesamtstandardvertrags die Voraussetzung des Formarklauseln-Begriffs erfüllen, während die Reste durch Privatvereinbarungen zustande gekommen sind. Der Unterschied zwischen Standardvertrag und Mustervertrag liegt darin, dass Standardverträge gewöhnlich vom Verwender gestellt werden, wohingegen Musterverträge von staatlichen Überwachungsorganisationen zum Zweck der Verhinderung von unbilligen Formarklauseln in Standardverträgen ausgearbeitet sind. Aber beide sind der Inhaltskontrolle unterworfen.

Trotzdem genügen die wenigen Regeln der Inhaltskontrolle von Formarklauseln noch nicht. Angesichts dessen, dass die Inhaltskontrolle als eines der wichtigsten Institute des modernen Vertragsrechts insgesamt nur durch 5 Paragraphen im Vertragsgesetz geregelt ist, ist festzuhalten, dass das CVG nicht so modern sein kann wie viele chinesische Juristen es behaupten. Nicht zu übersehen ist, dass Formarklauseln in China bereits eine wichtige Rolle spielen und im gesamten Wirtschaftsverkehr an die Stelle der durch freie Aushandlung zustande gekommenen Austauschverträge treten. Übertriebene Würdigung der gesetzlichen Anerkennung von Vertragsfreiheit würde dazu führen, dass es zu einer Aushöhlung der Vertragsfreiheit durch die Verbreitung von Formarklauseln käme. Den Materialien der Gesetzgebung des CVG ist zu entnehmen, dass die wissenschaftliche Erforschung der Inhaltskontrolle noch nicht ausreichend ist. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Die Frage nach der Inhaltskontrolle von Formarklauseln beschränkt sich fast ausschließlich auf Freizeichnungsklauseln.²²¹ Die Inhaltskontrolle von Freizeichnungsklauseln stellt jedoch nur einen Bruchteil der Inhaltskontrolle von Formarklauseln dar. Darüber hinaus wird der Dichotomie zwischen Verbraucher- und Nichtverbraucherverträgen sowohl von der Gesetzgebung wie auch von der juristischen Lehre nach wie vor keine ausreichende Aufmerksamkeit geschenkt. Dies senkt das Niveau des Verbraucherschutzes. Die Kriterien der Inhaltskontrolle von Formarklauseln in Verbraucherverträgen sollten strenger sein als die in Nichtverbraucherverträgen. So erstreckt sich, z.B. nach § 310 Abs. 3 BGB, der Schutz vor missbräuchlichen AGB bei Verbraucherverträgen auch auf Dritt- und einzelne Vertragsklauseln. Außerdem geht es in Handelsverträgen um die gegenseitige Verweisung auf jeweilige Formarklauseln durch den Offerenten und den Akzeptanten. Solche Fragen hat das CVG leider nicht beantwortet.²²² Auf die einzelnen Gesetzgebungsmängel wird in den folgenden Kapiteln näher eingegangen.

²²⁰ „Inhaltskontrolle“ als Begriff ist im CVG nicht enthalten. Aus den neuen Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formarklauseln im Vorschlagsentwurf des CBGB ist leicht herauszufinden, dass in diesem Bereich bereits große Fortschritte gemacht wurden. Auffällig hierbei ist, dass „Inhaltskontrolle“ als besonderer Begriff in das Vertragsrecht einbezogen wurde.

²²¹ Vgl. Liming Wang/Jianyuan Cui, AT des Vertragsrechts, S. 209 f.

²²² In dem neuen Vorschlagsentwurf des CBGB wurde der Versuch unternommen, eine Regelung darüber zu treffen (§ 32 Vertragsrecht, CBGB).

VI. Verhältnis zwischen dem CVG und dem CVerbSG

Bei der Ausarbeitung des CVG hat der Gesetzgeber bereits erkannt, dass der Verbraucherschutz als ein wesentliches Element dem allgemeinen Vertragsrecht sowie anderen Rechtsgebieten des Zivilrechts immanent ist. In der Tat stellt der Verbraucherschutz ein wichtiges Ziel des Zivilrechts dar. Trotzdem zieht das CVG keine klare Linie zwischen dem Verbraucherschutzrecht und dem allgemeinen Vertragsrecht. Im CVG finden der Verbraucher und der Verbrauchsgüterkaufvertrag keine Erwähnung. Würde das CVerbSG als selbständiges Verbraucherrecht neben dem CVG nach wie vor Anwendung finden, dann müsste das CVerbSG wegen des neuen Vertragsgesetzes novelliert werden. Aber dies ist nicht der Fall. Das CVerbSG wird von dem später erlassenen CVG überhaupt nicht berührt. Das Verhältnis zwischen dem Verbraucherschutzrecht (CVerbSG) und dem allgemeinen Zivilrecht, vor allem dem allgemeinen Vertragsrecht (CVG), bedarf insoweit einer näheren Erörterung.

Unter rechtsvergleichender Perspektive kann man zwei Tendenzen in der Gesetzgebung zum Verbraucherschutz finden. Zum einen fließen alle Regeln über Verbraucherschutz in ein eigenständiges Konsumentenschutzgesetzbuch ein; so z.B. beim französischen „Code de Consommation“ von 1993.²²³ Auf der anderen Seite wurde versucht, die verschiedenen Verbraucherschutzgesetze in das bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren. Die verschiedenen Verbraucherschutzgesetze in Deutschland sind dabei auf entsprechende EU-RiLi zurückzuführen. Eine dogmatisch überzeugende Rechtfertigung ist nicht zu erkennen. Die Umsetzung solcher Richtlinien führte dazu, dass im BGB „abc-Vorschriften“ entstanden, was leider Intransparenz und Unübersichtlichkeit zur Folge hatte. Dieser Zersplitterung kann durch Einführung der einzelnen Verbraucherschutzgesetze ins BGB entgegengewirkt werden. Mit dem Inkrafttreten des SMG hat das BGB dieses Modell übernommen.

Zwischen diesen beiden Gesetzgebungsmodellen müssen die Vor- und Nachteile sorgfältig abgewogen werden, vor allem aus einer langfristigen, sich an den kodifikatorischen Werten orientierenden Perspektive. Zwar können durch ein eigenständiges Konsumentenschutzgesetzbuch Vorschriften über den Verbraucherschutz systematisch zusammengefasst werden und der Verbraucherschutzzweck wird dadurch klarer, aber es gibt auch Gegenargumente:

„Ein Konsumentenschutzgesetzbuch kann nicht alle Vorschriften des Verbraucherrechts zusammenfassen. ... Deshalb hat beispielsweise Österreich davon abgesehen, die EU-Kaufrechtlinie nur in dem dort bestehenden Konsumentenschutzgesetz umzusetzen. Die zentralen Vorschriften zur Umsetzung finden sich im ABGB Österreichs. Im Konsumentenschutzgesetz sind nur einige Besonderheiten etwa über Garantien geregelt. Hinzu kommt, dass der Verbraucherschutz schon immer im hohen Maße im BGB selbst geregelt war. Die Vorschriften verstanden sich zwar damals nicht als Verbraucherschutzvorschriften, sondern tendenziell eher als Schuldnerschutzvorschriften. Verbraucherschützend wirken sie aber dennoch. Der zweite Grund ist, dass ein Konsumentenschutzgesetz letztlich die Rechtslage unübersichtlicher gestaltet. Nicht zuletzt würde die Schaffung eines Konsumentenschutzgesetzes das BGB entscheidend schwächen.“²²⁴

²²³ Dazu etwa Dominique Burreau, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, D. 1994, Chr. 291 ff.; Jean-Pierre Pizzio, *Code de la consommation*, 2. Aufl. 1996, S. 2 f.; zitiert nach H. Dörner, *Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, in: Schulze/Schulze-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 177-188

²²⁴ Folgende Gegenargumente vgl. Schmidt-Räntsch, *Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, in: Schulze/Schulze-Nölke (Hrsg.), a.a.O. S. 172 und 173

Im Vergleich zu diesem Modell kommt der zweiten Lösung große Bedeutung zu. Sie entspricht den kodifikatorischen Wertungen und wird die potenzielle Gefahr vermeiden, dass eine Nebenkodifikation durch Verbrauchergesetze mit eigenständigen Lösungen die zentrale Stelle des bürgerlichen Gesetzbuchs im Privatrecht verdrängt. Bei Einführung der einzelnen Verbrauchergesetze wurde über die „en-bloc“ Lösung und die „systematische Lösung“ sehr heftig diskutiert.²²⁵ Die modernen zivilrechtlichen Kodifikationen bevorzugen die systematische Einführung der Sondergesetze zum Verbraucherschutz ins Zivilgesetzbuch. Das am 1. Januar 1992 in Kraft getretene niederländische Zivilgesetzbuch hat daher die Regelungen des Rechts der AGB in eine zivilrechtliche Gesamtkodifikation einbezogen. Auch die „*Principles of European Contract Law*“ unterstützen die Zugehörigkeit des AGB-Gesetzes zum allgemeinen Bürgerlichen Recht. Deren Art. 4:110 sieht als Teil des Rechts der Willensmängel eine erkennbar eng an Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen angelehnte Vorschrift über die Anfechtbarkeit vorformulierter Vertragsklauseln im Falle ihrer Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vor. Dieser Befund unterstreicht die schon aus dem Inhalt des AGB-Rechts folgernde Zugehörigkeit seines Regelungsgegenstandes zum Bürgerlichen Recht und den Bedarf nach einer Integration in eine zivilrechtliche Gesamtkodifikation.²²⁶

Was das Formularklauselrecht in China angeht, so zeigt sich ein verwirrendes Bild. Zum einen besteht ein eigenständiges Verbraucherschutzgesetz schon seit 1993, in dem eine besondere Vorschrift über die Unwirksamkeit von Formularklauseln (§ 24 CVerbSG) eine Inhaltskontrolle vorschreibt. Wegen der unsystematischen Gesetzgebungsplanung sowie der dramatischen sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen befindet sich ein einheitliches und systematisches CBGB noch in der Ausarbeitungsphase. Statt eines einheitlichen CBGB haben die chinesischen Gesetzgeber und Rechtswissenschaftler vereinbart, schrittweise die Bestandteile des zukünftigen CBGB auszuarbeiten, z.B. das Vertragsrecht, das Sachenrecht, das Erbrecht und das Eherecht. Das CVG ist auch dem Gesetzgebungsleitgedanken der Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, des Handelskaufs und des Nichthandelskaufs gefolgt. Das Modell entspricht auch dem Vertragsrechtsmodell der internationalen Vertragsrechtsvereinheitlichung.²²⁷

Aber es fehlt dem CVG eine detaillierte Begründung besonders in Bezug auf die Rechtspolitik über das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht und dem spezifischen Verbrauchervertragsrecht. Zwar ist es völlig richtig, dass die Inhaltskontrolle von Formularklauseln sich nicht nur auf den Verbraucherschutz beschränkt, aber ist es nicht zu übersehen, dass sich das CVG (§§ 39 ff.) und das CVerbSG (§ 24) im Punkt der Inhaltskontrolle von Formularklauseln überlappen.

Bei der Kodifizierung des Formularklausel-Rechts bestehen im Prinzip folgende drei Möglichkeiten:

- a. Neben dem Vertragsgesetz und dem Verbraucherschutzgesetz kann zusätzlich ein einheitliches Formularklauselgesetz entworfen werden. Der Vorteil dieses Plans

²²⁵ Vgl. II und folgende Ansicht wird von nicht wenigen deutschen Rechtswissenschaftlern vertreten: Obwohl der „en-bloc“ Lösung zuzustimmen ist, ist die Einordnung in das allgemeine Schuldrecht nicht überzeugend. Der richtige Standort wäre der Allgemeine Teil gewesen, da das AGB-Recht auch für Verträge des Sachenrechts gilt und seine Vorschriften an Regelungen und Schutzprinzipien des Allgemeinen Teils anknüpfen. Unbefriedigend ist auch, dass das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Zahl der Paragraphen reduziert und vor allem in §§ 305, 307 und 310 Vorschriften zusammenfasst, die besser getrennt geblieben wären. Vgl. Palandt, ErgB Überblick zu Abschnitt 2, Rdnr 1.; auch Wolf/Pfeiffer, ZRP 01, S. 303

²²⁶ Drucksache, 14/6040, S. 92

²²⁷ Vgl. UN-Kaufrecht und Unidroit-GPICC sowie PECL

zeigt sich darin, dass dann alle Formularklauseln, ob zwischen Unternehmern oder zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der Inhaltskontrolle dieses einheitlichen Formularklauselgesetzes unterliegen. Es gibt dabei auch Bestimmungen über den spezifischen Anwendungsbereich für den Verbraucherkauf, so z.B. § 310 BGB im deutschen Recht. Es ergibt sich jedoch der Nachteil, dass zwischen dem Vertragsgesetz und diesem Formularklauselgesetz ein Spannungsverhältnis besteht. Dieser Nachteil spiegelte sich im Verhältnis zwischen dem BGB und dem AGBG in Deutschland wider. Deswegen wurde der Ruf nach einer Reform des Schuldrechts im BGB in der Vergangenheit immer lauter²²⁸. Der Gesetzgeber des neuen SMG hat angesichts der unübersichtlichen Rechtslage, die durch viele Sondergesetze, vor allem das AGBG, verursacht wurde, entschieden, ein neues systematisches Schuldrecht unter Einbeziehung des AGB-Rechts ins BGB einzuführen.²²⁹ Die deutschen Erfahrungen in den vergangenen 20 Jahren können dem chinesischen Gesetzgeber wertvolle Hilfe leisten.

- b. Im Verbraucherschutzgesetz sind Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formularklauseln zwischen Unternehmern und Verbrauchern enthalten. Im Gegensatz dazu werden Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formularklauseln zwischen Unternehmern im Vertragsgesetz bleiben. In Taiwan bilden die Bestimmungen über die Inhaltskontrolle von Verbraucherformularklauseln einen unabhängigen Abschnitt des Verbraucherschutzgesetzes.²³⁰ In dem chinesischen Autonomiegebiet HongKong trat das „Gesetz zur Regelung von Freizeichnungsklauseln“ am 01.12.1993 in Kraft, das nach dem britischen „*Unfair Terms Act 1977*“ ausgearbeitet worden war.²³¹ Nach § 4 dieses Gesetzes ist zwischen Verbraucherverträgen und Nichtverbraucherverträgen zu unterscheiden.
- c. Alle Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formularklauseln vorbehaltlich der Unterscheidung zwischen Verbraucherverträgen und Nichtverbraucherverträgen werden ins Vertragsgesetz eingeführt. Natürlich müssen die Vorschriften darüber im Vergleich zu den jetzigen im CVG umfassend ausgedehnt werden.

Wenn man daran denkt, dass das CVG und auch das CVerbSG in Zukunft vom CBGB absorbiert werden soll²³², dann ist Möglichkeit c. m.E. nach besser geeignet als die beiden anderen Pläne, da es dem CVerbSG derzeit an konkreten Bestimmungen über die Inhaltskontrolle von Verbrauchsformularklauseln fehlt, und durch einfache Verweisung auf die Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formularklauseln im CVG diese Lücke gefüllt werden könnte. Damit würde man sich die Bemühungen um die Anpassungsarbeit ersparen. M.E. sollte ebenfalls eine Modernisierung des chinesischen Vertragsrechts, vor allem in Bezug auf seine Abstimmung mit dem CVerbSG unternommen werden. Nach dem Beitritt zur WTO obliegt es der chinesischen Zentralregierung, ausländischen Investoren chinesisches Recht transparent zu machen und sie vollständig zu informieren. Außerdem ist es auch aktuelle Aufgabe des Gesetzgebers, durch ein systematisches und einheitliches

²²⁸ Im Jahr 1978 hatte das Bundesjustizministerium bereits eine Kommission zur Reform des Schuldrechts unter Leitung von Dr. Klaus Kingel gegründet. Die wichtigen Ergebnisse der langjährigen Arbeit an dem Reformversuch werden von den Gutachten und Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992) reflektiert.

²²⁹ Vgl. Schuldrechtsmodernisierungsentwurf von Bundesjustizministerium 2000

²³⁰ Vgl. Verbraucherschutzgesetz in Taiwan, Abschnitt 2.

²³¹ Vgl. Meihuan He, Vertragsrecht in Hongkong, (Xianggang Hetongfa), Band I, S. 206 ff.

²³² Über das Verhältnis zwischen BGB und den Verbraucherschutz betreffenden Gesetzen ist in Deutschland ebenfalls diskutiert worden. M.E. ist heutzutage der Verbraucherschutz dem Zivilrecht immanent, insofern muss das Ausgangsmodell des BGB an die Realität angepasst werden.

Formularklauselrecht die chinesischen Verbraucher davor zu schützen, dass nationale und internationale Unternehmer mittels missbräuchlicher Formularklauseln in China ihre Interessen rechtswidrig zu deren Lasten verfolgen könnten.

Um die Menge von Gesetzesvorschriften zu reduzieren und eine Vereinfachung sowie eine erleichterte Abstimmung zu erreichen, sollte dem § 24 CVerbSG ein Satz hinzugefügt werden, der auf die näheren Vorschriften des CVG (§ 39 ff.) über die Inhaltskontrolle sowie auf andere Maßnahmen zur Regelung von Formularklauseln zwischen Unternehmern und Verbrauchern verweist. Infolgedessen sollten dem CVerbSG besondere Vorschriften über die Verbraucherverträge hinzugefügt werden.²³³

²³³ Vgl. Kap. 4 III 3.

Kapitel 3: Vergleich der Begriffe „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Formularklauseln“

I. Vergleich der beiden Begriffe „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Formularklauseln“

§ 305 Abs. 1 BGB definiert den Begriff von AGB: „ *Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.* “

§ 305 Abs. 1 Satz 3 schließt die Vertragsbedingungen, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, von dem Begriff von AGB aus. Außerdem sind in § 305 Abs. 1 Satz 2 einige Beispiele zum Zweck der Konkretisierung der Formulierung von AGB genannt. Die Definition ist bewusst weit gefasst worden, um alle standardisierten Klauseln zu erfassen.²³⁴ Dazu gehören z.B. Formularverträge, notariell beurkundete Massenverträge und behördlich genehmigte AGB.

§ 39 Abs. 2. CVG definiert den Begriff von Formularklauseln wie folgt: „ *Formularklauseln sind die Klauseln, die von einer Partei zum Zweck der wiederholten Verwendung vorformuliert und nicht bei Abschluss eines Vertrags mit der anderen Vertragspartei ausgehandelt werden.* “ Damit wird die Definition des „ *standard term* “ in § 2. 20 GPICC übernommen.²³⁵ Darüber hinaus gibt es auch den ähnlichen Begriff des „ *Standardvertrag* “ in § 24 CVerbSG.

Wie oben schon erwähnt, ist im Entwurf des CBGB ein neues Buch über das Vertragsrecht enthalten, welches wesentlich auf dem CVG aufbaut. Darin tritt der Begriff der „ *Inhaltskontrolle* “ (*Neirong Kongzhi*) erstmals in § 30 auf. Danach *können die Vertragsparteien aufgrund der Natur des Vertrags, dem Zweck, den Inhalten aller Vertragsbestimmungen, der Art der Vertragsbegründung, dem Verhältnis beider Interessen, den Verkehrsgewohnheiten sowie anderer Elemente, z.B. offenerer Unfairness, entgegen Treu und Glauben, die Formularklauseln widerrufen.* Nach § 27 dieses Entwurfs *sind Formularklauseln Vertragsbestimmungen, die vom Verwender zum Zweck des Vertragsschlusses mit unbestimmter Vielzahl der Vertragsparteien vorformuliert worden sind und bei Vertragsschluss nicht mit Vertragspartnern im Einzelnen ausgehandelt werden.*

Nach § 12 Abs. 2 CVG können die Parteien Verträge nach den Musterverträgen für die einzelnen Vertragsarten schließen. Diese Musterverträge werden vom Industrie- und Handelsverwaltungsamt für verschiedene Branchen abgefasst und veröffentlicht. Die zuständigen Abteilungen haben für verschiedene Lebensbereiche Musterverträge verfasst und bekannt gegeben, etwa den Standardvertrag für Bauausführungen, den Standardvertrag für den Erwerb von Landnutzungsrechten, aber auch verschiedene Einheitssatzungen für Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach dem Gesellschaftsgesetz.²³⁶ Anders als die Industrie- und Handelskammer in Deutschland ist das Industrie- und Handelsverwaltungsamt

²³⁴ Amtl. Begründung BT-Drucks. 7/3919, S. 15; MünchKomm-Basedow, § 1 AGBG Rdnr. 1; zitiert nach M. Stoffels, AGB-Recht, S. 49 (Rdnr. 107) (Fn. 3)

²³⁵ § 2. 20 GPICC: *standard term* are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.

²³⁶ J-M, Scheil, Beobachtung zur Vertragsfreiheit in China, in: Newsletter der deutsch-chinesischen Juristenvereinigung 2000, S. 13

in China ein staatliches Verwaltungsorgan. Das Motiv der Bestimmung in § 12 Abs. 2 CVG zielt auf die Verbreitung der Anwendung der Musterverträge, um transparente und gerechte Informationen bei Verträgen im Wirtschaftsverkehr zu schaffen. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist abzulesen, dass Musterverträge auch aus Formulklauseln bestehen. Insofern unterliegen Musterverträge auch der Inhaltskontrolle, obwohl sie nicht unmittelbar vom Verwender des Vertrags abgefasst sind.

Im Folgenden wird ein Vergleich der beiden Begriffe, „ AGB “ im deutschen Recht und „ Formulklauseln “ im chinesischen Recht unternommen.

1. Merkmale von AGB und Formulklauseln

Vertragsbedingungen in Gestalt von AGB sind in der deutschen Fachliteratur manchmal auch als Vertragsklauseln bezeichnet worden. Es scheint so, als ob die beiden Begriffe im chinesischen und im deutschen Recht ohne weiteres als identisch angesehen werden könnten. Dennoch lohnt sich eine genauere Betrachtung der beiden Begriffe.

Der Regelungsumfang von AGB umfasst Haupt- und Nebenleistungen. Die sich auf Gesetz, Verordnung und Satzung berufenden Vertragsbedingungen können als deklaratorische AGB bezeichnet werden, die sich aber nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht entziehen. Obwohl nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen sind, entziehen sich lediglich die einen Handelsbrauch wiedergebenden AGB nicht der Inhaltskontrolle.

Den konkreten Verwaltungsvertragsverordnungen und -ausführungsbestimmungen in China liegt das inzwischen aufgehobene CWVG zugrunde. Formulklauseln auf Basis dieser Vertragsverordnungen und Ausführungsbestimmungen haben zwingende Geltung. So ist es z.B. erforderlich, Darlehensverträge zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer entsprechend den Darlehensvorschriften zu gestalten. Nach § 22 der Darlehensvorschriften steht den Banken und Kreditgenossenschaften nur das Recht zur Gestaltung der Darlehensvertragsform zu. Nach § 17 der Einbauleistungsvorschriften, die vom Staatsrat am 8. 08. 1983 verabschiedet worden waren, muss jeder Einbauvertrag von Staatsunternehmen und Kollektivunternehmen nach diesen Vorschriften abgeschlossen und abgewickelt werden. Sogar bei Einbauverträgen zwischen Privatbetrieben und Staats- und Kollektivunternehmen müssen diese Vorschriften eingehalten werden. Offensichtlich sind die vom Staatsrat verabschiedeten konkreten Vertragsvorschriften nach § 56 CVerf auch rechtliche Normen. Diese Verwaltungsvertragsvorschriften sollen, wie oben dargelegt, bereits außer Kraft getreten sein. Aber die chinesische Rechtsprechung pflegt zur Zeit in der Rechtspraxis, staatlich vorformulierte Musterverträge aufgrund dieser Verwaltungsvorschriften bei Beilegung von Rechtsstreitigkeiten als „ Rechtsnorm “ anzuerkennen. Formulklauseln, die von staatlichen Monopolunternehmen aufgestellt sind, werden auch sehr oft als Rechtsnorm betrachtet. Zwar gibt es auch in Deutschland AGB mit zwingendem Charakter, aber die Begründung ihrer Legitimität liegt darin, dass sie sich vor allem auf den Bereich der Daseinsvorsorge beziehen und somit dem Gemeinwohl dienen. Die zwingenden Formulklauseln in China sind dagegen auf die ehemalige Planwirtschaft zurückzuführen.

Nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB ist gleichgültig, ob die einzelnen Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und

welche Form der Vertrag hat. Auf die Form von Formularklauseln geben die Bestimmungen im CVG keinen Hinweis. Aber die §§ 10²³⁷, 11²³⁸ CVG enthalten allgemeine Bestimmungen für die Vertragsform. So bedeutet nach § 11 CVG Schriftform eine Form, bei der der Inhalt einen sichtbaren Ausdruck finden kann, wie durch Vertragsurkunden, Briefe oder elektronische Datenschriftstücke. Dazu gehören Telegramme, Fernschreiben, Faxe, ausgetauschte elektronische Daten und E-mails. Daraus ist zu folgern, dass Formularklauseln auch in Form von Vertragsurkunden, Briefen oder elektronischen Datenschriftstücken verfasst werden können. Nach § 6 der „*Shenzhen* Standardvertragsvorschriften“²³⁹ müssen Standardverträge schriftlich abgeschlossen werden. Aber diese Bestimmung findet keine Anwendung für Verträge über Beförderung, Posttelegramme und staatlich genehmigte Lotterien.

2. Vertragsart

Eines der wichtigen Merkmale des deutschen bürgerlichen Rechts ist das Trennungs- oder Abstraktionsprinzip. Das Rechtsgeschäft im deutschen Recht lässt sich in zwei Teile gliedern, das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft. Der Aufbau des BGB spiegelt dies deutlich wieder. Nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Verkäufer nur verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, das bedeutet, ob das Eigentum der Sache tatsächlich übertragen wird, ist vom Verpflichtungsgeschäft prinzipiell unabhängig. Für die Übertragung von Eigentum ist nach § 929 BGB eine dingliche Vereinbarung nötig, die ein Verfügungsgeschäft ist. AGB können auch Verfügungsgeschäfte regeln wie die Forderungsabtretung nach § 398 BGB und die dingliche Einigung nach §§ 929, 873 BGB. Außer im Zivilgesetzbuch von Taiwan, welches das BGB seit 1929 fast völlig übernommen hat,²⁴⁰ ist der Begriff des dinglichen Vertrages in der chinesischen Gesetzgebung nicht anerkannt. Zwar wurde über die Theorie vom Verfügungsgeschäft in der wissenschaftlichen Fachliteratur heftig diskutiert, aber dennoch wird diese Theorie von dem chinesischen Gesetzgeber prinzipiell abgelehnt. Nach § 2 Abs. 1 CVG bedeutet Vertrag eine Vereinbarung, mit der zwischen Bürgern, juristischen Personen und anderen Organisationen als gleichberechtigten Subjekten eine Beziehung mit zivilrechtlichen Rechten und Pflichten

²³⁷ § 10 CVG „Für die Errichtung von Verträgen haben die Parteien die Schriftform, die mündliche Form und andere Formen. Wenn gesetzliche oder verwaltungsrechtliche Bestimmungen die Verwendung der Schriftform vorschreiben, muss die Schriftform verwendet werden. Wenn die Parteien die Verwendung der Schriftform vereinbaren, muss die Schriftform verwendet werden.“ (Die folgende deutsche Fassung des CVG zitiert nach F. Münzel jedoch mit eigener Korrektur)

²³⁸ § 11 CVG „Schriftform bedeutet eine Form, bei der der Inhalt einen sichtbaren Ausdruck finden kann, wie mit Vertragsurkunden, Briefen oder elektronischen Datenschriftstücken (dazu gehören Telegramme, Fernschreiben, Faxe, ausgetauschte elektronische Daten und E-mails).“

²³⁹ Diese Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Standardverträgen sind als regionale Vorschriften bereits am 2.07.1998 erlassen worden und am 1.10. 1998 dort in Kraft getreten. Sie sind als einzige relativ vollständige Gesetzgebung über die Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China anzusehen, obwohl ihre rechtliche Stellung nach dem Inkrafttreten des neuen CVG umstritten ist, weil §§ 123, 124 CVG sehr deutlich bestimmen, dass nur andere Gesetze (aber nicht verwaltungsrechtliche Vertragsvorschriften) die Bestimmungen im CVG revidieren können.

²⁴⁰ Über die Einflüsse des deutschen Zivilrechts gibt es klassische Ausführungen wie das Werk von Zhongxie Mei (vgl. S. 16 dieser Arbeit), das häufig zitiert wird. Jingxiong Wu, der an der Gesetzgebung mitgewirkt hatte, führte dazu aus: „Studiere man das neue Bürgerliche Gesetzbuch vom ersten Paragraphen bis zum Paragraphen 1225 genau, und vergleiche man sie mit denen des deutschen BGB sowie des schweizerischen Zivilgesetzbuchs und Obligationenrechts, dann wird man überrascht sein, dass 95% unseres Gesetzbuchs von den obengenannten Gesetzbüchern übernommen sind, entweder in der ursprünglichen Fassung oder in veränderter Form.“ (Zitiert nach Xiaoxin Ye (Fn. 7), S. 615; vgl. auch Tze-chien Wang, Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, AcP 166 (1966), 344; zitiert nach Jiandong Shao, Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, JZ 2/1999, S. 82 Fn. 8

errichtet, geändert oder beendet wird. Nach § 72 Abs. 2 CAGZ²⁴¹ geht das Eigentum im Zeitpunkt der Übergabe über, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt bzw. die Beteiligten nichts anderes vereinbaren. Danach ist klar, dass die Übereignung des Vertragsgegenstandes eine automatische Rechtsfolge darstellt, die ausschließlich vom schuldrechtlichen Vertrag (Verpflichtungsgeschäft) abhängt. Deswegen regeln Formular-klauseln keine dinglichen Verträge im Sinne des BGB. Sehr interessant ist jedoch, dass viele chinesische Wissenschaftler und Gesetzgeber die Ansicht vertreten, dass der Rechtsgedanke vom Verfügungsgeschäft für das Verstehen und die Analyse von Handlungen im Rechtsverkehr hilfreich sei. Einige tatsächliche Verfügungsgeschäfte wie die Forderungsabtretung nach § 79 CVG und der Hypothekenvertrag nach §§ 33, 38, 39 CSLG können auch in Gestalt von Formulklauseln gestaltet werden. In diesem Sinne beziehen sich Formulklauseln auch auf tatsächliche Verfügungsgeschäfte.

Das AGB-Recht in Deutschland findet selbstverständlich auch Anwendung auf allgemeine Geschäftsbedingungen hinsichtlich von Eigentumsvorbehalt und seiner Verlängerungs- und Erweiterungsformen wie Sicherungsübertragung und Factoringzession, bei denen es sich um Verfügungsgeschäfte handelt. Andere Verträge, insbesondere sachenrechtliche Verfügungsgeschäfte, fallen deshalb ohne weiteres in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts.²⁴²

3. Regelungsgegenstand

Gemäß dem Schutzzweck des AGB-Rechts kann die Verwendung von Vertragsbedingungen nicht nur für ein- oder zweiseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen²⁴³ des Vertragspartners, sondern auch für notwendige Willenserklärungen begründet sein. Alle Bestimmungen, die einen engen Zusammenhang mit Verträgen haben wie z.B. die Regelung vorvertraglicher Beziehungen (§ 311 Abs. 2 BGB)²⁴⁴, können durch AGB geregelt werden.

Formulklauseln im chinesischen Recht regeln ebenfalls Vertragsinhalte zwischen Verwendern und Vertragsparteien, die von ein²⁴⁵- oder zweiseitigen Rechtsgeschäften, über reale Willenserklärungen bis hin zu gesetzliche oder verwaltungsrechtliche Vorschriften wiederholenden Vertragsbestandteilen reichen. Durch Formulklauseln können vorvertragliche Beziehungen ebenfalls geregelt werden, da §§ 42 (*culpa in contrahendo*)²⁴⁶, 43 (Geheimhaltungspflicht)²⁴⁷ CVG die Sorgfaltspflicht in der vorvertraglichen Phase deutlich

²⁴¹ Wegen vielfältiger politischer Barrieren gibt es in China noch kein Sachenrechtsgesetz. Bestimmungen über Sachenrecht sind in AGZ, Grundstücksverwaltungsgesetz, Staatsimmobiliensverwaltungsgesetz, Sicherungsleistungsgesetz, Wassergesetz, Bodenschätze-gesetz, Fischereiwesengesetz, Waldgesetz usw. erhalten.

²⁴² Vgl. M. Wolf, Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften, in: FS für Fritz Baur, 1981, S. 147 ff.

²⁴³ Über die einseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen des Vertragspartners regelnden AGB vgl. BGH NJW 1986, 2428; 1987, 2011; 1999, 1864; 2000, 2677

²⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 2574, 2575

²⁴⁵ Z.B. Vertretungsmacht nach § 64, 65 CAGZ, Vertragsangebot nach § 14 CVG

²⁴⁶ § 42 CVG „Wenn im Verlauf der Errichtung eines Vertrages bei einer Partei einer der folgenden Umstände vorliegt und der anderen einen Schaden verursacht, haftet sie der anderen für Schadensersatz: 1, Wenn die Errichtung eines Vertrages als Vorwand genutzt wird, um böswillig zu verhandeln; 2, wenn vorsätzlich in Bezug auf die Vertragserrichtung wichtige Tatsachen verheimlicht oder zu Umständen falsche Angaben gemacht werden; 3, wenn andere Treu und Glauben verletzende Handlungen vorliegen.“

²⁴⁷ § 43 CVG „Eine Partei darf Geschäftsgeheimnisse, welche sie im Verlauf der Errichtung eines Vertrages erfährt, gleich ob der Vertrag zustande kommt oder nicht, weder bekannt werden lassen nach sie unlauter verwenden. Wenn solche Geschäftsgeheimnisse bekannt gemacht oder unlauter verwendet werden und damit der anderen Seite ein Schaden verursacht wird, haftet sie auf Schadensersatz.“

normieren. Zweifellos können auch nachvertragliche Beziehungen (vgl. § 92 CVG²⁴⁸) durch Formular Klauseln geregelt werden.

Auffällig ist, dass §§ 10, 11 der „Shenzhen Standardvertragsvorschriften“ bestimmen, dass Versprechen und schriftliche Erklärungen für bestimmte Leistungen Bestandteil des Standardvertrags werden, dagegen nicht Inhalte von Prospekten und Werbung. Demgegenüber haben bloße Empfehlungen oder Bitten in Deutschland grundsätzlich keine rechtsgeschäftliche Bedeutung und sind daher keine Vertragsbedingungen.²⁴⁹

4. Vorformulierung

Vertragsbedingungen sind vorformuliert, wenn sie nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits vor Vertragsabschluss aufgestellt und nicht durch gegenseitiges Aushandeln zustande gekommen sind. Für das Merkmal der Vorformulierung spielt es keine Rolle, ob die Vorformulierung

- a. vom Verwender oder von Dritten stammt,
- b. den ganzen Vertragsinhalt oder nur einen begrenzten Teil des zu schließenden Vertrags oder sogar nur eine einzelne Klausel betrifft,
- c. für die künftige Verwendung zwischen schon bestimmten Verwendern oder noch nicht bestimmten Verwendern fixiert ist.

Nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten Vertragsbedingungen, die von Dritten im Voraus aufgestellt sind, auch als vom Unternehmer gestellte AGB, es sein denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Diese Bestimmung über die sog. „Drittklausel“ ist auf die Umsetzung der EU-RiLi zurückzuführen, welche sich vor allem auf die von Notaren gestellten Klauseln bezieht.

Nach dem Begriff in § 39 Abs. 2 CVG gilt der „Vorwegentwurf“ als eine unentbehrliche Voraussetzung für Formular Klauseln. § 27 Vertragsgesetz des ECBGB hat dieses Merkmal in der Definition von Formular Klauseln deutlich festgeschrieben. Aber im Wortlaut des § 39 Abs. 2 CVG ist augenscheinlich eine Lücke, da Formular Klauseln danach nur unmittelbar „von der Partei (Vertragspartei) ... entworfen“ sein müssen. In der Tat gibt es viele von dritten Parteien, z.B. von dem Industrie- und Handelsamt, Rechtsanwälten oder Notaren aufgestellte Formular Klauseln. Deswegen reicht es für das Merkmal der Vorformulierung, dass Formular Klauseln einfach im Voraus formuliert sind, gleichgültig ob sie direkt vom Verwender oder indirekt von Dritten vorformuliert sind.

5. Vielzahl

Das Merkmal der Vielzahl im AGB-Recht betont den am Massengeschäft ausgerichteten Charakter von AGB.²⁵⁰ Umstritten ist, ob AGB tatsächlich in einer Vielzahl von Rechtsgeschäften verwendet werden müssen oder eine Vermutung der Vielzahl wegen subjektiver Motive des Verwenders genügt, um das Merkmal der Vielzahl zu bejahen. Nach

²⁴⁸ § 92 CVG „Nach Beendigung der vertraglichen Rechte und Pflichten müssen die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und aufgrund der Geschäftsgepflogenheiten die Benachrichtigungs-, Kooperations-, Geheimhaltungs- und andere Pflichten erfüllen.“

²⁴⁹ M. Stoffels, AGB-Recht, S. 53

²⁵⁰ Vgl. BGH 60 377, 380; auch BGH NJW 1975 165, 166

h.M. ist der mit der Vorformulierung verfolgte Zweck entscheidend.²⁵¹ Das bedeutet, wenn die Vertragsbedingungen zuerst lediglich für einen Einzelfall erstellt werden, und sich der Verwender später wieder hieran ohne eine gewisse Planmäßigkeit orientiert, dann werden sie dadurch noch nicht zu AGB. Auf eine unbestimmte oder eine bestimmte Zahl kommt es bei dem Charakter von Vielzahl nicht an. „ In der Rechtspraxis ist klar, dass der gewerblich tätige Unternehmer im Sinne des Rasters von § 14 BGB immer, zumindest in aller Regel, eine entsprechende Intention hat, vorformulierte Klauseln wiederkehrend zu verwenden, weil Rationalisierung und Zweckorientierung seines Handelns seiner Phantasie im Blick auf stets neue Klauseln natürliche Grenzen weist. “²⁵²

Noch wichtiger ist, dass es nach Umsetzung der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB Ausnahmen für dieses Merkmal der Vielzahl gibt. Beim Verbrauchervertrag unterliegen die nur zur einmaligen Verwendung bestimmten Vertragsbestimmungen der Kontrolle von AGB mit einschränkender Anwendung des AGB-Rechts (nur §§ 305 c Abs. 2, 306 und 307 bsi 309 BGB sowie Art. 29a EGBGB), soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Die Anerkennung dieser Einmalklauseln als AGB²⁵³ hat den Anwendungsbereich des AGB-Rechts wesentlich ausgedehnt. Daraus folgen viele schwer aufzuklärende Widersprüche z.B. hinsichtlich der Kontrollmaßstäbe.

Dem Merkmal der „ Vielzahl “ im AGB-Recht steht dem „ zur wiederholten Verwendung “ von Formulklauseln im CVG trotz der unterschiedlichen Ausdrucksformen gleich. Obwohl das CVerbSG vom 1. 1. 1994 bereits in Kraft getreten war, wurde der Begriff des Verbrauchervertrag in der chinesischen Gesetzgebung nicht übernommen. Seit langem haben chinesische Wirtschaftsrechtler versucht, Verträge in zwei Typen, nämlich bürgerliche und wirtschaftliche Verträge zu teilen. Nach dem schon abgeschafften CWVG bedeutet der wirtschaftliche Vertrag einen zwischen juristischen Personen oder anderen wirtschaftlichen Einheiten abgeschlossenen Vertrag. Die zwischen natürlichen Personen geschlossenen Verträge werden nicht von diesem Begriff erfasst. Die zwischen zwei natürlichen Personen oder zwischen einer juristischen und einer natürlichen Person zustande gekommenen Verträge heißen „ zivilrechtliche Verträge “. Diese Differenzierungsmethode ist auf die zentrale Planwirtschaft und die Übernahme von entsprechenden Theorien aus der ehemaligen Sowjetunion zurückzuführen. Der Gesetzgeber des CVG hat diese Gliederungskategorien völlig abgelehnt. Nach § 2 CVG wird eine Vereinbarung als Vertrag bezeichnet, wenn damit zwischen Bürgern, juristischen Personen und anderen Organisationen als gleichberechtigten Subjekten eine Beziehung mit zivilrechtlichen Rechten und Pflichten errichtet, geändert oder beendet wird. Auf Ehe, Adoption, Vormundschaft oder sonstige persönliche Statusbeziehungen regelnde Vereinbarungen werden die Bestimmungen anderer Gesetze angewandt. Daraus ist zu folgern, dass der Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB auch vom Vertragsbegriff im Sinne des CVG umfasst werden soll. Deswegen ist das Merkmal der „ zur wiederholten Verwendung “ von Formulklauseln für die sog. Verbraucherverträge in China auch erforderlich.

²⁵¹ Vgl. BGH NJW 1999 2180, 2181; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997 1147; OLG Frankfurt, WM 1986, S. 680; OLG München, DB 1982, S. 1003, S. 1004; OLG Hamm, NJW 1981, S. 1049; OLG Stuttgart NJW, 1979, S. 222, S. 223; zitiert nach Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 1 AGBG, Rdnr. 23 (Fn. 55)

²⁵² v. Westphalen, NJW 2002, S. 1688

²⁵³ Ob diese Einmalklauseln auch AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB sind, ist in Deutschland Streitig, vgl. Palandt-Bassenge, § 1 UKlaG Rdnr. 5 (Einzelvertragsklauseln sind vom Verbandsklageverfahren ausgeschlossen, denn § 1 UKlaG spricht von AGB und nimmt damit auf die – nicht durch § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB erweiterte – Begriffsbestimmung des § 305 Abs. 1 BGB Bezug.)

Dennoch ist zu prüfen, ob es sinnvoll ist, dass das CVerbSG und das neue CVG die neue Bestimmung nach § 310 Abs. 3 BGB übernehmen sollten. Nach § 2 CVerbSG sind Verbraucher natürliche Personen, die zum Zweck ihres Konsums Waren kaufen und benutzen oder Dienstleistungen annehmen. Nach § 3 CVerbSG sind Unternehmer solche, die gegenüber Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten. Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern werden durch Abschnitt 2 (Rechte von Verbrauchern) und Abschnitt 3 (Pflichten von Unternehmern) des CVerbSG intensiv inhaltlich kontrolliert. Diese Bestimmungen spielen eine ähnliche Rolle wie § 310 Abs. 3 BGB im AGB-Recht. Aber das Problem ist, dass diese Bestimmungen, im Gegensatz zu den betreffenden Bestimmungen im AGB-Recht, sehr grob und vage sind. Außerdem hat der Gesetzgeber des CVG das Verhältnis vom CVerbSG zum CVG nicht systematisch geklärt. Im CVG ist das Prinzip der materiellen Vertragsfreiheit im wesentlichen nicht tiefgreifend und ausreichend umgesetzt. Die unmittelbaren Bestimmungen zur Inhaltskontrolle von Formulklauseln z.B. betragen nur 3 Paragraphen, indirekt ergänzt durch Verweisungen auf zwei weitere Paragraphen. In China fehlen noch die systematischen, vom COVG geordneten Rechtsprechungen über den Verbraucherschutz und die Inhaltskontrolle von Formulklauseln. Die Bestimmungen über die Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG beschränken sich auch nicht ausschließlich auf den Verbraucherschutz. Das führt dazu, dass der durch § 310 Abs. 3. BGB angebotene Schutz für Verbraucher (Einzelklausel) im chinesischen Recht noch fehlt. In diesem Sinne sollen die Bestimmungen über die Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG analog auf die Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern ohne das Merkmal „ zur wiederholten Verwendung “ angewendet werden. Bemerkenswert ist, dass der Standardvertrag nach § 2 „ Shenzhen Standardvertragsvorschriften “ ohne den Zweck der wiederholten Verwendung noch bestehen kann. Im Gegensatz zum CVG wird der Verbraucherschutz dadurch besser realisiert.

Weder der Wortlaut des AGB-Rechts noch der des CVG zeigen deutlich, wann genau eine „ Vielzahl “ oder eine „ wiederholte Verwendung “ vorliegt. Die Vielzahl ist nach der h.M. in Deutschland grundsätzlich schon ab zweifacher Verwendung anzunehmen, falls es nur um zwei Verträge insgesamt geht, da darin bereits die mangelnde Bereitschaft zum Aushandeln und die einseitige Inanspruchnahme von Gestaltungsmacht zum Ausdruck kommt.²⁵⁴ Auch wenn der Verwender nur in einem Einzelfall (z. B. Veräußerung einer Eigentumswohnung) auf von einem Dritten empfohlene Vertragsmuster oder Formulare zurückgreift, ist dem Merkmal der Vielzahl Genüge getan.²⁵⁵ Je nach Gesamtzahl der Verträge ist dann eine dreifache Verwendung erforderlich als ausreichendes Indiz für eine einseitige Gestaltungsmacht.²⁵⁶ Wiederholung bedeutet im Chinesischen anhand der linguistischen Auslegungsmethode zweifache Verwendung. Demgegenüber bedeutet „ dreifach “ normalerweise mehrfache Verwendung. Aus diesem Aspekt genügt „ zweifach “ schon für das Merkmal der „ wiederholten Verwendung “.

6. Stellen bei Vertragsabschluß

Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB müssen AGB dazu bestimmt sein, vom Verwender „ bei Vertragsabschluß gestellt “ zu werden. „ Im Gegensatz zum Verwenderbegriff, ist das tatsächliche Stellen für den AGB-Begriff nicht wesentlich, denn aus § 13 AGBG (nun § 3

²⁵⁴ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 1 AGBG, Rdnr. 14

²⁵⁵ Staudinger-Schlosser, § 1 AGBG, Rdnr. 15; Münch-Kötz, § 1 AGBG, Rdnr. 6; Palandt-Heirichs, § 1 AGBG Rdnr. 6

²⁵⁶ Vgl. BGH NJW 1998, 2286, 2287; nicht unter 3 Fällen

UKlaG) ergibt sich, dass auch lediglich empfohlene Bedingungen bereits AGB sein können.
“²⁵⁷ Dieses Merkmal ist für den Begriff der AGB aber dennoch wesentlich, da einseitiges Stellen beim Vertragsabschluß keinen Raum für die Entscheidungsfreiheit der anderen Vertragspartei gibt. Gerade bezogen auf dieses Merkmal meinen die Vertreter der Normtheorie, dass einseitiges Stellen mit einer Gesetzgebungsbefugnis aus rechtssoziologischer Sicht im wesentlichen gleichgestellt werden kann. Im Begriff der Formulklauseln ist dieses Merkmal von „ Stellen bei Vertragsabschluß “ nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Aber § 39 Abs. 2 Satz 2 CVG bestimmt negativ, dass Formulklauseln „ nicht bei dem Abschluss des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden. “ § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt auch, dass „ AGB nicht vorliegen, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind “.

Im täglichen Rechtsverkehr spielt die Kautelarjurisprudenz in China schon jetzt eine wichtige Rolle. Es ist inzwischen üblich geworden, dass Notare, Makler, Berater oder Rechtsanwälte auf Wunsch der Vertragsparteien spezifische Formulklauseln verfassen, welche die besonderen einseitigen Interessen der Vertragsparteien verfolgen. Hier ist zu fragen, ob dies auch dem Merkmal des einseitigen Stellens entspricht. Falls dieses Fremdstellen auf Veranlassung einer Vertragspartei erfolgt, soll es als Stellen vom Verwender gelten, weil die dritte Partei normalerweise Vertreter des Verwenders ist. Deswegen muss die sich daraus ergebende Rechtsfolge dem Verwender zugerechnet werden. Aber wenn die von einem Dritten gesellten Formulklauseln durch konkrete Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien in ihren Vertrag eingeführt sind, ist die Kontrollfähigkeit dieser Formulklauseln umstritten, vor allem dann, wenn diese Formulklauseln von Verwaltungsorganen empfohlen werden. Dennoch sollten auch diese nicht der Inhaltskontrolle entzogen werden, weil sie an sich kontrollfähig sind.

Formulklauseln entziehen sich allerdings der Inhaltskontrolle, wenn sie von Verbrauchern in den ausgehandelten Vertrag eingeführt worden sind.

7. Aushandeln

Das einseitige Stellen von AGB führt regelmäßig dazu, dass die Entscheidungsfreiheit der anderen Vertragsparteien durch Fehlen der Einzelaushandlung beschränkt wird. Aber wenn AGB im einzelnen ausgehandelt werden, benötigen sie keine Inhaltskontrolle mehr, da freie Aushandlung die Vertragsfunktion umfassend gewähren kann. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB geht davon aus, dass „ AGB nicht vorliegen, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind. “ Gleichfalls sieht § 39 Abs. 2 CVG vor, dass „ Formulklauseln ... nicht bei dem Abschluss mit der anderen Seite ausgehandelt werden “. Insofern wird die Eigenschaft sowohl von AGB als auch von Formulklauseln als standardisierte Vertragsklausel abgelehnt, wenn sie von den beiden Vertragsparteien ausgehandelt sind.

Eine vorformulierte Vertragsbedingung kann dann i.S. von § 305 Abs. 3 BGB ausgehandelt sein, wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anbietet, zwischen denen

²⁵⁷ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 1 AGBG, Rdnr. 16

die Vertragspartei die Wahl hat.²⁵⁸ Es steht aber einem Aushandeln entgegen, dass die Angebotsalternativen mit einem erheblich erhöhten Entgelt verbunden sind.

II. Rechtsnorm oder Vertrag: Vergleich der Rechtsgeltung und der Funktionsweise von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China

Dem traditionellen Vertragsrecht in Deutschland liegt seit Inkrafttreten des BGB das Prinzip der formellen Vertragsfreiheit zugrunde, obwohl es darin auch Bestimmungen gibt, die von der materiellen Gerechtigkeit geprägt sind.²⁵⁹ Das rührt daher, dass Vertragsbegründung freie Willenserklärungen sowohl über den Abschluss als auch über die Inhaltsgestaltung des Vertrags voraussetzt. Da AGB in Deutschland und Formulklauseln in China die traditionelle Vertragsfreiheit erschüttert haben, legen die heutige Vertragstheorie und Vertragspraxis sowohl in Deutschland als auch in China Gewicht darauf, sich gegen missbräuchliche Verwendung von AGB und Formulklauseln zu wehren, damit die materielle Vertragsfreiheit zur Geltung gebracht werden kann. Das AGB-Recht in Deutschland soll daher eigentlich kein Gesetz zur „Wiederholung des BGB“ sein, sondern eine Antwort auf den partiellen Verlust der vom BGB stillschweigend vorausgesetzten ökonomischen „Anwendungsbedingungen.“²⁶⁰ Das Formulklausel-Recht in China ist gleichfalls die aktuelle Korrektur der illusionären Vorstellung über Vertragsfreiheit, nach der sich Vertragsfreiheit im Rahmen der „sozialistischen Marktwirtschaft“ automatisch entfalten könne.

Das dispositve Vertragsrecht findet Anwendung für Privatverträge, soweit keine anderen Vereinbarungen getroffen wurden. Aber die Verbreitung von AGB hat die fast völlige Verdrängung dispositiven Vertragsrechts zur Folge. Obwohl das dispositve Vertragsrecht für atypische oder gemischte neue Vertragstypen unter Umständen, z.B. durch Analogie Anwendung finden kann, bleibt der Freiraum dafür relativ eng. Bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte im Bereich der Inhaltskontrolle steht deswegen nicht die Subsumtion des Einzelfalls unter vorgegebene Rechtsvorschriften in Frage, sondern die Ausübung richterlicher Gestaltungsmacht in Bezug auf den zulässigen Inhalt vorformulierter Verträge. Während Rechtsgestaltung durch die Gerichte im Vertragsrecht sonst nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt, ist sie bei Anwendung der Generalklauseln des § 307 BGB zur Inhaltskontrolle schon fast als Regel zu bezeichnen.²⁶¹

Obwohl AGB nach § 305 Abs. 2 BGB nur durch das Einverständnis der anderen Vertragspartei in Geltung gebracht werden können, haben ihre Geltungs- und Funktionsweise Besonderheiten, auf die im Folgenden eingegangen wird.

1. Rechtsnatur von AGB in Deutschland

Schon am Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts hatten französische Rechtswissenschaftler das Phänomen des *contrat d'adhésion* unter rechtlichen Aspekten sehr genau analysiert.

²⁵⁸ BGH NJW 2003, 1303; zu den inhaltlichen Voraussetzungen des „Aushandelns“ vgl. BGH NJW, 1110 (1111 f.)

²⁵⁹ Vgl. R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 42 ff. (Die soziale Frage)

²⁶⁰ J. Braun, Die Stellung des AGB-Gesetz im System des Privatrechts, BB 1979, S. 690

²⁶¹ P. Ulmer, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 10/2001, S. 491

Bereits *Saleilles*²⁶² brachte das Phänomen des *contrat d'adhésion* ausführlich zum Ausdruck: In Wirklichkeit handele es sich nur scheinbar und dem Namen nach um Verträge. Ihr Inhalt werde nur durch den Willen einer Vertragspartei bestimmt. *Duguit* und *Hauriou* – vom öffentlichen Recht herkommend – charakterisierten die Benutzungsbedingungen der *services publics* als „*règlements*“²⁶³. Nach *Duguit* sind die „Verträge“ der Benutzer einseitige Zustimmungen zu vorher festgelegten Rechtsordnungen ohne eigentliche Willenskundgebungen des „Vertragschließenden“. Dieser nimmt nur ein Statut an, das ihm auferlegt wird. *Démogue*²⁶⁴ dehnte diese Betrachtung auf die privaten Unternehmen aus, die *services d'utilité publique* seien und deren private Benutzungsordnungen, welche man als Adhäsionsvertrag betrachtet, er ebenfalls als *règlements* bezeichnete.

In den USA hat sich die Sichtweise zu den *contracts of adhesion* im Laufe der Zeit auch verändert und ist auch jetzt noch umstritten. In dem Fall „*Lewis v. Great Western Railway*“ wurde die damals führende Ansicht begründet, dass Unterschrift pauschale Zustimmung zu der Gültigkeit aller standardisierenden Klauseln darstellt, gleichgültig ob die Vertragspartei die Klauseln tatsächlich gelesen hat oder nicht.²⁶⁵ Diesem Prinzip lag „the section 70 of the first Restatement of Contracts (1932)“ zugrunde. Aber dies hat sich zugunsten der Inhaltskontrolle verändert, vor allem durch die „section 211 der Restatement (Second) of Contracts“²⁶⁶.

Über die Rechtsgeltung von AGB ist unter den deutschen Juristen schon lange heftig diskutiert worden. Die Feststellung der Einordnung der Rechtsnatur von AGB schwebt zwischen Rechtsnorm und Vertrag, obwohl in Deutschland die Einordnung der Geltungsweise von AGB gem. § 305 Abs. 2 BGB nach der Rechtsgeschäftslehre behandelt wird.

Der Normtheorie in Deutschland liegt die Ähnlichkeit der Geltungsweise von dispositivem Recht und AGB zugrunde. Demnach kommen AGB durch Bekanntgabe zur Geltung, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien den Inhalt der AGB zur Kenntnis genommen haben, obwohl das Einverständnis der Vertragsparteien dafür noch erforderlich ist. Sie funktionieren wie dispositives Recht, welches bei Mangel bestimmter Vereinbarungen für typische gesetzliche Verträge automatisch Anwendung findet. Wenn der Verwender von

²⁶² *Saleilles*, *Déclaration de la volonté*, Paris 1901, S. 229 ff.; dazu L. Raiser, *AGB-Recht*, S. 149; J. Schmidt-Salzer, *Die „contrats d'adhésion“ und die sogenannte Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen*, *AcP* 167, 504 f.; zitiert nach U. Meyer-Cording, *Die Rechtsnorm*, 1973, S. 84f.

²⁶³ L. *Duguit*, *Les transformations du droit public*, Paris, 1921; zitiert nach U. Meyer-Cording, a.a.O. S. 85

²⁶⁴ R. *Démogue*, *Traité des obligations en général*, Band 2, S. 337, 310-313, zitiert nach U. Meyer-Cording, a.a.O. S. 85

²⁶⁵ „More fully stated, the traditional doctrine consists of four propositions: (1) The adherent's signature on a document clearly contractual in nature, which he had an opportunity to read, will be taken to signify his assent and thus will provide the basis for enforcing the contract. (2) It is legally irrelevant whether the adherent actually read the contents of the document, or understood them, or subjectively assented to them. (3) the adherent's assent covers all the terms of the document, and not just the custom-tailored ones or the ones that have been discussed. (4) Exceptions to the foregoing principles are narrow. In particular, failure of the drafting party to point out or explain the form terms does not constitute an excuse. Instead, in the absence of extraordinary circumstances, the adherent can establish an excuse only by showing affirmative participation by the drafting party in causing misunderstanding.“ In: T.D. Rakoff, *Contracts of Adhesion, An Essay in Reconstruction*, *Harvard Law Review*, Vol. 96 1983, S. 1185

²⁶⁶ „(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing ..., he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. (2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.“

AGB eine Monopolstellung im Markt hat, müssen die Vertragsparteien sich seinen AGB unterwerfen, wobei sie sowohl Verbraucher wie auch Unternehmer sein können.

Aus rechtssoziologischer Sicht können AGB als „lebendes Recht“ bezeichnet werden, weil „die Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie in einen großen Teil der tagtäglich in Deutschland geschlossenen Verträge eingehen werden, und das Verhalten der Parteien bei der Durchführung dieser Verträge sich nach ihnen richten wird.“²⁶⁷ Die Normtheorie stellt auch entscheidend auf die Aufstellung von AGB durch intermediäre Gewalten wie Verbände, Kartelle und Großunternehmen ab.²⁶⁸ „So erkennt die von Gierke begründete ‚genossenschaftliche Theorie‘, ‚Verbandsautonomie‘ als Rechtsquelle an: jede organisierte Gemeinschaft ist befähigt, durch freien Willensakt selbstherrlich für ihre Mitglieder objektives Recht zu setzen.“²⁶⁹ Knieper²⁷⁰ hat vor der Ausarbeitung des AGBG aufgezeigt, dass die Rechtstatsachen nachdrücklich gegen die Vertragstheorie sprechen: AGB werden ohne Rücksicht auf eine konkrete Vertragssituation als in sich geschlossene, standardisierende Regeln aufgestellt, in der Absicht, eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Geschäfte mit ihnen abzuschließen und grundsätzlich keine Ausnahmen zuzulassen.²⁷¹ Die Normtheorie will AGB als autonome, nicht staatlich gesetzte Normen behandeln.²⁷² So „spricht Nussbaum von ‚einer Art Vertragsrecht, zweiter Instanz‘, Hagen meint, sie seien zwar Ausfluss und Ausdruck reiner Parteiautonomie, aber trotzdem eine wirkliche und sehr wichtige Quelle objektiven Rechts. Eine gerne zitierte Hamburger Entscheidung nennt die Seeversicherungsbedingungen das ‚Gesetzbuch der Seeversicherung‘, und im selben Geiste hat Isaac für das Zustandekommen der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen durch Vereinbarung der großen Wirtschaftsverbände das Wort von der ‚Gesetzgebung ohne Gesetz‘ geprägt. Großmann-Koerth will den Begriff des autonomen Rechts der Wirtschaft in die Wissenschaft einführen und darunter ‚die Gesamtheit der das Wirtschaftsleben beherrschenden Handelsbräuche, Firmenformulare und Verbandsrechtsschöpfungen‘ verstanden wissen. Endlich hat Rühl in einem Vortrag über das Geschäftsbedingungswesen von einer ‚Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft‘ gesprochen.“²⁷³ Bemerkenswert ist, dass L. Raiser in seiner bahnbrechenden Monographie über AGB forderte, dass die Geltung der AGB, ohne dass ihre Geltung vertraglich vereinbart ist, der Lehre von den sog. „typisierten Willenserklärungen“ oder den „typischen Erklärungsakten mit normierter Wirkung“ zugeordnet werden soll.²⁷⁴ Selbst der BGH hat in seinen früheren Entscheidungen über AGB von „einer Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung“ gesprochen, welche von der Rechtsprechung des RG übernommen worden war.²⁷⁵ Pflug hat in seiner Habilitationsschrift durch systematische Analyse die Geltungsweise von AGB wegen „Korruption des Vertragsdenkens“ der Normtheorie zugeordnet. Seiner Meinung nach

²⁶⁷ L. Raiser, AGB-Recht, S. 76, 77

²⁶⁸ Vgl. H.-J. Pflug, AG 1992, 1, S. 4 ff., der sich gegen eine Kanonisierung der Vertragstheorie durch den Gesetzgeber wendet.

²⁶⁹ L. Raiser, AGB-Recht, S. 62

²⁷⁰ Vgl. R. Knieper: Technokratische Rationalität in Allgemeinen Geschäftsbedingungen? ZRP Heft 3/1971, S. 60

²⁷¹ Staudinger-Weber, Kommentar zum BGB, Bd. II 1a, 11. Aufl. 1967, § 241 Einl. N 13; zitiert nach R. Knieper, Technokratische Rationalität, a.a.O. S. 60

²⁷² Vgl. U. Meyer-Cording, Die Rechtsnorm, S. 84 ff., 97 ff., 131 ff.

²⁷³ Zitiert nach L. Raiser, AGB-Recht, S. 60

²⁷⁴ L. Raiser, AGB-Recht, S. 157 ff., 199 ff.

²⁷⁵ BGH I, 83 ff und S. 86 zitiert nach W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 168

wohnen schon „einseitigem Aufstellen“ wichtige Elemente von Rechtsnorm aufgrund partikularer Rechtschöpfung inne.²⁷⁶

Im Rechtsverkehr haben AGB durch Verdrängung dispositiven Rechts bereits eine ähnliche Stellung wie Rechtsnormen erhalten. Nach der von *L. Raiser* vor fast 70 Jahren beschriebenen Situation hatten AGB damals schon alle Bereiche im wirtschaftlichen Verkehr überwuchert. Offenbar argumentiert die Normtheorie eher aus einer rechtssoziologischen Betrachtungsweise, da die tatsächliche Geltungsnatur von AGB im Rechtsverkehr eine unwiderlegbare Argumentation für die Normtheorie bildet.

Im völligen Gegensatz zur Normtheorie soll die Geltungsweise von AGB nach h.M. in Deutschland der klassischen Vertragstheorie zugeordnet werden. In Bezug darauf hat *Flume* in seinem Werk über Rechtsgeschäftstheorie die einheitliche Rechtsgeschäftstheorie verteidigt. Ausgehend von der Selbstbestimmung meinte *Flume*, dass sich die Schranken für die Regelungen gerade aus dem Prinzip der Privatautonomie ergeben.²⁷⁷ Als Regelungen haben die AGB, wenn sie Teil eines Vertrages werden, den gleichen Charakter wie die vertraglich vereinbarten Regelungen. Sie unterscheiden sich von letzteren nur dadurch, dass sie einseitig gesetzt werden.²⁷⁸ Nach dieser Vertragstheorie sollen AGB nur als einseitig gestaltete Vertragsbestimmungen angesehen werden. Das AGBG war ebenfalls entgegen manch mehrdeutigen Äußerungen in der früheren Rechtsprechung²⁷⁹ eindeutig bei der rechtsgeschäftlich vertraglichen Grundlage von AGB geblieben. Nach der Einführung des AGBG ins BGB hat das AGB-Recht nach § 305 Abs. 2 BGB diese Vertragstheorie ohne Veränderung übernommen und sogar nachdrücklich betont und ausgebaut. Aber dem Wortlaut des § 305 Abs. 2 BGB ist zu entnehmen, dass die andere Vertragspartei nur mit der Geltung der AGB einverstanden sein soll, aber nicht mit ihrem Inhalt. Insofern weicht die Einbeziehung von AGB in den Vertrag von dem normalen Zustandekommen von Individualverträgen ab, welche nach § 154 ff. BGB inhaltliche Übereinstimmung voraussetzen.

In der kaufmännlichen Praxis gibt es die Besonderheit in Bezug auf Einbeziehung der AGB des Verwenders in den Vertrag, dass es ausreicht, wenn der Verwender aufgrund der beiderseitigen langjährigen Handelsbeziehung – im Gegensatz zu der Bestimmung der Kenntnisverschaffungsobliegenheit des Verwenders nach § 305 Abs. 2 BGB – ausdrücklich auf seine AGB hingewiesen hat. Hier greift die Erkundigungspflicht der Vertragspartei ein.²⁸⁰

Um theoretische Auswüchse der beiden oben erwähnten Theorien vermeiden zu können, werden AGB manchmal als Quasi-Normen bzw. als generelle Vertragsbestimmungen betrachtet. Einerseits erfolgt dies mittels der These von der Normenähnlichkeit der AGB, andererseits mittels des Konzepts der AGB als genereller Vertragsbestimmungen.²⁸¹ „Die Zerrissenheit wird deutlich bei *Flume*. Er analysiert die Versuche, die formale Verbindlichkeit zur Vertragslehre zu halten, als mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehend und lehnt die Theorie der vertraglichen Verweisung ab. Da andererseits er sich nicht entschließen kann, den AGB Rechtsnormcharakter zuzusprechen, weicht er in der Erklärung aus, die einseitig

²⁷⁶ Vgl. H.-J. Pflug, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986

²⁷⁷ W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 168

²⁷⁸ Vgl. W. Flume, AT/II, S. 670

²⁷⁹ BGHZ 1, 83; 6, 373; auch BGHZ 38, 183, 185; und davor RGZ 170, 240; 171, 43.

²⁸⁰ Vgl. v. Wensphalen, NJW, 2002, S. 1690

²⁸¹ J. Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 13

gesetzte Regelung gelte, weil für die bestimmten Geschäfte und für den bestimmten Kreis von Geschäftspartnern die Geltung von AGB von Rechts wegen anerkannt ist. ²⁸²

Nach der gesetzlichen Bestimmung des § 305 Abs. 2 BGB kommt AGB ein rechtsgeschäftlicher Charakter zu. Aber nicht zu übersehen ist, dass die durch AGB geleistete Rechtsfortbildung in Bezug auf atypische und gemischte Verträge durch die entsprechende spätere Kodifikation tatsächlich auf eine indirekte Normgestaltungsrolle hinweist. M.E. sollte es bei Beantwortung der Frage der Rechtsgeltung von AGB einerseits auf das Verhältnis zwischen dem Staat und gesellschaftlichen Organisationen hinsichtlich von Gesetzgebungsbefugnis ankommen, und andererseits auf das Verhältnis zwischen dispositivem Recht und AGB.

AGB als selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft werden vor allem von intermediären Instituten, z.B. Konzernen, Kartellen, Großunternehmen, Handels- und Industriekammern aufgestellt. Hier geht es um das Verhältnis zwischen dem Staat und wirtschaftlichen Organen. „Autonome Gruppen, z.B. Unternehmensverbände, Gewerkschaften, Großunternehmen, Interessenverbände und Selbstverwaltungsorganisationen gehören heute zu den unverzichtbaren verfassungsrechtlich gesicherten Bestandteilen der offenen und pluralistischen deutschen Gesellschaft. Sie nehmen bestimmte Interessen unterschiedlicher Bevölkerungsgruppen wahr, bilden wirksame Gegengewichte gegen andere organisierte Interessen, die Ansammlung wirtschaftlicher Macht und gegenüber dem Staat. In ihnen vollziehen sich für die Funktion einer arbeitsteiligen Wirtschaft und Gesellschaft wesentliche Meinung- und Willensbildungen. Damit strukturieren sie den Prozess gesellschaftlicher Willensbildung und vermitteln zugleich zwischen den staatlichen Institutionen und dem Bürger. Die von einem unabhängigen Besitzbürgertum getragene Wirtschaftsgesellschaft des 19. Jahrhunderts wird in einem ... Prozess der sozialen Umschichtung, Verschmelzung und Nivellierung zur ‚industriellen Massengesellschaft‘ umgeformt“ ²⁸³

Diese neue gesellschaftliche Struktur ermöglicht den Großunternehmen, durch Verwendung von AGB starke wirtschaftliche Macht zu entwickeln. Diese Macht – so heißt es – „ist notwendig, wenn die Gruppe ihre legitime Aufgabe erfüllen soll. Sie kann jedoch den gesellschaftlichen Machthaushalt auch nachhaltig stören und die Funktionsfähigkeit des Staates in bestimmten Teilbereichen beeinträchtigen. ... Der Missbrauch wirtschaftlicher Macht ist dafür ebenso Beispiel wie der Ausstand organisierter Spezialisten zum Nachteil der Allgemeinheit.“ ²⁸⁴ Natürlich müssen diese Gruppen dem Gemeinwohl zugeordnet werden. Aber problematisch ist, wie und inwieweit diese Zuordnung erfolgen kann.

Dabei stellt sich die Frage, ob die von diesen intermediären Instituten aufgestellten AGB legitimiert sind. Dies ist klar zu bejahen, weil Unternehmen mittels der Privatautonomie, vor allem der Vertragsfreiheit, auch zur Aufstellung von AGB berechtigt sind. Zweitens sind solche Gruppen für eine wirtschaftlich dynamische und effiziente Gesellschaft unentbehrlich. In der Tat stellen Kartelle, Konzerne und andere wirtschaftliche Organisationen den wichtigsten Bestandteil der bürgerlichen Gesellschaft dar. In Art. 9 Abs. 3 GG heißt es, dass jedermann das Recht hat, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. „Ohne organisierte Gruppen können wichtige individuelle Grundrechte wie die allgemeine Handlungs- oder die Berufsfreiheit oder die Verfolgung bestimmter wirtschaftlicher Interessen nur in beschränktem Umfang

²⁸² R. Knieper, ZRP Heft 3/1971, S. 60 und 61

²⁸³ L. Raiser, Vertragsfreiheit heute; in ders.: Die Aufgaben des Privatrechts, S. 43

²⁸⁴ K.H. Biedenkopf, Das Verhältnis von Staat und gesellschaftlichen Gruppen, S. 15

ermöglicht werden. Noch wichtiger aber ist, dass die durch Gruppen organisierte Interessenvertretung der Bürger ein tragender Bestandteil der freiheitlichen Ordnung eines Gemeinwesens ist. Nur in einer freiheitlichen Ordnung können sich Bürger zur Durchsetzung bestimmter legitimer Interessen organisieren. In Diktaturen sind aus offensichtlichen Gründen Interessenorganisationen ausgeschlossen. “²⁸⁵ Deswegen ist der Einfluss von solchen intermediären Instituten auf das Gemeinwohl und die individuellen berechtigten Interessen zu unterstellen.

Obwohl vom dispositiven Recht durch Privatvereinbarungen abgewichen werden darf, wohnen ihm grundlegende Werte inne, z.B. gerechte Risikoverteilung und Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien. „ Dass es die Aufgabe des Rechts ist, die Gerechtigkeit im sozialen Leben zu verwirklichen, ist eine weitverbreitete, vorwissenschaftliche und der Wahrheit nicht durchaus entgegenstehende Ansicht. “²⁸⁶ *Enneccerus-Nipperdey* vertreten die Meinung, dass die Vertragsfreiheit bei der Abweichung von Dispositivnormen des BGB im Ergebnis denselben Beschränkungen unterliegt, wie bei der Abdingung durch AGB, also auch beim Einzelvertrag in jedem Einzelfall geprüft werden müsse, ob die Abweichung von der gesetzlichen Regelung gerechtfertigt ist.²⁸⁷ Das bedeutet, dass es für zwingendes- und dispositives Recht nach wie vor ein vorgegebenes Kriterium gibt, das unabhängig von zwingender oder dispositiver Natur des Rechts eine wirkliche Geltung in positivem Recht hat. „ Zwar schwankt das Kriterium in concreto wegen der unterschiedlichen ethischen Werte und der wechselnden wirtschaftlichen Ziele im Lauf der Geschichte, aber es ist als Geist von positivem Recht nicht nur von Richtern bei Auslegung und Anwendung von konkreten Rechtsnormen beachtet, sondern auch von Rechtsgenossen bei individuellen Vereinbarungen als Richtlinie herangezogen. Deswegen ist im Einzelfall zu prüfen, ob das durch AGB verdrängte dispositive Recht lediglich auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, oder ob es der Verwirklichung der Vertragsgerechtigkeit dienen soll. Je stärker der Schutzgehalt der Dispositivnormen, um so mehr müssen die vom Aufsteller zur Rechtfertigung der Abweichung vorgebrachten Gründe für ein berechtigtes Interesse des Unternehmers sprechen. “²⁸⁸

Im Bereich des Vertragsrechts ist es zum einen die Aufgabe der gesetzlichen Regelung, den Vertragstypen jeweils innewohnenden Regelungsgehalt präzise vorzuschreiben. Zum anderen „ erstrebt das Gesetz eine, wenngleich zur Disposition der Parteien stehende, ergänzende Regelung, die es erlaubt, auftretende Konflikte im Sinne eines gerechten Ausgleichs der Interessen beider Teile zu lösen und die berechtigten Erwartungen eines jeden zu schützen. Da das Gesetz nicht für alle denkbaren Fälle eine starre Musterlösung bereithalten kann, “²⁸⁹ wird Privatautonomie als ein für den Aufbau des Zivilrechts grundlegendes Prinzip bezeichnet, das den einzelnen Rechtssubjekten einen Spielraum für seine schöpferische aber auch selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse zulässt. Insbesondere erzielt Vertragsfreiheit, als wichtigster Teil der Privatautonomie, eine private Ausgestaltung der Vertragsinhalte im Wege von Vereinbarungen. Die Realität des wirtschaftlichen Verkehrs lehrt uns auch, dass der Markt Elastizität braucht, die vor allem durch die konkreten individuellen Vereinbarungen entsteht. Rechtsordnungen, die Privatautonomie durch Pläne

²⁸⁵ K. H. Biedenkopf, a.a.O. S. 19

²⁸⁶ C. Tsatsos, Zum Verhältnis von Gerechtigkeit und positivem Recht, in: FS für K. Larenz 1983, S. 659,

²⁸⁷ Enneccerus-Nipperdey, AT, 1. Halbband, 15. Aufl., 1959, S. 301 f.

²⁸⁸ Vgl. z.B. BGHZ 41, 154; Ergibt sich aus dem dispositiven Recht keine Bewertungsrichtlinie, ist darauf abzustellen, ob die Klausel noch als ein billigerer Interessenausgleich zwischen den beteiligten Geschäftskreisen angesehen werden kann. BGHZ 38, 185; in: W. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: FS für K. Larenz, 1973, S. 380, Fn. 16

²⁸⁹ K. Larenz, Schuldrecht, Band I, S. 2

und Befehle zur Regelung der Wirtschaft ersetzen und Verträge als Hilfsmittel der Planverwirklichung betrachten, wie in der Nazi-Zeit und der ehemaligen Sowjetunion sowie der VR China vor 1979, haben die Funktion dispositiven Vertragsrechts erstickt. Dispositives Recht spiegelt gerade die notwendigen wirtschaftlichen Anforderungen an das Vertragsrecht wider. Aber die Dichotomie von zwingendem- und dispositivem Recht ist nicht absolut. Bei der Frage, welches Recht dispositiv ist, „ sollte das richtige Verständnis der Auslegung überlassen werden, d.h. auch einer Anpassung an neue Verhältnisse in der Zeit.“²⁹⁰ Außerdem gibt es noch halbzwingende Normen zwischen zwingendem und dispositivem Recht.²⁹¹ Insbesondere ist dispositives Recht zum Zweck der Inhaltskontrolle schon zwingend oder halbzwingend geworden.

Obwohl von dispositivem Recht aufgrund konkreter individueller Vereinbarungen abgewichen werden darf, spielt es bei der Auslegung und Lückenerfüllung der konkreten individuellen Vereinbarungen eine wichtige Rolle. Insbesondere darf man nicht vergessen, dass individuelle Vereinbarungen nicht unbeschränkt von dispositiven gesetzlichen Bestimmungen abweichen können. Gerade da, wo der dem dispositiven Recht innewohnende grundlegende Geist gegeben ist, wird diese Grenze gezogen.²⁹²

Das Verhältnis zwischen AGB und dispositivem Recht ist auch nicht, wie behauptet, widersprüchlich. Man kann eher sagen, dass AGB und dispositives Recht einander ergänzen. Einmal haben AGB Vorrang vor den entsprechenden dispositiven Bestimmungen. Aber der dispositivem Recht innewohnende Geist setzt eine Grenze für Abweichungen. AGB können auch einen Beitrag für Novellierung von dispositivem Recht leisten (Lückenausfüllungsfunktion²⁹³). Neue Vertragstypen oder atypische Verträge, z.B. Factoring-, Leasing- und Franchiseverträge, die sich aus der AGB-Gestaltung ergeben (Typisierungsfunktion²⁹⁴), können durch staatliche Gesetzgebung nachträglich zum dispositiven Recht erhoben werden.

Aufgrund der oben dargelegten Begründung ist in Bezug auf die Rechtsgeltung von AGB festzustellen, dass diese sich am Übergang zwischen der Geltungsweise von Rechtsnorm und Rechtsgeschäft befinden.

Zu betonen ist, dass die Funktionsweise von AGB nicht eine einfache Variante der traditionellen Vertragsbegründung ist, obwohl sie nach den Bestimmungen des AGB-Rechts der Rechtsgeschäftslehre zugeordnet ist. Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle liegen gerade der Besonderheit der Funktionsweise von AGB zugrunde, die im völligen Gegensatz zu den von individuell ausgehandelten Verträgen steht. „ Die massenhafte Einbringung von AGB in die abzuschließenden Geschäfte führt unbestreitbar zu einer Gleichförmigkeit von Verträgen; die ordnende Wirkung der AGB ist vielfach ausnahmsloser und strenger als die von dispositiven Gesetzen.“²⁹⁵ In diesem Sinne kommt den AGB nach ihrer Funktionsweise ein deutlicher Normcharakter zu, welcher durch besondere Institute im AGB-Recht wie generell-abstrakte Auslegung, Rechtsfolge bei Teilnichtigkeit von AGB und Verbandsklage in Bezug auf die Inhaltskontrolle von AGB deutlich zum Ausdruck gebracht werden kann. Offenbar besteht zwischen der Funktionsweise und der Geltungsweise von AGB ein Widerspruch.

²⁹⁰ R. Knieper, *Gesetz und Geschichte*, S. 36

²⁹¹ K. Larenz, *AT*, S. 89 und 90

²⁹² Was die Funktion von dispositivem Recht bei der Inhaltskontrolle von AGB und Formalklauseln anbetrifft, wird im Folgenden (Kapitel 6 VII) weiterhin aus rechtskultureller Sicht näher analysiert.

²⁹³ Vgl. Locher, *Recht der AGB*, S. 6

²⁹⁴ Wolf/Horn/Lindacher, *Einl. AGBG*, Rdnr. 2

²⁹⁵ J.G. Helm, *Grundlage einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in: *FS für L.S.v. Carolsfeld*, S. 12

Aber AGB sind keine Rechtsnormen. Sie sind, wie normale Rechtsgeschäfte, die Ermächtigung des staatlichen Rechts an die mannigfachen Schöpfer von AGB im Bereich der Wirtschaft, „ sich innerhalb gewisser Grenzen ihr Recht zu setzen “.²⁹⁶ Nur mit Absage an die Normtheorie von AGB kann das Verhältnis zwischen AGB und dispositivem Recht richtig behandelt werden, sonst würde dieses Verhältnis zu einem positiv rechtlichen Konflikt erhoben. Aber nicht zu übersehen ist, dass AGB wie Rechtsnormen funktionieren können, wenn sie der Inhaltskontrolle standhalten.

Zusammenfassend gesehen darf die Rechtsnatur von AGB nicht durch einseitige Betrachtungsweise analysiert werden. Während aus der Sicht ihrer Funktionsweise AGB ein Rechtsnormen ähnlicher Charakter zukommt, ist ihre Geltungsweise noch nach der Rechtsgeschäftslehre zu behandeln. Insofern wohnt den AGB eine hybride Natur inne, die weder durch die Normtheorie noch durch die Vertragstheorie völlig geklärt werden kann.

2. Rechtsnatur von Formularklauseln in China

Bei Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur von Formularklauseln müssen das chinesische Wirtschaftsmodell und die entsprechende Rechtspolitik berücksichtigt werden. Vor 1979 herrschte Planwirtschaft. Fast alle Verträge beruhten auf staatlichen Plänen. Verträge als Mittel der staatlichen Pläne wurden völlig unabhängig von einer gerechten Risikoverteilung oder einem ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen und abgewickelt. Ihnen lagen die von Staatsorganen aufgestellten Pläne und aus Formularklauseln bestehenden Standardverträge zugrunde. Das heißt, es gab fast keine Verträge im Sinne einer freien individuellen Aushandlung. Weil Staatsorgane sowie Monopolstaatsunternehmen durch hoheitliche Ermächtigung in ihren zuständigen Wirtschaftszweigen über die Regulierungsbefugnis im Sinne des Verwaltungsrechts verfügten, wurden Formularklauseln als Rechtsnormen betrachtet. Diese Befugnis wurde durch Aufstellung von Formularklauseln ausgeübt. Zu betonen ist, dass Monopolunternehmen in verschiedenen Branchen wie z.B. das Zentralchinesische Postbüro, die Zentralchinesische Volksbank und die Zentralchinesische Versicherungsgesellschaft vor 1992 nicht nur eine wirtschaftliche Monopolstellung innehatten, sondern gleichzeitig als Verwaltungsorgane Verwaltungsrecht in den ihnen zustehenden Bereichen ausübten. Nennenswert ist, dass sich Formularklauseln, die von verschiedenen Staatsorganen oder Monopolstaatsunternehmen aufgestellt wurden, vor allem darauf gerichtet waren, eigene partikuläre Interessen anstelle des Gemeinwohls zu verfolgen.

Seit Durchführung der Öffnungs- und Reformpolitik befindet sich die wirtschaftliche Struktur Chinas in einem Transformationsprozess. Insbesondere nachdem sich die chinesische Zentralregierung im Jahr 1992 entschlossen hat, eine „ sozialistische Marktwirtschaft “ anstelle der früheren Planwirtschaft aufzubauen, haben Verträge, wie viele andere rechtliche Institutionen, eine Transformationsfunktion. Einerseits gibt es viele konkrete Vertragsvorschriften, die unter starkem Einfluss der Planwirtschaft ausgearbeitet und erlassen worden sind wie z.B. die Darlehensvertragsvorschriften (1985), die Einbauleistungsvertragsvorschriften (1983) und noch weiterhin Anwendung finden. Die Weitergeltung von diesen konkreten Vertragsvorschriften ist nach dem Inkrafttreten des CVG vom Gesetzgeber nicht deutlich geklärt worden²⁹⁷. Andererseits gibt es viele neue Gesetze, hier vor allem das CVG,

²⁹⁶ L. Raiser, AGB-Recht, S. 63

²⁹⁷ Über die Rechtsnatur dieser Vertragsvorschriften ist auf Kapitel 1, 6: Formularklauseln in China und deren Inhaltskontrolle, zu verweisen.

die die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für die aufzubauende Marktwirtschaft anstreben. Vertragsfreiheit als wichtigstes Prinzip im heutigen chinesischen Vertragsrecht ist in § 4 CVG bereits vorgeschrieben, um ein unlauteres Eingreifen seitens der Regierungsorgane zu verhindern.

Was die Rechtsgeltung von Formulklauseln anbetrifft, so herrscht zur Zeit in China eine zwiespältige Situation. Formulklauseln, die von Unternehmen, welche anders als staatliche Monopolunternehmen keine Verwaltungsfunktion haben, oder in Form von Musterverträgen aufgestellt sind, bilden eine rechtsgeschäftliche Vertragsgrundlage. Sie unterliegen der Inhaltskontrolle. Diese Formulklauseln verbreiten sich in China zunehmend. Die Bestimmungen über Inhaltskontrolle im CVG beziehen sich vor allem auf diese Formulklauseln. Auf der anderen Seite haben Formulklauseln, die von Staatsunternehmen wie China Telecom und China Post, die früher als Regierungsorgane zur Verwaltung ihrer betreffenden Branchen fungierten, aufgestellt wurden, tatsächliche Geltung als Rechtsnorm. Dies spiegelt sich sehr deutlich darin wider, dass diese Formulklauseln der richterlichen Inhaltskontrolle nicht unterliegen, wenn vor Gericht wegen der benachteiligenden Inhalte von Verbrauchern ihre Änderung oder Unwirksamkeit verlangt wird. Die Rechtsprechung hat zur Zeit keine Möglichkeit, hier zugunsten der Verbraucher gegen staatliche Monopolunternehmen zu urteilen. Der heftige Streit darüber, ob staatliche Monopolunternehmen unbillige Formulklauseln auf Kosten der Interessen von Verbrauchern abschaffen und ihre Monopolposition zugunsten von freiem Wettbewerb in der neu aufgebauten chinesischen Marktwirtschaft aufgeben müssen, bedeutet, dass der Kampf gegen „ Tyranneiformulklauseln “ schon auf der Tagesordnung steht. Das Chaos zwischen dem neuen CVG und den von den verschiedenen Ministerien aufgrund des schon aufgehobenen CWVG erlassenen konkreten Vertragsvorschriften zu beseitigen, stellt die aktuelle Aufgabe des Rechtsausschusses des NVK dar. Insbesondere angesichts dessen, dass das Recht Chinas nach seinem Beitritt zur WTO dem Transparenzprinzip genügen muss, ist die Vertragsordnung als Kernstück des Wirtschaftsverkehrs verbindlich zu systematisieren und zu vereinfachen. Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln, die vor 1979 Mittel der Staatsmonopole waren und sich nach diesem Zeitpunkt allmählich zum sog. rationalen wirtschaftlichen Mittel einerseits und zum Mittel des Monopolerhalts andererseits wandeln, ist insoweit von aktueller Bedeutung.

Kapitel 4: Der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und von Formulklauseln in China

Wie oben erwähnt, ist jedes Individuum berechtigt, nach seiner Vorliebe gemäß dem Prinzip der Vertragsfreiheit Verträge frei zu gestalten. §§ 311, 241 BGB schreiben dieses Prinzip aus einer negativen Perspektive vor. Im chinesischen Vertragsrecht wird dieses Prinzip erst seit 1999 durch das CVG anerkannt. Nach § 4 CVG ist deutlich, dass Vertragsfreiheit gegenwärtig eines der grundlegenden Elemente des chinesischen Vertragsrechts darstellt. Individualverträge aufgrund von Selbstbestimmung im deutschen Recht unterliegen der Inhaltskontrolle im weiteren Sinne, nämlich der Kontrolle des Verstoßes gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten, §§ 134, 138 BGB. Im chinesischen Vertragsrecht gibt es auch eine Inhaltskontrolle von Individualverträgen. Darin findet sich aber die Spur der früheren Planwirtschaft wieder.²⁹⁸ Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Inhaltskontrolle im engeren Sinne, vor allem hinsichtlich AGB und Formulklauseln. Auf den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle wird im Folgenden eingegangen.

I. Der persönliche Anwendungsbereich

1. Überblick über die Rechtssubjektlichotomie von natürlicher und juristischer Person, von Kaufmann und Nichtkaufmann, von Unternehmer und Verbraucher in Deutschland

Im BGB lässt sich das Rechtssubjekt in zwei Typen gliedern, nämlich natürliche und juristische Personen. Diese Dichotomie stellt die traditionelle grundlegende Gliederung von Rechtssubjekt im allgemeinen bürgerlichen Recht dar. Am Anfang der Ausarbeitung des BGB wurde nicht bedacht, dass natürliche Personen als konkretes Rechtssubjekt im heutigen Sinne besonderen Schutz brauchen. Die Inhaltskontrolle bestand nicht am Ausgangspunkt des BGB, welches sich gerade auf die formelle Vertragsfreiheit berief.

Nach §§ 1 und 2 a.F. HGB lassen sich Kaufleute ebenfalls in zwei Typen gliedern, nämlich Groß- und Minderkaufleute. Aber nach der Reform des Kaufmannsbegriffs im § 1 n. F. HGB unterfällt der Minderkaufmann nicht mehr dem Kaufmannsbegriff, wenn er als Kleingewerbetreibender nicht (freiwillig) die Handelsregistereintragung nach § 2 n. F. HGB wählt. Kaufleute als besonderes Rechtssubjekt unterliegen der gesonderten Regelung des HGB. Bei Fehlen von speziellen Bestimmungen im HGB gelten die Vorschriften im BGB, welche als allgemeines Privatrecht sowohl Anwendung für Kaufleute als auch für Nichtkaufleute finden. Bemerkenswert ist, dass die selbständige Kodifikation des Handelsrechts auf die Rechtsgeschichte, aber nicht auf eine entsprechende Rechtstheorie zurückzuführen ist. Die neuen Zivilgesetzbücher, z.B. das italienische (*Codice civile*) und holländische BGB (*Burgerlijk Wetboek*), haben einen anderen Weg eingeschlagen, nämlich, das Handelsrecht in das allgemeine bürgerliche Recht zu integrieren. Nach Einführung westlichen Zivilrechts hat China bei dem Versuch der Ausarbeitung eines modernen Zivilgesetzbuches dieses Modell gewählt. So wurden bei Schaffung des CBGB der Republik China (1911-1949) das bürgerliche und das Handelsrecht in einem Gesetz zusammengefasst (*minshang heyi*). Dieses Gesetz gilt trotz mehrfacher Modifikationen in Taiwan noch heute.

²⁹⁸ Nach § 52 CVG sind Verträge unwirksam: 1. wenn mit Täuschung oder Drohung durch eine Seite errichtete Verträge staatliche Interessen schädigen; 2. wenn in böswilliger Kollusion Interessen des Staates, von Kollektiven oder von Dritten geschädigt werden; 3. wenn eine legale Form ein rechtswidriges Ziel verbirgt; 4. wenn gesellschaftliche öffentliche Interessen geschädigt werden; 5. wenn zwingende Bestimmungen von Gesetzen oder verwaltungsrechtlichen Vorschriften verletzt werden.

Unter dem starken Einfluss der Verbraucherschutzbewegung ist eine neue Dichotomie des Rechtssubjekts entstanden, nämlich die Zweiteilung in Unternehmer und Verbraucher. Mit Umsetzung einer Reihe Europäischer Richtlinien sind dem BGB zwei neue Vorschriften, nämlich §§ 13 und 14 hinzugefügt worden. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Demgegenüber ist Unternehmer nach § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Die Situation, dass viele auf besondere Zwecke zielende Sondergesetze außer dem BGB bestehen, erodiert die Grundwerte einer Kodifikation wie Systematik, Einheit und Transparenz. Entscheidend ist, dass die dominante Stellung des BGB im Privatrecht von solchen Sonderprivatgesetzen zunehmend verdrängt wird. Wenn man bedenkt, dass das HGB und die gesonderten Verbraucherschutzgesetze in der Tat mehr Anwendung für privatrechtliche Rechtsverhältnisse finden als das allgemeine BGB, ist festzustellen, dass neben der alten Dichotomie der Rechtssubjekte, nämlich natürlicher und juristischer Person, eine neue Rechtssubjektabgrenzung in Bezug auf den Verbraucherschutz geleistet werden muss.

2. Das Kriterium der Subjektdifferenzierung im AGB-Recht in Deutschland

Ein „Systemwandel“ zeichnet sich seit Mitte der achtziger Jahre in den neuen verbraucherschutzrechtlichen Gesetzen ab. Insbesondere haben die EU-Richtlinien und ihre innerstaatliche Umsetzung dem Verbraucher den Unternehmer, den Gewerbetreibenden, berufsmäßig Handelnden oder Selbständigen als gesetzliche Leitbilder gegenübergestellt. Die Neufassung des § 24 AGB-Gesetz (nun § 310 Abs. 1 BGB) im HRefG vollzieht diese Abkehr vom Kaufmannsbegriff erneut. Diese gesetzgeberische Entwicklung wirkt auf die Stimmigkeit der handelsrechtlichen Abgrenzungskriterien zurück.²⁹⁹

Nach § 310 Abs. 1 BGB finden § 305 Abs. 2 und 3 BGB und die §§ 308 und 309 BGB, die als Kernstück dieses Gesetzes betrachtet werden, keine Anwendung auf AGB, welche gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Daraus ist zu folgern, dass einmal die Dichotomie von Unternehmer und Verbraucher als Schlüsselbegriff für die Entscheidung gilt, ob die Kernvorschriften, nämlich § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 BGB, unmittelbare Anwendung finden können. Die Differenzierung von Kaufmann und Nichtkaufmann ist durch diese neue Dichotomie ersetzt worden. Weiterhin wird die traditionelle Subjektdifferenzierung im BGB, nämlich in natürliche und juristische Person durch diese neue Dichotomie nach §§ 13 und 14 BGB verdrängt. Die traditionelle Rechtssubjektdifferenzierung von natürlicher und juristischer Person soll keine ausschlaggebende, sondern nur eine sekundäre Rolle für die Entscheidung des persönlichen Anwendungsbereichs im AGB-Recht spielen.

²⁹⁹ Vgl. J. Treber, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, AcP, 1999, S. 550

3. Der persönliche Anwendungsbereich des AGB-Rechts in Deutschland

Der durch das AGB-Recht geschützte Personenkreis ist im Grundsatz unbeschränkt. „ Der Schutz des AGB-Rechts wird allen Vertragsparteien zuteil, denen gegenüber AGB verwendet werden, ohne Rücksicht auf ihren persönlichen Status. “³⁰⁰ Unternehmer werden ebenfalls in den Schutzbereich des AGB-Rechts einbezogen, da sie wie Verbraucher auch nicht immer in der Lage sind, in der heutigen arbeitsteiligen Gesellschaft die spezifischen AGB-Klauseln ohne Rücksicht auf zeitliche Dauer und wirtschaftliche Kosten genau zu prüfen. Deswegen hat sich das AGB-Recht für eine kombinatorische Zwecksetzung entschieden, auch wenn das Niveau des Verbraucherschutzes des AGB-Rechts nach Umsetzung der EU-Linie über missbräuchliche Klauseln gewissermaßen erhöht ist.

Aber der durch das AGB-Recht angebotene Schutz wird für Unternehmer und juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen reduziert. Die unmittelbare Anwendung der Kernvorschriften ist für solche Rechtssubjekte ausgeschlossen, obwohl die Generalklausel des § 307 Abs. 1 und 2 BGB so eingreifen kann, dass dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 BGB genannten Vertragsbestimmungen führt. Außerdem ist dabei auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessene Rücksicht zu nehmen. D.h. bei der Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB auf AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr sind alle Gesichtspunkte für die Unwirksamkeit von Klauseln heranzuziehen, die im Rahmen dieser Vorschrift entwickelt wurden, dabei auch viele Unwirksamkeitsgesichtspunkte, die sich aus den Klauselkatalogen der §§ 308 und 309 BGB ergeben, soweit diese als Ausprägungen der Generalklausel des § 307 Abs. 1 und 2 BGB anzusehen sind.³⁰¹ Unwirksame Klauseln zwischen Unternehmern und Verbrauchern sind ein Indiz dafür, dass die Klauseln auch im unternehmerischen Verkehr unwirksam sein können.³⁰²

4. Der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China

Im CVG gibt es keine Bestimmungen darüber, für welche Rechtssubjekte die Inhaltskontrolle bei Verwendung von Formulklauseln Anwendung findet. Das Kriterium von Kaufmann und Nichtkaufmann findet bis jetzt im chinesischen Recht kein Echo. Die meisten chinesischen Juristen vertreten die Ansicht, dass die Trennung von Kaufmann und Nichtkaufmann, oder die Kodifikationstrennung von Zivil- und Handelsrecht der wirtschaftlichen Realität nicht entspricht. Historisch gesehen orientierte sich das chinesische Zivilrecht am Anfang der Rechtsreform am Ende der *T' sing* Dynastie (1641-1911) am deutschen, schweizerischen und französischen Zivilrecht. Dadurch hat das chinesische Zivilrecht auch das System von Zivil- und Handelsrecht akzeptiert. Trotzdem hatten *Hu Hanmin* und *Lin Seng*, die damals Präsident bzw. Vizepräsident des Gesetzgebungshofs (*Lifayuan*) waren, 1928 einen Antrag vorgelegt, in welchem sie darlegten, dass die Trennung von Zivil- und Handelsrecht wie im französischen Zivilgesetzbuch, nur in Frankreich und der europäischen Rechtsgeschichte begründet liege, wo ein Kaufmannsstand mit eigenen Bräuchen und Gerichten vorhanden gewesen sei; da aber solch ein geschichtlicher und kultureller Hintergrund in China nicht bestehe, solle das chinesische Zivilgesetzbuch durch Verbindung oder Vereinigung von Zivil-

³⁰⁰ Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24 AGBG, Rdnr. 1

³⁰¹ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24 AGBG, Rdnr. 16

³⁰² BGHZ 90, 273 = NJW 1984, 1750 (Betr. Einschränkung der gesetzlichen Verjährungsfrist des § 638 BGB für Bauwerke); BGHZ 122, 241 = ZIP 1993, 1091 = WM 1993, 1416 (Betr. Einschränkung des § 638 BGB bei Kfz-Reparatur), zitiert nach Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24 AGBG, Rdnr. 13

und Handelsrecht kodifiziert werden. Dieser Vorschlag wurde in der 183. Sitzung der „ Zentralen politischen Versammlung “ 1928 angenommen. Demgemäß kodifizierte der Gesetzgeber das Zivilgesetzbuch.³⁰³ Aus diesem Grund sind viele chinesische Juristen der Meinung, dass sich das chinesische Zivilgesetzbuch (1929-1933) deutlich vom deutschen BGB unterscheidet, weil nämlich jene Materien, die im deutschen Handelsgesetzbuch gesondert geregelt sind, in China im Zivilgesetzbuch mitgeregelt wurden.³⁰⁴ Aber tatsächlich ist es nicht so einfach wie theoretisch dargelegt. Viele traditionelle Handelsgebiete, z.B., das Seehandelsrecht, das Wechselrecht, das Gesellschaftsrecht usw. sind durch entsprechende Sondergesetze geregelt. Viele handelsrechtliche Regelungen haben damit ihren Eingang in die Sondergesetze gefunden. Trotzdem wird im Großen und Ganzen die Trennung von Zivil- und Handelsrecht abgelehnt. Ein Handelsgesetzbuch wurde bei der Diskussion über das Modell des chinesischen Zivilgesetzbuchentwurfs ebenfalls nachdrücklich abgelehnt. Deswegen ist das Kriterium von Kaufmann und Nichtkaufmann nicht geeignet für die Entscheidung, ob die Inhaltskontrolle für die Formular Klauseln unter Kaufleuten oder zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann Anwendung finden kann.

Das chinesische Zivilrecht hat die Dichotomie des Rechtssubjekts von natürlicher und juristischer Person schon seit langem übernommen. Das zweite Kapitel der CAGZ ist mit „ Bürger “ (*gongmin*) oder „ natürlicher Person “ (*ziranren*), das dritte mit „ juristischer Person “ (*faren*) überschrieben. Zu bemerken ist, dass es neben diesen beiden Rechtssubjekten noch ein drittes, nämlich „ andere Organisation “³⁰⁵, z.B. Partnerschaft von Einzelpersonen (*geren hehuo*) und kleine Gewerbetreibende (*geti gongshanghu*), gibt. Die Inhaltskontrolle nach dem CVG findet ihre Anwendung für Formular Klauseln bei diesen drei Rechtssubjekten.

Die Dichotomie des Rechtssubjekts, nämlich Unternehmer und Verbraucher, ist im chinesischen Recht im Sinne der Rechtssetzung schon anerkannt. Im Jahr 1993 trat das CVerbSG in Kraft, welches insbesondere auf Verbraucherschutz zielt. Darin sind Unternehmer und Verbraucher bereits als neue Rechtssubjekte vorgeschrieben. Da nach der chinesischen Zivilrechtslehre Kaufleute ein historisch spezifisches Rechtssubjekt in Europa darstellen, besteht zwischen dem europäischen Kaufmannsbegriff und dem „ Unternehmer “ in China keine Vergleichbarkeit. Die Inhaltskontrolle von Formularverträgen (§ 24 CVerbSG) wird aber in diesem Gesetz nur einmal erwähnt. Anders als beim Verbraucherschutzgesetz in Taiwan³⁰⁶ stellt die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln und Formularverträgen kein Kernstück im CVerbSG dar. Die Frage, ob die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln im CVG besonders auf Verbraucherschutz gerichtet ist, ist zu verneinen, da dieses Gesetz nach § 2 CVG Verträge zwischen Bürgern, juristischen Personen und anderen Organisationen als gleichberechtigten Subjekten eine Beziehung mit zivilrechtlichen Rechten und Pflichten regelt. Insofern spielt es de lege lata keine Rolle, ob Verträge Verbraucher- oder Handelsverträge sind, obwohl das Motiv, zwischen Verbraucherverträgen und Verträgen unter Unternehmern zu unterscheiden, bei der Ausarbeitung des CVG schon auftauchte. Dem § 2 CVG ist auch zu entnehmen, dass die Inhaltskontrolle, wie oben schon erwähnt, nicht ausschließlich auf Verbraucherschutz gerichtet ist, sondern wie das AGB-Recht, einen allgemeinen Schutz zum Zweck der materiellen Vertragsfreiheit bietet.

³⁰³ Sammlungen von Materialien der Gesetzgebungsgeschichte der Republik China, Band 2.

³⁰⁴ Jian Mi, Die Entwicklung und die Probleme des chinesischen Zivilrechts in der Gegenwart, S. 7

³⁰⁵ Vgl. § 2 CAGZ und § 2 CVG

³⁰⁶ Vgl. Das Taiwanische Verbraucherschutzgesetz, Abschnitt 2, Untertitel 2 „fixierte Verträge (*Dingxinghua Qiyue*)“

Im Prinzip soll die Inhaltskontrolle von Formulklauseln im chinesischen Recht für alle Rechtssubjekte, gleichgültig Unternehmer oder Verbraucher, Partnerschaft von Einzelpersonen und kleine Gewerbetreibende, Anwendung finden.

II. Der sachliche Anwendungsbereich

1. Der sachliche Anwendungsbereich des AGB-Rechts im BGB

§ 305 Abs. 3 BGB bestimmt, dass die zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingungen keine AGB sind. D.h., alle Verträge, die kraft Vertragsfreiheit durch freie Aushandlung zustande gekommen sind, unterliegen prinzipiell nicht der Inhaltskontrolle. Hier herrscht das Prinzip von Selbstbestimmung sowie Selbstverantwortung vor. Nur unter besonderen Umständen wie z. B. bei Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB, § 7 CVG) findet die Inhaltskontrolle im weiteren Sinne ausnahmsweise Anwendung für individuelle Verträge.

Die Bereichsausnahmen der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht beziehen sich auf: das Erb-, das Familien- und das Gesellschaftsrecht (§ 310 Abs. 4 BGB). Der Grund dieser Bereichsausnahmen liegt darin, dass der Schutz des AGB-Rechts insoweit nicht erforderlich, nicht angemessen oder nicht systemgerecht erscheint.³⁰⁷ Auffällig ist, dass die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach dem SMG nun auch vom ins BGB integrierten AGB-Recht geregelt ist. Bei der Ausarbeitung des AGBG wurde die Ansicht vertreten: „ Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wird ein Schutz des schwächeren Vertragspartners vor unangemessenen Vertragsbedingungen schon heute durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und durch das besondere System der kollektivrechtlichen Vereinbarungen verwirklicht. Soweit auch auf diesem Gebiet noch eine Verbesserung des Schutzes vor unangemessenen Bedingungen erforderlich erscheint, sollten besondere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vorgenommen werden “. ³⁰⁸ „ Aber nun hat sich fast unbemerkt im Rahmen von § 310 Abs. 4 BGB n.F. eine ganz entscheidende, weitreichende Änderung vollzogen: Vertragsklauseln in Arbeitverträgen unterliegen künftig der uneingeschränkten Inhaltskontrolle. Diese gilt freilich nicht für Tarifverträge sowie Betriebs- oder Dienstvereinbarungen. Zudem sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten , angemessen’ zu berücksichtigen. Ob das weiter führen wird als bislang im Rahmen der vom BAG vollzogenen Billigkeitskontrolle am Maßstab des § 242 BGB, bleibt eine Frage der Zukunft. “³⁰⁹

In den aufgeführten Rechtsgebieten des Erb- und Familienrechts werden AGB im herkömmlichen Sinne nur selten verwendet, weil es bei Verträgen dieser Rechtsgebiete auf die konkret privatbezogenen Elemente ankommt, die der gleichförmigen und massenhaften Anwendung von Vertragsbedingungen widersprechen. Die Inhaltskontrolle von AGB im Gesellschaftsrecht hat sich schon gesondert entwickelt.

Die Einzelausnahmen sind in § 310 Abs. 2 BGB vorgeschrieben: So unterliegen öffentliche Dienstleistungen wie z.B. Elektrizitäts- und Gasversorgung der bereits vorhandenen behördlichen Kontrolle.

³⁰⁷ Entwurf eines Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB, Bundesministerium der Justiz, S. 91

³⁰⁸ Entwurf, a.a.O. 92

³⁰⁹ v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, S. 25

Für den Bereich der Versicherungsverträge sieht bereits § 5 VVG eine spezialgesetzliche, auf den Abschluss von Versicherungsverträgen zugeschnittene Regelung vor, die der Rechtsklarheit dient und neben dem bezweckten Schutz der Gesamtheit der Versicherten auch gewährleistet, dass der einzelne Versicherte nicht an mit ihm nicht vereinbarte Bedingungen gebunden wird. Insoweit besteht kein Bedürfnis für eine zusätzliche Regelung.³¹⁰

Nach § 23 Abs. 2 AGBG fand eine Einbeziehungskontrolle (§ 2 AGBG) ferner keine Anwendung für die Beförderung durch Eisenbahn, Straßenbahn, Bus und Kraftfahrzeuge (§ 23 Abs. 2 Nr. 1 AGBG), sowie Telekommunikationsdienstleistungen, Postleistungen (§ 23 Abs. 2 Nr. 1a und 1b), Bausparverträge, Versicherungsverträge und das Rechtsverhältnis zwischen Kapitalanlagegesellschaften und Anteilseignern (§ 23 Abs. 3 AGBG). Das hat sich nach dem SMG geändert. Im Ergebnis ist eine wesentliche Verschärfung eingetreten. „Nunmehr bestimmt § 305 a S. 1 BGB n.F., dass der Verwender zwar nicht verpflichtet ist, in den besonderen Fällen der Einbeziehung von AGB § 305 Abs. Nr. 1, 2 BGB n.F. zu beachten. AGB werden aber auch dann einbezogen, wenn der Verwender weder einen ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung der AGB bei Abschluss des Vertrags gibt noch dem Vertragspartner in zumutbarer Weise die Möglichkeit von der Kenntnisnahme verschafft. Im Rahmen von § 305 a S. 1 BGB n.F. ist jetzt entscheidend, dass gleichwohl das Konsensprinzip der §§ 145 ff. BGB eingreift. Denn der Verwender muss jetzt gem. § 305 a S. 1 BGB n.F. sicherstellen, dass die andere Vertragspartei mit der Geltung der AGB „einverstanden“ ist. Nur unter dieser Voraussetzung wird eine wirksame Einbeziehung vollzogen“. ³¹¹

Hervorzuheben ist, dass die Inhaltskontrolle nicht ausschließlich durch das AGB-Recht im BGB vorgeschrieben ist. Der Entwicklungsgeschichte von AGB ist zu entnehmen, dass AGB ursprünglich in Versicherungsgesellschaften aufgekommen waren, bei welchen sich die Inhaltskontrolle als eine wichtige rechtliche Aufgabe ergab. Deshalb „schließt § 310 BGB Abs. 4 in den bezeichneten Ausnahmebereichen nur die unmittelbare Anwendung des AGB-Rechts im BGB aus, nicht aber jegliche anderweitig begründbare Inhaltskontrolle.“³¹²

2. Der sachliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG

Nach § 2 CVG sind die Bestimmungen dieses Gesetzes für die auf Ehe, Adoption, Vormundschaft oder sonst auf persönliche Statusbeziehungen bezogenen Vereinbarungen nicht anwendbar. Deswegen werden die Rechtsbereiche von Ehe, Adoption und Vormundschaft sowie andere Rechtsgebiete, die sich auf persönliche Vereinbarungen beziehen, von der Inhaltskontrolle ausgeschlossen. Diese Ausnahmebereiche der Inhaltskontrolle sind, wie im AGB-Recht in Deutschland, dadurch begründet, dass die Inhaltskontrolle von Formulklauseln für diese Rechtsgebiete nicht geeignet oder entbehrlich ist.

Was die konkreten sachlichen Ausnahmebereiche der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG angeht, soll auf die Einzelausnahmen punktuell eingegangen werden.

³¹⁰ Entwurf eines Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB, Bundesministerium der Justiz, S. 95

³¹¹ v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, S. 14

³¹² Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 23 AGBG, Rdnr. 8

- a. Versicherungsverträge und Seeversicherungsverträge werden von der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG nicht umfasst, weil das CVersG und das CSHG eine Inhaltskontrolle von Versicherungsverträgen bereits vorsehen.³¹³
- b. Bestimmungen über Verträge, die sich auf Lieferung von Elektrizität, Wasser, Gas und Wärme sowie Beförderung beziehen, sind als typische Verträge im Kapitel 10. und 17. CVG enthalten. Anders als in der Bestimmung des § 310 Abs. 2 BGB werden diese nicht ausdrücklich als Einzelausnahmen der allgemeinen Inhaltskontrolle nach dem CVG bezeichnet. Die gesetzlichen Bestimmungen darüber sind im CVG dispositives Recht,³¹⁴ obwohl einige davon zwingendes Recht sind.³¹⁵ Deshalb können Vertragsparteien von diesen dispositiven Vorschriften abweichende Formulklauseln verwenden. Als Folge müssen diese typischen Verträge, die aus Formulklauseln bestehen, der Inhaltskontrolle nach dem CVG unterliegen. Bei Beförderungsverträgen gibt es zur Zeit drei unterschiedliche Vertragsvorschriften für Luft-, Wasser-, und Eisenbahn- sowie Landstraßenbeförderung. Ihre Gültigkeit sollte m.E. nach dem Inkrafttreten des CVG aufgehoben werden.³¹⁶ Verträge über Daseinsvorsorge sollten jedoch nicht der allgemeinen Inhaltskontrolle von Formulklauseln unterliegen, weil sie sich von den anderen wirtschaftlich an Erwerbsgewinn orientierten Verträgen unterscheiden.³¹⁷ Sie könnten in verschiedenen fachspezifischen aus Formulklauseln bestehenden Vertragsverordnungen geregelt werden. Insoweit wären diese Daseinsvorsorgeverträge aus dem CVG ausgelagert.
- c. Was die Formulklauseln bei Telekommunikations- und Postdienstleistungen in China betrifft, so besteht auch auf diesen Gebieten eine Tendenz zur Privatisierung. Nach dem Abkommen über den Beitritt Chinas zur WTO werden sich die Telekommunikations- und Postmärkte den ausländischen Investoren öffnen. Bei der Inhaltskontrolle von Verträgen über solche Dienstleistungen kommt es darauf an, ob diese Verträge gemeinwohlbezogen sind. Als eine mögliche Lösung sollte die Inhaltskontrolle in diesen Bereichen in gesonderten Vertragsverordnungen geregelt werden.
- d. Formulklauseln im Gesellschaftsrecht, z.B. Gesellschaftsverträge und Satzungen, sollten ebenfalls der Inhaltskontrolle nach dem CVG unterliegen. Der Grund dafür liegt darin, dass einerseits Gesellschaftssatzungen oder Bestimmungen über Ausübung von Gesellschafterrechten der Eigenschaft von Formulklauseln entsprechen, deswegen besteht die Gefahr, dass Gesellschaftsverträge und Gesellschaftssatzungen ohne freie Aushandlung mit der anderen Partei einseitig aufgestellt werden. Andererseits zeigt die Rechtsprechung auf diesem Rechtsgebiet, dass sich allmählich eine richterliche Inhaltskontrolle entwickelt. Hervorzuheben ist, dass Gesellschaftssatzungen von staatseigenen Kapitalgesellschaften (*guoyou duzi gongsi*) nach § 65 CGG nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, da sie Verwaltungsgenehmigungen voraussetzen.

³¹³ Vgl. Abschnitt 2 der Versicherungsvertrag im chinesischen Versicherungsgesetz (CVersG), das am 1. 10. 1995 in Kraft trat. Abschnitt 12. der Seeversicherungsvertrag im chinesischen Seehandelsgesetz (CSHG), das am 1. 07. 1993 in Kraft trat.

³¹⁴ Z.B. § 293 CVG: „Verträge über die Beförderung von Reisenden werden zu dem Zeitpunkt abgeschlossen, zu dem der Beförderer dem Reisenden die Fahrkarte übergibt, soweit nicht die Parteien etwas anders vereinbaren oder eine andere Verkehrssitte gilt.“

³¹⁵ Z.B. § 289 CVG: (Abschlusszwang) „Im öffentlichen Transportgewerbe tätige Beförderer dürfen übrige vernünftige Verlangen von Reisenden und Absendern nicht ablehnen.“

³¹⁶ S. Kapitel 1. VI 2. a

³¹⁷ S. Kapitel 1. VI 2. b

III. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle von AGB durch § 310 Abs. 3 BGB (§ 24 a AGBG) und die Diskussion über eine Übernahme dieser Ausweitung ins chinesische Recht

1. Definition des Verbrauchervertrags

Nach § 310 Abs. 3 BGB sind Verträge zwischen Unternehmern und natürlichen Personen, die den Vertrag zu einem Zweck abschließen, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher), Verbraucherverträge. „ Unternehmer “ nach § 14 Abs. 1 BGB ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Die Definitionen des „ Verbraucher “ in § 13 BGB und § 24 a AGBG sind identisch. Diese Legaldefinition entspricht der Bestimmung in Art. 2 lit.b der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln. Dieser Definition ist zu entnehmen, dass eine juristische Person in keinem Fall als Verbraucher anzusehen ist. Deswegen sind Idealvereine und gemeinnützige Stiftungen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.³¹⁸ In den durch § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB ausgeschlossen Rechtsgebieten, nämlich dem Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht findet § 310 Abs. 3 BGB auch keine Anwendung, da die EU-RiLi auch diese Rechtsgebiete gem. Erwägungsgrund 10 S. 3 ausnimmt.

Nach der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG vom 25. 5. 1999 über den „ Verbrauchsgüterkauf “ und Garantie für Verbrauchsgüter („ Verbrauchsgüterkaufrichtlinie “) ist ein neuer Untertitel „ Verbrauchsgüterkauf “ ins BGB (§ 474 ff.) eingefügt worden. Wichtig ist, dass die Vorschriften in diesem Untertitel *ius cogens* sind. Deswegen dürfen Verbrauchsgüterverträge, die aufgrund der Einbeziehung von AGB zustande gekommen sind, nicht von diesen Vorschriften abweichen, sonst würden die abweichenden Vertragsbestimmungen ungültig sein. Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB findet hier keine Anwendung.

2. Die neue Ausweitung

§ 24 a AGBG (nun § 310 Abs. 3 BGB) wurde durch die Umsetzung der EG- RiLi über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ins deutsche AGB-Recht eingeführt. Während das AGB-Recht einen einheitlichen Schutz, z.B. sowohl für den Verbrauchsgüterkauf als auch für den Handelskauf, gegen die sich aus Verwendung von AGB ergebenden Risiken anbietet, ist die EU-RiLi ausschließlich auf Verbraucherschutz gerichtet. Infolgedessen ist der Anwendungsbereich von § 310 Abs. 3 BGB (Art. 1. Abs. 1 der Richtlinie) wie folgt beschränkt:

- a. Verbraucher sollen gegen von Dritten gestellte Bedingungen geschützt werden (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Das AGB-Recht kontrolliert dabei von Unternehmern selbst und die von Dritten, z.B. einem Wirtschaftsverband vorformulierten AGB. Hier ergibt sich als weiteres Problem, dass Vertragsbedingungen, die von einem Dritten oder einer

³¹⁸ H. Heinrichs, NJW 1996, 2191

sonstigen, nicht am Vertrag beteiligten Partei in den Vertrag eingeführt wurden, ebenfalls der Inhaltskontrolle unterworfen werden müssen.

- b. Schutz soll auch gegen Einmalklauseln gewährt werden (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Das Kernstück des § 310 Abs. 3 BGB ist, dass die nur zur einmaligen Verwendung bestimmten vorformulierten Vertragsbedingungen auch der Inhaltskontrolle unterliegen. Demgegenüber definiert § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB AGB als „ für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen “. Für Verbraucherverträge gelten § 305 c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB sowie Art. 29 a EGBGB auch bei Fehlen des Tatbestandmerkmals der Vielzahl. „ Der durch die Richtlinie vorgegebene Schutzgedanke der Nr. 2 besteht darin, dass durch die Tatsache der Vorformulierung bereits die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Verbrauchers eingeschränkt sein kann, ohne dass es darauf ankommt, ob diese Klauseln für eine einmalige oder mehrmalige Verwendung bestimmt sind. “³¹⁹
- c. Bei Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung sind auch die Umstände des Vertragsabschlusses zu berücksichtigen, § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Auf diese prozessuale Besonderheit wird im Rahmen der Verbandsklage³²⁰ später näher eingegangen.

3. Übernahme dieser neuen Ausweitung ins chinesische Formularklausel-Recht

Zwar werden im CVerbSG Verbraucherverträge nicht wörtlich erwähnt, aber nach den Motiven der Gesetzgeber ist zwischen Verträgen, welche zwischen Endverbrauchern und Unternehmern und solchen, die zwischen Unternehmern abgeschlossen werden, zu unterscheiden. Trotzdem wird diese Differenzierung des Formularklausel-Rechts im CVG nicht akzeptiert. Danach sind Formularklauseln, egal ob in Verbraucher- oder in Nichtverbraucherverträgen einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Hinsichtlich des zunehmenden Bedürfnisses nach Verbraucherschutz sollte die neue Ausweitung nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB m.E. auch ins chinesische Recht eingeführt werden. Problematisch ist, wie die Einordnung dieser neuen Ausweitung im AGB-Recht in das jetzige chinesische duale System in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formularklauseln, nämlich vom CVerbSG als dem spezifischen Gesetz und CVG als dem allgemeinen Gesetz, zu bewerkstelligen ist. Die beste Möglichkeit scheint darin zu liegen, dass die Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen ins CVerbSG eingeführt werden. Das würde auch dazu führen, dass die Vorschriften über die Inhaltskontrolle im CVG als allgemeine Bestimmungen angesehen würden, die dann auch für die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen gelten.

³¹⁹ Wolf/Horn/Lindacher-Horn, § 24a AGBG, Rdnr. 35

³²⁰ Vgl. Kap. 11 II.

Kapitel 5: Schranken der Inhaltskontrolle

I. Vorstufen der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland

1. Anwendungsbereiche

Die Ausnahmereiche der Inhaltskontrolle von AGB außerhalb des AGB-Rechts im BGB, wie z.B. das Versicherungsrecht und das Gesellschaftsrecht, stellen die erste Vorstufe der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht dar. Nur innerhalb der Anwendungsbereiche sind die Bestimmungen im AGB-Recht des BGB entsprechend anwendbar. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass AGB in diesen oben genannten Ausnahmereichen der fachspezifischen Inhaltskontrolle außerhalb dem AGB-Recht unterliegen.³²¹ Freier Aushandlung zugrundeliegende individuelle Verträge werden in der Regel nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit der Inhaltskontrolle nicht unterworfen, da hier die individuelle Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit gelten. Die Inhaltskontrolle von Individualverträgen bildet nur die Ausnahme, z.B. im Bereich der Bürgschaftsverträge, die unter Verstoß gegen die guten Sitten zugunsten von Banken abgeschlossen werden.

2. Einbeziehungskontrolle überraschender Klauseln

§ 305 c Abs. 1 BGB bestimmt, dass überraschende Klauseln in AGB auch dann nicht Bestandteil eines Einzelvertrages werden, wenn in Bezug auf das Klauselwerk als Ganzes die nach § 305 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Einbeziehung erfüllt sind. Bei Vertragsabschluss sollte der Kunde darauf vertrauen können, „ dass sich die einzelnen Regelungen im großen und ganzen im Rahmen dessen halten, was nach den Umständen bei Abschluss des Vertrags erwartet werden kann.“³²² In diesem Sinne bedeutet eine Kontrolle überraschender Klauseln als Vertragsabschlußkontrolle keine Inhaltskontrolle, weil bei Klauseln, die wegen dem Verbot überraschender Klauseln nicht Vertragsbestandteil geworden sind, sich die Inhaltskontrolle für die Entscheidung des Einzelfalles erübrigt. *M. Wolf* betont, dass „ das Aufzwingen sachfremder Gesichtspunkte durch den wirtschaftlich Übermächtigen nicht erst im Stadium der Inhaltskontrolle erfasst werden kann, sondern – eben weil Entscheidungsfreiheit Gültigkeitsvoraussetzung des Vertragsschlusses ist – schon bei der Frage, ob eine verbindliche Vereinbarung über die fraglichen Vertragsbestandteile überhaupt zustandgekommen ist.“³²³ Also geht es hier zuerst um die Vertragsabschlußkontrolle. Von der Inhaltskontrolle unterscheidet sich die Abschlusskontrolle zunächst dadurch, dass sie einen Vertrag nicht auf ihren Inhalt, d.h. auf die Rechtsfolgen, die der Vertrag auslöst, überprüft, sondern hinsichtlich der Art und Weise des Zustandekommens eines Vertrags. Zum anderen beschränkt sich die Abschlusskontrolle nicht auf die unter Verwendung von AGB abgeschlossenen Verträge, sondern findet in größerem Umfang auch Anwendung auf die einzelnen Verbraucherverträge. Unter dem starken Einfluss es Verbraucherschutzes gibt es jetzt viele gesetzliche Regelungen über die Abschlusskontrolle. Nennenswert sind beispielweise der Widerruf nach § 355 BGB (§ 1 HaustürWG) sowie das Rücktrittsrecht bei irreführender Werbung nach § 13 a UWG. Angesichts der sittenwidrigen Bürgschafts-

³²¹ Über die Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht bitte vgl. L. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 124 ff.

³²² Entwurf eines Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB, Bundesministerium der Justiz, S. 40

³²³ M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 167 ff.

verträge³²⁴ haben BVerfG, BGH und Instanzgerichte in Deutschland die Abschlusskontrolle weiter ausgebaut, obwohl darüber noch heftige Auseinandersetzungen bestehen.

In der Tat kann die Kontrolle überraschender Klauseln bei Einbeziehung von AGB in Verträgen als Konkretisierung des Transparenzprinzips (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) betrachtet werden, welches auch Anwendung für die Inhaltskontrolle findet.

II. Schranken der Inhaltskontrolle von AGB im AGB-Recht des BGB

„ Im deutschen Recht geht es um die Schranken der Inhaltskontrolle solcher Allgemeiner Geschäftsbedingungen, welche die Hürden der §§ 305 bis 306 a BGB und 310 BGB bereits genommen haben und bei denen eine Kontrolle gem. §§ 307 bis 309 BGB – unter Beachtung der §§ 310 Abs. 1 und 3 BGB – vorzunehmen ist. “³²⁵ Nach § 307 Abs. 3 BGB gelten die §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 und 309 BGB „ nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. “ Hier hat § 307 Abs. 3 BGB lediglich deklaratorischen Charakter, nämlich dass Vertragsbedingungen, die nicht von den Rechtsvorschriften abweichen oder sie ergänzen, der Inhaltskontrolle nicht unterworfen werden. Insoweit können mangelnde Kontrollfähigkeit und mangelndes Kontrollbedürfnis unterschieden werden.³²⁶ „ Unter mangelnder Kontrollfähigkeit versteht man, dass rechtliche Kontrollmaßstäbe fehlen und auch nicht aus der objektiven Rechtsordnung entwickelt werden können oder dürfen. “³²⁷ Dazu zählen als typische Beispiele deklaratorische Klauseln und Bestimmungen über vertragliche Hauptleistungen. Dieses Abgrenzungsmuster liegt auch der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5. 4. 1993 (93/13/EWG) zu Grunde. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie lautet; „Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind. “ Auch der 19. Erwägungsgrund der Richtlinie ist in diesem Sinne formuliert. Ferner ist auf Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie hinzuweisen, in dem es heißt, „Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften ... beruhen, unterliegen nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie. “

1. Deklaratorische Klauseln

Unter deklaratorischen Klauseln versteht man solche Klauseln, die nur geltende Rechtsvorschriften wiederholen. Zwingende Rechtsvorschriften dürfen auf keinen Fall von den Beteiligten geändert oder umgangen werden. Die Inhaltskontrolle setzt auch keineswegs voraus, dass die Klausel gegen zwingendes Recht verstößt. Eine deklaratorische Klausel „ beruht auch nicht auf einer privatautonomen Einbeziehung, sondern gilt ohnehin nach Maßgabe vom Gesetz. Der Verwender, der Normen des zwingenden Rechts deklariert, legt seinem Vertragspartner die Normen also nicht einseitig auf. Können sie aber nicht „ gestellt “ werden, so ist den sie wiederholenden Vertragsklauseln auch kein AGB-Charakter

³²⁴ Vgl. BGH NJW 97, 1980 = ZIP 97, 446 = WM 97, 511; auch BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36

³²⁵ Vgl. C. Dylla-Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 17

³²⁶ Vgl. H.P. Westermann, in: Zehn Jahre AGBG, S. 135 ff.

³²⁷ D. Joost, ZIP 1996, 1685, 1690.

beizumessen. Sie können wirklich nur der Information über die Gesetzeslagen dienen. ³²⁸ Deklaratorische Klauseln bedeuten hier vor allem die dispositives Recht wiederholenden Klauseln; ohne sie würden die Rechtsvorschriften ebenfalls für den Vertrag gelten. Bei der Entscheidung, ob es sich um eine deklaratorische Klausel handelt, kommt es nicht darauf an, ob sie wörtlich, sondern, ob sie inhaltlich den Rechtsvorschriften entspricht. Der Natur nach darf dispositives Recht umgegangen werden, aber den Normen des dispositiven Rechts kommt eine Ordnungsfunktion zu, indem sie zum Ausdruck bringen, welche Regelung der Gesetzgeber als sachgerecht und angemessen angesehen hat. Infolgedessen sind AGB an diesem Maßstab zu messen. ³²⁹

§ 307 Abs. 3 bringt allgemein zum Ausdruck, dass das AGB-Recht wegen dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht dazu dienen soll, gesetzliche Interessenbewertungen zu überprüfen, für welche der Gesetzgeber zuständig sein soll. Rechtsvorschriften bedeuten hier auch ungeschriebene Regeln und Grundsätze des objektiven Rechts, gleich, ob diese als Gewohnheitsrecht eingestuft werden können oder sich als verfestigtes Richterrecht darstellen. Die Regeln, welche sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 242 BGB ermitteln lassen, sind davon auszuschließen. ³³⁰

Für den Bereich von Verbraucherverträgen bedeutet der Begriff der „bindenden Rechtsvorschriften“ in Art. 1 Abs. 2 RiLi nach dem Erwägungsgrund 13 S. 2 HS 2 nicht nur zwingendes Recht sondern auch dispositives Recht, „weil auch dispositive Vorschriften im Rahmen eines geschlossenen Vertrags bindend sind, solange keine abweichende Vereinbarung vorliegt.“ ³³¹ Deswegen gilt die Kontrollfreiheit von Verbraucherverträgen nicht nur direkt für Rechtsvorschriften, sondern auch für vertragliche Vereinbarungen, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen. Wie oben schon erwähnt, soll der Begriff „bindende Rechtsvorschriften“ in Art. 1 Abs. 2 EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln – so die Erklärungshilfe des 13. Erwägungsgrundes – auch solche Regeln umfassen, die nach dem Gesetz zwischen den Vertragsparteien gelten, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Damit wird deutlich, dass nicht nur zwingendes, sondern auch dispositives Recht erfasst sein soll. ³³² Darüber hinaus unterliegen Vertragsklauseln, die sich nach Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie „auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen berufen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft – insbesondere im Verkehrsbereich – Vertragsparteien sind, nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.“

Ein Grund, dass die rechtsdeklaratorischen AGB der Inhaltskontrolle nicht unterliegen, liegt auch darin, dass Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden sind. Würde es dem Richter durch das AGB-Recht gestattet sein, auch solche Klauseln einer Angemessenheitsprüfung zu unterwerfen, die lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholen oder doch inhaltlich mit dem objektiven Recht übereinstimmen, so wäre damit mittelbar auch das Gesetz dem Angemessenheitsurteil des Richters ausgeliefert. Dieses soll aber gerade umgekehrt den dem Richter vorgegebenen Maßstab konstituieren. ³³³

³²⁸ C. Dylla-Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 52 und 53

³²⁹ Vgl. H.C. Nipperdey in: Enneccerus-Nipperdey, AT, Halbband 1, § 49, S. 301 und § 163, S. 1011

³³⁰ Aber Staudinger-Coester, § 8 AGBG, Rdnr. 7

³³¹ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, Art. 1 RiLi, Rdnr. 34

³³² Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 8 AGBG, Rdnr. 4a; auch M. Stoffels, Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 17/2001, S. 845

³³³ Vgl. M. Stoffels, JZ 17/2001, S. 844

Allerdings kann es im Einzelfall durchaus schwierig sein, den rechtsdeklaratorischen Charakter einer AGB-Bestimmung festzustellen. H. M. nach bedarf es hierzu des Vergleichs zweier Rechtslagen.³³⁴ Im ersten Schritt muss der rechtliche Regelungsgehalt der betreffenden Klausel ermittelt werden. Dies erfolgt im Wege der (ergänzenden) Auslegung unter Berücksichtigung AGB-spezifischer Modifikationen, vor allem des Grundsatzes der objektiven Auslegung und der Unklarheitenregel. Anschließend ist in einem zweiten Schritt zu ermitteln, ob die betreffenden Rechtsvorschriften auch eine rechtliche Regelung der in der AGB-Klausel in bestimmter Weise geordneten Materie bereithalten. Wenn ja, so muss der Klauselinhalt mit der vom objektiven Recht vorgesehenen Ersatzlösung verglichen werden. Im Falle der Übereinstimmung bleibt die Klausel kontrollfrei, anderenfalls unterliegt sie der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB. Umstritten ist hier, ob ergänzende Auslegung, Richterrecht oder sogar die „vertragstypprägenden Parteivereinbarungen bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen“ auch zu den „Rechtsvorschriften“ im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB gehören sollen. Offenbar soll der Regelungsgehalt einschließlich der durch die ergänzende Auslegung nach §§ 157 und 242 BGB entnommenen Rechte und Pflichten nicht zu den Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 BGB gezählt werden. Was die Rechtsnatur ergänzender Auslegung betrifft, kommt es auf die rechtliche Zielsetzung von Inhaltskontrolle an, und zwar, die Inhaltskontrolle zu erweitern oder enger zu begrenzen. In diesem Punkt legt der BGH Gewicht auf das erstere. Bezeichnend dafür sind vor allem die Ausführungen des BGH in der Entscheidung vom 6. 2. 1985.³³⁵ Darauf wird im Folgenden (3. Rechtsergänzende Klauseln) näher eingegangen.

2. Leistungsbeschreibende und preisbestimmende Klauseln

Die Funktion rechtlicher Regelungen kann marktwirtschaftliche Mechanismen nicht ersetzen. Deswegen sind Leistungsbeschreibungen, „ durch die ohne gesetzliche Festlegung, allein aufgrund vertraglicher Vereinbarung einerseits Leistung und andererseits Gegenstand, Art, Umfang, Quantität und Qualität der vertraglichen Waren-, Dienst- oder sonstigen Leistungen unmittelbar festgelegt werden, grundsätzlich nicht Gegenstand der Inhaltskontrolle.“³³⁶ Nach Art. 4 Abs. 2 EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln z.B. bezieht sich die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln weder auf den Hauptgegenstand des Vertrages noch auf die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und der Dienstleistung bzw. den Gütern, welche die Gegenleistung darstellen. Ausgenommene Einzelklauseln „ sind dagegen Bestimmungen über Einschränkung, Veränderung, Erweiterung oder sonstige Ausgestaltungen der vertragstypischen Leistung, die in den AGB zuungunsten des Vertragspartners von dem Leistungsinhalt abweichen, den er nach dem Zweck und Gegenstand des Vertrags erwarten darf. Maßgebend ist deshalb, ob von den Leistungsinhalten abgewichen wird, die sich ohne die Klausel aus §§ 157, 242 BGB ergeben würden“. ³³⁷ Insbesondere ist zu beachten, dass Preisanpassungsklauseln kontrollfähig sind.³³⁸

Mangelnde Kontrollbedürftigkeit betrifft den Fall, dass sich eine Inhaltskontrolle wegen der vorrangig funktionierenden Mechanismen der privatautonomen Interessenwahrung erübrigt. Preisvereinbarungen sollen prinzipiell nicht kontrolliert werden, da Marktregulierung und

³³⁴ J. Niebling spricht anschaulich von einem „Rechtslagenvergleich“, in ders.: Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG, 1988, S. 126; ebenso Coester (Fn. 5), § 8 AGBG, Rdnr. 33. auch M. Stoffels, JZ 17/2001, S. 846

³³⁵ BGH NJW 1985, 3013 (3014)

³³⁶ BGHZ 93, 358 = BGH NJW 1985, 3013; BGH NJW 1990, 761; BGH NJW 1992, 688; 1993, 1128

³³⁷ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 8 AGBG, Rdnr. 12; auch Soergel/Stein Rdnr. 6

³³⁸ Z.B. BGH NJW 2003, 507 und 746

selbstverantwortliche Interessenwahrung der staatlichen Regulierung grundsätzlich vorgehen. „ Würde zumutbare Interessenwahrung auf dem ‚ Markt ‘ durch gerichtliche Inhaltskontrolle kompensiert, würden damit die Funktionsbedingungen der freien Marktwirtschaft untergraben. Der richtige rechtliche Ansatz muss jedoch in der Stärkung der Marktfunktion liegen. Dies spiegelt auch die EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln wider, indem diese RiLi einen Schwerpunkt auf die Informierung des Verbrauchers (Art 4 Abs. 2 und 5) legt und es für die Hauptpflichten bei der Transparenzkontrolle bewenden lässt. “³³⁹

Nennenswert ist, dass nach Art. 4 Abs. 2 der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln Kontrollfreiheit das Transparenzgebot voraussetzt, wonach die Klauseln „ klar und verständlich “ abgefasst werden müssen. Dieses Transparenzgebot ist im § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB schon enthalten. Es findet Anwendung sowohl für Verträge zwischen Unternehmern als auch für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Auch Preisvereinbarungen sind diesem Transparenzgebot unterworfen.

3. Rechtsergänzende Klauseln

- aa. Ausgenommen deklaratorische Klauseln sind keine vertraglichen Regelungen vorstellbar, die nicht zumindest als Ergänzung gesetzlicher Vorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB aufzufassen wären.³⁴⁰ Um ein Schuldverhältnis ihren spezifischen Interessen entsprechend zu gestalten, muss den Vertragsparteien ein Freiraum überlassen werden. „ Eine Erlaubnisnorm in diesem Sinne ist eine Rechtsvorschrift, die eine vertragliche Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erlaubt. “³⁴¹ Aber diese Ergänzungen gehen normalerweise über die sog. *essentialia negotii* hinaus. Insofern ergänzen diese Klauseln auch Rechtsvorschriften und erfüllen den Tatbestand des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Deswegen sollen sich diese Erlaubnisnormen der Inhaltskontrolle nicht entziehen.
- bb. Im BGB gibt es Bestimmungen wie z.B. die §§ 241 und 305 BGB, welche gesetzlich vorgesehene Gestaltungsmöglichkeiten konkretisieren. Diese Vorschriften sind allgemein gehaltene Gestaltungsinstrumente. „ Der typische Fall einer Ergänzung der §§ 241, 305 BGB, in dem nicht zugleich von anderen Rechtsvorschriften ‚abgewichen‘ wird, ist der der Ausgestaltung eines sog. eigengearteten, neuen Vertragstyps, der gesetzlich eben nicht geregelt ist. “³⁴² Trotzdem soll dieser Fall auch der Inhaltskontrolle unterworfen werden, aber Klauseln bei atypischen oder gesetzlich unregulierten Verträgen dürfen nicht vorschnell als „ergänzend“ und damit kontroll-fähig eingestuft werden; „vorgeschaltet ist die Prüfung, ob analog anwendbares Gesetzesrecht vorhanden ist oder im Wege der Rechtsfortbildung etablierte Regeln des Richterrechts.“³⁴³
- cc. „Das dispositive Recht hält jedoch nicht nur derartig konkrete Regelungen bereit, welche die Parteien für sich akzeptieren, abdingen oder ändern können; es sieht auch Rechtsinstitute vor, die ohne ausdrückliche Parteivereinbarung keine Geltung erlangen oder Gestaltungsspielräume anbieten, die zulässig ergänzt werden können. In den

³³⁹ Staudinger-Coester, § 8 AGBG, Rdnr. 4

³⁴⁰ Soergel-U. Stein, § 8 AGBG, Rdnr. 2; zustimmend H.P. Westermann, Zehn Jahre AGBG, S. 135 und 140

³⁴¹ Canaris behauptet, es sei ausreichend, dass die zu beurteilenden Rechtsvorschriften „sinnvollerweise im wesentlichen nur durch AGB zu praktischer Anwendung gelangen können“; dies sei dann Fall, wenn die Norm bei vorgestellter Beschränkung auf die Ausfüllung durch Individualabreden „so gut wie völlig unanwendbar“ wäre. C.W. Canaris, NJW 1987, S. 609 und 612

³⁴² Vgl. K. Larenz, Schuldrecht BT, § 62 und 63

³⁴³ Staudinger-Coester, § 8 AGBG, Rdnr. 33

beiden letztgenannten Fällen hat der Gesetzgeber grundsätzlich noch keine Entscheidung getroffen, die der Richter zu respektieren hat: Anstatt selbst - wenigstens subsidiär - Rechte, Pflichten und Rechtsfolgen festzulegen, weist er - der Sache nach indifferent - den Vertragspartnern Regelungsspielräume zu. Es entspricht demnach der zu Recht ganz herrschenden Meinung, Klauseln zu kontrollieren, die Spielräume gewährende Rechtsvorschriften „ergänzen“.³⁴⁴

4. Rechtsabweichende Klauseln

„ Bei den Grenzen der Abdingbarkeit dispositiven Rechts durch AGB geht es im Grunde genommen um dasselbe, das heißt um die Verhinderung des Missbrauchs der formalen Vertragsfigur als konstruktive Maske, hinter der sich im Ergebnis generelle Normsetzung durch marktmächtige Unternehmer verbirgt.“³⁴⁵ „ Auch hier heißt das Problem daher heute nicht: ausnahmsweise Verhinderung von Amoralität eines einzelnen Vertragschlusses durch das extraordinäre, systemfremde Geschütz des Verbotes (konventionell verstandener) Sittenwidrigkeit, sondern generelle Prüfung massentypischer Phänomene auf ihre Vereinbarkeit mit dem objektiven ‚ *ordre public économique* ‚ im Sinne von Esser,³⁴⁶ mit den ‚ Voraussetzungen, von denen her Privatautonomie ihre Aufgaben in unserer Wirtschaftsordnung erfüllen kann ‚ ; die Begründung wird somit aus der Funktion der Institution der Privatautonomie und aus deren ‚ immanenten ‚ Grenzen selbst geschöpft. “³⁴⁷ Notwendigerweise ist jedes dispositive Recht unvollständig. Aber dispositives Recht bedeutet das Legalitätsvorbild, dessen Unvollkommenheit durch den Einfall von neuen Vertragstypen ergänzt wird. Nach der Auffassung *Biedenkopfs* über institutionelle Grenzen ist dispositives Recht nicht generell abdingbar; ihm kommt vielmehr „relative Geltungsintensität“ zu: Je nach wirtschaftlicher Machtäquivalenz oder -inäquivalenz der Kontrahierenden werden „Normen, die unter chancengleichen Partnern abdingbar sind, ... gegenüber dem Mächtigen zu Mindestnormen“. ³⁴⁸ Sinn und Zweck des AGB-Rechts liegen in der Gewähr von Vertragsgerechtigkeit oder materieller Vertragsfreiheit. Dispositives Recht wird gerade wegen seiner Abänderbarkeit und seiner notwendigen Unvollständigkeit von AGB verdrängt. Unangemessenheit und Benachteiligung ergeben sich aus der Verbreitung von AGB im Rechtsverkehr. Deswegen müssen die Klauseln, die von Rechtsvorschriften, nämlich von dispositivem Recht abweichen, der Inhaltskontrolle unterworfen werden, um Vertragsgerechtigkeit sicherzustellen.

III. Schranken der Inhaltskontrolle von Formulklauseln nach dem CVG in China

1. Vorstufen

a. Anwendungsbereiche

Wie oben erwähnt, bedeuten die Anwendungsbereiche die erste Vorstufe der Inhaltskontrolle von Formulklauseln nach dem CVG. Nach § 2 Abs. 2 CVG und dem Prinzip, dass

³⁴⁴ C. Dylla-Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 68 und 69

³⁴⁵ E.A. Kramer, Krise, S. 55

³⁴⁶ J. Esser, ZHR. 135 (1971), S. 336; zitiert nach E.A. Kramer, a.a.O. S. 55

³⁴⁷ E.A. Kramer, a.a.O. S. 55

³⁴⁸ K.H. Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht, S. 135, zitiert nach E.A. Kramer, a.a.O. S. 56

spezielles Recht gegenüber allgemeinem Recht bei der Anwendung Vorrang hat, unterliegen folgende Verträge nicht der unmittelbaren Inhaltskontrolle nach dem CVG: Arbeitsverträge, auf Ehe, Adoption, Vormundschaft oder sonstige persönliche Statusbeziehungen gerichtete Vereinbarungen, Verträge über Gründung einer Partnerschaft, Bestellung von Sicherheiten, Übertragung von Warenzeichen, Versicherungsverträge, Verträge über Übertragung (*zhuanrang*) von Gebrauchsrechten an staatlichem Land, die primäre Gewährung (*churang*) solcher Gebrauchsrechte und Verträge über pachtähnliche „Übernahmen“ (*chengbao*) von kollektivem Land durch Bauern.³⁴⁹ Diese Ausnahmereiche bedeuten nicht, dass diesbezügliche Verträge einer Inhaltskontrolle vorenthalten werden. Gerade wegen ihrer gesonderten Entwicklung und fachspezifischen Inhalte ist in diesen Bereichen eine spezifische Inhaltskontrolle außerhalb des CVG durchzuführen.

b. Die Hinweispflicht für haftungsausschließende- und haftungsbeschränkende Klauseln als Einbeziehungskontrolle

§ 39 Abs. 1 CVG bestimmt deutlich, dass die Partei, welche die Formulklauseln stellt, eine vernünftige Art und Weise wählen muss, um die andere Seite auf solche Klauseln aufmerksam zu machen, die die Haftung des Verwenders der Formulklauseln ausschließen oder einschränken. Außerdem muss der Verwender auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln auch erklären. Hier besteht eine Hinweispflicht für haftungsausschließende und haftungsbeschränkende Formulklauseln. Für die Frage, ob dieser Hinweispflicht nachgegangen wurde, kommt es in der Regel darauf an, ob Inhalt und Zeitpunkt der Hinweise vernünftig sind und die dem Kunden verbleibende Zeit nach dem Hinweis ausreichend ist usw..³⁵⁰

Aber unklar ist, was die Rechtsfolge bei fehlender Erfüllung dieser Hinweispflicht ist. Der fünfte Entwurf des CVG enthält eine Vorschrift zur Erläuterungspflicht der Formulklauseln, die besagt, dass ohne Erfüllung dieser Hinweispflicht die haftungsbeschränkenden oder haftungsausschließenden Klauseln unwirksam werden. Im CVG ist diese Frage demgegenüber nicht klar beantwortet. Die Unwirksamkeitsfolge bei fehlender Erfüllung der Hinweispflicht ist ebenfalls gestrichen.³⁵¹ Stattdessen bestimmt § 40 CVG eine allgemeine Unwirksamkeitsfolge, und zwar, dass Formulklauseln, bei denen einer der in den §§ 52³⁵² und 53³⁵³ CVG bestimmten Umstände vorliegt, oder die Seite, welche die Geschäftsbedingungen stellt, von ihrer Haftung befreien, die Haftung der anderen Seite erhöhen und Hauptrechte der anderen Seite ausschließen, unwirksam sind. Zwischen § 39

³⁴⁹ „Bei den beiden zuletzt genannten Vertragstypen mag man allerdings an der Anwendbarkeit des CVG zweifeln. Diese Verträge werden mit staatlichen oder halbstaatlichen Organen abgeschlossen. Bei den Beratungen des Gesetzentwurfs im Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses hatten Abgeordnete die Meinung vertreten, Staatsorgane sollten in die Wirtschaft nur aufgrund von Richtlinien eingreifen. Daher finde dieses Gesetz auf Staatsorgane keine Anwendung. Andere hatten eingewandt, auch Behörden könnten in der Marktwirtschaft als Subjekte auftreten – also Verträge schließen. Sie müssen dann aber als gleichgestellte Vertragspartner auftreten, wie dies § 3 des Gesetzes verlangt.“ Vgl. Münzel/Zheng, Chinas neues Vertragsrecht – ein Überblick in RIW, 1999, S. 642

³⁵⁰ Vgl. Fu jian, Kurze Darstellung der Hinweispflicht des Verwenders von Formulklauseln, Faxue pinglun, 2001/4, S. 129 ff.

³⁵¹ Vgl. S. Tetz, Neues Vertragsgesetz in China: Was ändert sich für ausländische Vertragspartner? RIW Heft 9/1999 S. 647

³⁵² Über die Bestimmung in § 52 s. Fn. 244

³⁵³ § 53 CVG: Vertragsklauseln, die von der Haftung in folgenden Punkten befreien, sind wirkungslos: 1. für der anderen Seite verursachte Schäden an Leib und Leben. 2. für Vermögensschaden, welcher der anderen Seite vorsätzlich oder fahrlässig verursacht wird.

Abs. 1 und § 40 CVG könnte ein Widerspruch insoweit bestehen, als § 39 Abs. 1 CVG eine Hinweispflicht nicht nur für haftungsbeschränkende, sondern auch für haftungsausschließende Klauseln vorsieht, aber eine Normierung der Rechtsfolge fehlt. Nach § 40 CVG sind alle haftungsausschließenden Klauseln, unabhängig davon, ob diese Hinweispflicht schon erfüllt ist oder nicht, unwirksam. Deswegen sollte es sich erübrigen, eine Hinweispflicht in § 39 CVG für haftungsausschließende Klauseln vorzuschreiben, da die Unwirksamkeit in § 40 CVG zwingend ist.

Umstritten ist die Rechtsfolge bei fehlender Erfüllung der Hinweispflicht für haftungsbeschränkende Klauseln. Nach teleologischer Auslegung sollen die Formulklauseln, welche Haftungsbeschränkungen vorsehen, bei fehlender Erfüllung der Hinweispflicht unwirksam sein. Das bedeutet, haftungsbeschränkende Klauseln können nur durch Erfüllung der Hinweispflicht in Verträge einbezogen werden, sonst sind sie wegen fehlender Erfüllung dieser Hinweispflicht unwirksam. Weiterhin unterliegen diese Klauseln der Inhaltskontrolle.

2. Schranken der Inhaltskontrolle von Formulklauseln

Wegen der vereinzelten Bestimmungen über die Inhaltskontrolle im CVG gibt es keine deutliche Bestimmung über die Schranken der Inhaltskontrolle von Formulklauseln wie in § 307 Abs. 3 BGB. Aber nach §§ 7 und 8 CVG müssen die Parteien bei der Errichtung und Erfüllung von Verträgen Gesetze und verwaltungsrechtliche Bestimmungen einhalten, und ein nach den gesetzlichen Bestimmungen errichteter Vertrag hat für die Parteien rechtliche Bindungswirkung. Deklaratorische Formulklauseln sollen inhaltlich kontrollfrei bleiben, weil deklaratorische Klauseln nach §§ 7 und 8 CVG mit gesetzlichen Bestimmungen übereinstimmen.

Aber umstritten ist, ob Formulklauseln über Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen ebenfalls inhaltlich kontrollfrei sind. Für die Beantwortung dieser Frage muss man m.E. die wirtschaftliche Struktur Chinas berücksichtigen. Vor 1992, insbesondere vor 1979, herrschte in China die Planwirtschaft vor. In dieser Zeit wurden Preise und Leistungen fast ausschließlich von Staatsplänen und Staatsorganen bestimmt. Quoten, Qualitäten und Preise von Produkten stellten die hauptsächlichen Bestandteile der Verwaltungsverträge dar. Deswegen waren alle Formulklauseln in diesen Verwaltungsverträgen einer Kontrolle unterworfen. Aber seit 1992 hat China begonnen, eine „sozialistische Marktwirtschaft“ aufzubauen. Diese soll sich von der „kapitalistischen Marktwirtschaft“ nur durch die unterschiedlichen Eigentumssysteme unterscheiden. Im Hinblick auf Funktionen wie z.B. die Ressourcenallokation stimmt sie jedoch mit der „kapitalistischen Marktwirtschaft“ in den westlichen Ländern überein. Ein auffallendes Phänomen dieses Wirtschaftsmodells bildet in China die Übertragung der Aufgabe der Regelung von Preisen und Leistungen auf den Markt. Planverträge nach § 38 CVG spielen im chinesischen Wirtschaftsverkehr eine geringe Rolle. Mit dem Aufbau der Marktwirtschaft in China wird die Regelung von Preisen und Leistungen im Prinzip dem Markt überlassen. Infolgedessen sind die Formulklauseln über Preise und Leistungen im Grunde genommen kontrollfrei.

Trotzdem ist Rücksicht auf das CPG (chinesisches Preisgesetz) zu nehmen. Nach § 3 CPG lassen sich Preisvereinbarungen in drei Kategorien gliedern:

- a. Marktorientierte Preise. Diese werden durch Marktwettbewerb von den Unternehmen autonom bestimmt.

- b. Staatsorgananleitungspreise. Darunter versteht man flexible Regelungen von Staatsorganen, die nach ihrer Kompetenz und ihrem Zuständigkeitsbereich eine „Anleitung“ für die betreffenden Preise geben. Für diesen Preistyp gibt es einen Freiraum, innerhalb dessen die Unternehmen konkrete Preise für ihre Waren und Leistungen bestimmen dürfen.
- c. Staatsorganbestimmte Preise: Unter bestimmten Umständen dürfen Staatsorgane für einige Waren oder Leistungen stabile Preise ohne Freiraum für Vereinbarungen zwischen Marktbeteiligten bestimmen.

Bemerkenswert ist, dass nach § 18 CPG Staatsorgane unter Umständen stabile oder flexible Preise innerhalb einer Grenze bestimmen dürfen. Dies gilt für:

- a. die mit der staatlichen wirtschaftlichen Entwicklung und dem Volksleben in engem Zusammenhang stehenden Waren;
- b. knappe Waren;
- c. Monopolwaren, die natürliche Ressourcen betreffen;
- d. wichtige Waren zum Zweck des Gemeinwohls;
- e. wichtige Dienstleistungen zum Zweck des Gemeinwohls.

Während in Deutschland eine relativ liberale „soziale“ Marktwirtschaft besteht, sind Formularklauseln über Preisvereinbarungen in China wegen der Bestimmungen im CPG nicht ganz kontrollfrei. Genauer gesagt, sind nur die Formularklauseln über marktorientierte Preise inhaltlich kontrollfrei. Demgegenüber sind die Formularklauseln über die von Staatsorganen angeleiteten und bestimmten Preise nach § 62 Abs. 2 Satz 2 CVG³⁵⁴ kontrollunterworfen.³⁵⁵ D.h., wenn die Preisbestimmungen in Formularklauseln von den imperativen oder Leitpreisen der Regierung abweichen, so sind sie unwirksam. Als Folge treten dann regierungsbestimmte Preise an die Stelle der von den Formularklauseln geregelten Preise.

Bei der Entscheidung, ob Formularklauseln über Produktqualität als Leistung kontrollfrei sind, ist ebenfalls das CPQG zu berücksichtigen.

³⁵⁴ § 62 CVG: wenn die Parteien zu den fraglichen Inhalten eines Vertrages keine klare Vereinbarung getroffen haben, und der Punkt sich auch nicht nach § 61 bestimmt lässt, so gelten die folgenden Vorschriften: ... 2. Ist der Preis oder das Entgelt unklar, so wird der Marktpreis am Erfüllungsort zur Zeit der Errichtung des Vertrags einsetzen; muss der nach dem Recht von der Regierung (imperativ) bestimmte oder der Leitpreis der Regierung eingesetzt werden, so wird nach (diesen) Vorschriften die Erfüllung erbracht.

³⁵⁵ § 63 CVG: Gelten von der Regierung (imperativ) bestimmte oder Leitpreise der Regierung, und werden diese Preise innerhalb der vertraglich bestimmten Zahlungsfrist geändert, so gilt der Preis zum Zeitpunkt der Zahlung. Wird der Vertragsgegenstand nach Fristablauf geliefert, und ist der Preis inzwischen gestiegen, so gilt der ursprüngliche Preis; ist der gesunken, so gilt der neue Preis. Wird der Vertragsgegenstand nach Fristablauf abgeholt oder wird nach Fristablauf gezahlt, und ist der Preis inzwischen gestiegen, so gilt der neue Preis; ist er gesunken, so gilt der ursprüngliche Preis.

Kapitel 6: Vergleich der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland mit denen von Formulklauseln in China

I. Natur der Inhaltskontrolle von AGB-Recht in Deutschland

1. Rechtskontrolle oder Billigkeitskontrolle?

Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB ist Rechtskontrolle, d. h. die Kontrollmaßstäbe sind gesetzliche Bestimmungen, wie sie in §§ 307 bis 309 BGB normiert worden sind.³⁵⁶ Nach § 307 Abs. 2. Nr. 1 BGB gilt die Abweichung vom dispositiven Recht als Indiz für eine unangemessene Benachteiligung und stellt das Leitbild der typischen Interessenlage der beiden betroffenen Vertragspartner dar. AGB, die von zwingendem Recht abweichen, sind ohnehin unwirksam. An § 306 Abs. 2 BGB zeigt sich auch ganz deutlich, dass die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland nur Rechtskontrolle aber nicht Billigkeitskontrolle ist, da danach die gesetzlichen Vorschriften aber nicht die richterliche Billigung an die Stelle der unwirksamen Klauseln treten, wenn sie die Vertragsparteien unangemessen benachteiligen.

Zu unterscheiden ist zwischen der Inhaltskontrolle am Maßstab der Angemessenheit und der Billigkeitskontrolle nach den §§ 315 ff. BGB.³⁵⁷ § 315 BGB enthält eine Ausnahme vom Grundsatz, dass ein Vertrag erst wirksam geschlossen ist, wenn die *essentialia negotii* hinreichend bestimmt sind. Die Vorschrift greift somit nur unter zwei Voraussetzungen ein. Es muss bereits eine rechtliche Beziehung zwischen den Parteien bestehen und die Leistungsbestimmung darf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht getroffen sein. Im Gegensatz zu der Inhaltskontrolle, die sich gegen den förmlich wirksam vereinbarten Vertragsinhalt richtet, finden §§ 315 ff. BGB daher keine Anwendung auf beiderseits formal wirksam vereinbarte Vertragsinhalte. Die Leistungsbestimmung im Sinne der §§ 315 ff. BGB betrifft unter Umständen auch die Regelung von Preisen und konkreten Leistungsgegenständen, z.B. die Leistungs- und Preisvorbehalte, aber diese Regelung entzieht sich der Inhaltskontrolle.

Umstritten ist jedoch, ob eine Billigkeitskontrolle ohne Ausnahme von der Inhaltskontrolle auszuschließen ist. M. E. sollte die Möglichkeit der Billigkeitskontrolle nach Umsetzung der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen für deren Inhaltskontrolle bestehen, weil die Umstände bei Vertragsschluss und die individuelle Interessenlage für die Inhaltskontrolle von missbräuchlichen Klauseln zu berücksichtigen sind. Deswegen ist die Billigkeitskontrolle für Verbraucherverträge zumindest nach dem Kombinationskonzept unabdingbar. Nach diesem Konzept hat die Rechtskontrolle Vorrang vor der Billigkeitskontrolle im Bereich der Inhaltskontrolle von missbräuchlichen Klauseln. Für Verträge unter Verwendung von AGB zwischen beiden Unternehmen findet dagegen nur die Rechtskontrolle Anwendung.

2. Generalisierende Maßstäbe oder Berücksichtigung der individuellen Umstände?

Ihrer ursprünglichen Zielsetzung ist zu entnehmen, dass die Inhaltskontrolle bezweckt, angesichts des zunehmenden Versagens des Mechanismus der Vertragsfreiheit wegen der Verbreitung von AGB im Rechtsverkehr die materielle Vertragsfreiheit wieder herzustellen. Deswegen zielt Inhaltskontrolle nicht auf Einzelgerechtigkeit jedes durch Einbeziehung von

³⁵⁶ Vgl. v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 36

³⁵⁷ Vgl. L. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 14 ff.

AGB zustande gekommenen Vertrages, sondern auf die generelle, überindividuelle Funktion des Vertragsmechanismus. Dementsprechend sind die Maßstäbe der Inhaltskontrolle auch generalisierend und nicht individuell. Das heißt, bei Festlegung, ob unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB vorliegt, ist aufgrund der typisierenden Abwägung der Interessen der beiden Vertragskreise, Verwender und Durchschnittsvertragsparteien, zu entscheiden. Dabei zeigt besonders das Verbandsverfahren nach § 5 ff. UKlaG, dass die Inhaltskontrolle unabhängig von jedem Einzelvertragsverhältnis Anwendung findet. Der Gesetzgeber hat auch das AGB-Recht unter Anwendung einer überindividuellen Betrachtungsweise geregelt.³⁵⁸

Bemerkenswert ist, dass nach Umsetzung der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln Vertragsumstände und individuelle Interessenlagen bei der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen nach § 310 Abs. 3 BGB (früher § 24 a AGBG) ebenfalls zu berücksichtigen sind. Nach dem 16. Erwägungsgrund dieser Richtlinie sind diese generellen Maßstäbe durch die „Bewertung der Interessenlagen der Parteien“ zu „ergänzen“ (Satz 1). Dabei ist „besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistung auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden“ (Satz 2 Erwägungsgrund 16). „Diese Umstände, etwa das ‚Einwirken‘ auf den Verbraucher, sind solche des konkreten Falles. Mit dem Begriff „die Parteien“ im ersten Satz können daher nur die konkreten Vertragspartner gemeint sein. Man muss daher zu dem Schluss kommen, dass die Richtlinie auch auf die Interessen der konkreten Parteien abstellt, d.h. sowohl einen generellen als auch einen konkreten, individuellen Kontrollmaßstab vorsieht.“³⁵⁹

Die von der Richtlinie geforderte Berücksichtigung der Umstände des Vertragsabschlusses, die auch § 310 Abs. 3 BGB fordert, führt zur Unvereinbarkeit mit den Maßstäben im Rahmen des § 307 BGB. „Dieses Problem ist in der Konzeption der Richtlinie angelegt. Die Richtlinie verfolgt ein doppeltes Schutzkonzept und vereint dabei zwei gegensätzliche Elemente: zum einen richtet sich die Richtlinie gegen AGB und geht jedenfalls insoweit von generellen Maßstäben aus (Art. 7 und Erwägungsgrund 15). ... Zum anderen ist die Richtlinie dem Konzept eines Verbraucherschutzes durch umfassende Einzelfallbewertung verhaftet (Erwägungsgrund 16).“³⁶⁰ Hier werden verschiedene Lösungsmöglichkeiten vertreten.³⁶¹ Dabei hat das Konzept der Kombinationslösung, nämlich Verbindung der beiden Kontrollmaßstäbe durch die Einführung einer zweiten, nur für Verbraucherverträge maßgeblichen Kontrollstufe in das AGB-Recht einzufügen, in der Umsetzungsdiskussion große Zustimmung erfahren und entspricht heute der h. M. in der Literatur.³⁶²

³⁵⁸ Vgl. v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 29

³⁵⁹ Vgl. G. Borges, Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S. 29

³⁶⁰ Vgl. G. Borges, a.a.O. S. 34

³⁶¹ „Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht enthält die Richtlinie unterschiedliche Kontrollmaßstäbe für Einmalklauseln und Formulklauseln. Danach gilt für Einmalklauseln ein individueller, für Formulklauseln hingegen ein abstrakt-genereller Prüfungsmaßstab. Nach einer anderen Ansicht ordnet die Richtlinie eine Kombination der beiden Maßstäbe im Sinne der Kombinationslösung an. Nach einer extremen Mindermeinung schließlich kommt es nach der Richtlinie vor allem auf individuell-konkrete Kriterien an.“ Vgl. G. Borges, a.a.O. S. 29

³⁶² Vgl. H. Heinrichs, NJW 1996, S. 2190, S. 2193; Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, S. 1670, S. 1673; v. Westphalen, BB 1996, S. 2101, S. 2104; H.-W. Eckert, ZIP 1995, S. 1460, S. 1462; zitiert nach G. Borges, a.a.O. S. 36

3. Wirksamkeitskontrolle oder Ausübungskontrolle?

Der Inhaltskontrolle kommen somit institutionelle Schutzziele zu, welche auf eine gesetzliche Überwachung der interessengerechten Ausgestaltung von AGB hinauslaufen. Erst wenn der Inhalt einer Klausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB standhält, kann anhand von § 242 BGB weiter ihre konkrete Ausübung geprüft werden.³⁶³ Selbstverständlich hat dabei die Inhaltskontrolle Vorrang vor der Ausübungskontrolle. Das Gericht hat zunächst zu entscheiden, ob eine Klausel rechtsgültig oder unwirksam ist; erst wenn und nur wenn die Frage der Rechtsgültigkeit beantwortet ist, kann die weitere Frage auftauchen, ob die Berufung auf die gültige Klausel gegen § 242 BGB verstößt.³⁶⁴ Trotz dieser funktional und methodisch klaren Abgrenzbarkeit von Inhalts- und Ausübungskontrolle sind die Übergänge in der praktischen Rechtsanwendung doch fließend. „ Diese Vorliebe für eine Ausübungskontrolle bei Richtern ist auf die vor dem Inkrafttreten des AGBG auf § 242 BGB gestützte Rechtsprechung zurückzuführen. Vor dem AGBG haben die Gerichte aus Scheu vor offener Inhaltskontrolle vertraglicher Vereinbarungen oft Zuflucht zur Ausübungskontrolle genommen, um damit unangemessene AGB in ihren Auswirkungen bekämpfen. “³⁶⁵ „ Die nachfolgenden Rechtsprechungen blieben lange Zeit nicht frei von einem gewissen Zögern. Dieses schlug sich in dem Drängen nieder, lieber mit einer einschränkenden Auslegung harter Klauseln und einer im Einzelfall sich ergebenden Unzulässigkeit, sich auf sie zu berufen, also mit einer Ausübungskontrolle zu arbeiten, als offene Inhaltskontrolle obwalten zu lassen. “³⁶⁶ „ Aber diese ‚ verdeckte Inhaltskontrolle ‘ wird weitgehend abgelehnt, unbeschadet der prozessökonomisch legitimen Möglichkeit, im Individualprozess die grundsätzliche Wirksamkeitsfrage offen zu lassen und der Klausel jedenfalls für die gegebene Situation gemäß § 242 BGB die Wirkung zu versagen. “³⁶⁷

Zwischen Inhalts- und Ausübungskontrolle ist deutlich zu unterscheiden. Die Ausübungskontrolle ist Ausdruck des Verbots des (individuellen) Rechtsmissbrauchs. Nach der Meinung von *Larenz*³⁶⁸ ist eine Rechtsausübung nach § 242 BGB unzulässig, wenn sie gegen die Rücksichten verstößt, die „ innerhalb des Schuldverhältnisses oder einer sonstigen rechtlichen Sonderverbindung ein Teil auf den anderen zu nehmen nach ‚ Treu und Glauben ‘ gebunden ist “. Die Inhaltskontrolle betrifft die Frage, ob ein vertragliches Recht mit einem bestimmten Inhalt wirksam begründet wurde, während die Ausübungskontrolle die Frage beantwortet, ob der konkrete Gebrauch eines vertraglich oder kraft Gesetz bestehenden Rechts von diesem gedeckt ist und nicht gegen sonstige Pflichten innerhalb einer bestehenden Sonderbeziehung verstößt. „ Nicht das Recht selbst wird als solches in Zweifel gezogen, sondern seine Ausübung unter den besonderen Umständen des Einzelfalles. “³⁶⁹ Aber für die Anwendung der Inhaltskontrolle braucht eine bereits bestehende Sonderverbindung nicht vorzuliegen, da sie generell und abstrakt ist. Insoweit unterscheidet sich die Inhaltskontrolle deutlich von der Ausübungskontrolle, die grundsätzlich einen individuellen Maßstab benutzt.

Inhalts- und Ausübungskontrolle unterscheiden sich schließlich auch in den Rechtsfolgen. „ So schließt die Unzulässigkeit der Rechtsausübung im Einzelfall nicht aus, dass von dem Recht unter anderen Umständen erneut und dann wirksam Gebrauch gemacht wird, während

³⁶³ Vgl. v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 35

³⁶⁴ Bunte, Zehn Jahre AGB-Gesetz – Rückblick und Ausblick, NJW 1987, S. 925

³⁶⁵ Staudinger-Coester, § 9 AGBG, Rdnr. 39

³⁶⁶ Staudinger-Coester, Einl. zu §§ 8 bis 11, Rdnr. 3

³⁶⁷ Staudinger-Coester, § 9 AGBG, Rdnr. 39

³⁶⁸ K. Larenz, Schuldrecht, Band I, AT, § 10, II b, S. 132

³⁶⁹ L. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 25

die Inhaltskontrolle, wenn bereits das Recht selbst gegen Wirksamkeitsschranken verstößt, diesem endgültig die Anerkennung versagt. ³⁷⁰

II. Die Natur der Inhaltskontrolle von Formularklauseln im CVG

Nach § 39 CVG muss sich der Verwender von Formularklauseln bei Festsetzung der gegenseitigen Rechte und Pflichten an den Gerechtigkeitsgrundsatz (§ 5 CVG) halten. Hier sollte sich die Feststellung der gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht auf die konkreten Vertragsbeteiligten beschränken, weil Formularklauseln nach ihrem Begriff in § 39 Abs. 2 CVG auf vielmalige Verwendung zielen. Deswegen ist bei Abfassung von Formularklauseln die durchschnittliche, generalisierte Interessenlage der Vertragsparteien zu berücksichtigen. Es ist festzustellen, dass Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formularklauseln der Natur nach auch generalisierend und nicht individuell sind.

Die chinesischen Richter pflegen aber die Praxis, bei Unwirksamkeit sowohl von Klauseln in Individualverträgen wie auch von Formularklauseln den ganzen Vertrag einfach für ungültig zu erklären. Insofern bedeutet die Inhaltskontrolle von Formularklauseln auch Wirksamkeitskontrolle, da es keine Bestimmung im CVG gibt, nach der die entsprechenden dispositiven Rechtsbestimmungen an die Stelle der unwirksamen Klauseln treten werden.

Allerdings findet man in China ebenso die Praxis der Inhaltsänderung von deutlich ungerechten Formularklauseln, welche nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 CVG vor Gericht oder durch ein Schiedsorgan durchzuführen ist. Der Inhaltsänderungskontrolle der ungerechten Formularklauseln wird auch von den chinesischen Zivilrechtlern zugestimmt³⁷¹. Insofern kann die Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China auch als Inhaltsänderungskontrolle bezeichnet werden. Offenbar unterscheidet sich die Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China in diesem Punkt von der von AGB in Deutschland.

Umstritten ist, ob die Inhaltskontrolle von Formularklauseln ebenfalls Rechtskontrolle, aber nicht Billigkeitskontrolle ist. Aufgrund des Fehlens von Bestimmungen wie § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB ist diese Frage schwer zu beantworten. Den Materialien zur Gesetzgebung des CVG ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber dieser theoretischen Frage keine Aufmerksamkeit geschenkt hat. Aber nach dem Wortlaut des CVG soll die Inhaltskontrolle von Formularklauseln auch Rechtskontrolle sein. § 52 CVG z.B. schreibt die konkreten Maßstäbe für eine Inhaltskontrolle vor. Bemerkenswert ist auch, dass die Bestimmungen im besonderen Teil und die entsprechenden Bestimmungen in den anderen Gesetzen nach § 124 CVG bei der Inhaltskontrolle neuer oder atypischer Verträge analog heranzuziehen sind. Aus diesen beiden Bestimmungen ist abzulesen, dass die Inhaltskontrolle von Formularklauseln Rechtskontrolle ist. Problematisch ist, ob es einen Freiraum für die Billigkeitskontrolle von Formularklauseln gibt, so wie es die Billigkeitskontrolle für Verbraucherverträge nach § 310 Abs. 3 BGB in Deutschland vorsieht. Nach der Erklärung des Entwurfs des CVG soll die Inhaltskontrolle unter zwei Gesichtspunkten, nämlich Gewähr der Vertragsgerechtigkeit und Schutz des schwächeren Vertragspartners, durchgeführt werden.³⁷² Wie oben dargelegt, kommt die Inhaltsänderung von Formularklauseln bei deren Inhaltskontrolle oft vor.

³⁷⁰ L. Fastrich, a.a.O. S. 27

³⁷¹ Vgl. Du Jun, On Standard Form Contract, S. 335f.; Wang Liming, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 404

³⁷² Vgl. Erklärung des Entwurfs des neuen chinesischen Vertragsgesetzes vor dem Volkskongress, 1998; in: Auszüge der Gesetzgebungsmaterialien zum chinesischen Vertragsgesetz, S. 5

Deswegen besteht ein Freiraum, welcher bei der Inhaltskontrolle nach dem CVG der Billigkeit überlassen wird.

Diskussionsbedürftig ist, dass § 24 CVerbSG vorschreibt, dass Ausbeutung der Interessen von Verbrauchern anhand von Formulklauseln zu verbieten ist. Für Verbraucherverträge soll die Billigkeitskontrolle unentbehrlich sein, weil auf der einen Seite Verbraucherverträge als konkrete Verträge auf Einzelgerechtigkeit zielen, auf der anderen Seite Richter beim Individualprozess in China billiges Ermessen heranzuziehen pflegen. Deswegen besteht in der Tat eine Kombinationskontrolle in Bezug auf Verbraucherverträge nach dem CVerbSG. Trotzdem sollte bei Verbraucherverträgen die Rechtskontrolle von Formulklauseln vor der Billigkeitskontrolle einsetzen.

III. Modell der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB im AGB-Recht

Das Modell „ vom Allgemeinen zum Besonderen “ hat eine lange Geschichte und bildet eine gute Tradition im deutschen Recht. Es kommt im Aufbau des BGB durch das Charakteristikum, das „ Allgemeine vor die Klammern ziehen “, deutlich zum Ausdruck. Nach diesem Modell lassen sich die Maßstäbe der Inhaltskontrolle im AGB-Recht ebenfalls in zwei Stufen gliedern:

§ 307 Abs. 1 BGB (früher § 9 Abs. 1 AGBG) hat sich unter Zuhilfenahme von § 242 BGB herausgebildet. Bei den Vorschriften zur Inhaltskontrolle steht die Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB im Mittelpunkt, während die Kataloge der konkret verbotenen Klauseln in §§ 308 und 309 BGB die Ausprägung der Generalklausel darstellen.

Bevor auf die konkreten Inhalte der Maßstäbe eingegangen wird, sollen hier die Generalklauseln im einzelnen analysiert werden.

1. Rechtsnatur, Funktionen und Funktionsweise von Generalklauseln

a. Rechtsnatur von Generalklauseln

Unter Generalklausel ist zu verstehen, dass Rechtsvorschriften, die von detaillierten Tatbeständen und den genauen Rechtsfolgen freigehalten sind, anhand außerrechtlicher Verstellungen durch richterliche Rechtsfortbildung konkretisiert werden können. „Gemäßigter hat man in den Generalklauseln ein ‚ Ventil‘ für sozialetische Forderungen finden wollen: ein sozial aufgeklärter Gesetzespositivismus, der so gleichsam frische Sozialethik aus erster Hand wie durch Diosmose einzuatmen hofft. Allein diese wie die noch kühnere Hoffnung auf eine beständige ‚ Anpassung‘ des Normengefüges an die soziale Forderung scheitert daran, dass eben die Norm selbst, nämlich das Maß und die Richtschnur der Entscheidungen, unwandelbar sein muss; sich wandelnd, weil dialektisch verschränkt mit Zeit und Lage, sind nur die sozialen Befunde und die jeweilige Anforderung der Gerechtigkeit an den Einzelfall.

“³⁷³ Nach der Meinung *Hedemanns* bedeuten Generalklauseln „ein Stück offengelassener Gesetzgebung “. ³⁷⁴ Hinsichtlich dieses Umstands, dass die Lage des modernen Gesetzgebers schwierig ist, wie insbesondere ständig an ihn eine Fülle von Aufgaben herangetragen wird und wie ihm gelegentlich nichts anderes übrig bleibt, als nur Generalnormen zu setzen und der Rechtsanwendung die Ausfüllung seines gesetzgeberischen Programms zu überlassen,

³⁷³ F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: Kleine Juristische Schriften, S. 45

³⁷⁴ J.W. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, S. 58

wird „der moderne Gesetzgeber generalklauselfreudiger sein.“³⁷⁵ Zu Generalklauseln gehören, z.B. §§ 138, 157 und 242 BGB. Davon ist § 242 BGB die typischste Generalklausel, „die geradezu zu einem Einfallstor für richterliche Rechtsfortbildung geworden ist.“³⁷⁶

In Deutschland ist Rechtsfortbildung unter Zuhilfenahme von Generalklauseln unter Wissenschaftlern umstritten. Bedenken dagegen reichen von der verfassungsrechtlichen Illegitimität (Konflikt mit dem Prinzip der Gewaltenteilung) bis zur „Flucht in die Generalklauseln“³⁷⁷. Aber die Praxis der mit Zuhilfenahme von Generalklauseln erfolgten Rechtsfortbildung spricht sich sehr deutlich dafür aus, dass das Richterrecht nicht nur Rechtserkenntnisquelle bedeutet, sondern auch Rechtsbindung haben soll, auch wenn hier keine Übereinstimmung besteht. „Trotz der praktischen Notwendigkeit, die positivistische Enge zu überwinden, Zeit- und Redaktionsmängel eines Gesetzes zu beiseitigen, sieht sich der kontinentale Jurist ideologisch unfähig, die Rechtsautorität seines eigenen Schöpfungsaktes zu begründen und zu begrenzen.“³⁷⁸

„Außerordentlich schwierig ist die Abgrenzung der Generalklauseln von den unbestimmten Rechtsbegriffen. Würde man beide Begriffe miteinander gleichsetzen, wie es gelegentlich im Schrifttum geschieht, würde der Begriff der Generalklausel in eine Breite gehen, die ihn wertlos werden lässt.“³⁷⁹ Generalklauseln sind im Grunde genommen abstrakter als unbestimmte Rechtsbegriffe und Einmessensvorschriften, die auf außerrechtliche Wertung verweisen. Trotzdem besteht die Möglichkeit, dass die beiden sich gelegentlich überschneiden.

b. Funktionen von Generalklauseln

Funktionen von Generalklauseln haben sich mit dem Versuch, atypische und neotypische Neuerungen im Rahmen von Kodifikation zu regeln, entwickelt.

aa. Voraussetzungen der Zuhilfenahme von Generalklauseln

Nach Art. 97 Abs. 1 GG sind Richter in Deutschland unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Das heißt, bei der Entscheidungsbegründung sind Richter an das Gesetz gebunden. Das Subsumtionsverfahren bildet die grundlegendste Methode von Entscheidung. Aber problematisch ist, dass kein Gesetz die Lösung aller im realen Leben entstehenden Probleme vorsehen kann. In der Tat ist jede Vorschrift außerhalb derer über Frist und Termin ohne Auslegung nicht denkbar. Das bedeutet, Subsumtion ist von Anfang an lebendige richterliche Anwendung, obwohl es seit langem die falsche Auffassung gibt, der Richter habe „nicht neues Recht zu setzen, sondern nur vorhandenes anzuwenden.“³⁸⁰ Im Lichte verfassungsmäßiger Judikatur, vor allem mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Gebundenheit der Richter an das Gesetz, bestehen im Grunde folgende Möglichkeiten zur Füllung von Gesetzeslücken: Interpretation, Gesetzes- und Rechtsanalogie sowie

³⁷⁵ F. Werner, Zum Verständnis von Gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, S. 5

³⁷⁶ MüKo-Roth, § 242 BGB, Rdnr. 13

³⁷⁷ J.W. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933

³⁷⁸ J. Esser, Grundsatz und Rechtsnorm, S. 2

³⁷⁹ F. Werner, Zum Verständnis von Gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, S. 6

³⁸⁰ Montesquieu meint: „Die Richter der Nation sind, wie gesagt, lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht, Wesen ohne Seelen gleichsam, die weder die Stärke noch die Strenge des Gesetzes mäßigen können.“ In ders.: Vom Geist der Gesetze, 1748, 6. Buch, 3. Kapitel und 11. Buch, 6. Kapitel

Rechtsfortbildung durch Zuhilfenahme von Generalklauseln. Bei der Schaffung des BGB hatten die Gesetzgeber für Gesetzeslückenfüllung Analogie empfohlen. Aber diese Methode im engeren Sinne³⁸¹ ist nicht immer in der Lage, alle Neuerungen abzudecken. „Insbesondere geht sie sehr viel weiter als die Auslegung und wirft delikater Probleme der Abgrenzung zur Legislative auf als diese.“³⁸² Seit der systematischen Arbeit *Savignys* über Gesetzesauslegung im ersten Band seines „System des heutigen römischen Rechts“³⁸³ von 1840 hat die Gesetzesauslegung immer eine wichtige und unentbehrliche Rolle bei der Rechtsverwirklichung gespielt. Die Pflicht des Richters zu Auslegung gilt als seine Kernaufgabe und ruht auf festem Fundament.³⁸⁴ Rechtliche Hermeneutik ist hilfreich, und auch aus dem Gesetzeswortlaut ist nicht nur was die Gesetzgeber vorgeschrieben haben, abzulesen, so wie es in dem Sprichwort, „das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber“ heißt. *A. Kaufmann* meint auch, dass „aus dem Gesetz Entscheidungen herausgelesen werden können, die der Gesetzgeber gar nicht hineingelegt hat.“³⁸⁵ Im engeren Sinne gehört die Interpretation von Generalklauseln jedoch nicht zu den traditionellen Gesetzesauslegungstätigkeiten. Rechtsfortbildung unter Zuhilfenahme von Generalklauseln geht über die traditionellen Gesetzesauslegungsmethoden hinaus. Deswegen ist die Theorie und Praxis von Rechtsfortbildung aufgrund von Generalklauseln als eine selbständige Kategorie der Möglichkeiten von Gesetzeslückenfüllung zu betrachten.³⁸⁶

Obwohl der Gesetzgeber von seiner Prerogative selbst da, wo er ein Rechtsgebiet kodifiziert hat, nur partiell Gebrauch macht und machen kann, und damit der judiziellen Rechtsentwicklung weiter Raum gelassen wird,³⁸⁷ setzt die Zuhilfenahme von Generalklauseln voraus, dass Generalklauseln nur dann zur Anwendung kommen, wenn Lücken im Gesetz festgestellt sind und Subsumtionsverfahren und andere Möglichkeiten oder Methoden zur Füllung dieser Gesetzeslücken ausgeschöpft worden sind, das heißt, die geschriebenen Regeln für die Lebenswirklichkeit nicht mehr passen.

Nach Art. 3 Abs. 1 GG müssen gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich behandelt werden. Rechtsbindung an das Gesetz hat prärogative Kraft, während das Richterrecht unter Zuhilfenahme von Generalklauseln nur präsumtive Bindung hat.³⁸⁸

Hinsichtlich der Gefahr von Generalklauseln, die *Hedemann* 1933 schon gezeigt hatte, sind nennenswert aufzuzählen: Gesetzesunsicherheit, Möglichkeit zum Missbrauch der richterlichen Macht, Bedrohung der Gewaltenteilung usw..³⁸⁹ Außerdem bedeutet das

³⁸¹ A. Kaufmann meint, dass Analogie die grundlegendste und entscheidendste rechtliche Methode ist. Vgl. ders.: Analogie und „Natur der Sache“, 1982

³⁸² R. Knieper, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung: Delikate Abgrenzungen zwischen Judikative und Legislative, Vortragsfassung am 15. Mai 2002 in Bremen (nicht erschienen), S. 12

³⁸³ Vier Methoden bei Gesetzauslegung waren von Savigny gemeint worden, nämlich grammatische, logische, historische und systematische Auslegung. Vgl. F.C.v. Savigny, System, Bd. I. S. 212 ff.

³⁸⁴ G. Hirsch, Die Rechtsprechung – ein Spiegel der Gesellschaft, WM 2002, S. 503

³⁸⁵ A. Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, S. 41

³⁸⁶ „Der BGH bekennt sich offen und selbstbewusst zu einem richterlichen Auftrag zur Fortbildung der geschriebenen Rechtsordnung nach den sozialen Bedürfnissen und moralischen Wertungen.“ In: F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 530

³⁸⁷ M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, S. 245

³⁸⁸ Vgl. M Kriele, a.a.O. S. 243 ff.

³⁸⁹ „In diesem Lager fürchtet man Erweichung des Rechts durch laxer, ja demagogische Billigkeit, sieht man in der Generalklausel ein Einfallstor der Willkür, besonders des politischen Interesses und der politischen Pression. ... In der besonderen Lage des Totalitarismus wurden diese Vorhersagen jedenfalls durch die Neigung des Gesetzgebers bestätigt, sich durch möglichst unbestimmte, tunlichst emotionale Generalklauseln (,ehrbar‘ ,

Richterrecht nicht immer Flexibilität und Orientierung an wirtschaftlicher Realität.³⁹⁰ Deshalb ist Rechtsfortbildung aufgrund von Generalklauseln nicht Allheilmittel zur Perfektion von Kodifikation. Rechtzeitige Überbrückung der Kluft zwischen den aufgrund der Rechtsfortbildung anhand von Generalklauseln zustande gekommenen richterlichen Instituten und den nötigen unvollständigen Kodifikationsvorschriften bildet eine wichtige Aufgabe unserer Zeit, da die Rechtsprechung nur schlecht in der Lage ist, Grundsätze materieller Gerechtigkeit zu verwirklichen.³⁹¹

bb. Funktionen von Generalklauseln

i. Verweisungsfunktion

- Verweis auf außerrechtliche Wertung (Rezeptionsfunktion): wegen des Fehlens eines Begriffskerns müssen Generalklauseln durch außerrechtliche Wertungen, vor allem moralische Maßstäbe ergänzt werden. Hier stellt sich die Frage, welche moralischen Maßstäbe, z.B. die guten Sitten, Rechtsbindung haben können. „ Zweckmäßigkeitssichtspunkte treten hinzu. Die Effektivität der Durchsetzung einer Verhaltensnorm erhöht sich, wenn soziale Zwänge den rechtlichen Sanktionszwang unterstützen: die ‚Macht der Gewohnheit‘ in eingeschliffenen Verhaltensmustern, die Sanktionen des ‚sozialen Drucks‘ und – worauf besonders *Max Weber* hinweist – zweckrationales Handeln der Beteiligten im eigenen Interesse. Konflikte zwischen Rechtszwang und sozialen Zwang lösen sich häufig zugunsten des sozialen Zwangs, so dass es fast als ein Gebot gesetzgeberischer Vernunft erscheint, habituelle Standards in das Rechtsgefüge einzubeziehen, sofern diese nicht gerade mit Gesetzesnormen kollidieren. “³⁹² Hier müssen sich außerrechtliche moralische Sozialnormen durch Heranziehung einer „ Durchschnittsperson oder *reasoning person* “ objektivieren lassen. Auch zwischen Legalität und Moralität ist zu unterscheiden.

- Verweise auf konkrete Normen in anderen Bereichen (Transformationsfunktion): „ Außerrechtliche konkrete Normen spielen in den Fällen eine Rolle, in denen zu einem Konflikt eine passende Regelung in einem außerrechtlichen Normsystem, etwa in Wettbewerbsregeln, Branchensitten oder Standesordnung existiert. Das Paradebeispiel einer gesetzlichen Bestimmung, die außerrechtliche Norm ins Privatrecht transformiert, ist § 346 HGB, nach dem auf Handelsbräuche Rücksicht zu nehmen ist. “³⁹³

ii. Flexibilitätssfunktion: wie oben schon dargelegt, stehen Rechtssicherheit und Einzelgerechtigkeit in Widerspruch zueinander. Bei Überbrückung dieses Dilemmas können Generalklauseln eine wichtige Rolle spielen. Wegen ihrer unbestimmten Inhalte kann mit Zuhilfenahme von Generalklauseln eine Anpassung an neue Entwicklungen geschafft werden, damit Kodifikation die nötige Flexibilität erhalten kann. Dazu sind Ermessensvorschriften, z.B. § 315 BGB, typischer Träger dieser Funktion.

‚besondere Härte‘, ‚nach gesundem Volksempfinden‘) möglichst freie Hand zu schaffen. “ In: F. Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB, S. 45

³⁹⁰ Vgl. O.E. Willisamson, Die Ökonomische Institution des Kapitalismus, 1990, S. 25; zitiert nach R. Knieper, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung, S. 13

³⁹¹ R. Knieper, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung, S. 13

³⁹² G. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 66

³⁹³ A. Ohly: Generalklauseln und Richterrecht, AcP 2001, S. 12

iii. Delegationsfunktion: Generalklauseln als „ ein Stück offengelassener Gesetzgebung “³⁹⁴ delegieren an die Richter einen Rechtsfortbildungsraum, mit dem Gerichte durch Fallgruppen unter Zuhilfenahme von Generalklauseln neue richterliche Institute entwickeln können.

c. Funktionsweise von Generalklauseln

aa. Denken in „ Typen “

Das Denken in Typen hat eine lange Tradition, tatsächlich begann dieses Denken schon mit der ersten Gesetzgebung im Laufe der Geschichte. Sowohl Kodifikation als auch das Fallrecht sind mit diesem Denken behaftet aber mit unterschiedlicher Logik, nämlich Deduktion und Induktion. In Deutschland hat typologische Argumentation auch in die höchstrichterliche Rechtsprechung Eingang gefunden.³⁹⁵ Die Entscheidungen der deutschen Gerichte – diese innerhalb des jeweiligen Gerichtsbezirks – findet man tatsächlich befolgt.³⁹⁶ Rechtsfortbildung durch das Fallrecht im Rahmen von Kodifikation darf von Richtern nicht nach Beliebigkeit getrieben werden. „ *Like case should be alike treated* “ ist eine allgemein gültige Forderung für richterliche Entscheidung, welche nicht nur im *case law* sondern auch im *civil law* anerkannt ist. Obwohl sich Gesetzlichkeit und Typisierung nach dem zweiten Weltkrieg in den westlichen Ländern heftiger Kritik ausgesetzt sahen, verfügen sie in Deutschland noch immer über eine herrschende Stellung. „ Typus “ war „ in neuer Zeit in allen Wissenschaften zum Modebegriff geworden “. ³⁹⁷ Fragwürdig ist aber, wie man, z.B. bei Bildung von Typen Rücksicht auf die zunehmend schnelleren Entwicklungen nehmen kann, damit Typisierung in diesem Sinne einen Freiraum für Neuerungen anbieten kann.

bb. Bildung von Fallgruppen und Typen unter Zuhilfenahme von Generalklauseln

Wie oben dargelegt, dürfen Generalklauseln nur unter ganz strengen Voraussetzungen zur Füllung von Gesetzeslücken herangezogen werden. Mit zunehmender Menge der mit Zuhilfenahme von Generalklauseln aufgetretenen Fälle besteht die Möglichkeit, das Denken in „ Typen “ auch in diesen vergleichbaren Fällen durchzuführen. Genauer gesagt, ist zuerst unter den aus Generalklauseln bisher abgeleiteten konkreten Fällen eine Ordnung vorzunehmen und inhaltlich zu katalogisieren, damit sich ein Konglomerat von unterschiedlichen „ Fremdkörpern “ vermeiden lässt. Hier gilt die Denkweise von Induktion, aber nicht Deduktion, bei der das Gewicht der Bildung von Fallgruppen auf *ratio decidendi* zu legen ist. „ Die Entscheidung darüber, sofern sie sich auf eine solche Fallgruppe beruft, ist im Grunde genommen nicht mehr aus der entsprechenden Norm abgeleitet, sondern umgekehrt, nämlich dass die Norm erst aus der Entscheidung oder einer Mehrheit von Entscheidungen gewonnen wird. “ ³⁹⁸ Dazu kann Rechtsvergleich einen Beitrag leisten. Ständige Vorentscheidungen im *civil law* spielen eine entscheidende Rolle bei der Bildung von Fallgruppen, gleich wie *obiter dicta* im *case law*. Durch Zusammenfassung der in den Fällen verkörperten allgemeinen Rechtsgedanken werden unterschiedliche Fallgruppen gebildet, die es als zusätzliche Merkmale ermöglichen, atypische und neotypische Sachverhalte unter die neue Norm zu subsumieren. Nennenswert ist, dass die Bildung von Fallgruppen durch Generalklauseln genügend flexibel sein muss, weil die Funktion von

³⁹⁴ J.W. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, S. 58

³⁹⁵ Vgl. D. Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 18 und 19

³⁹⁶ E. Schlüchter, Mittelfunktion der Präjudizien, S. 47

³⁹⁷ K. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 237

³⁹⁸ K. Engisch, a.a.O. S. 189

Generalklauseln sich auf Neuerungen bezieht, d.h., Fallgruppen müssen im Fluss der gesellschaftlichen Entwicklung stehen, sonst würde die Funktion von Generalklauseln durch strenge Fallgruppen erodiert.

„ Dieses Vorgehen eröffnet die Möglichkeit, für jeden innerhalb des generell abstrakten Lebensbereiches der Generalklausel angesiedelten Lebensvorgang eine auf den konkreten Sachverhalt anwendbare Unternorm in Gestalt der Fallgruppe zu bilden. “³⁹⁹ „ Die Fallgruppen haben unzweifelhaft den Vorzug, dass sie eine gezielte Information über die von einer Generalklausel regelmäßig erfassten Bereiche ermöglichen, ohne dass jeweils das gesamte „ Konkretisierungsmaterial “ auf vergleichbare Fälle hin durchgemustert werden müsste. “⁴⁰⁰

Bildung von Fallgruppen ist nur die anfängliche Funktion von Generalklauseln. Typenbildung als „ Zusammenfassung rechtlich gleicher Erscheinungen “⁴⁰¹, als „ Umgrenzung eines Objektbereiches durch Ausrichtung auf einen Rechtsgedanken “⁴⁰² stellt auf präzise Normbildung ab. Der von Einzelheiten abstrahierende Typus entspricht der gesetzlichen Norm. „ Das ähnliche Phänomen kann auch im common law gefunden werden. Im common law ist die Normbildung also kein einmaliger Schöpfungsakt, sondern ein allmählicher Prozess. Im Laufe der Zeit werden konkrete Begriffe durch abstrakte ersetzt, Einzelfälle werden zusammengefasst, es bilden sich übergeordnete Kategorien und schließlich Tatbestände heraus. “⁴⁰³ „ Aber es ist unmöglich, einen Typus genau zu beschreiben; die Beschreibung kann sich dem Typus immer nur annähern, nie wird er bis in die letzten Feinheiten erfasst. “⁴⁰⁴

Bildung von Fallgruppen und Typen ist, genauer gesagt, eine hybride Form der deduktiven und induktiven Methode. Das bedeutet, mittels der induktiven Methode lassen sich unter Zuhilfenahme von Generalklauseln wie im *case law* Unternormen aus unterschiedlichen aufgetretenen Fällen ableiten. Danach subsumiert diese Unternorm deduktiv den konkreten Sachverhalt. „ Der Typus bildet die Mittelhöhe zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen, er ist ein vergleichsweise Konkretes, ein *universale in re*. ... Unter den Typus kann daher auch nicht wie unter den Begriff ‚ subsumiert‘ werden, man kann ihm einen konkreten Sachverhalt vielmehr nur in höherem oder geringerem Grad ‚ zuordnen‘ , ‚ in Entsprechung bringen‘ “⁴⁰⁵ „ Auffällig ist es, dass diese beiden Methoden von Deduktion und Induktion bei Bildung von Fallgruppen und Typus wechselhaft sind, genau wie *Gustav Radbruch* das Rechtsgefühl einmal als den „ Geist, der vom Besonderen zum Allgemeinen und vom Allgemeinen wieder zum Besonderen hinüberzuwechseln vermag “⁴⁰⁶ bezeichnet hat.

³⁹⁹ R. Weber, Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln, AcP 1992, S. 527

⁴⁰⁰ H. W. Haubelt, Die Konkretisierung von Generalklauseln, S. 101 f.

⁴⁰¹ D. Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 65

⁴⁰² D. Leenen, a.a.O. S. 65

⁴⁰³ A. Ohly, Generalklauseln und Richterrecht, AcP 2001, S. 26 und 27

⁴⁰⁴ A. Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“ S. 49

⁴⁰⁵ So – vor Engisch und Larenz – schon ganz klar Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internat. Zeitschrift. f. Theorie des Rechts 12 (1938) S. 46f. in: A. Kaufmann, a.a.O. S. 47 und 48

⁴⁰⁶ G. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 199

d. Bindungskraft von Präjudizien

Über die Einordnung des Richterrechts und die Frage danach, ob das Richterrecht auch Rechtsquelle ist und welche Funktion es hat, ist in Deutschland seit langem heftig diskutiert worden. Das Meinungsspektrum darüber reicht von absoluter Ablehnung über präsumtive Bindung bis zu absoluter Zustimmung. In Deutschland haben Präjudizien nach der h.M. zur Zeit präsumtive oder subsidiäre Bindung. Wenn man einen Blick auf die Rechtsprechung wirft, ist leicht zu erkennen, dass Vorentscheidungen in der Praxis „ erhebliches Gewicht haben, und dass gerade die aus der Vorlagepyramide ausgeschlossenen Land- und Amtsgerichte das Gesetz so anwenden, wie es durch das Präjudiz konkretisiert worden ist. “⁴⁰⁷ „ Die präsumtive Verbindlichkeit der Präjudizien wird nicht nur in der Praxis anerkannt, für sie sprechen auch normative Hinweise in der Rechtsordnung, Wertungsgesichtspunkte wie Rechtssicherheit und der Gleichheitssatz, sowie praktische Gründe wie die Vorentscheidung unnötiger Rechtsmittel und die Entlastung der Gerichte. “⁴⁰⁸

„ In der Tat wohnt jeder Entscheidung in mehr oder minder starkem Maße ein kreatives Element inne, das in der übergeordneten Gesetzesnorm nur in abstrakter Form angelegt war. “⁴⁰⁹ „ Die aus ständigen Entscheidungen abgeleiteten Normen werden im englischen Recht als die *ratio decidendi*, in der deutschen Methodenlehre als Fall- oder Entscheidungsnorm bezeichnet. Wesentlich ist, dass auch im *common law* die *ratio decidendi* zunächst nur zur Entscheidung des konkreten Einzelfalls formuliert wird. Im Unterschied zum Gesetz erfordert ihre Anwendbarkeit auf weitere Fälle zusätzliche Regeln. “⁴¹⁰

Zwischen Gleichgerechtigkeit nach Art. 3 GG und Sachgerechtigkeit eine Linie zu ziehen, ist eine Aufgabe sowohl im *civil law* als auch im *case law*. Im Grunde genommen ist jeder Richter im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet, gleiche Fälle gleich zu behandeln. Diese Pflicht lässt sich auch aus den in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes herleiten.⁴¹¹ Abweichungen von den Vorentscheidungen lassen sich nur durch vertretbare Begründungen rechtfertigen, z.B. im *case law* durch die Institute von „ *overruling the rule* “ und „ *distinguishing* “, während sich diese Abweichungen im *civil law* durch andere gesetzliche Institute, z.B., Einzel- oder Sachgerechtigkeit auszeichnen. Präjudizien im *common law* haben enge direkte Rechtsbindung, während sie in Deutschland nur präsumtive Rechtsbindung haben.

2. Generalklauseln in § 307 Abs. 1 und 2 BGB als Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB

Die Generalklausel bildet das Kernstück der Inhaltskontrolle im ganzen AGB-Recht. In der Praxis ist die Inhaltskontrolle durch die zunehmende Bedeutung der Generalklausel gekennzeichnet.⁴¹² Das bedeutet, § 307 Abs. 1 BGB dominiert dann bei der Inhaltskontrolle, wenn die AGB die Hürde der Inhaltskontrolle genommen haben. Insofern fungiert Absatz 1

⁴⁰⁷ E. Schlüchter, Mittelfunktion der Präjudizien, S. 47

⁴⁰⁸ M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 247, S. 259, S. 260, zitiert nach A. Ohly, Generalklauseln und Richterrecht, AcP 2001, S. 23

⁴⁰⁹ A. Ohly, a.a.O. S. 28

⁴¹⁰ A. Ohly, a.a.O. S. 28 und 29

⁴¹¹ Ausführlich zu diesem Aspekt vgl. K. Langenbucher: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 121 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 259; M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 259; A. Ohly, Generalklauseln und Richterrecht, AcP 2001, S. 30

⁴¹² Vgl. D. Hart, Verbraucherrechtliche Grundlage des AGBG, Jura 2001, S. 656

der Generalklausel des § 307 BGB im Gesamtsystem der Inhaltskontrolle als Grund- und Leitnorm. Sie gibt insbesondere den allgemeinen Maßstab für die inhaltliche Überprüfung vor und strahlt insoweit auch auf die Handhabung der Sondertatbestände des Absatzes 2 und der besonderen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB aus.⁴¹³

§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB sind Generalklauseln, die als Regelbeispiele trotz ihrer eigenständigen Bedeutung konkreter als § 307 Abs. 1 BGB gefasst sind. Obwohl eine unangemessene Benachteiligung nach dem Wortlaut des § 307 Abs. 2 BGB in bestimmten Fällen nur „im Zweifel“ vorliegt, deutet dies nicht auf eine Subsidiarität des Abs. 2 gegenüber Abs. 1, sondern „in der Regel“ ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn einer der beiden Tatbestände des Abs. 2 vorliegt.⁴¹⁴ § 307 Abs. 2 BGB bezieht sich insoweit auf § 307 Abs. 1 BGB, als unter den Voraussetzungen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung vermutet wird.⁴¹⁵

Hinter der Unterscheidung des Wortlauts verstecken sich die unterschiedlichen Leitideen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB. Die Nr. 1 legt das Gewicht ausschließlich auf die Leitbildfunktion der Normen des dispositiven Rechts, während die Nr. 2 aufgrund der gemeinrechtlichen Lehre von *naturalia negotii* auf die Vertragsnatur abgestellt ist.

3. Verbotskataloge: §§ 308 und 309 BGB

Nach dem Modell vom „Allgemeinen zum Besonderen“ spielen die Klauselverbote in §§ 308 und 309 BGB in der Praxis eine vorrangige Rolle. Klauselverbote haben sich im Grunde aus der richterlichen Rechtsfortbildung, welche sich auf § 242 BGB stützt, herausgebildet. Bei der Prüfung, ob unangemessene Benachteiligung vorliegt, müssen sich die AGB zunächst an den konkreten Verbotskatalogen messen lassen. Danach wendet sich die Prüfung den Generalklauseln in § 307 BGB zu – diese werden praktisch als Auffangklauseln betrachtet – .

Die Technik der Gesetzgebung des AGB-Rechts kann als vorbildlich betrachtet werden. Die Dichotomie zwischen den Klauselverboten mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB, früher § 10 AGBG) und denen ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB, früher § 11 AGBG) bewirkt gleichzeitig Gesetzeselastizität und Gesetzesbeständigkeit. Dem Wortlaut „insbesondere“ ist zu entnehmen, dass es sich bei den Verboten des § 308 BGB „um eine lediglich beispielhafte Aufzählung von Anwendungsfällen der Generalklauseln“⁴¹⁶ des § 307 BGB handelt. Die Besonderheit der in § 308 BGB enthaltenen Klauselverbote liegt darin, dass sie erkennbar eine Wertungsmöglichkeit enthalten, die sich dabei auf verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe wie z.B., „unangemessen lang“ oder „angemessen“ (§ 308 Nr. 1 und Nr. 2 BGB); „von besonderer Bedeutung“ (§ 308 Nr. 6 BGB) und „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ (§ 308 Nr. 6 BGB), bezieht.⁴¹⁷ Diese unbestimmten Rechtsbegriffe müssen sich bei

⁴¹³ Vgl. Staudinger-Coester, § 9 AGBG Rdnr. 278; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 AGBG, Rdnr. 6

⁴¹⁴ Vgl. T. Becker, Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, S. 41 ff.; v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 236; H. Locher, Recht der AGB, S. 145; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 AGBG, Rdnr. 129

⁴¹⁵ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 AGBG, Rdnr. 57; Palandt-Heinrichs, § 307 BGB Rdnr. 25 (widerlegliche Vermutung der Unwirksamkeit); kritisch gegen diese Ansicht vgl. Staudinger-Coester, § 9 AGBG Rdnr. 165 (Er meint, Abs. 2 umfasste in sich abgeschlossene Sondertatbestände der Inhaltskontrolle, die für ihren Bereich die Angemessenheitsbeurteilung endgültig determinierten.); M. Stoffels, AGB-Recht, S. 238 ff. (Rdnr. 497 ff. „Einordnung als in sich abgeschlossene Sondertatbestände der Inhaltskontrolle“)

⁴¹⁶ Vgl. BT-Drucksache 7/5422 – vor § 10

⁴¹⁷ Vgl. Löwe/Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band II, S. 15

der Konkretisierung im Einzelfall an dem Gebot von Treu und Glauben messen lassen. Durch Rückgriff auf die Generalklauseln besteht deswegen eine Brücke zwischen diesem Gebot und den Verbotskatalogen.

Hierbei taucht die Frage auf, ob bei der Ausfüllung der Wertungsmöglichkeit auf die Umstände des Einzelfalls zurückzugreifen ist. Nach dem generalisierenden und typisierenden Maßstab der Inhaltskontrolle sind grundsätzlich die Umstände des Einzelfalls nicht zu berücksichtigen. Aber es besteht die Ausnahme, dass diese unbestimmten Begriffe eine Konkretisierung erfordern können. „Insofern tritt eine zusätzliche Bewertung konkreter Umstände hinzu, die eine zusätzliche Wertungsmöglichkeit eröffnet und insofern berechtigt, die Wertungsmöglichkeit der Klauselverbote des § 308 BGB besonders hervorzuheben.“⁴¹⁸ Für Verbandsprozesse nach den §§ 5 ff. UKlaG (§ 13 ff. AGBG) gilt ohnedies, wie sich auch aus § 8 Abs. 1 UKlaG (§ 15 Abs. 2 AGBG) ergibt, eine von den Umständen des Einzelfalls absehende, auf die Typizität des jeweiligen Rechtsgeschäfts abstellende, generalisierende Betrachtungsweise.⁴¹⁹

Im Unterschied zu § 308 BGB enthält § 309 BGB Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. Dies bedeutet, dass diese Verbotskataloge aufgrund abschließender Wertung des Gesetzgebers stets die Unwirksamkeitssanktion nach sich ziehen. Sie spiegeln gesetzliche Beständigkeit mit Ausschluss von Interessenabwägung wider. Natürlich ist die Behauptung in der Begründung des Regierungsentwurfes zu bezweifeln, dass durch die Kataloge der §§ 10 und 11 AGBG (nun §§ 308 und 309 BGB mit Änderungen) alle Klauseln von praktischer Bedeutung erfasst und die erfahrungsgemäß für unangemessene AGB typischen Einbruchsstellen abgesichert sind.⁴²⁰ Tatsächlich ist eine Vollständigkeit der Klauselverbote nur ein Traum der Gesetzgebung. Gerade hier spielt die Generalklausel des § 307 BGB eine wichtige Rolle, nämlich eine Auffangfunktion für die von §§ 308 und 309 BGB nicht erfassten Klauselverbote.

Dieses Modell vom „Allgemeinen zum Besonderen“ erleichtert gewissermaßen die richterliche Inhaltskontrolle und leistet einen Beitrag zu Rechtseinheit und Rechtsklarheit. Interessant ist, dass die „Shenzhen Standardvertragsvorschriften“ dieses Modell übernommen haben. Dies zeigt sich sehr deutlich an dem Aufbau dieser Vorschriften.

IV. Modell der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China

Angesichts der vereinzelt Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG ist das Modell der Inhaltskontrolle von Formulklauseln unsystematisch und verwirrend. Trotzdem sind dem Wortlaut der Vorschriften über die Inhaltskontrolle im CVG folgende Gesichtspunkte für eine Inhaltskontrolle zu entnehmen:

So gilt nach § 39 Abs. 1 CVG der Gerechtigkeitsgrundsatz als Generalklausel zur Inhaltskontrolle von Formulklauseln. Der Gerechtigkeitsgrundsatz ist eines der grundlegenden Prinzipien im chinesischen Zivilrecht, das seinen Niederschlag schon in den CAGZ findet. Die CAGZ wurden nach ihrem Inkrafttreten 1986 wegen ihrer erstmaligen Normierung von Persönlichkeitsrechten (§§ 98 bis 105 CAGZ) in der chinesischen Rechtsgeschichte sogar als Menschenrechtsdeklaration angesehen. Nach § 3 CAGV ist die Stellung

⁴¹⁸ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, Vorbemerkung zu §§ 10, 11 AGBG, Rdnr. 4

⁴¹⁹ Vgl. Löwe/Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band II, S. 16

⁴²⁰ Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 14, S. 23

der Beteiligten bei Zivilgeschäften gleichberechtigt, und Zivilgeschäfte müssen sich nach § 4 CAGV an die Grundsätze von Freiwilligkeit, Gerechtigkeit, wertgemäßer Entgeltlichkeit und von Treu und Glauben halten. In der Praxis gelten die CAGZ grundsätzlich als allgemeine Richtlinie für Anwendung und Auslegung des chinesischen Zivilrechts, da die CAGZ über die traditionellen Vorschriften für Rechtsgeschäfte im Allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches hinaus noch weitere Vorschriften, z.B. über das Eigentumsrecht, das Schuldrecht und das Haftungsrecht normieren. Obwohl sich die soziale Struktur und die wirtschaftlichen Verhältnisse in China nach dem Inkrafttreten der CAGZ rasch verändert haben, üben sie nach wie vor einen starken Einfluss auf ihnen folgenden zivilrechtlichen Gesetzgebungen aus. Nach dem Gerechtigkeitsgrundsatz der CAGZ sind Rechtsbeziehungen bei zivilrechtlichen Geschäften horizontale Beziehungen zwischen Gleichberechtigten.

Während der Gerechtigkeitsgrundsatz als Generalklausel der Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China gilt, zeichnet sich das Gebot von Treu und Glauben nach § 307 Abs. 1 BGB als Kernstück der Generalklauseln der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland ab. Auf die Unterschiede zwischen diesen beiden Prinzipien wird im Folgenden näher eingegangen.

Die systematische Verwirrung und die dogmatische Unklarheit im CVG spiegeln sich besonders in dem Fehlen konkreter Klauselverbote wider. Die Klauselverbote im CVG sind sehr bruchstückhaft. Insgesamt gibt es diesbezüglich nur 4 Vorschriften (§§ 39 Abs. 1, 40, 52 und 53 CVG). Das gesetzliche Verbot des § 52 CVG und die Klauselverbote der §§ 39 Abs. 1, 40 und 53 CVG in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Freizeichnungsklauseln sind nicht klar unterschieden.⁴²¹ Wichtiger ist, dass das Verbot für Freizeichnungsklauseln nach § 53 CVG nicht nur für Formularklauseln, sondern auch bei Individualverträgen Anwendung findet. In § 40 CVG wird auf die Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht (§ 52 Abs. 5 CVG) verwiesen.

Neben den drei relativ abstrakten Regelbeispielen der Generalklauseln in § 40 CVG⁴²² beschränken sich die Klauselverbote im CVG hauptsächlich auf Freizeichnungsklauseln⁴²³. § 53 Abs. 1. CVG hat eine ähnliche Bestimmung aus dem englischen Recht übernommen. In Deutschland bilden Freizeichnungsklauseln auch einen wichtigen, aber nicht den einzigen Gegenstand der Inhaltskontrolle von AGB (§ 309 Nr. 7 und 8). Den Bestimmungen des AGB-Rechts (§§ 308, 309 BGB) ist auch zu entnehmen, dass sich das Gewicht von AGB in der Praxis wegen zunehmender Kontrolle von Haftungsfreizeichnungen bereits auf Schutz- und Nebenpflichten oder andere Teile verlagert hat. In diesem Sinne ist das CVG im Bereich der Inhaltskontrolle von Formularklauseln sehr lückenhaft.

In der Tat können die „ *Shenzhen* Standardvertragsvorschriften “ als Vorläufer der Regelung von Formularklauseln in China betrachtet werden. Sie können auch als Vorbild für

⁴²¹ Nach § 52 CVG ist der Vertrag unwirksam, wenn einer der folgenden Umstände vorliegt: 1. wenn mit Täuschung oder Drohung durch eine Seite errichtete Verträge staatliche Interessen schädigen; 2. wenn in böswilliger Kollusion Interessen des Staates, von Kollektiven oder von Dritten geschädigt werden; 3. wenn eine legale Form ein rechtswidriges Ziel verdeckt; 4. wenn gesellschaftliche öffentliche Interessen geschädigt werden; 5. wenn zwingende Bestimmungen von Gesetzen oder verwaltungsrechtlichen Vorschriften verletzt werden.

⁴²² Vgl. Kapitel 6 VI 3

⁴²³ § 39 Abs. 1 „... welche (Formularklauseln) die Haftung dieser (die Geschäftsbedingungen stellenden Partei) ausschließen oder einschränken und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären.“ § 53, „Vertragsklauseln, die von der Haftung in folgenden Punkten befreien, sind wirkungslos: 1. für der anderen Seite verursachte Schäden an Leib und Leben. 2. für Vermögensschaden, welcher der anderen Seite vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wird.“

das CVG gelten. Charakteristisch ist die Dichotomie zwischen den unwirksamen (§ 17) und den anfechtbaren Vertragsklauseln (§ 18) in diesen Vorschriften. Hier ist das Gesetzgebungsmodell dem im AGB-Recht sehr ähnlich. Die Überwachungsverordnung von Formulklauseln in *Shanghai*⁴²⁴ konzentriert sich dagegen nur auf die Verbotskataloge für Haftungsfreizeichnung (§ 6).

V. Konkrete Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland

1. Allgemeine Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB außerhalb des AGB-Rechts

§§ 307 bis 309 BGB enthalten die Sondervorschriften zur Inhaltskontrolle von AGB. Verträge unter Verwendung von AGB unterliegen der Inhaltskontrolle nicht nur nach diesen Maßstäben, sondern auch nach anderen allgemeinen gesetzlichen Regelungen.

a. Allgemeines zwingendes Recht außerhalb des AGB-Rechts

Im BGB gibt es viele zwingende Rechtsnormen außerhalb des AGB-Rechts, die für AGB Anwendung finden können. Z.B. sind AGB unwirksam, wenn Verträge unter Verwendung von AGB gegen die Gültigkeitsvoraussetzungen für rechtsgeschäftliches Handeln (§§ 104 ff. BGB) oder gegen gesetzlich zwingende Schriftform (§ 126 BGB) verstoßen. Zu beachten ist, dass diese allgemeinen zwingenden Rechtsnormen kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB sind. Bei Verstoß gegen allgemeine zwingende Bestimmungen erübrigt sich die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB, da alle gegen allgemeines zwingendes Recht verstoßende Vereinbarungen schlechthin unwirksam sind.

b. Verstoß gegen gesetzliches Verbot

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, „ wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt “. Hier bietet das BGB ein Einfallstor für staatliche Intervention ohne konkrete Bereiche oder Grenzen an. „ Aus der Sicht des Jahres 1896 mag es sich dabei eher um Randbereiche gehandelt haben. 100 Jahre später erweist sich § 134 BGB als Einfallstor für unterschiedliche Politiken. Seine Existenz hat mit dazu beitragen, dass der Text des BGB gerade in den marktbezogenen Teilen weiterhin unverändert blieb, ließen sich doch auch so , marktwirtschaftswidrige ‘ Dinge wie ein Preisstopp unschwer mit Hilfe des § 134 BGB bewältigen “. ⁴²⁵ Aber Maßstäbe der Inhaltskontrolle fallen in der Regel nicht unter § 134 BGB, wenn die AGB-Klauseln die Hürde der Schranken der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nehmen können, weil §§ 307 bis 309 BGB, welche *leges speciales* darstellten, selbst ausdrücklich bestimmen, welche zivilrechtlichen Folgen ein Verstoß haben soll. ⁴²⁶

⁴²⁴ Diese Stadtverordnung ist vom Ständigen Ausschuss der 11. Session des Shanghaier Volkskongresses am 13. Juli erlassen worden und trat am 1. Januar 2001 in Kraft.

⁴²⁵ W. Däubler, BGB kompakt, S. 488

⁴²⁶ „Dies gilt beispielsweise für § 1 GWB, wonach (pauschal gesprochen) wettbewerbsbeschränkende Abreden ‚unwirksam‘ sind. Für ‚nichtig‘ erklärt Art. 81 Abs. 2 EGV alle Vereinbarungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Eine eigenständige Regelung enthält auch § 14 AktG, wonach Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern unwirksam sind, wenn ihnen der Aufsichtsrat als Gremium nicht zugestimmt hat.“ In: W. Däubler, a.a.O. S. 489

Trotzdem ist durch das AGB-Recht die Prüfung von AGB auf ihre Vereinbarkeit mit den Gesetzen nicht völlig ausgeschlossen. § 134 BGB ist und bleibt ein anzuwendender Prüfungsmaßstab. Zur Kollision der Prüfung nach § 134 BGB und den §§ 307 bis 309 BGB wird es aber praktisch nicht kommen, da sinnvollerweise bei begründetem Verdacht § 134 BGB zuerst geprüft wird. Fällt eine Klausel unter ein gesetzliches Verbot, spielt das AGB-Recht insoweit keine Rolle mehr; führt die Subsumtion zum gegenteiligen Ergebnis, hängt die Entscheidung allein an den konkreten Inhaltskontrollmaßstäben. Es handelt sich also um zwei unabhängige, wenn auch sinnvollerweise nacheinander geschaltete Prüfungen.⁴²⁷

c. Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 BGB

Innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des AGB-Rechts sind die §§ 307 bis 309 BGB gegenüber dem § 138 BGB *leges speciales*, welche im Vergleich zu dem § 138 BGB eine strengere Kontrolle fordern. In Erfüllung der Voraussetzung des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ist also das AGB-Recht als spezifische Kontrollregelung abschließend.

Da die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB die Sittenwidrigkeit von AGB nicht berücksichtigt, besteht die Möglichkeit, dass Verträge unter Verwendung von AGB Interessen der Allgemeinheit oder von Dritten beeinträchtigen. Dies zeigt sich insbesondere bei den Klauseln über Bürgschaften zwischen Familienangehörigen. Insofern stellt die Sittenwidrigkeitsprüfung eine äußerste Begrenzung der Gestaltung von AGB dar.

2. Unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben als Maßstab zur Inhaltskontrolle von AGB

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Hier knüpft das Verbot der unangemessenen Benachteiligung an den Maßstab des Gebotes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Zur Entscheidung, ob die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners durch AGB verursacht ist, kommt es auf die Entscheidung an, ob dem Verwender eine einseitige, Treu und Glauben widersprechende Verfolgung seiner Interessen vorzuwerfen ist, und dies zur unangemessenen Benachteiligung einer der Vertragsparteien führt.

a. Gebot von Treu und Glauben

Der in § 242 BGB zum Ausdruck gebrachte Grundsatz ist im Laufe der Rechtsfortbildung über dessen Wortlaut hinaus zu einem allgemeinen Rechtsprinzip oder einer „Königsklausel“ des gesamten Zivilrechts geworden, obwohl die Gesetzgeber des BGB vor mehr als hundert Jahren den umfangreichen Funktionen dieser Generalklausel nicht Rechnung getragen haben. In vielen besonderen zivilrechtlichen Rechtsgebieten findet sich ebenfalls die Ausprägung dieser „Königsklausel“. Aufgrund der mit Zuhilfenahme des § 242 kasuistischen Rechtsprechung hat § 9 AGBG (nun § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) eine eigenständige Bedeutung bekommen.

⁴²⁷ Vgl. A.M. Lütkenhaus, Unfair Contract Terms Act 1979 und AGB-Gesetz, S. 259

„ Der Grundsatz von ‚ Treu und Glauben ‘ besagt seinem Wortsinn nach, dass jeder in ‚ Treu ‘ zu seinem gegebenen Worte stehen und das Vertrauen, das die unerlässliche Grundlage aller menschlichen Beziehung bildet, nicht enttäuschen oder missbrauchen, dass er sich so verhalten soll, wie es von einem redlich Denkenden erwartet werden kann. “⁴²⁸ „ Die Wahrung der Treue und die Erhaltung des Vertrauens bilden die Grundlage des Rechtsverkehrs und insbesondere jeder rechtlichen Sonderverbindung. Darum ist dieser Grundsatz nicht auf das Schuldverhältnis zu beschränken, sondern gilt nach heute unbestrittener Auffassung als ein allgemeines Rechtsprinzip überall dort, wo eine rechtliche Verbindung vorliegt, unter dieser Voraussetzung daher, z.B. auch im Sachrecht, im Verfahrensrecht und im öffentlichen Recht. “⁴²⁹ Nach der Auffassung von *Larenz*⁴³⁰ enthält der Grundsatz von „Treu und Glauben “ einen obersten Grundsatz des Rechts der Schuldverhältnisse der Art, dass dieser die Kraft hat, andere Normen einzuschränken, wenn ihre Anwendung zu einem mit ihm nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde.

Treu und Glauben stellen „unbestimmte Begriffe “ dar, die für sich genommen zwar eine gewisse Bedeutung haben, aber aus denen keine klaren konkreten Tatbestände abgeleitet werden können. Sie müssen daher anhand der einzelnen Fälle konkretisiert werden. Zur Konkretisierung, ob eine unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben besteht, sind die Rechtsprechung und die Typenbildung bezüglich des § 242 BGB heranzuziehen.

Der Wortkombination „Treu und Glauben “ wird darüber hinaus ein Inhalt zugesprochen, der zwar die Bedeutung der einzelnen Ausdrücke „Treue “ und „Glauben “ in sich aufgenommen hat, aber auch als ein Ganzes zu verstehen ist; dabei ergibt sich „nur in der Begriffsverbindung eine solche eigentümliche Bedeutung: allgemein solle damit sozialetischen Wertvorstellungen Eingang in das Recht “ verschafft werden; eine Regelung müsse „mit der in der herrschenden Wirtschafts- und Sozialordnung immanenten Rechtsethik verträglich “ sein, mit den „Interessen der Allgemeinheit “, mit „Recht und Gerechtigkeit “⁴³¹

Nach dem Wortlaut des § 242 BGB ist auch die Verkehrssitte bei Durchführung des Gebotes von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Nach h.M. ist die Verkehrssitte dem Gebot von Treu und Glauben nicht gleichgeordnet; sie kann bestenfalls als „Hilfsinstrument bei der normativen Wertung “ mit Treu und Glauben eingesetzt werden.⁴³²

Allgemeine Grundsätze einer Rechtsentwicklung unter § 242 BGB lassen sich der h.M. nach in drei Funktionen teilen, nämlich Konkretisierung von Rechten und Pflichten (Rechtsfolge), Beschränkung und Gewährung von Rechten (Rechtsmissbrauch, unzulässige Rechtsausübung) und Inhaltskorrektur und Aufhebung von Rechtsgeschäften (Lehre von der Geschäftsgrundlage).⁴³³ Gerade aus der Funktion von Inhaltskorrektur und Aufhebung von Rechtsgeschäften hat sich die Inhaltskontrolle von AGB herausgebildet und schließlich zur Kodifikation der vielfältigen Rechtsprechung geführt, welcher das Gebot von Treu und Glauben in § 242 BGB zugrunde lag. In diesem Sinne ist es unentbehrlich, das Verhältnis

⁴²⁸ K. Larenz, Schuldrecht, Band I, AT, S. 116

⁴²⁹ K. Larenz, a.a.O. S. 118

⁴³⁰ K. Larenz, a.a.O. S. 119 und 120

⁴³¹ Vgl. Staudinger-Schmidt, § 242 BGB, Rdnr. 143

⁴³² Vgl. Staudinger-Schmidt, § 242 BGB, Rdnr. 152

⁴³³ Vgl. MüKo-Roth, § 242 BGB, Staudinger-Schmidt, § 242 BGB

zwischen dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB) und seiner spezifischen Ausprägung in § 307 Abs. 1 BGB (früher § 9 Abs. 1 AGBG) zu klären.

Die Rechtsprechung hat die Inhaltskontrolle von AGB vor Inkrafttreten des AGBG zuletzt vor allem auf § 242 BGB gestützt.⁴³⁴ Nachdem § 9 Abs. 1 AGBG den Maßstab von Treu und Glauben übernommen hatte, stellte er eine spezielle Ausgestaltung von § 242 BGB dar, welcher (§ 242 BGB) im Bereich der Inhaltskontrolle von AGB (im Bereich des AGBG) nicht mehr anwendbar ist.⁴³⁵ Das bedeutet, § 9 Abs. 1 AGBG ersetzte § 242 BGB als Generalklausel der Inhaltskontrolle von AGB. Trotzdem war die Verknüpfung zwischen § 242 BGB und § 9 Abs. 1 AGBG nach Inkrafttreten des AGBG nicht ausgeschaltet. Die Funktion des § 242 BGB für die Inhaltskontrolle, welche nicht auf den Bereich des AGB-Rechts beschränkt ist, spiegelt sich darin wider:

Zum einen bleibt § 242 BGB weiterhin der gesetzliche Anknüpfungspunkt, soweit die §§ 307 bis 309 BGB (nach § 310 BGB) nicht zur Anwendung kommen;⁴³⁶ so findet z.B. im Gesellschaftsrecht § 242 BGB weiterhin Anwendung; AGB in Bezug auf Arbeitsrecht nach Einführung des AGBG ins BGB unterliegen nun ebenfalls den §§ 307 bis 309 BGB, während früher § 242 BGB unmittelbare Anwendung fand.⁴³⁷

Zum anderen spielen die unter § 242 BGB entwickelten Grundsätze auch im Anwendungsbereich des § 307 Abs. 1 und 2 BGB weiterhin eine Rolle, weil der Wortlaut des § 307 Abs. 1 und 2 BGB für die Kernprobleme der Angemessenheitskontrolle keine entscheidende Wertungshilfe zu geben vermag.⁴³⁸ Deswegen ist die Technik der Interessenabwägung, die durch richterliche Fortbildung des § 242 BGB in Fallgruppen konkretisiert ist, für die Entscheidung, ob eine unangemessene Benachteiligung bei der Inhaltskontrolle von AGB vorliegt, von erheblicher Bedeutung.

Schließlich ist § 242 BGB uneingeschränkt heranzuziehen, soweit es sich nicht um Inhaltskontrolle im eigentlichen Sinne, sondern um die (einzelfallbezogene) Anwendung anderer Grundsätze von Treu und Glauben handelt, insbesondere derjenigen der unzulässigen Rechtsausübung.⁴³⁹

b. Unangemessene Benachteiligung

Zur Feststellung des Vorliegens einer unangemessenen Benachteiligung ist zu prüfen, ob die Benachteiligung unangemessen, d.h. nicht unerheblich ist.⁴⁴⁰ Dies bedeutet, dass die Benachteiligung über die Schranke „der angemessenen Beeinträchtigung“ der Interessen des Vertragspartners hinaus geht und dass die den Vertragspartner belastenden AGB von der (dispositiven) gesetzlichen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder vertragstypischen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) nur möglichst geringfügig abweichen dürfen. „Unangemessenen“ ist

⁴³⁴ Vgl. H. Heinrichs, Maßstäbe und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetz; H.E. Brandner, Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz, in: Zehn Jahre

⁴³⁵ Vgl. N. Fehl, Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 109, S. 115; auch Roussos, JZ 1988, S. 997, S. 1006; Wolf/Horn/Lindacher, S. 329

⁴³⁶ Vgl. MüKo-Roth, § 242, Rdnr. 92

⁴³⁷ Vgl. Für Publikums-KG, BGHZ 66, 82; für die Publikum-GbR, NJW 1982, 877 und 2495; 1983, 2498; für Arbeitsrecht, BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen, Nr. 144, 161, 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt etc.

⁴³⁸ Vgl. MüKo-Roth, § 242, Rdnr. 92

⁴³⁹ Vgl. MüKo-Roth, § 242, Rdnr. 92

⁴⁴⁰ Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 AGBG, Rdnr. 73

namentlich eine die Interessen des Vertragspartners erheblich beeinträchtigende Verlagerung des Vertragsrisikos.⁴⁴¹ Zu betonen ist, dass nicht jede Benachteiligung zur Unwirksamkeit der Klauseln führt. Hier geht es um ein Übermaßverbot, d.h., dass die dem Vertragspartner vom Verwender auferlegten Belastungen einer angemessenen Eingrenzung bedürfen.

Dem Gebot von Treu und Glauben ist auch zu entnehmen, dass geringfügige, unerhebliche oder unwesentliche Benachteiligung zu erdulden sind⁴⁴². Dieser Grundgedanke gilt ebenfalls für die Inhaltskontrolle von AGB. Dem Vertragspartner wird deshalb zugemutet, geringfügige und unwesentliche Benachteiligungen zu tragen.⁴⁴³ Das Erfordernis der „Unangemessenheit“ folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, sollte aber schon mit der negativen Fassung des Bewertungsmaßstabs ausgedrückt werden.⁴⁴⁴ Aus der Gesetzgebungsgeschichte dieser Vorschrift ist auch abzuleiten, dass der Gesetzgeber aus den vielen in Betracht kommenden Formulierungen eine brauchbare ausgewählt hat. Nach dem Regierungsentwurf sollten AGB als unwirksam angesehen werden, wenn durch sie die Interessen der Vertragsparteien nicht angemessen ausgeglichen würden; der BT-Rechtsausschuss wollte demgegenüber den auf Kundenschutz abzielenden Gesetzeszweck dadurch klarer zum Ausdruck bringen, dass er eine Formulierung wählte, die (statt auf einen „angemessenen Interessenausgleich“) auf eine „unangemessene Benachteiligung“ abhob; dadurch sollte auch deutlich gemacht werden, dass eine „Benachteiligung von erheblichem Gewicht“ vorliegen müsse, um die Folge der Unwirksamkeit auszulösen.⁴⁴⁵

Aber hier stellt sich die Frage, woraus die Kriterien der Unangemessenheit abgeleitet werden, wenn Bezugspunkt lediglich ein Vorteil des Unternehmers ist; weiterhin, woraus die Legitimation einer Kontrolle und Begrenzung einer „unangemessenen“ Benachteiligung folgt und schließlich, warum den Vertragsparteien der Verwender von AGB eine Duldungspflicht von Bagatellnachteilen auferlegt wird? Diese Fragen erscheinen berechtigt, aber die Antworten darauf lassen sich kaum aus dem AGBG herleiten.⁴⁴⁶

Zur Feststellung der Benachteiligung ist ein Rechtslagenvergleich vorzunehmen: Die Rechtslage ohne die streitige Klausel ist mit dem Vertragsinhalt bei Berücksichtigung der Klausel zu vergleichen.⁴⁴⁷ Eine Benachteiligung liegt dabei dann vor, wenn sich durch die AGB-Klauseln, die Vertragsinhalt geworden ist, die Rechtslage der Vertragsparteien verglichen mit der ohne die Klauseln bestehenden Rechtslage verschlechtert hat.⁴⁴⁸ Hierbei sind zu berücksichtigen:

- die Systematische Methode: Bei Beurteilung einer bestimmten Einzelklausel wird häufig eine wertende Berücksichtigung anderer Vertragsbestimmungen, sogar des gesamten Vertragsinhalts notwendig sein, weil allein gesehen eine einzelne Klausel noch keine unangemessene Benachteiligung verursachen mag, aber durch Wirkung im Zusammenhang mit anderen Klauseln eine versteckte unangemessene Benachteiligung vorliegen könnte.

- die Eigenart der Geschäftsbeziehungen: Ein Vertrag, der unter Verwendung von AGB geschlossen wird, ist auf einen bestimmten Zweck gerichtet. Für die jeweiligen

⁴⁴¹ BGH ZIP 1998 2059, 2062

⁴⁴² Z.B. §§ 320 Abs. 2, 906 Abs. 1 BGB

⁴⁴³ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 AGBG, Rdnr. 50

⁴⁴⁴ Staudinger-Coester, § 9 AGBG, Rdnr. 71

⁴⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 5, 22; BT-Drucks 7/5422, S. 6; MüKo-Kötz, § 9 AGBG, Rdnr. 9

⁴⁴⁶ Staudinger-Coester, § 9 AGBG, Rdnr. 71

⁴⁴⁷ Vgl. J. Niebling, Schranken der Inhaltskontrolle, S. 22; v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 133

⁴⁴⁸ v. Hoyningen-Huene, a.a.O. Rdnr. 133

Vertragszwecke werden auch unterschiedliche Rechte und Pflichten aufgrund dispositiven Rechts zugewiesen. Bei angemessenem Interessenausgleich zwischen den beiden Vertragspartnern kommt es gewöhnlich auf den Vertragszweck an.

- der objektive Klauselinhalt als Gegenstand der Inhaltskontrolle: Obwohl subjektive Elemente, z.B. Verschulden, bei der Interessenbewertung eine wichtige Rolle spielen können, ist das Verschulden einer Partei nicht Voraussetzung, um unter § 242 BGB eine Interessenwertung zu ihren Lasten vorzunehmen.⁴⁴⁹

- die bei den beteiligten Verkehrskreisen verankerten Anschauungen von Recht und Gerechtigkeit: Weiterhin kommt es für die Prüfung der Angemessenheit einer AGB-Klausel auf die Anschauungen der Verkehrskreise an, die regelmäßig an dem Abschluss von Verträgen des streitigen Typs beteiligt sind. Unzulässig ist eine individualisierende Betrachtungsweise, die für die Beurteilung der Angemessenheit von AGB-Klauseln darauf abstellt, ob der im Einzelfall betroffene Kunde nach seinem persönlichen Verständnishorizont die Konsequenzen der streitigen Klauseln erkannt hat oder hätte erkennen können, ob er sich nach seinen persönlichen Verhältnissen durch eigene Vorsorge gegen sie gesichert hat oder hätte sichern können oder ob aus anderen Gründen anzunehmen ist, dass gerade er (im Gegensatz zu anderen Kunden) durch sie nicht unangemessen benachteiligt wird.⁴⁵⁰

- der Gesichtspunkt der Risikobeherrschung: Es ist zu fragen, ob und in welchem Maße die Verwirklichung des Risikos besser durch den Kunden oder besser durch den Verwender durch zumutbares eigenes Handeln verhindert werden kann.⁴⁵¹

- der Lebensbereich, in dem die Vertragsparteien tätig werden: Nach dessen Zielsetzung beschränkt sich das AGB-Recht nicht auf Verbraucherverträge, sondern erstreckt sich auch auf Verträge zwischen Kaufleuten, oder nach der neuen Fassung, zwischen Unternehmern. Richtig ist, dass Unternehmer aufgrund ihrer branchenbezogenen Gewohnheiten und Gebräuche die Klauseln, deren Verwendung sie benachteiligen kann, leichter bemerken als Verbraucher. Das bedeutet aber nicht, dass das Kriterium der unangemessenen Benachteiligung bei der Anwendung für Unternehmer strenger als für Verbraucher gehandhabt wird. Demgegenüber ist § 310 Abs. 1 BGB und der Praxis zu entnehmen, dass die AGB-Klauseln, die in Verbraucherverträgen unwirksam sind, sehr oft auch in Verträgen zwischen Unternehmern unwirksam sind.

- Schließlich die Höhe des Entgelts. Der Verwender von AGB wird sich jedoch nur unter besonderen, von ihm darzulegenden Umständen darauf berufen können, eine den anderen Vertragsteil benachteiligende Klausel werde durch einen besonders niedrigen Preis ausgeglichen. Dies gilt namentlich für Rechtsgeschäfte mit Endverbrauchern. Inwieweit der Preis für den anderen Vertragsteil günstig ist, lässt sich im Einzelfall auch nur schwer beurteilen. Auf die Kosten allein kann dabei nicht abgestellt werden, da der Preis in der Marktwirtschaft nicht nur Ersatz für Aufwendung ist, sondern vor allem auch ein Indikator für die Knappheit der Waren. Hinzu kommt, dass die Höhe des Preises nicht in eine bestimmte Relation zu einzelnen ungünstigen Klauseln gesetzt werden kann.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Vgl. Soergel-Werner, § 242 BGB Rdnr. 62; Palandt-Hertrichs, § 242 BGB Rdnr. 5; Erman-Werner, § 242 BGB Rdnr. 46; Staudinger-Weber, § 242 BGB Rdnr. 147; MüKo-Roth, § 242 BGB Rdnr. 35

⁴⁵⁰ Vgl. MüKo-Kötz, § 9 AGBG, Rdnr. 5

⁴⁵¹ Vgl. MüKo-Kötz, § 9 AGBG, Rdnr. 10

⁴⁵² Vgl. Entwurf des AGB-Gesetzes, BMJ, S. 49

Verbraucherverträge weisen bei der Prüfung Besonderheiten auf. Nach der Umsetzung der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln bestehen gem. § 310 Abs. 3 BGB (Erwägungsgrund 15. 16., Art. 4 der Richtlinie) zwei Kontrollmaßstäbe, nämlich sowohl ein genereller als auch ein konkret-individueller. Wie oben schon erwähnt, hat hierbei das Konzept der Kombinationslösung, eine Verbindung der beiden Kontrollmaßstäbe durch die Schaffung einer zweiten, nur für Verbraucherverträge maßgeblichen Kontrollstufe in das AGB-Recht einzuführen, in der Umsetzungsdiskussion große Zustimmung erfahren und entspricht heute der ganz herrschenden Meinung.⁴⁵³

3. Regelbeispiele in § 307 Abs. 2 BGB

a. Leitbildfunktion des dispositiven Rechts nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁴⁵⁴

§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (früher § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) schreibt die Leitbildfunktion der Normen des dispositiven Rechts („mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar“) deutlich vor. Das dispositive Recht ist auf eine ausgewogene, an den typischen Lebensvorgängen orientierte Regelung ausgerichtet. *Larenz* hat zutreffend ausgedrückt, dass „die Aufgabe der gesetzlichen (dispositiven - Verfassers) Regelungen darin zu sehen ist, das zur Regelung zu bringen, was, nach Auffassung des Gesetzgebers, verständige und redlich denkende Parteien vereinbart hätten, wenn sie diesen Punkt bedacht hätten.“⁴⁵⁵

In Deutschland war die Anwendung des Vertragsrechts seit Ende des 19. Jahrhunderts wegen der Verbreitung von AGB in großem Umfang verdrängt worden. Nachdem *L. Raiser* in seiner Monographie die Frage nach der Inhaltskontrolle von AGB gestellt hat, kommt den Funktionen des dispositiven Rechts in Bezug auf die Inhaltskontrolle von AGB zunehmende Bedeutung zu.⁴⁵⁶

Die Grenzziehung zwischen zwingendem und dispositivem Recht dient der Abwehr von negativen Folgen der AGB und der Versagung der rechtlichen Anerkennung von vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁵⁷ Zu betonen ist, dass die Gesetzgeber des BGB klargestellt haben, dass das „richtige Verständnis (der Rechtsnatur der Rechtsnormen, ob sie zwingend oder dispositiv sind,) der Auslegung überlassen“⁴⁵⁸ wird. Auslegung bedeutet hier eine Anpassung an neue Zeitverhältnisse.⁴⁵⁹ Gerade anhand dieser Gesetzesauslegung hat § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (nun § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) die gesetzlichen Regelungen des BGB als Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB herangezogen. Auffällig ist, dass das Vertragsrecht im BGB insoweit im Laufe der Zeit von einem dispositiven zu einem (halb-) zwingenden Recht geworden ist. Deswegen spielt das entsprechende dispositive Recht für die Inhaltskontrolle

⁴⁵³ Vgl. G. Borges, Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, S. 36

⁴⁵⁴ Über das Verhältnis zwischen AGB und dispositivem Recht vgl. Kap. 3 II. 1.

⁴⁵⁵ K. Larenz, Schuldrecht II/1, § 38, S. 4

⁴⁵⁶ „Dieses dispositive Gesetzesrecht spricht sich zwar selbst nur subsidiäre Geltung hinter den Vertragsordnungen zu, aber es ist doch keine beliebige Ordnung, sondern ‚Recht‘ in dem besonderen Sinn einer Objektivierung der Rechtsidee durch die Gesamtrechtsgemeinschaft, d.h.: es darf im allgemeinen ... als der angemessene, natürliche Ausgleich der widerstrebenden Partei- und der übergeordneten Gemeinheitsverhältnisses. Dieser Rechtscharakter verleiht den Dispositivnormen die Tendenz, sich auch gegenüber den Vertragsordnungen immer wider durchzusetzen, ...“ L. Raiser, AGB- Recht, S. 293 f.

⁴⁵⁷ vgl. R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 47

⁴⁵⁸ Motive Bd. I, S. 17, zitiert nach R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 47

⁴⁵⁹ Motive Bd. I. S. 15 f., zitiert nach R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 47

eine leitbildende Rolle. In der Tat hat der BGH die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts bereits vor dem Inkrafttreten des AGBG (1964) unterstrichen:

„Soweit Vorschriften des dispositiven Rechtes ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrundeliegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen. Der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositivnormen kann verschiedenen groß sein. Je stärker er ist, ein desto strengerer Maßstab muss an die Vereinbarkeit von Abweichungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angelegt werden.“⁴⁶⁰

Aus der Bestimmung des § 306 Abs. 2 BGB geht diese Leitbildfunktion insoweit ausdrücklich hervor, als das gesetzliche Vertragsrecht im Falle der Unvereinbarkeit von AGB mit seinen wesentlichen Grundgedanken eine inhaltliche Auffanglinie bedeutet. Deswegen wird auch von einer „für den AGB-Sektor verbindlichen Inhaltsdirektive“ gesprochen.⁴⁶¹

Den Bestimmungen über konkrete Vertragstypen im BGB liegen korrekte Interessenabwägungen und faire Risikoverteilung zugrunde. Obwohl das BGB aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung der Modernisierung bedarf, dürfen die korrekte Interessenabwägung und die gerechte Risikoverteilung nicht unter der Flagge der Modernisierung verwässert werden. „Das Vertragsrecht als dispositives Recht bedeutet überhaupt nicht, seine Abdingbarkeit den Verwendern von AGB einfach zu überlassen. Dagegen gibt es hier nur eine ‚limitierte Dispositivität‘, das heißt, der AGB-Verwender kann nur maßvoll und in zu rechtfertigender Weise von den Möglichkeiten des dispositiven Rechts machen.“⁴⁶²

Nach der Meinung *Nipperdeys* dürfen die Parteien von nachgiebigen Rechtssätzen insoweit abweichen, „als dafür sachliche Gründe, namentlich aus der besonderen, vom Gesetz nicht zugrunde gelegten Sach- und Interessenlage, vorliegen. Die Abweichung muss durch die *rule of reason* gerechtfertigt sein. Die Änderung der nachgiebigen Bestimmungen muss inhaltlich nach Maßgabe von Treu und Glauben und der Gerechtigkeitsgedanken der durch den Vertrag ausgeschalteten oder modifizierten gesetzlichen Regeln die Interessen beider Teile angemessen berücksichtigen. Sie muss fair sein. Es ist das im freiheitlichen, sozialen Rechtsstaat Grundgesetz, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung, der Achtung der Rechte anderer und des Sittengesetzes schützt.“⁴⁶³ Deswegen ergibt sich der Beurteilungsmaßstab für AGB aufgrund der dispositiven Normen daraus, ob diese der den dispositiven Bestimmungen immanenten Billigkeit entsprechen.

Ein interessantes Phänomen ist weiterhin darin zu finden, dass die Bestimmungen über typische Verträge im BGB bei der Inhaltskontrolle von AGB als Maßstab für die ihnen ähnlichen oder zuzuordnenden atypischen und neutypischen Verträge Anwendung finden können. Die Bestimmungen über Darlehen z.B. setzen auch eine Leitlinie für die AGB über Finanzierungsleasing (§ 500 BGB). In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass das dispositive Recht im BGB anhand der Methoden von Zuordnung oder Verbindung für die gesetzlich nicht geregelten Verträge Anwendung finden kann.

⁴⁶⁰ BGHZ 41, 151 (154)

⁴⁶¹ E. Schmidt, JuS 1987, S. 933

⁴⁶² v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 15; auch M. Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 110

⁴⁶³ H.C. Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 49 III

Zu beachten ist, dass das neue Kauf- und Werkvertragsrecht ein neues Kriterium für die Inhaltskontrolle in Bezug auf die beiden Bereiche im Sinne der „ wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung “ (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) setzt.

b. Vertragsnatur nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Während der Rechtsgedanke des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf die Methode der typologischen Zuordnung zurückzuführen ist, und dabei die Richtlinie und Leitbildfunktion des dispositiven Rechts als Mittel zur Konkretisierung der Maßstäbe der Inhaltskontrolle benutzt, wobei vor allem § 433 ff. BGB heute typologisch als Normstrukturtypen verstanden werden, bedient sich § 307 Abs. 2 Nr. 2 der Vertragsnatur als Kriterium zur Inhaltskontrolle von atypischen und neotypischen Verträgen.

Dieser Gedanke baut auf der Unterscheidung von Häufigkeits- und Normstrukturtypus auf, welche eine Differenzierung zwischen Parteivereinbarungen und Verträgen auf der Typenebene aufweist: der Häufigkeitstypus ist Typus einer Parteivereinbarung, der Normstrukturtypus Typus eines Vertrags; der erstere fasst also Austauschgestaltungen auf der vorrechtlichen Ebene sozialer Interaktion zusammen, der letztere bezeichnet die gesetzlich normierten Typen.⁴⁶⁴ Bei Anwendung der typologischen Methode in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB muss eine einzelne Parteivereinbarung dem im dispositiven Recht enthaltenen gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet und darunter subsumiert werden. Natürlich spielen die aufgrund langjähriger Tradition zustande gekommenen gesetzlichen Vertragstypen bei der Inhaltskontrolle eine ausschlaggebende Rolle, aber „gerade deshalb erscheint es fraglich, wie der Rechtsanwender den neuen, bislang unbekanntem Häufigkeitstypen durch eine fertige, systematisierte Antwort auf alle in ihnen zu bedenkenden Einzelfragen begegnen könnte. ... So erscheint die Dynamik und Veränderlichkeit von Häufigkeitstypen gerade als zentrales praktisches Argument gegen die vorzeitige Statuierung verbindlicher und subsumtionsfertiger Referenzsysteme in Gestalt von Rechtsnaturen, Leitbildern oder Normstrukturtypen.“⁴⁶⁵ Deswegen „ stößt das Denken in gesetzlichen Leitbildern im Bereich der modernen, gesetzlich meist nicht geregelten Austauschverträge ersichtlich schnell an seine Grenzen, fehlt es hier doch in weitem Umfang an gesetzlichen Vorbildern und einschlägigen Typisierungschancen, die einen deduktiven Rekurs auf dispositives Gesetzesrecht gestatten würden.“⁴⁶⁶

Ernst A. Kramer hat vier auf die rechtsschöpferischen Initiativen der Parteien und das Innovationspotential des Vertragsrechts angewandte Reaktionsmöglichkeiten beschrieben:⁴⁶⁷

1. Typenzwang: alle von den gesetzlich geregelten Vertragstypen abweichenden Gestaltungen werden als ungerecht angesehen;
2. Leitbildfunktion: Erhebung des Gerechtigkeitsgehalts des geltenden Vertragsrechts zum Maßstab für alle neuen Austauschformen;
3. Typologische Betrachtungsweise: Entlehnung der einheitlichen normativen Leitideen aus den geltenden Normstrukturtypen für die modernen Austauschgestaltungen;
4. Schaffung neuer Normen für unbekannte Gestaltungen.

⁴⁶⁴ Vgl. K. Larenz, *Methodenlehre*, S. 461 ff.; und F. Bydlinski, *Methodenlehre*, S. 547 f.

⁴⁶⁵ J. Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, S. 315

⁴⁶⁶ M. Stoffels, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*, S. 421

⁴⁶⁷ E.A. Kramer (Hrsg.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft*, S. 23, 37 ff.

Offenbar muss Punkt 4 als notwendige Methode in Bezug auf die atypischen oder neotypologischen Verträge zur Inhaltskontrolle herangezogen werden. Außerdem kann die Vertragsnatur als „ein im vornormativen Bereich begründetes, auch außerhalb der gesetzlichen Regelung wirksames Leitbild“⁴⁶⁸ erkannt werden. Gleichzeitig sollten „wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ „nicht als geschlossene Normstrukturtypen“ verstanden, „sondern vielmehr (werden) die Normen der § 433 ff. BGB als ein Reservoir einzelner, miteinander kombinierbarer Regelungsstücke“ angesehen werden, damit eine Variante der Typentheorie, nämlich Analogie⁴⁶⁹ unter gewissen Umständen Anwendung finden kann.

Die Konkretisierung des maßgeblichen Erwartungshorizontes bildet die zentrale Frage der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁴⁷⁰ „Wenn diese Bestimmung von wesentlichen Rechten oder Pflichten spricht, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so wird damit die Perspektive des anderen Teils in den Vordergrund gerückt. Dies wird auch von der Rechtsprechung rezipiert. Sie fragt im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB danach, ob es sich um Pflichten handelt, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht, auf deren Erfüllung der Vertragspartner daher, *vertraut* und auch *vertrauen darf*“⁴⁷¹. Die rechtsdogmatische Begründung liegt überwiegend im Vertrauensgedanken.⁴⁷² Insofern ist der Rechtsfortbildung in Bezug auf die konkrete neue Typenbildung eine wichtige Bedeutung beizumessen.

Was die Anwendungsreihenfolge betrifft, so soll das im Wege der Typenzuordnung bestimmte dispositive Recht (gesetzliche Vertragstypen) vorrangige Anwendung finden. Angesichts der Bedenken gegenüber dieser Reihenfolge⁴⁷³ finden die Rechtsfolgen eines Normstrukturtypus von vornherein und nur insoweit Anwendung, wie Vergleichbarkeit im Hinblick auf konkrete Rechtsfragen besteht.⁴⁷⁴

Bemerkenswert ist, dass im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 BGB ein „Paradigmenwechsel“ stattfindet, weil das allgemeine Pflichtenkonzept des Leistungsrechts gem. §§ 280, 276 BGB unmittelbare Auswirkungen auf damit ungeschriebene „wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben“, i.S. von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB entfaltet.⁴⁷⁵

⁴⁶⁸ G. Weick, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11, 13 f. 14.

⁴⁶⁹ J. Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 313

⁴⁷⁰ J. Oechsler, a.a.O. S. 321; M. Stoffels, AGB-Recht, S. 263 ff. (Rdnr. 527 ff. „Konkretisierung typischer Erwartungshorizonte auf der Grundlage des Verbots widersprüchlichen Verhaltens“)

⁴⁷¹ BGH NJW 1985, 3016 (3018); NJW-RR 1986, 271(272); 1993, 560 (561); ebenso v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Rdnr. 291; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 AGBG Rdnr. 90; zitiert nach M. Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 486 und ders.: AGB-Recht, S. 263 (Rdnr. 528)

⁴⁷² Vgl. C-W, Canaris, Vertrauenshaftung, S. 266 f., 270 f., 287 ff.; F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 28; zitiert nach M. Stoffels, AGB-Recht, S. 261 (Rdnr. 524)

⁴⁷³ „Die Vorstellung von einer aus der Rechtsnaturbestimmung zu begründenden Rechtsanwendungsregel, nach der in erster Linie das Regelungsprogramm des in Bezug genommenen Normstrukturtypus zu applizieren sei, ist mit der formalen Gerechtigkeit, gleiche Fälle gleich und ungleiche ungleich zu behandeln, unvereinbar.“ J. Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 313 ff.

⁴⁷⁴ J. Oechsler, a.a.O. S. 314 ff.

⁴⁷⁵ v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, S. 16

4. Verbotskataloge: Verbotsklauseln mit und ohne Wertungsmöglichkeit (§§ 308 und 309 BGB)

a. Verbotskataloge mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB)

Diese Verbotskataloge zeichnen sich, wie oben dargelegt, dadurch aus, dass es für die endgültige Entscheidung, ob AGB der Inhaltskontrolle standhalten können, wegen der unbestimmten Rechtsbegriffe auf eine Interessenabwägung aufgrund der konkreten Umstände ankommt. Im Folgenden werden die einzelnen Klauselverbote im § 308 BGB kurz dargestellt.

i. Unangemessene Frist

Unter Nr. 1 und Nr. 2 fallen Bestimmungen, durch die sich der Verwender für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung und für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen oder Nachfristen vorbehält. Nach Nr. 1 ist hiervon jedoch der Vorbehalt ausgenommen, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist gem. § 355 Abs. 1 und 2 BGB und § 356 BGB zu leisten.

ii. Ungemessen hohe Vergütung und ungemessen hoher Ersatz bei Abwicklung von Verträgen

Nr. 7 zielt auf den Schutz der Vertragspartner des Verwenders vor einer Erschwerung des Rücktritts oder der Kündigung. Zu beachten ist, dass bei Klauseln, die Aufwendungsersatz im Rahmen eines bestehenden Vertrages vorsehen, Nr. 7 keine Anwendung findet. Für die Angemessenheit einer Vergütung oder des Ersatzes kommt es auf die gesetzlichen Normen für die Rückabwicklung von Verträgen in §§ 346 ff. BGB an. In Anlehnung an den § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind bei der Vergütung und dem Ersatz Abweichungen von wesentlichen Grundgedanken in der Regel nicht zulässig.

iii. Rücktritt ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund

Nr. 3 zielt auf die vertragliche Bindung zwischen dem Verwender und seinen Vertragsparteien. Diese Bestimmung findet sowohl für den durch AGB geregelten Rücktritt wie auch für Kündigung, Anfechtung, Widerruf oder Leistungsvorbehalte Anwendung. Wegen der Besonderheit von Dauerschuldverhältnissen gilt diese Regelung hier nicht.

iv. Unzumutbarkeit von Änderungsvorbehalt

Vertragsparteien sind an die versprochene Leistung gebunden. Könnte der Verwender einseitig die geschuldete Leistung ändern, würde die Vertragsbindung bedroht. § 308 Nr. 4 BGB nomiert die Unwirksamkeit des Änderungsvorbehalts des Verwenders bei Unzumutbarkeit für den Verbraucher.

v. Fiktion der Willenserklärung aufgrund Schweigens und Fiktion des Zugangs

Nr. 5 und 6 haben das gleiche Ziel, eine Fiktion zulasten der Vertragsparteien zu verbieten. Nr. 5 gibt den Vertragsparteien die Chance, sich ausdrücklich über ihren tatsächlichen Willen zu äußern. Danach sind Klauseln, nach denen Schweigen als Willenserklärung gelten soll, grundsätzlich unwirksam. Nur unter den Voraussetzungen in lit a und lit b kann eine derartige Klausel zulässig sein. Ausgenommen hiervon sind die Verträge, in die Teil B der VOB

insgesamt einbezogen ist. Nr. 6 verbietet dem Verwender, bei einer Erklärung von „besonderer Bedeutung“, z.B. Kündigung, Rücktritt oder Mahnung, ihren Zugang zu vermuten, damit er sich der Beweispflicht für den Zugang nicht entziehen kann.

vi. Verzug der Erklärung über die Nichtverfügbarkeit der Leistung bzw. Verzug bei Erstattung der Gegenleistung

Die durch das Fernabsatzgesetz eingeführte Nr. 8 ergänzt Nr. 3. Danach muss der Verwender die andere Vertragspartei unverzüglich informieren und eine bereits geleistete Gegenleistung unverzüglich erstatten, bevor er sich bei Nichtverfügbarkeit der versprochenen Leistung vom Vertrag lösen kann.

b. Verbotskataloge ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB)

Im Gegensatz zu den Bestimmungen in § 308 BGB führen die Klauselverbote in § 309 BGB „ohne Wertungsmöglichkeit“ stets zur Unwirksamkeit. Mit dem Inkrafttreten des SMG sind ein paar wesentliche Änderungen einhergegangen. Bei Darstellung der einzelnen Klauselverbote wird besonderes darauf eingegangen.

Nr. 1: Kurzfristige Preiserhöhungen

Dieses Klauselverbot bezweckt die Bindung des von den Vertragsparteien ausgehandelten Preises. Könnte der Verwender innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss das Entgelt für Waren oder Leistungen erhöhen, würde die vertragliche Vereinbarung über den Preis bedroht, obwohl sich die Preisvereinbarung selbst der Inhaltskontrolle entzieht. Nach der Bestimmung in Nr. 1 gibt es zwei Ausnahmen: einmal, wenn die Lieferzeit länger als vier Monate beträgt und zum anderen, wenn die Waren und Leistungen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden.

Nr. 2: Leistungsverweigerungsrechte

Nach den §§ 320 und 273 BGB stehen den Vertragsparteien bei Nichterfüllung die Einreden der Erfüllung Zug-um-Zug und des Zurückbehaltungsrechts zu. Dieses Klauselverbot verhindert, dass die Regelungen in den AGB von den §§ 320 und 273 BGB abweichen. Wenn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht würde, könnte es zu dem Ausschluss oder der Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts kommen.

Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB werden Sach- und Rechtsmängel jetzt gleich behandelt, sofern der Verkäufer mangelhaft liefert. Obwohl § 309 Nr. 2 a) BGB mit § 11 Nr. 2 a) AGBG vom Wortlaut identisch ist, steht dahinter eine inhaltliche Modifikation. Dem Käufer stehen jetzt Nacherfüllungsansprüche gem. § 439 BGB zu, während ihm gem. § 320 BGB a.F. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags von Gesetzes wegen nicht zustand, da die §§ 459 ff. BGB a. F. als Sonderregelungen gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 320 BGB a.F. behandelt wurden.

Nr. 3: Aufrechnungsverbot

Für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen ist ein Aufrechnungsverbot in AGB nach Nr. 3 unwirksam. Zu beachten ist hier, dass dieses Klauselverbot nur für

unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen Anwendung findet. D.h. wenn über die Forderungen Unklarheit besteht, ist ein Aufrechnungsverbot grundsätzlich zulässig.

Nr. 4: Freistellung von Mahnung und Fristsetzung

Diese Vorschrift entspricht dem früheren § 11 Nr. 4 AGBG, ist jedoch terminologisch angepasst. §§ 281 Abs. 1, 286 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB z.B. schreiben deutlich vor, dass Ansprüche auf Schadensersatz oder Rücktritt in der Regel Mahnung oder Fristsetzung voraussetzen. Diese Erfordernisse dienen insoweit dem Schutz des Schuldners, als er noch eine Gelegenheit hat, die drohenden Rechtsfolgen abzuwenden. Nach Nr. 4 ist verboten, dass der Verwender durch AGB von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen.

Nr. 5: Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen

Obwohl die Pauschalierung von Schadensersatz- oder Wertminderungsansprüchen zur Vermeidung des Nachweises einer bestimmten Schadenhöhe grundsätzlich zulässig ist, ist nach Nr. 5 die Vereinbarung einer Schadensersatzpauschale, die den zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, verboten.

Bislang war der Verbotstatbestand des § 11 Nr. 5 b AGBG dadurch charakterisiert, dass dem anderen Vertragsteil der Nachweis nicht „ abgeschnitten “ werden durfte, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die geltend gemachte und nach §§ 11 Nr. 5 a AGBG zu beurteilende Pauschale. Nun hat der Gesetzgeber die Regelung von § 309 Nr. 5 b BGB anders, und zwar positiv abgefasst. Danach ist der Verwender verpflichtet, seinem Kunden ausdrücklich den Nachweis zu „ gestatten “, der Schaden sei nicht oder wesentlich niedriger als die geltend gemachte Pauschale. Mit anderen Worten: Der Gegenbeweis i.S. von § 309 Nr. 5 b BGB ist durch eine eindeutige und klare Formulierung zu Gunsten des Kunden sicherzustellen.⁴⁷⁶

Nr. 6: Vertragsstrafe

Dieses Klauselverbot bezieht sich auf die Fälle der Nichtabnahme und verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs und des Rücktritts. Für diese Fälle schreibt das Gesetz bereits eine Regelung vor, nach der Schadensersatz geschuldet wird. Hier besteht kein Grund für eine Doppelbestrafung zulasten der Vertragsparteien.

Nr. 7: Haftung bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden

Diese Bestimmung verbietet je nach Rechtsgütern Haftungsfreizeichnungsklauseln. Dem § 11 Nr. 7 AGBG ist nun nach Integrierung des AGBG in das BGB ein neuer Absatz hinzugefügt worden. Nach § 309 Nr. 7 a BGB ist eine Klausel unwirksam, die den Ausschluss oder die Begrenzung für Schäden wegen der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit bewirkt, sofern diese auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Nach dieser neuen Bestimmung ist der Verbotstatbestand von Nr. 1 a des Anhangs zu Art. 3 EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln in deutsches Recht inkorporiert worden.⁴⁷⁷ Da für AGB mit zwingendem Charakter bei Daseinsvorsorge oder

⁴⁷⁶ v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, S. 20

⁴⁷⁷ RegE, S. 358, auch in: v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, S. 20

AGB mit staatlicher Sondergenehmigung eine Sonderkontrolle bereits besteht, finden die Bestimmungen in Nr. 7 keine Anwendung für diese Vertragsbedingungen. Wegen der grundlegenden Veränderung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts hat der Begriff der „Pflichtverletzung“ den der „Vertragsverletzung“ ersetzt. Nennenswert ist auch, dass der letzte Halbsatz von § 11 Nr. 7 AGBG – die Erwähnung des Verschuldens bei Vertragsabschluss – weggefallen ist.⁴⁷⁸ Nach der Kodifikation der Haftung wegen *c.i.c.* in § 241 Abs. 2 BGB und § 311 Abs. 2 BGB wird dies auch von der „Pflichtverletzung“ umfasst. Insofern gilt das Verbot von Haftungsfreizeichnungsklauseln für Ansprüche aus allen denkbaren Pflichtverletzungen, die von vorvertraglichen über vertragliche bis zu deliktsrechtlichen reichen.

Nr. 8: Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung

Nr. 8 fasst die früher in § 11 Nr. 8 bis 10 AGBG geregelten Klauselverbote zusammen und passt sie teilweise an die Veränderungen des Schuldrechts an.

a) Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen

Diese Bestimmung verbietet den Ausschluss des Rücktrittsrechts, sofern es auf die vom Verwender zu vertretende Pflichtverletzung gegründet wird. Doch ist sie nicht anwendbar, wenn dieses Rücktrittsrecht des Kunden sich aus der mangelhaften Lieferung einer Sache oder der mangelhaften Herstellung eines Werkes ableitet. Solche Umstände sind in § 309 Nr. 8 b) BGB geregelt. Bemerkenswert ist, dass § 323 Abs. 1 BGB das Rücktrittsrecht des Gläubigers unabhängig davon regelt, ob der Schuldner die dem Rücktritt zugrunde liegende Pflichtverletzung auch zu vertreten hat.

b) Mängel

aa) Ausschluss und Verweisung auf Dritte

Nach dieser Bestimmung ist es dem Verwender verboten, die Ansprüche wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auszuschließen. Verboten sind nach dieser Vorschrift auch solche Klauseln, die die Haftung des Verwenders durch den Verweis auf die Haftung Dritter ersetzen.

bb) Beschränkung auf Nacherfüllung

Obwohl § 309 Nr. 8b bb BGB mit § 11 Nr. 10 b AGBG vom Wortlaut fast identisch ist, sind weitere Rechtsbehelfe bei Fehlschlag der Nacherfüllung neben dem Rücktritt kumulativ erlaubt. Im Gegensatz zu dem alten Recht wird das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, nach § 325 BGB durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Im neuen Kaufrecht kann der Käufer bei mangelhafter Lieferung vom Verkäufer nach § 437 Nr. 3 BGB neben dem Rücktritt noch Schadensersatz (nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311 a BGB) verlangen. Das Gleiche gilt auch für den Werkvertrag gem. § 636 BGB.

Wenn der Gesetzgeber in den §§ 440, 636 BGB weitergehende Tatbestandselemente formuliert hat, die außerhalb des „Fehlschlagens“ der Mangelbeseitigung erwähnt werden, dann ist es ein Gebot der Transparenz (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), dem Käufer

⁴⁷⁸ v. Westphalen, a.a.O. S. 20

oder Besteller auch insoweit Klarheit darüber zu verschaffen, dass ihm das Recht auf Schadensersatz statt der Erfüllung sowie das Rücktrittsrecht dann zustehen, wenn die Nacherfüllung aus sonstigen Gründen unzumutbar ist oder vom Verkäufer oder Werkunternehmer verweigert wird. Gleichzeitig bedeutet dies, dass es i.S. von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung) unverzichtbar ist, dem Käufer oder Besteller sowohl das Recht auf Rücktritt als auch den Anspruch auf Ersatz des Schadens statt der Erfüllung gem. §§ 440, 636 BGB einzuräumen.⁴⁷⁹

cc) Aufwendungen bei Nacherfüllung

Nach §§ 439 Abs. 2 und 635 Abs. 2 BGB hat der zur Nacherfüllung Verpflichtete die dafür notwendigen Aufwendungen zu tragen. Diese Bestimmung verbietet dem Verwender, die von ihm zu tragenden Aufwendungen bei Nacherfüllung auf den Käufer oder Werkbesteller abzuwälzen.

dd) Vorenthalten der Nacherfüllung

Der Anspruch auf Nacherfüllung würde ausgehöhlt oder beschränkt, wenn er von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig wäre. Deswegen ist es nach dieser Bestimmung verboten, den Anspruch davon abhängig zu machen.

ee) Ausschlussfrist für Mängelanzeige

Da eine Ausschlussfrist für die Mängelanzeige bei nicht erkennbarem Mangel einer Verkürzung der Verjährung gleichkommt, ist es nach dieser Bestimmung verboten, eine kürzere als die gesetzlich vorgeschriebene (§§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) Anzeigefrist vorzusehen.

ff) Erleichterung der Verjährung

Nach dem neuen Verjährungsrecht (§ 202 Abs. 1 BGB) sind Vereinbarungen über Verjährung grundsätzlich zulässig. Aber bei Mängeln an Bauwerken, an Sachen, die für ein Bauwerk verwendet worden sind, oder an Planungs- und Überwachungsleistungen für ein Bauwerk darf die gesetzliche Verjährungsfrist von 5 Jahren nach §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 und § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht verkürzt werden. Für alle anderen Fälle ist eine Erleichterung der Verjährung durch AGB zulässig, wenn die Verjährungsfrist dadurch nicht kürzer als ein Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn wird. Außerdem findet dieses Klauselverbot keine Anwendung für Verträge, in die Teil B der VOB insgesamt einbezogen ist.

Nr. 9: Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen

Diese Bestimmung fasst den früheren § 11 Nr. 12 AGBG und die in § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGBG geregelte Ausnahme zusammen. Ein Dauerschuldverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass die gesamten zu erbringenden Leistungen bei Vertragsschluss noch nicht festgestellt sind, sondern von der zeitlichen Dauer des Vertrages abhängen. Nach diesem Klauselverbot ist es verboten, eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren durch AGB vorzusehen. Die Laufzeit beginnt hier mit dem Beginn der Leistungen, nicht mit Vertragsschluss. Verboten ist auch,

⁴⁷⁹ v. Westphalen, a.a.O. S. 24

eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr durch AGB vorzusehen. Wenn eine Kündigungsfrist länger als drei Monate vor Ende der Laufzeit vereinbart ist, verstößt es ebenfalls gegen diese Vorschrift. Ausgenommen sind Versicherungsverträge, Verträge über die Verwertung von Urheberrechten und die Lieferung zusammengehöriger Sachen.

Nr. 10: Wechsel des Vertragspartners

Dieses Klauselverbot findet ausdrücklich nur auf Kauf-, Dienst- und Werkverträge Anwendung. Nach § 415 Abs. 1 BGB hängt die Wirksamkeit einer Schuldübernahme zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer von der Genehmigung des Gläubigers ab. Deswegen ist nach a und b in diesem Klauselverbot ein Wechsel des Vertragspartners nur unter folgenden zwei Voraussetzungen zulässig, entweder dass der Dritte in den AGB namentlich bezeichnet ist, oder dass dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen.

Nr. 11: Haftung des Abschlussvertreters

Nach § 164 ff. BGB übernimmt der mit Vertretungsmacht handelnde Vertreter prinzipiell keine Haftung, für das sich von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft. Diese Bestimmung verbietet dem Verwender, dem Vertreter durch AGB eine eigene Haftung oder Einstandspflicht aufzuerlegen. Da § 179 BGB den Umfang der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ausdrücklich regelt, ist nach Nr. 11 b verboten, dass der Verwender dem Vertreter durch AGB eine strengere als die gesetzliche Haftung auferlegt.

Nr. 12: Beweislast

Dieses Klauselverbot enthält unverändert den § 11 Nr. 15 AGBG. Dem Wortlaut dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass jede benachteiligende Verschiebung der Beweislast durch AGB verboten ist, wobei zwei Beispiele besonders benannt sind: Auferlegung der Beweislast für Umstände, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen und Auferlegung der Beweislast von bestimmten Tatsachen. Ausgenommen sind Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind.

Nr. 13: Form von Anzeigen und Erklärungen

Nach § 126 BGB reicht für die Ausübung von Rechten grundsätzlich Schriftform aus. Dieses Klauselverbot bezweckt den Schutz der anderen Vertragspartei vor einer unangemessenen Erschwerung des Formerfordernisses für einseitige Erklärungen oder Anzeigen. Eine Verschärfung der Zugangserfordernisse über die Anforderungen von §§ 130 ff. BGB hinaus ist ebenfalls verboten.

VI. Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formular Klauseln im CVG

1. Allgemeine Maßstäbe der Vertragsunwirksamkeit sowohl für Individualverträge wie auch für Formular Klauseln

Nach § 40 CVG finden in Bezug auf die Beurteilung von Vertragsunwirksamkeit zunächst die allgemeinen Maßstäbe der §§ 52 und 53 CVG Anwendung. Dies gilt sowohl für Individualverträge als auch für Verträge unter Verwendung von Formular Klauseln.

In China wird die Ansicht vertreten, dass ein Regelungsmodell, das über die allgemeinen Maßstäbe von Vertragsunwirksamkeit hinaus noch besondere Maßstäbe für Unwirksamkeit von Formular Klauseln vorschreibt, viele Vorteile hätte, da die Kontrolle von Formular Klauseln ausgedehnt würde und die Vertragsparteien des Verwenders der Formular Klauseln vor unbilliger Benachteiligung besser geschützt werden könnten.⁴⁸⁰

Aber tatsächlich ist die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln als eine selbständige Kontrollkategorie dem CVG noch fremd. Allgemeine Kontrolle (sowohl für Individualverträge als auch für Formular Klauseln), die Einbeziehungskontrolle und die Inhaltskontrolle von Formular Klauseln, sind miteinander vermischt. Dies führt dazu, dass den Schranken und strengeren Kriterien der Inhaltskontrolle von Formular Klauseln keine ausreichende Aufmerksamkeit geschenkt wird.

Die folgenden allgemeinen Maßstäbe von Vertragsunwirksamkeit stellen die allgemeinen Kriterien der Inhaltskontrolle von Formular Klauseln dar, da sie auch für die Inhaltskontrolle von Individualverträgen gelten. In diesen Fällen scheitern die Formular Klauseln aufgrund der Inhaltskontrolle bei:

a. Schädigung staatlicher Interessen durch Täuschung oder Drohung seitens einer Vertragspartei bei Vertragsabschluss (§ 52 Abs. 1 CVG)

Nach § 58 Abs. 3 CAGZ sind Rechtsgeschäfte, die aufgrund von Täuschung, Drohung oder Ausbeutung einer Zwangslage zustande gekommen sind, nichtig. Nach § 68 der Ansichten des COVG über die Durchführung der CAGZ (1988) ist eine Täuschung gegeben, wenn „eine Partei der anderen vorsätzlich falsche Informationen gegeben hat, oder es unterlassen hat, wahre Informationen mitzuteilen, und die andere Partei deshalb irrtümliche Willenserklärungen abgegeben hat.“ Unter „Drohung“ ist zu verstehen, dass eine Vertragspartei durch Drohung mit mittelbarer oder unmittelbarer Gefahr die andere Partei zwingt, einen Vertrag abzuschließen. Zwischen Drohung mit mittelbarer und unmittelbarer Gefahr ist zu unterscheiden: Die Letztere führt gewöhnlich neben dem Anspruch auf Vertragsunwirksamkeit auch zu einem Deliktsanspruch.

Bemerkenswert ist, dass Täuschung, Drohung oder Ausbeutung einer Zwangslage nicht ausschließlich zu Vertragsunwirksamkeit führen, sondern dass es darauf ankommt, ob in diesen Fällen staatliche Interessen geschädigt sind. In diesem Zusammenhang bedeutet die Formulierung „staatliche Interessen“ schlechthin staatliche wirtschaftliche und politische bzw. Sicherheitsinteressen, aber nicht die Interessen von Staatsunternehmen.⁴⁸¹ In China erhalten Staatsunternehmen wie auch Privatunternehmen keinen besonderen Schutz. Die

⁴⁸⁰ Vgl. Shengpin Gao, Über Standardverträge, in: Haiping Song (Hrsg.), Forschung über die Rechtsprechung und die Anwendung des allgemeinen Teils des CVG (Hetongfa Zongze Panjiefanjiu yu Shiyong), zitiert nach Liming Wang, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 401

⁴⁸¹ Vgl. Liming Wang, a.a.O. S. 643

Staatsunternehmen müssen sich wie andere Marktbeteiligte dem freien Wettbewerb stellen. Ansonsten sind die Verträge, die aufgrund von Täuschung, Drohung oder Ausbeutung einer Zwangslage abgeschlossen worden sind, nur anfechtbar. In diesen Fällen sind nur die Interessen von bestimmten Gruppen oder dritten Parteien geschädigt (§ 53 Abs. 2 CVG).

b. Schädigung der Interessen des Staates, von Kollektiven oder von Dritten aufgrund böswilliger Kollusion (§ 52 Abs. 2 CVG)

Nach § 58 Abs. 4 CAGZ sind Rechtsgeschäfte, die aufgrund böswilliger Kollusion zum Zweck der Schädigung von Interessen des Staates, von Kollektiven oder Dritten zustande gekommen sind, nichtig. § 52 Abs. 2 CVG hat diese Bestimmung beibehalten. Im Gegensatz zu § 52 Abs. 1 CVG ist der Staat in diesem Fall nicht direkte Vertragspartei, sondern nur Dritter.

Unter Kollusion ist zu verstehen, dass Vertragsparteien vor dem Vertragsschluss bereits Vereinbarungen getroffen haben, die zur Schädigung der Interessen des Staates, von Kollektiven oder Dritten führen. Kollusion kann auch durch Schweigen geschehen. Böswilligkeit bedeutet einen Willen, der vorsätzlich auf Schädigung der Interessen des Staates, von Kollektiven oder Dritten zielt. Da es schwierig ist, Böswilligkeit zu beweisen, gibt es in China nur wenige Urteile, in denen die subjektive Böswilligkeit festgestellt worden ist.⁴⁸² Zu bemerken ist, dass verdeckte Rechtsgeschäfte rechtswidrig und in der Folge auch nichtig sind.

c. Simulierung eines rechtswidrigen Ziels anhand einer legalen Form (§ 53 Abs. 3 CVG)

Unter diesem Verbot ist zu verstehen, dass nur die äußere Form eines Vertrags legal ist, aber der damit verdeckte Zweck und das Ziel illegal sind. Für die Geltendmachung der Vertragsunwirksamkeit ist ein tatsächlich eingetretener Schaden nicht erforderlich. Solche unwirksamen Verträge werden in der Regel zum Zweck des Vermeidens der Zwangsvollstreckung wegen Konkurses geschlossen.

d. Verletzung gesellschaftlicher öffentlicher Interessen (§ 52 Abs. 4 CVG)

In vielen Zivilgesetzbüchern kann man die Bestimmung finden, dass ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten oder die öffentlichen Interessen verstößt, nichtig ist, z.B. § 138 BGB, § 6 code civil, § 91 des japanischen BGB. § 58 Abs. 5 CAGZ bestimmt ebenfalls, dass solche Rechtsgeschäfte nichtig sind. Nach § 52 CVG ist zwischen gesellschaftlichen (Abs. 4) und staatlichen Interessen (Abs. 2) zu unterscheiden. Unter gesellschaftliche öffentliche Interessen fallen die zwei Kategorien: „öffentliche Ordnung“ und „gute Sitten“.⁴⁸³

f. Verstoß gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen oder zwingende verwaltungsrechtliche Vorschriften (§ 52 Abs. 5 CVG)

Nach § 58 CAGZ sind „gesetzeswidrige“ Rechtshandlungen nichtig. Nach § 7 Nr. 1 CWVG waren Verträge, die „gegen gesetzliche und verwaltungsrechtliche Bestimmungen verstoßen“, nichtig. Nun ist dem § 52 Abs. 5 CVG der Begriff „zwingend“ hinzugefügt worden. Aus dieser Vorschrift sind m.E. zwei Bedeutungen abzuleiten: Zum einen ist zwischen dispositivem und zwingendem Recht zu unterscheiden; zum anderen sind Vertragsklauseln, die gegen dispositives Recht verstoßen, erlaubt. Was die Formulklauseln angeht, so muss

⁴⁸² Vgl. Liming Wang, a.a.O. S. 648

⁴⁸³ Vgl. Liming Wang, a.a.O. S. 653 ff.

bei der Inhaltskontrolle das Gerechtigkeitsprinzip herangezogen werden, wenn sie von den dispositiven Vorschriften abweichen oder sie ergänzen.

Unter dem Begriff „Gesetz“ ist im chinesischen Recht zu verstehen, dass nur Gesetze, welche vom Volkskongress sowie seinem ständigen Ausschuss erlassen werden, als „Gesetz“ in China anerkannt sind. Verwaltungsrechtliche Vorschriften werden dagegen ausschließlich vom Staatsrat erlassen. Besondere Verordnungen oder Vorschriften von den Staatsratsministerien oder den Provinzen sowie den Städten können nicht als Maßstäbe zur Beurteilung der Unwirksamkeit von Verträgen herangezogen werden.⁴⁸⁴ Deswegen werden die Bestimmungen in Regionalverordnungen oder Verwaltungsregelungen wiederholenden Formulklauseln einer Inhaltskontrolle unterworfen. Wichtiger ist noch, dass nur ein Verstoß gegen *ius cogens* zur Nichtigkeit von Verträgen führt. Zwischen zwingenden Bestimmungen für Vertragsnichtigkeit und denen für Geld- und Verwaltungsstrafen ist zu unterscheiden. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen bezüglich Geld- oder Verwaltungsstrafen führt nur zu einer wirtschaftlichen oder verwaltungsrechtlichen Strafe, aber nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages.

Zu den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen gehören die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit (§ 11 bis 14 CAGZ) und das Verbot des Verstoßes gegen die soziale Ethik sowie die soziale Wirtschaftsordnung (§ 7 CAGZ, § 7 CVG). Dazu gehören auch konkrete zwingende Vorschriften, z.B. § 214 CVG (die Begrenzung der Mietdauer auf 20 Jahre) und § 326 CVG (die Regelung der Rechte an Arbeitnehmererfindungen) sowie Vorschriften über zwingende Schriftform (z.B. ist nach § 238 Abs. 2 CVG Schriftform für Leasingverträge erforderlich).

Außerdem sind Freizeichnungsklauseln sowohl in Individualverträgen wie auch in Form von Formulklauseln nach § 53 CVG für die Fälle nichtig, in denen der anderen Vertragspartei eine Körperverletzung zugefügt wird (Abs. 1) oder der anderen Seite durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit Vermögensverluste entstehen (Abs. 2). „Das Verbot des Haftungsausschlusses bei Personenschäden ist wohl aus dem englischen Recht übernommen worden und hat praktisch nicht ganz die Bedeutung, die man vom deutschen Recht her vermuten könnte, weil das chinesische Recht bisher bei der Anerkennung von Körperschäden sehr zurückhaltend ist: Schmerzensgeld wird nicht gewährt, Verunstaltungen werden nicht als Schaden angesehen.“⁴⁸⁵ Wenn die Körperschäden oder Vermögensverluste von einer dritten Partei, die als Erfüllungsgehilfe des Verwenders handelt, verursacht werden, muss der Verwender als Schuldner nach § 65 CVG die Haftung für diese Schäden übernehmen.

Nach § 16 „*Shenzhen* Vorschriften über Inhaltskontrolle von Standardverträgen“⁴⁸⁶ sind Standardverträge (wegen Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen) unwirksam, wenn

⁴⁸⁴ Nach § 4 „Ansichten des Obersten Volksgerichts zu der Auslegung bei der Anwendung des CVG (Vertragsgesetzesauslegungen)“, welche vom COVG am 1 Dez. 1999 erlassen worden ist: „Nach dem Inkrafttreten des CVG richtet sich das Kriterium zur Feststellung von Vertragsunwirksamkeit nach den vom Volkskongress sowie seinem ständigen Ausschuss erlassenen Gesetzen und den vom Staatsrat erlassenen verwaltungsrechtlichen Verordnungen, aber nicht nach den Regionalverordnungen bzw. Verwaltungsregelungen.“

⁴⁸⁵ F. Münzel, die deutsche Fassung des CVG (kurze Erklärung zu § 53 CVG). Vgl. das Urteil des Pekinger Bezirksgerichts Haidian v. 15. 3. 1997, *Zhonghua renmin gongheguo zuigao renmin fayuan gongbao* (Amtsblatt des COVG) 1997, S. 68 ff. Es handelt sich hier zwar um eine Entscheidung eines Gerichts der untersten Stufe, aber das COVG veröffentlicht Entscheidungen der Untergerichte nur dann, wenn es sie als wegweisend ansieht. In: Münzel/Xiaoqing, China: Neues Vertragsrecht, RIW 1999, S. 644

⁴⁸⁶ Wie oben bereits dargelegt, unterliegen diese regionalen Vertragsvorschriften dem Verdacht, dass sie gegen die Ansichten des COVG über die Auslegung des Vertragsgesetzes verstoßen.

1. die Genehmigungs- und Registrierungsformalitäten entgegen Gesetz- oder Verordnungsbestimmungen nicht erledigt sind;
2. sie von geschäftsunfähigen Personen abgeschlossen werden;
3. sie von in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen abgeschlossen werden und deren Alter und Intellekt nicht entsprechen;
4. sie von einem Vertreter ohne Vollmacht im Namen des Vertretenen abgeschlossen, aber von dem Vertretenen nachträglich nicht genehmigt werden;
5. sie aufgrund von Täuschung oder Drohung zustande gekommen sind.

Bei Verstoß gegen allgemeine zwingende Bestimmungen erübrigt sich die Inhaltskontrolle von Formulklauseln, da alle Vereinbarungen gegen allgemeines zwingendes Recht schlechthin unwirksam sind.

2. Prinzip der Gerechtigkeit als Generalmaßstab der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG

a. Gerechtigkeitsprinzip

Nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 1 CVG gilt der Gerechtigkeitsgrundsatz als Generalmaßstab der Inhaltskontrolle von Formulklauseln, während das Gebot von Treu und Glauben als Generalmaßstab nach § 307 Abs. 1 BGB der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland zur Verfügung steht.

Nicht zu übersehen ist, dass auch dem § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB Gerechtigkeitsgedanken immanent sind. Damit beruht diese Bestimmung nicht nur auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern stellt auch eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots dar. Nach der deutschen Rechtsprechung handelt es sich um wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne dieser Norm, wenn „Gerechtigkeitsgedanken“ in der Norm allgemein ihren Niederschlag gefunden haben.⁴⁸⁷ Insofern stimmen das Gerechtigkeitsprinzip im chinesischen Formulklausel-Recht und die sog. „wesentlichen Grundgedanken“ als Generalkontrollmaßstab im deutschen AGB-Recht überein.

Bevor näher auf diesen Generalmaßstab im CVG eingegangen wird, lohnt es sich, einen Blick auf die grundlegenden Prinzipien im chinesischen Zivilrecht zu werfen. Die CAGZ vom 12. 4. 1986 sind das grundlegende Gesetz zum geltenden Zivilrecht. Diese „CAGZ“ sind kein Zivilgesetzbuch, sie sind auch nicht der Allgemeine Teil eines solchen.⁴⁸⁸ Vor dem Hintergrund, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung nach Gründung der Volksrepublik China im Jahr 1949 wegen der linksradikalen politischen Ausrichtung subjektive Rechte und den Gleichheitsgrundsatz abgelehnt hatten, war der Geist der CAGZ vor allem auf den Wiederaufbau der grundlegenden Prinzipien des Zivilrechts gerichtet, obwohl sich die CAGZ nicht ausschließlich darauf beschränkten. Die CAGZ setzten die Grundlinien für die

⁴⁸⁷ Z.B.: „Die Gerechtigkeitsgedanken des Mietrechts sind – bezogen auf die Kündigungsrechte – in § 565 BGB a.F. verkörpert, aber auch in dem nicht entziehbaren Recht einer fristlosen Kündigung bei Vorliegen der in § 314 BGB und damit auch in § 543 BGB bezeichneten Gründe. Doch verlangt § 307 II Nr. 1 BGB keinen Gleichklang der Kündigungsfristen: Nur bei krassen Abweichungen ist anders zu entscheiden.“ v. Westphalen, NJW 2002, S. 1693

⁴⁸⁸ Huixing Liang, Das chinesische Zivilrecht: Sein gegenwärtiger Zustand und der Erlass eines Zivilgesetzbuches, AcP, 194, S. 480

chinesische zivilrechtliche Gesetzgebung. In diesem Sinne sind die in den CAGZ enthaltenen Prinzipien für das Verständnis des chinesischen Zivilrechts von erheblicher Bedeutung.

Gemäß § 3 CAGZ sind bei Rechtsgeschäften alle Beteiligten unabhängig von Alter, Geschlecht, Vermögen, Volkszugehörigkeit und anderen persönlichen Besonderheiten gleichberechtigt (Prinzip der Gleichheit). Dementsprechend sieht das CVG im § 3 CVG des weiteren vor, dass die rechtliche Stellung der Vertragsparteien gleich ist und eine Seite ihren Willen der anderen Seite nicht aufzwingen darf. Darüber hinaus sind in den CAGZ auch folgende Prinzipien enthalten: das Prinzip von Freiwilligkeit, Gerechtigkeit und Äquivalenz (der wertgemäßen Entsprechung von Leistung und Gegenleistung) und das Gebot von Treu und Glauben (§ 4 CAGZ, vgl. §§ 4, 5 und 6 CVG); Schutz der Privatrechte und der Rechtmäßigkeit (§§ 5 und 6 CAGZ; vgl. § 8 CVG); Einhaltung der guten Sitten, der öffentlichen Interessen und der staatlichen Wirtschaftsplanung (§ 7 CAGZ; vgl. § 7 CVG).

Zwischen Gleichberechtigung (*pingdeng*) und Gerechtigkeit (*gongping*) ist im chinesischen Zivilrecht zu unterscheiden. Im Prinzip der Gleichberechtigung schlägt sich ausdrücklich die Natur der vom Zivilrecht geregelten gleichgeordneten Sozialbeziehungen nieder. Dieses Gleichberechtigungsprinzip bringt deutlich zum Ausdruck, dass die gleichgeordneten horizontalen wirtschaftlichen Beziehungen im Verkehr prinzipiell durch das Zivilrecht (in der chinesischen Gesetzgebung ohne Trennung von Zivil- und Handelsrecht) geregelt werden können und müssen, und dass das Zivilrecht dadurch vom Verwaltungswirtschaftsrecht zu unterscheiden ist, dessen Gegenstand die vertikale Verwaltungsbeziehung darstellt.⁴⁸⁹ Das Prinzip der Gerechtigkeit bedeutet, dass Interessenlage, Recht und Haftung der zivilrechtlichen Subjekte durch Interessenabwägung zu regeln sind, worüber die Entscheidung in der Regel in richterlichem Ermessen steht.

Unter dem Prinzip der Gleichberechtigung ist zu verstehen, dass zum einen jeder unabhängig von Alter, Geschlecht, Religion, Glauben, Rasse, Hautfarbe usw. Rechtsfähigkeit besitzt (§ 9 CAGZ); zum anderen, dass Rechtssubjekte im konkreten Rechtsverhältnis die gleiche Rechtsstellung haben und schließlich, dass Rechtssubjekte gleich geschützt werden. Dieses gilt als axiomatischer Grundsatz im Zivilrecht.⁴⁹⁰

Aus dem Prinzip der Gerechtigkeit werden die folgenden beiden Grundsätze abgeleitet: Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und das Prinzip von Veränderung der Vertragsumstände. Darauf hinzuweisen ist, dass das Äquivalenzprinzip von Leistung und Gegenleistung von dem Gedanken der Vertragsgerechtigkeit geprägt ist und der formellen Vertragsfreiheit Schranken setzt. In diesen beiden konkreten Grundsätzen überlappen sich das Gebot von Treu und Glauben und das Prinzip der Gerechtigkeit. Hierbei stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Prinzipien stehen und in welchem Rangverhältnis die grundlegenden Prinzipien im chinesischen Zivilrecht, vor allem im chinesischen Vertragsrecht zueinander stehen sollten. Im Folgenden wird diesen Fragen nachgegangen, nachdem zunächst ein Vergleich des Gebots von Treu und Glauben jeweils im deutschen und chinesischen Recht unternommen wird, damit der Umfang und die Inhalte dieses Prinzips in China und Deutschland deutlich werden.

⁴⁸⁹ Vgl. Guodong Xu, Auslegung der grundlegenden zivilrechtlichen Grundsätze, S. 57

⁴⁹⁰ Vgl. Guodong Xu, a.a.O. S. 57 ff.

b. Vergleich des Gebotes von Treu und Glauben im deutschen und im chinesischen Recht

Wie oben schon erwähnt, gilt das Gebot von Treu und Glauben im deutschen Recht als „Königsparagraph“, dessen Anwendung sich nicht nur auf das Obligationsrecht beschränkt, sondern auch auf das Sachen-, Familien- und Erbrecht erstreckt. Sogar auf das Prozess- und Verwaltungsrecht bezieht sich seine Anwendung. Im Obligationsrecht spiegelt es sich bei der Konkretisierung von Rechten und Pflichten, Beschränkung der Rechtsausübung und der Korrektur des Vertragsinhalts wider. Bei der Prüfung, ob unangemessene Benachteiligung vorliegt, die anschließend zur Unwirksamkeit von AGB führen kann, ist auf das Gebot von Treu und Glauben nach § 307 Abs. 1 BGB zurückzugreifen.

Im chinesischen Zivilrecht spielt das Gebot von Treu und Glauben ebenfalls eine wichtige Rolle. Die CAGZ schreiben dieses Gebot als eines der grundlegenden Prinzipien im chinesischen Zivilrecht vor. Das CVG hat dieses Prinzip in § 6 CVG auch übernommen. Daraus ist abzulesen, dass sich die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben nicht ausschließlich auf das Obligationsrecht (das Vertragsrecht) beschränkt, sondern auf das ganze Zivilrecht Anwendung findet. Aber nach seinem Wortlaut beschränkt sich die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben im CVG nur auf die Ausübung von Rechten und Erfüllung von Pflichten (*xingshiquanli he luxingyiwu*).

Die unterschiedlichen Funktionen des Gebotes von Treu und Glauben im deutschen Recht sind im chinesischen Recht teilweise durch andere Prinzipien, vor allem durch das Prinzip von Gerechtigkeit, Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und das Verbot des Missbrauchs der Ausübung von Rechten übernommen worden. Demzufolge sind diese unterschiedlichen Funktionen reduziert, obwohl das Gebot von Treu und Glauben auf der theoretischen Ebene noch als eines der wichtigsten zivilrechtlichen Rechtsprinzipien betrachtet wird.⁴⁹¹ Im Einzelnen werden die vielfältigen Funktionen des Gebotes von Treu und Glauben des deutschen Zivilrechts im chinesischen Recht dadurch voneinander getrennt, dass die Funktion der Begründung von Rechten und Pflichten durch das Gerechtigkeitsprinzip und die Funktion der Ausübungskontrolle von Rechten durch das Prinzip vom Verbot des Missbrauchs der Ausübung von Rechten ersetzt wird. Infolgedessen bleibt im chinesischen Zivilrecht dem Gebot von Treu und Glauben nur noch die Funktion der Korrektur von Vertragsinhalten. Das bedeutet, dass das Gebot von Treu und Glauben im chinesischen Recht vor allem Gewicht auf das richterliche billige Ermessen legt.⁴⁹²

Hier stellt sich die schon oben aufgeworfene Frage, in welchem Rangverhältnis die grundlegenden Prinzipien im chinesischen Zivilrecht stehen sollen. Die grundlegenden Prinzipien des chinesischen Zivilrechts sind eher unsystematisch. Überschneidungen und Verwirrung zwischen den Prinzipien können auf historische Ursachen bei der Gesetzgebung zurückgeführt werden, deren Gewichtung mit den unterschiedlichen Zielsetzungen schwankte. Die Aufarbeitungen dieser Prinzipien bildet in China eine Aufgabe der gegenwärtigen zivilrechtlichen Forschung und Gesetzgebung.

⁴⁹¹ Die chinesische Fachliteratur hat seit dem Ende der 80er Jahre versucht, die Entstehungsgeschichte, den Inhalt, die Funktionen sowie die Anwendungsbereiche dieses Prinzips systematisch zu sichten. Vgl. Huixing Liang, Der Grundsatz von Treu und Glauben und Lückenerfüllung, in: Faxue yanjiu, 1994 Heft 2, S. 22 ff.; Guodong Xu, Der Begriff und die Geschichte des Grundsatzes von Treu und Glauben, auch in: Faxue yanjiu, 1989, Heft 4, S. 53 ff.; ders: Zwei These über den Grundsatz von Treu und Glauben, Faxue yanjiu, 2002 Heft 4, S. 74 ff.

⁴⁹² Vgl. Guodong Xu, Auslegung der grundlegenden zivilrechtlichen Grundsätze, S. 90 bis 98

Das Prinzip der Gleichberechtigung (einschließlich der Gerechtigkeit) und das Gebot von Treu und Glauben sollten m.E. als wichtigster Grundsatz auf der ersten Ebene der Prinzipien im chinesischen Zivilrecht betrachtet werden; diesem gegenüber stehen die Prinzipien der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bzw. der Freiwilligkeit als Subprinzipien auf der zweiten Ebene, da sie aus den ersteren abgeleitet werden können.

Wegen der historischen Erfahrungen vor allem während der Kulturrevolution (1966-1976) sollte das Prinzip der Gleichberechtigung der „Königsparagraph“ des chinesischen Zivilrechts sein. Dieses Prinzip hat in China sogar die teils politische Aufgabe, die Unvereinbarkeit zwischen den verfassungsrechtlichen und den zivilrechtlichen Bestimmungen zu überbrücken. Deswegen wurden die CAGZ, welche vor allem durch das Prinzip der Gleichberechtigung geprägt sind, nach ihrem Inkrafttreten auch als chinesische Menschenrechtsdeklaration bezeichnet. Die jeweilige politische Rolle oder Funktion von Gesetzen hängt bereits seit der Kodifikation in Frankreich mit den unterschiedlichen Gesetzeszielen zusammen.

Zur Zeit lassen sich die Funktionen des Gebotes von Treu und Glauben im chinesischen Recht nach folgenden Gesichtspunkten unterteilen⁴⁹³:

- a. Gesetzes- und Vertragslückenfüllung
- b. Begründung von Rechtsausübungsregeln
- c. Billiges Ermessen
- d. Auslegung
- e. Förderung des Handels (*guli jiaoyi yuanze*)

Was die Prinzipien im CVG angeht, so sind die folgenden als die grundlegenden zu betrachten: Vertragsfreiheit (*hetong ziyou*), das Gebot von Treu und Glauben (*chengshi xinyong*), Vertragsgerechtigkeit (*hetong zhengyi*) und Förderung des Handels (*guli jiaoyi yuanze*)⁴⁹⁴. Am deutlichsten ist die materielle Vertragsfreiheit, welche der Inhaltskontrolle von Formularklauseln zugrunde liegt, allen diesen vier Prinzipien im CVG immanent.

c. Abgrenzung des Gerechtigkeitsprinzips vom Gebot von Treu und Glauben im CVG

Nach dem Wortlaut der §§ 5 und 6 CVG liegen die Unterschiede zwischen dem Gerechtigkeitsprinzip und dem Gebot von Treu und Glauben im chinesischen Vertragsrecht in Folgendem: zum einen legt das Gerechtigkeitsprinzip Gewicht auf die Begründung von Rechten und Pflichten, während das Gebot von Treu und Glauben sich an der Ausübungskontrolle von Rechten orientiert. Nach § 5 CVG müssen sich die Vertragsparteien, wenn sie die Rechte und Pflichten aller Seiten festsetzen, an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten. Demgegenüber müssen die Vertragsparteien bei Ausübung von Rechten und bei Erfüllung von Pflichten nach § 6 CVG das Gebot von Treu und Glauben einhalten. Zum anderen gibt es zur Zeit eine Tendenz, dass das Gerechtigkeitsprinzip von dem Gebot von Treu und Glauben absorbiert wird. Das heißt, der Umfang der Funktionen des Gebots von

⁴⁹³ Vgl: Xiaoyuan He, Das Gebot von Treu und Glauben und das Billigkeitsrecht; Zhangling Cha, Das Gebot von Treu und Glauben im Privatrecht sowie seine Anwendung, Guodong Xu, Der Begriff und die Historische Entwicklung des Gebots von Treu und Glauben; Huixing Liang, Das Gebot von Treu und Glauben und Lückenerfüllung; Tze-chien Wang, Findet das Gebot von Treu und Glauben nur Anwendung auf Schuldverhältnisse? usw. zitiert nach Liming Wang, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 134

⁴⁹⁴ Vgl. Liming Wang, a.a.O. S. 134 ff.

Treu und Glauben wird sich ausdehnen und zum wichtigsten Prinzip neben dem Vertragsfreiheitsprinzip erhöht.

Hier stellt sich die Frage, ob sich das Gebot von Treu und Glauben besser als das Gerechtigkeitsprinzip als Generalmaßstab für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln eignet. M.E. kann diese Frage aus folgenden Gründen bejaht werden⁴⁹⁵.

Erstens: Das Gebot von Treu und Gebot findet offenbar in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formulklauseln umfangreichere Anwendung als das Gerechtigkeitsprinzip. Deshalb lassen sich aus dem Gebot von Treu und Glauben leichter konkrete Fallgruppen der Inhaltskontrolle herausbilden.

Zweitens: Anhand des Gebots von Treu und Glauben fällt es Richtern leicht, bei der Inhaltskontrolle von Formulklauseln ggf. billiges Ermessen auszuüben. In der Tat haben Richter in China seit Jahrzehnten bereits versucht, mit Hilfe des Gebotes von Treu und Glauben durch richterliche Rechtsfortbildung Vertragsgerechtigkeit zu erreichen.⁴⁹⁶

Die Entstehungsgeschichte des CVG zeigt dies ebenfalls. Wenn man einen Blick in die Bestimmungen des ersten Entwurfs des CVG von 1995 wirft⁴⁹⁷, so ist die Übereinstimmung der Generalklausel zur Inhaltskontrolle von Formulklauseln mit der im AGB-Recht leicht festzustellen. Nach § 57 dieses ersten Entwurfs „ *sind Formulklauseln unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.* “ „ *Unter folgenden Umständen ist zu vermuten, dass die Formulklauseln entgegen den Geboten von Treu und Glauben die Vertragsparteien unangemessen benachteiligen, wenn: 1. sie mit den gesetzlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren sind oder die zwingenden gesetzlichen Vorschriften umgehen; 2. sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus dem Vertrag ergeben, so ausschließen oder beschränken, dass der Vertragszweck nicht erreicht werden kann.* “ Der Grund dafür, warum bei Abschluss des Gesetzgebungsprozesses das Gerechtigkeitsprinzip an die Stelle des Gebotes von Treu und Glauben als Generalklausel der Inhaltskontrolle von Formulklauseln trat, ist unklar. Aber deutlich ist die sich daraus ergebende Schwierigkeit, eine klare Linie zwischen beiden Prinzipien im CVG zu ziehen. Außerdem führte wohl ein Missverständnis bei der rechtsvergleichenden Analyse des deutschen AGB-Rechts zur falschen Rechtsrezeption, da § 57 Nr. 1 dieses Entwurfs offenbar die Bestimmung in § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (nun § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) unrichtig übernahm. Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG kann *ius dispositivum* aber nicht wie im chinesischen Entwurf formuliert als „ *die gesetzlichen Grundzüge oder die zwingenden gesetzlichen Vorschriften* “ bei der Inhaltskontrolle eine wichtige Rolle spielen. Wenn das Gebot von Treu und Glauben bereits als Generalklausel zur Inhaltskontrolle herangezogen werden würde, dann würden die anderen Grundprinzipien keine Anwendung mehr auf die Inhaltskontrolle von Formulklauseln finden, da ansonsten ein Widerspruch entstände. Darüber hinaus können die Funktionen des Gerechtigkeitsprinzips, wie oben bereits dargelegt, von denen des Gebots von Treu und Glauben absorbiert werden.

⁴⁹⁵ Tze-chien Wang aus Taiwan vertritt ebenfalls diese Auffassung: vgl. ders.: Allgemeiner Teil des Obligationsrechts, S. 82

⁴⁹⁶ Bis 1999 gab es insgesamt 14 Fälle, auf die chinesische Richter das Gebot von Treu und Glauben unmittelbar anwandten. Vgl. Zhang Shihua, Xie Gengliang, Erklärung der Position bzw. Anwendung des Gebots von Treu und Glauben im neuen CVG, in: Civil and Commercial Law Review (Minshangfa Luncong), Band 14, S. 112 ff.

⁴⁹⁷ Vgl. Huixing Liang, Ausarbeitung des einheitlichen Vertragsgesetzes in China, in ders.: Minfa xueshuo yu panli yanjiu, Band 2, S. 172 f.

Bemerkenswert ist, dass bei der Diskussion über die Funktion des Gebotes von Treu und Glauben viele Zivilrechtler in China übersehen haben, die Gefahr von Generalklauseln unter die Lupe zu nehmen. Seit vielen Jahren ist, zuerst durch *Hedemann*,⁴⁹⁸ die Gefahr von Generalklauseln in Deutschland bereits eingehend zur Kenntnis genommen worden. Angesichts der deutschen Erfahrungen, sollten wir bei allem Lob der Funktion von Generalklauseln im Zivilrecht ihre Gefahr nicht außer Acht lassen. Insbesondere in Hinblick auf die chinesische Gesetzgebungsrichtlinie, dass nämlich, „Gesetzgebung allgemein aber nicht detailliert sein soll“ (*Lifa yicu bu yixi*), ist dieser Punkt von erheblicher Bedeutung.

d. Konkrete Inhalte des Gerechtigkeitsprinzips

Zuerst schreibt § 4 CVG das Gerechtigkeitsprinzip (*gongping yuanze*) vor. Obwohl die CAGZ nicht der allgemeine Teil des chinesischen Zivilrechts sind, haben die in ihnen niedergelegten Prinzipien eine allgemein bindende Geltung für die spätere Zivilgesetzgebung. Daraus ist zu folgern, dass die Anwendung dieser Prinzipien sich nicht nur auf das Vertragsrecht beschränkt, sondern sich auch auf andere Rechtsbereiche und das richterliche billige Ermessen erstreckt. Im Folgenden wird den konkreten Inhalten des Gerechtigkeitsprinzips nachgegangen.

i. Chancengleichheit

Unter dem starken Einfluss der Rechtstheorie der ehemaligen Sowjetunion hatten Rechtssubjekte in China bis Anfang der 90er Jahre keine gleichen Chancen im Rechtsverkehr. So stand nach § 2 CWVG (inzwischen aufgehoben) die Abschlussfreiheit des sog. Wirtschaftsvertrags aufgrund der Dichotomie von Wirtschafts- und Zivilverträgen (*jingjihetong, minshihetong*) nur juristischen Personen (vor allem Staatsunternehmen) und anderen Wirtschaftsorganen (z.B. Gesellschaften, kleine Gewerbetreibende auf dem Land) zu. Natürlichen Personen war grundsätzlich untersagt, eine Erwerbstätigkeit wie juristische Personen und andere Wirtschaftsorgane auszuüben. Staatsunternehmen waren im Wirtschaftsverkehr dadurch privilegiert, dass bei Streitigkeiten vorrangig das Eigentum von Staatsunternehmen geschützt wurde. Erst mit dem Aufbau der „sozialistischen Marktwirtschaft“ seit 1992 kam es zur Einführung von Chancengleichheit für alle Rechtssubjekte.

ii. Fairer Interessenausgleich und Begründung von Rechten und Pflichten

Fairer Interessenausgleich und Begründung von Rechten und Pflichten bilden das Kernstück des Gerechtigkeitsprinzips. Diese Funktion findet gerade für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln Anwendung. Nach § 54 Abs. 2 CVG hat eine Vertragspartei das Recht, vor dem Volksgericht oder einem schiedsgerichtlichen Organ zu verlangen, den Vertrag zu ändern oder aufzuheben, wenn bei Errichtung des Vertrags deutliche Ungerechtigkeit gegeben war. Hier umschreibt Ungerechtigkeit negativ das Gerechtigkeitsprinzip. Was die Inhaltskontrolle von Formulklauseln angeht, so muss der Verwender der Formulklauseln nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit bereits bei Abfassung seiner Formulklauseln die beiderseitigen Interessen ausgleichen und die Richtigkeit des Vertrages gewähren. Das Gerechtigkeitsprinzip verbietet jedoch nicht die redliche Verfolgung der eigenen Interessen des Verwenders, was zu einer „angemessenen Benachteiligung“ der anderen

⁴⁹⁸ Vgl. J.W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933

Vertragsparteien führen kann. Dennoch sollen nicht auf Kosten der anderen Partei entgegen dem Gerechtigkeitsprinzip rücksichtslos eigene Interessen verfolgt werden.

Fairer Interessenausgleich bedeutet Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Sowohl das Gerechtigkeitsprinzip hier als auch die „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zielen auf Gewährung des Äquivalenzprinzips durch Heranziehung des jeweils einschlägigen dispositiven Rechts.

Bei der Inhaltskontrolle von Formulklauseln ist das Gerechtigkeitsprinzip, genau wie die Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB im deutschen AGB-Recht, generalisierend und typisierend, nicht individuell. Formulklauseln schaffen eine standardisierende und typisierende Grundlage für mehrfach verwendete inhaltlich gleichartige Verträge. Dabei ist die Interessenlage der „typischen“ Vertragspartei zu berücksichtigen. D.h. bei Prüfung des Gerechtigkeitsprinzips richtet sich die Interessenlage nach der durchschnittlichen Vertragspartei. Dies entspricht auch der Eigenschaft und Funktionsweise von Formulklauseln. Bei Verwendung von Formulklauseln darf aber der Verwender nicht dadurch überfordert werden, dass er auf die unterschiedlichen Besonderheiten aller potentiellen Vertragsparteien Rücksicht zu nehmen hat.

Zu beobachten ist, dass bei Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips auf die Inhaltskontrolle von Formulklauseln die Schwierigkeit besteht, auf die konkreten, gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen abzustellen, da das Prinzip ziemlich vag und überpositiv ist und es auch keine unmittelbar entsprechenden dispositiven Gesetzesnormen gibt, die als Leitbilder herangezogen werden können. Insofern haben die Richter die Aufgabe, problembezogene Kriterien für die gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen durch Rechtsfortbildung zu entwickeln. Hier gilt ebenfalls die typisierende und generalisierende Betrachtungsweise.

Bemerkenswert ist, wie oben bereits erwähnt, dass die Ausübungskontrolle hier keine Anwendung findet. Die Ausübungskontrolle ist der Prüfung des Gebotes von Treu und Glauben nach dem § 6 CVG unterworfen.

Nach § 54 Abs. 1 CVG sind Verträge beim Volksgericht oder einem Schiedsgericht nicht nur anfechtbar; auch ihre Inhalte können geändert werden, wenn sie aufgrund eines schweren Irrtums zustande gekommen sind oder ihre Inhalte offensichtlich ungerecht sind. Hier tauchen zwei grundlegende Fragen auf: Erstens, ob § 54 Abs. 1 CVG auch Anwendung für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln finden kann; zweitens, ob die Änderung der Vertragsinhalte eine geltungserhaltende Reduktion bedeutet, welche im deutschen Recht verboten ist.⁴⁹⁹

Zielsetzung der Inhaltskontrolle von Formulklauseln ist die Wirksamkeitskontrolle unbilliger Formulklauseln. Unwirksame Formulklauseln sind nicht anfechtbar und von vornherein unwirksam, während die Wirksamkeit der anfechtbaren Vertragsklauseln schwankt. Im ersteren Fall können Gerichte oder Schiedsgerichte bei nichtigen Verträgen oder Vertragbestimmungen, z.B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, auch ohne Klageeinleitung von einer Vertragspartei diese als nichtig beurteilen. Deswegen ist zwischen Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit zu unterscheiden. § 54 CVG findet zunächst Anwendung auf Individualverträge, die durch freies Aushandeln zustande gekommen sind. Die Beantwortung der Frage, ob § 54 CVG für Verträge, die unter Verwendung von

⁴⁹⁹ Vgl. BGH ZIP 1981, 1338; BGH NJW 1982, 2309; BGH NJW 1982, 2311; BGH ZIP 1983, 452; BGH ZIP, 1983, 317; BGH ZIP, 1982, 1349; BGH, NJW 1984, 117; BGH ZIP, 1984, 841; BGH NJW, 1985, 38; BGH, ZIP 1986, 32; BGH, ZIP 1986, 1121

Formularklauseln abgeschlossen worden sind, Anwendung finden kann, ist in China umstritten. Die h.M. hat diese Frage bejaht.⁵⁰⁰ Außerdem gibt es im CVG keine klare Bestimmung über die Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit von Formularklauseln. Nach § 306 Abs. 2 BGB findet das entsprechende dispositive Recht Anwendung bei Unwirksamkeit von AGB. Bei unzumutbarer Härte ist der ganze Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB unwirksam. Bei Individualklagen gegen unbillige Formularklauseln pflegen die Verbraucher in China, anstatt die Unwirksamkeit dieser Formularklauseln zu beanspruchen, stattdessen die Änderung der Inhalte solcher Formularklauseln zu ihren Gunsten vor dem Gericht oder Schiedsgericht zu verlangen. Dies entspricht auch der gegenwärtigen richterlichen Praxis. Da viele unbillige Formularklauseln durch Staatsorgane ausgearbeitet und anhand verwaltungsrechtlicher Ermächtigung erlassen werden, sind Richter in China angesichts der exekutiven Gewalt nicht in der Lage, solche Formularklauseln einfach für nichtig zu erklären. Die Anfechtbarkeit und Veränderung von deren Inhalten werden in vielen Fällen als Umweg bezeichnet, auf welchem Richter eine wirkliche Inhaltskontrolle erreichen können.⁵⁰¹

Der Frage nach der Möglichkeit geltungserhaltender Reduktion von unwirksamen Formularklauseln wurde im chinesischen Formularklausel-Recht bis jetzt noch keine Aufmerksamkeit geschenkt. Unter dem Prinzip der Förderung des Handels (*cujin jiaoyi*) pflegen Richter in China, bei Teilunwirksamkeit den ganzen Vertrag durch billiges Ermessen (*ziyou cailiang*) zugunsten der Verbraucher geltungserhaltend auszulegen. Das ist auch einer der Gründe, weshalb Anfechtbarkeit wegen schweren Irrtums und Änderung der Inhalte der Formularklauseln bei deutlich ungerechten Umständen nach § 54 CVG Zustimmung finden. Den dadurch entstandenen Vorteil für die Verwender, dass sie sich auf die geltungserhaltende Reduktion der von ihnen selbst gestellten Formularklauseln berufen können, haben chinesische Juristen noch nicht bemerkt. M.E. sollte die Bestimmung des § 306 BGB in das Formularklausel-Recht eingeführt werden, nämlich dass der Vertrag bei Unwirksamkeit ungerechter Formularklauseln grundsätzlich wirksam bleibt, und dass die dispositiven Bestimmungen des CVG an die Stelle der unwirksamen Formularklauseln treten. Hier sollte die Ausnahme gelten, dass der gesamte Vertrag unwirksam wird, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung des dispositiven Rechts eine unzumutbare Härte für eine der Vertragsparteien darstellen würde. Für die Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Formularklauseln ist auf Kapitel 9 dieser Arbeit zu verweisen.

iii. Veränderung der Vertragsumstände (*Qingshi biangen yuanze*)⁵⁰²

Aus dem Gerechtigkeitsprinzip im chinesischen Vertragsrecht ist das Institut der Veränderung der Vertragsumstände abzuleiten. Dies ist auf den Grundgedanken des Gebots von Treu und Glauben zurückzuführen.

Nach h.M. ist das Rechtsinstitut der Veränderung der Vertragsumstände so zu verstehen, dass unabhängig vom Parteienwillen der Vertrag vom Richter den veränderten Umständen anzupassen ist, um die vom Vertragsrecht angestrebten Werte, wie z.B. Vertragsgerechtigkeit, zu erreichen.⁵⁰³ Zu beachten ist, dass sich der Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts in China nur auf die Veränderung der objektiven Umstände beschränkt, vor allem auf

⁵⁰⁰ Vgl. Liming Wang, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 404 ff.; Du Jun, On Standard Form Contract, S. 336 – 337

⁵⁰¹ Ähnliche Verfassung auch in: Liming Wang, a.a.O. S. 404; Jun Du, a.a.O. S. 336 ff.

⁵⁰² Vgl. § 313 BGB

⁵⁰³ Auszüge der Gesetzgebungsmaterialien zum chinesischen Vertragsgesetz, S. 163.; Die Meinungen über dieses Rechtsinstitut sind auf der Tagung der chinesischen Zivil- und Wirtschaftsrechtler in Wuhan 1996 angesichts des noch auszuarbeitenden CVG geäußert worden.

Wirtschaftskrisen. Die subjektiven Vorstellungen über Vertragsumstände bei Vertragsschluss finden unter den chinesischen Zivilrechtlern noch keine Berücksichtigung.

In der Tat hat es schon Urteile in Bezug auf Vertragsänderung wegen Veränderung der Vertragsumstände gegeben.⁵⁰⁴ Nach der gegenwärtig in China herrschenden Auffassung kann dieses Rechtsinstitut in folgenden Fällen Anwendung finden: starke Preissteigerung, starke Veränderungen im Devisensektor, Änderung der staatlichen Wirtschaftspolitik u.s.w.. In § 6 Abs. 2 und Abs. 3 des ersten Entwurfs des CVG war dieses Rechtsinstitut wie folgt deutlich kodifiziert:

Abs. 1: Beide Vertragsparteien üben ihre Rechte aus und erbringen ihre Pflichten wie das Gebot von Treu und Glauben es fordert.

Abs. 2: Wenn es bei der gerichtlichen Urteilsfindung an einer für diesen Fall passenden Vorschrift fehlt oder obwohl eine einschlägige Vorschrift besteht, deren Anwendung mit der sozialen Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren ist, so ist das Gebot von Treu und Glauben unmittelbar anzuwenden.

Abs. 3: Instanzgerichte brauchen die Einwilligung des obersten Volksgerichts, wenn sie unmittelbar aufgrund des Gebotes von Treu und Glauben ein Urteil fällen wollen.

Diese Bestimmungen haben eine Auseinandersetzung darüber ausgelöst, ob eine Anwendung des Instituts der Veränderung der Vertragsumstände durch Rechtsfortbildung aufgrund des Gebotes von Treu und Glauben zur Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen führen kann. Wenn diese Frage bejaht würde, dann tauchten außerdem noch prozessuale Probleme auf. Aufgrund dieser Überlegungen hat der dritte Entwurf des CVG den § 6 des ersten Entwurfs abgeändert, und zwar wurden der zweite und dritte Absatz gestrichen, während nur der erste unberührt blieb. Nach dem neuen § 55 CVG des dritten Entwurfs des CVG können Vertragsparteien Volksgerichte und Schiedsgerichte ersuchen, den Vertrag abzuändern oder zu widerrufen, wenn die Vertragserfüllung wegen der Veränderung von vom Parteiwillen unabhängigen Umständen nach Wirksamkeit des Vertrags zu einer deutlichen Ungerechtigkeit für eine Vertragspartei führen würde. Der vierte Entwurf des CVG hat aufgrund der Vorschläge von zahlreichen Zivilrechtlern dieses Rechtsinstitut erneut in § 52 festgeschrieben. Danach kann eine Vertragspartei neue Verhandlungen mit der anderen verlangen, wenn die Vertragserfüllung wegen der Veränderung von über höhere Gewalt hinaus existierenden Vertragsumständen (nach Vertragsabschluss), die die Vertragsparteien nicht voraussehen und vermeiden können, zu deutlicher Ungerechtigkeit für eine Vertragspartei führen würde. Scheitern die erneuten Verhandlungen, können die Vertragsparteien Volksgerichte und Schiedsgerichte ersuchen, den Vertrag abzuändern oder zu widerrufen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass dieser neue § 52 des dritten Entwurfs des CVG auf Art. 6.2.3 GPICC basiert.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ Z.B. ein Fall von dem obersten Volksgericht in der Provinz Hubei: Vor der Erfüllung des Kaufvertrags über Aluminium ist der Preis plötzlich von 4000 - 6000 Yuan, welcher beim Vertragsabschluss vom Staat festgelegt war, auf 16,000 Yuan gestiegen. Der Richter dieses Falls hat das Rechtsinstitut der Veränderung der Vertragsumstände begründet. Vgl: Auszüge der Gesetzgebungsmaterialien zum chinesischen Vertragsgesetz, S. 163

⁵⁰⁵ Art. 6.2.3. GPICC (effects of hardship): (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Angesichts der umstrittenen theoretischen Fragen und der kaum voraussehbaren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen in China hat die Ausarbeitungskommission des CVG auf eine Vorschrift über Vertragsänderung wegen Veränderung der Vertragsumstände verzichtet.⁵⁰⁶ Es ist nach wie vor der Rechtsprechung überlassen, ob das Rechtsinstitut der Veränderung der Vertragsumstände in Anwendung kommt.

e. Kriterien des Gerechtigkeitsprinzips

Zur Feststellung, ob Formulklauseln gerecht sind, ist auf folgende Elemente abzustellen:

i. Vertragstypus

Im Laufe der Zeit haben sich viele typische Vertragsarten aus unterschiedlichen Lebensvorgängen herausgebildet. Die Regelungen über diese Vertragstypen bilden den besonderen Teil des Vertragsrechts, z.B. Abschnitt 9 CVG ff.. Obwohl die Bestimmungen über die konkreten Vertragstypen als dispositives Recht aufgrund der Möglichkeit individueller freier Aushandlung abdingbar sind, spielen sie eine Rolle als Leitbilder bei der Entscheidung, ob die Verteilung der Rechte und Pflichten in dem unter Verwendung von Formulklauseln geschlossenen Vertrag gerecht ist. Problematisch ist, dass das dispositive Gesetzesrecht bezüglich der konkreten Vertragstypen wegen der Entwicklung von neuen Vertragstypen, z.B. Factoring, hinter der wirtschaftlichen Wirklichkeit zurückbleibt. Das führt dazu, dass es für die neuen Vertragstypen gewöhnlich keine Kriterien gibt, auf die bei einer Inhaltskontrolle unmittelbar zurückgegriffen werden kann. Insofern ist eine Bestimmung wie § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zur Füllung der Lücken der einschlägigen dispositiven Bestimmungen unentbehrlich. In § 40 CVG klingt dies an, aber die Formulierung⁵⁰⁷ ist unvollkommen.

ii. Deutliche Ungerechtigkeit

Im Formulklauseln gibt es keine deutliche Bestimmung über das Ausmaß des Verstoßes gegen das Gerechtigkeitsprinzip, welches zur Unwirksamkeit der Formulklauseln führen kann. Aber § 54 Nr. 2 schreibt vor, dass eine Vertragspartei das Recht hat, den Vertrag zu ändern oder aufzuheben, wenn bei Errichtung des Vertrags deutliche Ungerechtigkeit vorlag. Daraus ist abzuleiten, dass unerhebliche Ungerechtigkeit das Recht zur Vertragsänderung und Vertragsaufhebung nicht auslösen kann. In diesem Zusammenhang soll dieser Maßstab auch für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln anwendbar sein. Außerdem findet er auch Anwendung auf haftungsbeschränkende Formulklauseln, da diese nicht von vornherein nichtig sind, sondern es darauf ankommt, inwieweit sie von dem Gerechtigkeitsprinzip abweichen, nachdem sie durch Erfüllung der Hinweispflicht in den Vertrag einbezogen sind.

§ 18 der „Shenzhen Vorschriften über Inhaltskontrolle von Standardverträgen“ ist ebenfalls von diesem Gedanken geprägt. Danach sind Formulklauseln, welche in den Standardvertrag einbezogen werden, anfechtbar, wenn durch sie

1. die Vertragsparteien entgegen dem Gerechtigkeitsprinzip ihre Pflichten bedingungslos eingehen müssen;
2. bei der vom Verwender erbrachten Dienstleistung andere als die in Bezug auf die Dienstleistung entstandenen Kosten zulasten der anderen Vertragspartei gehen;

⁵⁰⁶ Vgl: Auszüge der Gesetzgebungsmaterialien zum chinesischen Vertragsgesetz, S. 163 – 164

⁵⁰⁷ § 40 CVG „Formulklauseln, welche ... Hauptrechte der anderen Seite ausschließen, sind unwirksam.“

3. der Verwender während einer unbestimmten Frist den Vertrag bei Verzug noch erfüllen darf;
4. die Vertragsparteien erst gegen Reugeld den Vertrag ändern oder von dem Vertrag zurücktreten können, auch wenn sie dies rechtmäßig geltend machen;
5. die Schadensersatzhaftung bei Vertragsauflösung der Vertragsparteien die tatsächlich eintretenden Schäden bei dem Verwender übersteigt;
6. der Verwender ohne die Genehmigung der Vertragsparteien die aus dem Vertrag resultierenden Rechte und Pflichten einem Dritten einseitig abtreten kann;
7. die Vertragsparteien keinen Einwand gegen die vom Verwender angebotenen Waren oder erbrachten Dienstleistungen erheben dürfen;
8. bei Notlage zum Nachteil der anderen Vertragspartei dem Verwender keine Pflicht zur Mitteilung dieser Notlage auferlegt wird.

iii. Gesamthalt des Vertrages

Die Prüfung sollte sich hier nicht ausschließlich auf die betroffenen Formulklauseln beschränken. Verträge als Schuldverhältnis sind nicht nur eine Summe verschiedenartiger Rechtsfolgen, sondern ein komplexes Gefüge. Das bedeutet, dass bei Prüfung der Wirksamkeit von Formulklauseln die Entscheidungen aus dem Zusammenhang des gesamten Vertrags zu treffen sind. Es besteht die Möglichkeit, eine scheinbare Vertragsgerechtigkeit einzelner Formulklauseln aufgrund eines anderen inhaltlichen Zusammenhangs im Gesamtvertrag zu verneinen. Deswegen ist eine Prüfung des gesamten Vertragsgefüges unverzichtbar.

iv. Behördliche Inhaltskontrolle

Die behördliche Vorkontrolle im chinesischen Vertragsrecht hat sehr tiefe Wurzeln und eine lange Geschichte. In der Zeit der Planwirtschaft bestand die Funktion von Verträgen nur darin, als ein Mittel zur Durchführung von Plänen zu dienen. Wegen dieser Rechtspolitik schloss die behördliche Vorkontrolle die richterliche Inhaltskontrolle aus, die unter diesen Umständen auch keinen Sinn hatte. Nach Inkrafttreten des CVG hat sich diese Situation verändert. Dem § 127 CVG⁵⁰⁸ ist zu entnehmen, dass die behördliche Vertragsüberwachung die gesetzliche Inhaltskontrolle nicht ersetzen kann. Hierbei beschränkt sich die Vertragsüberwachung, vor allem nachträglich, auf solche Verträge, die die Interessen des Staates oder die gesellschaftlichen und die öffentlichen Interessen schädigen. Nach § 12 CVG können aufgrund aller Arten von Vertragsmustern Verträge errichtet werden. Diese Vertragsmuster werden in der Regel von staatlichen Industrie- und Handelsverwaltungsbehörden ausgearbeitet und veröffentlicht. Sie entziehen sich, wie bereits dargelegt, nicht der Inhaltskontrolle. Aber tatsächlich genießen sie den positiven Schein der Legitimation, der gewöhnlich dazu führt, dass sie der Inhaltskontrolle standhalten.

v. Einheitlichkeit des Gerechtigkeitsprinzips

Obwohl es im CVG keine Abgrenzung zwischen Verbraucherverträgen und Nichtverbraucherverträgen gibt, ist eine solche Abgrenzung von Verträgen im CVG und CVerbSG noch erkennbar. Sie wird z.B. durch das Kriterium zur Festlegung des Ausmaßes des von

⁵⁰⁸ § 127 CVG „Den Industrie- und Handelsverwaltungsbehörden und anderen betroffenen Behörden obliegt es, im Rahmen ihrer jeweiligen Amtsbefugnisse nach den gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen Aufsicht auszuüben, um gegen rechtswidrige Handlungen vorzugehen, bei denen Verträge benutzt werden, um Interessen des Staates oder gesellschaftliche öffentliche Interessen zu schädigen; wenn (solche Handlungen) eine Straftat bilden, werden diese strafrechtlich verfolgt.“

Leistungsstörung verursachten Schadens deutlich. Nach § 113 Abs. 2 CVG haftet der Unternehmer auf Schadensersatz, wenn er bei Vertragsschluss Täuschungshandlungen gegenüber Verbrauchern vorgenommen hat. Bei dieser Bestimmung besteht eine Verweisung auf § 49 CVerbSG, nach der Unternehmer verpflichtet sind, das Doppelte des Preises, zu dem der Verbraucher eine Ware gekauft oder eine Dienstleistung erhalten hat, als Schaden zu ersetzen. Dieses standardisierte Schadensersatzkriterium in Verbraucherverträgen unterscheidet sich von dem in Nichtverbraucherverträgen, bei denen nach § 113 Abs.1 CVG der Schadensersatz nicht die Schadenssumme überschreiten darf, welche die den Vertrag verletzende Partei bei Errichtung des Vertrages als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorhergesehen hat oder vorhersehen musste.

Die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen Verbraucher- und Nichtverbraucherverträgen auch bei Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips gilt, ist m.E. grundsätzlich zu verneinen. Die deutschen Erfahrungen lehren, dass die Angemessenheit von AGB in der Praxis grundsätzlich unabhängig von Verbraucher- und Handelsverträgen bewertet wird, obwohl nach § 310 Abs. 1 BGB die Vorschriften der §§ 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung auf Handelsverträge finden. Die Zielsetzungen des AGB-Rechts in Deutschland und des Formularklausel-Rechts in China sind dabei gleich. Sie liegen nicht ausschließlich im Schutz der schwächeren Seite „Verbraucher“. In der Praxis können sich Unternehmer, genau wie Verbraucher, gegen unfaire Formularklauseln im Handelsverkehr nicht wehren, da Unternehmer aufgrund des Kosten-Nutzen-Faktors nicht in der Lage sind, die Inhalte von mannigfaltigen Formularklauseln aus verschiedenen Bereichen ohne entsprechende Kosten unter die Lupe zu nehmen⁵⁰⁹.

Nur die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, z.B. § 310 Abs. 2 BGB, sind angemessen zu berücksichtigen. Bei Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips für eine Inhaltskontrolle sollten Verbraucher- und Nichtverbraucherverträge gleich behandelt werden. Gewohnheiten und Gebräuche im Verkehr zwischen Unternehmern gelten als Ausnahme zur Anpassung der konkreten Situation.

3. Konkrete Maßstäbe der Inhaltskontrolle von Formularklauseln im CVG

In § 40 CVG sind über die allgemeinen Maßstäbe der §§ 52 und 53 CVG hinaus folgende drei konkrete Maßstäbe spezifisch für die Inhaltskontrolle von Formularklauseln vorgeschrieben: Formularklauseln, durch die der Verwender von seiner Haftung befreit oder die Haftung der anderen Vertragspartei erhöht wird und wesentliche Rechte der anderen Vertragspartei ausgeschlossen werden, sind unwirksam.

a. Verbot der Haftungsbefreiung

Im chinesischen Vertragsrecht ist zwischen haftungsausschließenden und haftungsbeschränkenden Formularklauseln zu unterscheiden. Unter haftungsausschließenden Formularklauseln ist zu verstehen, dass der Verwender durch sie von jeglicher Haftung befreit wird. Demgegenüber kann der Verwender durch haftungsbeschränkende Formularklauseln von der Haftung nur teilweise befreit, die Haftung somit nur beschränkt werden. Nach §§ 39 und 40 CVG kommt es bei der Prüfung der Rechtsfolge von haftungsbeschränkenden Formularklauseln darauf an, ob sie gegen das Gerechtigkeitsprinzip verstoßen. Außerdem ist

⁵⁰⁹ Vgl. H. Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209 ff.

dieser Inhaltskontrolle eine Einbeziehungskontrolle vorzuschalten und nur bei Erfüllung einer Hinweispflicht dürfen haftungsbeschränkende Formulklauseln in den Vertrag einbezogen werden.

Nach § 53 CVG sind Vertragsklauseln, sowohl in Individualverträgen wie auch in Form von Formulklauseln, nichtig, wenn sie die Haftung für Personenschäden und für vorsätzliche oder grobfahrlässig verursachte Vermögensschäden ausschließen. § 40 CVG hat den Umfang der Unwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln erweitert. D.h. bei Formulklauseln sind nicht nur Bestimmungen über die Befreiung von der Haftung für Personenschäden und für vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachte Vermögensschäden verboten, sondern auch Bestimmungen über die Befreiung von der Haftung in Fällen wie z.B. vorvertraglicher (§ 42 CVG) und nachvertraglicher Haftung (§ 92 CVG) sowie Haftung für vorweggenommene Vertragsverletzung (§ 68 und 108 CVG). Durch die haftungsausschließenden Formulklauseln wird nicht nur von der vertraglichen, sondern auch von der deliktsrechtlichen Haftung befreit.

Wie oben bereits dargelegt (Kap. 5 II. 2.), besteht zwischen § 39 Abs. 1 und dem § 40 CVG ein deutlicher Widerspruch, da § 39 Abs. 1 CVG eine Hinweispflicht nicht nur für haftungsbeschränkende, sondern auch für haftungsausschließende Klauseln vorsieht, aber keine Rechtsfolge festlegt. Nach § 40 CVG sind alle haftungsausschließende Klauseln, unabhängig davon, ob diese Hinweispflicht erfüllt wird oder nicht, ausnahmslos unwirksam. Deswegen sollte es sich erübrigen, eine Hinweispflicht für haftungsausschließende Klauseln in § 39 CVG vorzuschreiben, weil die Unwirksamkeit dieser Freizeichnungsklauseln nach § 40 CVG zwingend ist. „ Ein Referentenkommentar löst diesen Widerspruch dadurch auf, dass er beide Vorschriften zusammenliest und nur solche Haftungsbeschränkungen als unwirksam ansieht, auf die nicht nach § 39 CVG hingewiesen wird.“⁵¹⁰

Nach § 24 CVerbSG dürfen Unternehmer keine Standardverträge, Mitteilungen, Anzeigen oder Hinweistafeln verwenden, die unfaire und unzumutbare Bestimmungen für den Verbraucher enthalten oder seine zivilrechtliche Haftung bei Verletzung von Verbraucherinteressen mindern oder ausschließen.

Nach § 6 „*Shanghai*er Überwachungsvorschriften“ sind Formulklauseln verboten, durch die der Verwender zulasten des Verbrauchers von der Haftung für Körperverletzung, Vermögensschäden aufgrund von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verwenders, von der Garantiehafteung für angebotene Waren und erbrachte Dienstleistungen, und der Haftung für Vertragsverletzung sowie anderen gesetzlichen Haftungen befreit wird.

§ 17 „*Shenzhen* Vorschriften über Inhaltskontrolle von Standardverträgen “ schreiben auch vor, dass solche Klauseln unwirksam sind, nach denen die Schadensersatzpflicht des Verwenders aufgrund einer Vertragsverletzung wegen seines Verschuldens (Nr. 2) oder die gesetzliche Haftung des Verwenders für schuldhaftes Herbeiführung des Todes oder Körperverletzung der anderen Vertragspartei ausgeschlossen bzw. beschränkt wird (Nr. 3).

⁵¹⁰ Hetongfa shiyong wenda (Fn. 8), S. 33 (zitiert nach Münzel/Xiaoqing, China: Neues Vertragsrecht, RIW 1999, S. 644)

b. Verbot von Haftungserhöhung der Vertragsparteien des Verwenders

Nach § 40 sind Formulklauseln auch nichtig, wenn durch sie die Haftung der Vertragsparteien erhöht wird. Haftungserhöhung bedeutet hier, dass der Verwender durch die von ihm einseitig gestellten Formulklauseln seinen Vertragsparteien eine über die vom dispositiven Recht vorgeschriebene hinausgehende Haftung auferlegt. Diese Formulklauseln sind mit dem Grundgedanken des Gerechtigkeitsprinzips grundsätzlich nicht zu vereinbaren.

Nach § 17 „*Shenzhen* Vorschriften über Inhaltskontrolle von Standardverträgen“ sind Formulklauseln, welche in den Standardvertrag einbezogen werden, unwirksam, wenn durch sie die Haftung der beiden Vertragsparteien im Fall der Vertragsverletzung ungleich geregelt wird (Nr. 6); die Beweislast umgekehrt wird, indem die Beweislast, welche im Verantwortungsbereich des Verwenders liegt, auf den der anderen Vertragspartei abgewälzt wird (Nr. 11); entgegen § 6 Abs. 2 der „*Shenzhen* Vorschriften“ der Verwender von der Hinweispflicht für die haftungsfreizeichnenden und -beschränkenden Formulklauseln befreit wird, und diese Klauseln von den Vertragsparteien nicht zur Kenntnis genommen wurden (Nr. 12).

Nach § 7 „*Shanghai* Überwachungsvorschriften“ sind Formulklauseln verboten, durch die das Reugeld oder der Schadensersatz der Vertragsparteien die tatsächlich eintretenden Schäden übersteigen werden; oder durch die die Risikohaftung aus der Erwerbstätigkeit des Verwenders auf die Verbraucher abgeschoben wird; oder durch die die Haftung der Verbraucher entgegen den gesetzlichen Bestimmungen erhöht wird.

c. Verbot des Ausschlusses der wesentlichen Rechte der Vertragsparteien des Verwenders

Nach § 40 sind Formulklauseln ebenfalls nichtig, wenn durch sie die wesentlichen Rechte der Vertragsparteien des Verwenders ausgeschlossen werden. Diese Vorschriften sind dem § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB sehr ähnlich. Bei der Entscheidung darüber, welche Rechte die wesentlichen Rechte der Vertragsparteien sind, kommt es darauf an, welche Rechte von dem dispositiven Recht für typische Verträge als wesentliche Rechte der Vertragsparteien vorgeschrieben werden, und ob der Vertragszweck bei atypischen und neutypischen Verträgen durch Ausschluss der Rechte erreicht werden kann.

§ 17 „*Shenzhen* Vorschriften über Inhaltskontrolle von Standardverträgen“ schreibt vor, dass Klauseln unwirksam sind, wenn durch sie: die wesentlichen Vertragspflichten des Verwenders ausgeschlossen werden (nur bei Auftreten höherer Gewalt ist es erlaubt, vom Vertrag zurückzutreten, Nr. 1); den Vertragsparteien verboten ist, den Vertrag zu ändern oder zu kündigen (Nr. 4); ungerechtfertigte Preiserhöhungen durch den Verwender erlaubt sind, ohne dass der anderen Vertragspartei ein Recht zur Verweigerung der Vertragserfüllung eingeräumt wird (Nr. 5); den Vertragsparteien verboten ist, ihr Zurückbehaltungsrecht wahrzunehmen (Nr. 7); den Vertragsparteien das Recht genommen wird, Ersatz für die aufgrund der von den vom Verwender angebotenen Waren oder erbrachten Dienstleistungen verursachten Folgeschäden zu verlangen (Nr. 8); das Vertragsauflösungsrecht nur dem Verwender vorbehalten ist (Nr. 10); den Vertragsparteien verboten ist, bei Vertragsstreitigkeiten bei Gericht Klage zu erheben oder das Schiedsgericht anzurufen (Nr. 13).

Nach § 8 „Shanghai Überwachungsvorschriften“ sind Formulklauseln verboten, durch die den Verbrauchern folgende Rechte entzogen werden: den Vertragsinhalt zu ändern oder vom Vertrag zurückzutreten; Reugeld vom Verwender zu verlangen oder den Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen sowie die anderen den Verbrauchern gesetzlich eingeräumten Rechte.

VII: Dispositives Recht in Europa und China

1. Allgemeine Bemerkungen über dispositives Recht im kontinental-europäischen Rechtskreis

Zwingendes Recht bedeutet, dass „die (Rechtsvorschriften) auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Personen, für welche sie gegeben sind, erklären, dass sie nicht zur Anwendung kommen sollen; demgegenüber bedeuten dispositive Rechtsätze, die es sich gefallen lassen, dass das betreffende Rechtsverhältnis durch Privatwillkür anders geordnet werde“.⁵¹¹ „Das Privatrecht räumt einerseits den Parteien im weitem Umfang das Bedürfnis ein, zunächst selbst durch ihre Willkür ihre konkreten Rechtsverhältnisse zu normieren, und sorgt hierbei dafür, dass eine feste Norm vorhanden ist, wonach die Verhältnisse zu beurteilen sind, soweit eine solche Regelung der Verhältnisse nicht getroffen worden ist, während andererseits dieser Befugnis es der Parteien eine Grenze setzt und mit Rücksicht auf das Allgemeine und Ganze manche gesetzliche Anordnung trifft, gegen die die Willkür der Parteien nicht aufzukommen vermag“.⁵¹² Im Sinne der wirtschaftlichen Analyse von Recht steht das dispositive Recht, wie eingangs dieser Arbeit dargelegt, mit dem wirtschaftlichen Liberalismus im Zusammenhang. Von Standpunkt des wirtschaftlichen Liberalismus stellt das dispositive Recht das Kernstück des Privatrechts dar. Ein Gegenbeispiel dazu ist die Planwirtschaft in der ehemaligen Sowjetunion und in China vor 1979. Die Planwirtschaft steht prinzipiell der Marktdynamik und dem subjektiven schöpferischen Willen der Marktbeteiligten entgegen. Daraus ist abzuleiten, dass das *ius dispositivum* eine wesentliche Ausprägung des Vertragsrechts ist.

Dem Zivilrecht auf dem europäischen Kontinent liegt das subjektive Recht zugrunde. „Donellus, der zu den wenigen Autoren gehört, die Savigny in seinem grundlegenden Werk der Zitierung für würdig hält, baut das gesamte Privatrecht als ein System materieller subjektiver Rechte auf“.⁵¹³ Das subjektive Recht wird auch bei Savigny unter dem Gesichtspunkt der Freiheit definiert: „Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die den einzelnen Personen zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person ...“⁵¹⁴ Nach der Auffassung Savignys besteht das Wesen des Rechts darin, „... dass dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen wird, in welchem er abhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.“⁵¹⁵ Freiheit stellt das Kernstück des subjektiven Rechts und natürlich auch des Zivilrechts dar. Das rechtstechnische Mittel zur Verwirklichung des subjektiven Rechts bildet das dispositive Recht. Das subjektive Recht lässt sich dadurch entfalten, dass der Willen von

⁵¹¹ B. Windscheid, Pandektenrecht, Band I, S. 30

⁵¹² Vgl. K. Ehrlich: Das zwingende und Nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht, S. 1

⁵¹³ Vgl. H. Coing: Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“ in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, S. 15

⁵¹⁴ F.C.v. Savigny, System I (1840), S. 7; zitiert nach H. Coing, a.a.O. S. 19

⁵¹⁵ F.C.v. Savigny, System I (1840), S. 333; zitiert nach H. Coing, a.a.O. S. 19

Rechtssubjekten Vorrang vor den Bestimmungen des entsprechenden dispositiven Rechts hat. Bei Ausbleiben von konkreten Vereinbarungen gilt das dispositive Recht, das sich gewöhnlich aus den vernünftigen praktischen Regeln herausbilden lässt.

In der Gesetzgebungsgeschichte wird das Vertragsrecht durch seine dispositiven Eigenschaften beschrieben. So sieht z.B. § 1134 des code civil vor, dass „*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*“ Daraus ist zu folgern, „dass das Vertragsrecht in der Hauptsache nur einen subsidiären Charakter hat. Die Prädominanz der Privatautonomie wirkt sich im ganzen Schuldrecht sehr fühlbar aus und bewirkt etwa, dass sogar gesetzliche Auslegungsregeln (über die Bestimmung des Leistungsinhalts, wie sie sich in den Art. 1156 ff. finden) als bloße Empfehlungen an den Richter aufgefasst werden, dass die im deutschen Recht von § 242 BGB gelösten Probleme und die Leistungsstörungen weitgehend an der Privatautonomie orientiert sind“.⁵¹⁶

Zwingendes und dispositives Recht verschmelzen in der Regel miteinander. Die Entscheidung, ob Gesetzesbestimmungen zwingend oder dispositiv sind, sollte „der Auslegung überlassen werden, d.h. auch einer Anpassung an neue Verhältnisse in der Zeit“.⁵¹⁷

Zu fragen ist, ob die Funktionsweise des dispositiven Rechts in seinem Originalkonzept trotz der rasanten Verbreitung von AGB in fast allen Wirtschaftsbereichen noch gültig ist. Wie oben schon erwähnt, zielt *ius dispositivum* auf Privatautonomie und Erfüllung der einzelnen mannigfachen Bedürfnisse von Rechtssubjekten. Diese Funktion setzt aber voraus, dass alle Rechtssubjekte die Chance haben, ihren eigenen freien Willen zu entfalten; mit anderen Worten, ob eine freie Entscheidung über eigene Bedürfnisse getroffen werden kann. Wegen der Vorformulierung und des einseitigen Stellens von AGB hat die vertragliche „Richtigkeitsgewähr“ leider versagt. Als Folge spielt das Vertragsrecht als dispositives Recht im Gegensatz zu den von Privaten erstellten AGB im Rechtsverkehr nur eine marginale Rolle. Um die materielle Vertragsgerechtigkeit wieder aufbauen zu können, ist das Vertragsrecht daher „disponibel“ für die Parteien nur im Wege einer Einzelvereinbarung. Man könnte sie (dispositive Norm) daher jetzt als ‚halbzwingend‘ bezeichnen. Damit hat das (...) Gesetz den Gegenstand dispositiver und zwingender Norm bis zu einem gewissen Grade relativiert.“⁵¹⁸

2. Analyse der chinesischen Rechtskultur aus der Perspektive der Rechtsnatur dispositiven Rechts

Dispositives Recht als juristischer Begriff ist ein Fremdkörper der traditionellen chinesischen Rechtskultur, weil sich die Wesenheit und Funktion von „*fa*“ (Recht und Gesetz) von der westlichen Rechtskultur grundlegend unterscheidet. „Was in der chinesischen Literatur vor Ende der *T'sing* Zeit (1664 - 1911) als ‚Gesetz‘ (*fa*) bezeichnet wurde, war zum größten Teil nichts als Strafgesetz, also rein technisches Recht, in keiner Weise aber eine Normierung von Verhaltensregeln. Was außerdem über die Jahrtausende unserer Geschichte die gesellschaftliche Ordnung aufrechterhalten hat und von den Menschen als unbedingt zu respektierende Normen empfunden wurde, waren allein die Regeln der Sittlichkeit (*Li*).“⁵¹⁹ Weil das politische Ziel der feudalen Gesellschaft ausschließlich das „gute Regieren (*zhizhi*)“ zum Gegenstand hatte, „bedeutet *zhizhi* die Verwirklichung des gesamten Moralrechts

⁵¹⁶ Vgl. M. Ferid, Das Französische Zivilrecht, Band I, S. 389

⁵¹⁷ Motive Bd. I. S. 15 f. und 17; zitiert nach R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 36

⁵¹⁸ K. Larenz, Schuldrecht, Band I, AT, S. 33

⁵¹⁹ Boqi Wang, Das Wesen der Auseinandersetzung zwischen der konfuzianischen und der legalistischen Schule, in: Heuser, Einführung in die chinesische Rechtskultur, S. 79

(*defa*), und das gesamte Moralrecht ist gleichbedeutend mit der Gesamtheit der Sozialnormen, außerhalb der Rechtsnormen kann von Sozialnormen nicht die Rede sein, und Mittel zur Verwirklichung dieser Gesamtheit des Moralrechts (*defa*) ist wiederum nur das Strafrecht. “⁵²⁰ Die Differenzierung zwischen Moral und Recht besteht in der europäischen Rechtskultur bereits seit *Pufendorf*, *Hobbes* und *Kant*, während sich die Vermischung der beiden in China bis in das 20. Jahrhundert fortsetzte.

Obwohl die legalistische Schule vor 2000 Jahren auch die Funktion des „*fa*“ umschrieben hatte, bedeutete das „*fa*“ im Sinne der legalistischen Schule nur „ein Instrument zur Herrschaft, *a tool of state administration*.“⁵²¹ Weil das „subjektive Recht“ als juristischer Begriff überhaupt nicht in der traditionellen chinesischen Rechtskultur auftaucht, ist es gleichgültig, ob der Konfuzianismus oder der Legalismus in der chinesischen Geschichte einen ausschlaggebenden Einfluss auf die Herrschaftsideologie ausgeübt hat. Eine Selbstbestimmung durch das „subjektive Recht“ steht der traditionellen chinesischen Rechtskultur völlig entgegen. „Seit jeher war das *Fa* (Recht und Gesetz) in China ledig als ein Instrumentarium begriffen, mittels dessen der Herrscher das Volk einseitig beherrschte, kontrollierte oder unterdrückte. Das chinesische Recht vereinigte denn auch alle Rechtsgebiete in sich, vor allem gab es keine Unterscheidung zwischen dem Zivil- und Strafrecht.“⁵²² Das führte dazu, dass das Recht als ein Verwaltungsmittel der Privatautonomie und Selbstbestimmung von individuellen Rechtssubjekten keinen Raum gab. Offenbar bestand in China überhaupt keine Voraussetzung für ein *ius dispositivum*. Darüber hinaus steht das dispositive Recht, wie oben bereits dargelegt, mit der Marktwirtschaft auf das engste im Zusammenhang. Wenn man aber einen Blick auf die Geschichte Chinas wirft, so zeigt sich, dass sich in der chinesischen Geschichte nie ein unabhängiger Händlerstand entwickelt hat. Auffällig ist, dass das traditionelle chinesische Recht nicht hauptsächlich aus wirtschaftlichen Bedürfnissen, sondern lediglich als Teil der Politik, oder genauer gesagt, als Teil der politischen Strategie kodifiziert und erlassen wurde. Im historischen China konnte Wohlstand prinzipiell nur kraft eines Status (*Gui* - hochrangige Leute wie Beamte) erworben werden. Der Schutz von Privateigentum stand überhaupt nicht im Mittelpunkt des Rechts. Hinter der Politik der Unterdrückung von Händlermacht steckte die politische Befürchtung, dass eine starke Macht der Händler die Kaiserherrschaft erschüttern könnte. Wichtiger ist noch, dass freizügige wirtschaftliche Tätigkeiten als revolutionäres Element die Grundlagen einer feudalen Gesellschaft sprengen könnten und Familien, die in der chinesischen Geschichte als Grundstein der feudalen Gesellschaftsordnung galten, aufgelöst und zerstört würden, wenn Händler den Anspruch auf eine neue gesellschaftliche Struktur und neue Handelsregelungen geltend machten.⁵²³ So beschreibt der amerikanisch-chinesische Wirtschaftshistoriker *Ray Huang* in seinem Buch über die späte *Ming*-Zeit, dass das traditionelle chinesische Recht wegen der konfuzianischen Ethik nicht auf rechtlichen Grundlagen im Sinne der europäischen Rechtskultur aufgebaut war. Er führt in seiner Dissertation aus: „Wie die Dinge lagen, hatte das kodifizierte Recht der Dynastie (...) für geschäftliche Transaktionen kaum Vorkehrungen

⁵²⁰ Boqi Wang, a.a.O. S. 80, zitiert nach R. Heuser, a.a.O. S. 79

⁵²¹ Z.B. Hanfei, Vertreter der legalistischen Schule, meinte, „Gesetze sind, was die Regierung niederschreibt und verkündet und im Gefühl des Volkes als Belohnung (*shang*) und Bestrafung (*fa*) existiert. Gibt es eine Belohnung, werden die Gesetze beachtet, Bestrafung erfolgt bei Missachtung von Erlassen“ (Kapitel „*Dingfa*“). Im *Daxue yangyi* des Qiu Ling (Ming-Dynastie) heißt es, „Was in der Vergangenheit festgelegt wurde, heißt Gesetz (*fa*), was zeitweilig angewandt wird, heißt Strafe (*fa*); das Gesetz ist der Körper der Strafe, die Strafe ist das Anwenden des Gesetzes, sie sind ein und dasselbe“. Im Gegensatz dazu: *Inventus Celsus*, „*ius est ars boni et aequi*“ (Recht ist die Kunst des Guten und Gerechten).

⁵²² Vgl. Jiandong Shao: Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, JZ 1999/2, S. 85

⁵²³ Nähere Argumentation vgl. Zhiping Liang: *Xunqiu Ziran Zhixu Zhong de Hexie*, (Suche nach der Harmonie in der natürlichen Ordnung – über die chinesische traditionelle Rechtskultur), S. 134 ff.

getroffen. Riesige Bereiche, insbesondere solche, die mit Verschuldung, Bankrott, Nichteinhaltung von Verträgen und Bildung von Handelsgesellschaften zu tun hatten, waren überhaupt nicht erfasst“, was eine „unvermeidliche Folge“ dessen war, dass das Recht „moralisches Verhalten statt Eigentumsrechte betonte.“⁵²⁴

Eine wörtliche Gegenüberstellung⁵²⁵ grundlegender Begriffe kann am deutlichsten die Unterschiede zwischen der europäischen und der traditionellen chinesischen Rechtskultur zum Ausdruck bringen:

Sprache: Griechisch Latein Englisch Französisch Deutsch Italienisch Spanisch Chinesisch

I	δίκαιον	Jus	right	Droit	Recht	Diritto	Derecho	Fa(Moral)
II	γόμον	Lex	law	Loi	Gesetz	Legge	Ley	Fa(Strafe)

Hier wird deutlich, dass in der chinesischen Rechtskultur keine Dichotomie zwischen Recht und Gesetz existiert.

Was die Rechtsphilosophie betrifft, „*the dualistic opposition manifested in the relationships between soul and body, religion and secularity, spirit and material, and subject and object, constitutes a primary characteristic of Western thinking.*“⁵²⁶ „*A principle element constituting this type of thinking – opposition between the empirical realm and the transcendental realm – is also a main source for the modern western theories of the rule of law.*“⁵²⁷ Die traditionelle chinesische Philosophie betont die Harmonie zwischen dem Himmel und den Menschen. Die gesellschaftliche Antinomie als philosophisches Thema taucht in der chinesischen Rechtsphilosophie überhaupt nicht auf. Familie und Staat waren die zwei grundlegenden Pole auf unterschiedlicher Ebene. Die sprachliche Bedeutung des chinesischen Begriffes „*Guojia*“ (Staat), welcher aus den Worten „Staat“ und „Familie“ besteht, bringt dies ebenfalls deutlich zum Ausdruck. Zwischen den Menschen und dem Staat stand keine bürgerliche Gesellschaft und damit kein wirtschaftlicher Freiraum.

Vor dem Hintergrund des politischen Rechtsinstrumentalismus ist das Schicksal des dispositiven Rechts in China schon prädestiniert. Deshalb ist das traditionelle chinesische Recht seiner Natur nach zwingend.

3. Transformation der Natur des chinesischen Rechts am Anfang des 20. Jahrhunderts

Wie am Anfang dieser Arbeit bereits gezeigt, versuchte die Regierung der *T'sing*-Dynastie, das westliche Recht zu übernehmen, um es in Zukunft mit den westlichen Mächten aufnehmen zu können.⁵²⁸ Mit der Rezeption des westlichen Rechtssystems wurde das dispositive Recht als einer der wichtigsten Zivilrechtsbegriffe rezeptiert. Die Ausarbeitung und das Inkrafttreten des chinesischen BGB der Republik (1929-1933) bedeuten einen Meilenstein in der chinesischen Rechtsgeschichte, d.h. das Recht begann, sich allmählich von dem

⁵²⁴ Ray Huang, 1587 - Ein Jahr wie jedes anderes, insbes. S. 248ff.; zitiert nach R. Heuser, Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung, JZ 1988, S. 903

⁵²⁵ Vgl. Zhiping Liang, Exploding „Law“: A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture, in: Basic Concepts of Chinese Law, S. 123

⁵²⁶ Russell, A History of Western Philosophy, 1945, S. 302; H. J. Berman, The Introduction of Religion and Law, ch. 4, 1976, zitiert nach Zhiping Liang, a.a.O. S. 123

⁵²⁷ Unger, Law in Modern Society, 1976, S. 66-86, zitiert nach Zhiping Liang, a.a.O. S. 123

⁵²⁸ Über die Rezeption des kontinental-europäischen Rechtssystems in China vgl. Einführung dieser Arbeit

traditionellen Instrumentalismus loszulösen, obwohl das CBGB als eine Frucht der Rezeption des kontinental-europäischen Rechtssystems zunächst nur als Papierrecht bezeichnet werden konnte. Dennoch wirkte sich das kodifizierte positive Recht allmählich auf die Rechtspraxis und die Rechtswissenschaft aus. Das Zivilrecht ist z.B. in Taiwan bereits zum „lebenden Recht“ avanciert. Dies hängt mit der erfolgreichen Rezeption des westlichen Rechts vor einem guten Jahrhundert zusammen.

Demgegenüber stand nach Gründung der Volksrepublik auf dem chinesischen Festland eine Serie von ideologischen Bewegungen. Neben dem Rechtsinstrumentalismus trat die jeweilige konkrete Politik der KPCh an die Stelle der Ideologie vom Rechtsstaat. In China konnte vor 1979 von Rechtsstaat und Demokratie keine Rede sein. Erst mit Einführung der Politik von Reform und Öffnung, besonders nach dem Beschluss der chinesischen Zentralregierung, „eine sozialistische Marktwirtschaft chinesischer Prägung“ aufzubauen, hat sich das Zivilrecht wieder entwickelt. 1986 wurden die CAGZ erlassen, welche als grundlegende Leitlinie des chinesischen Zivilrechts gelten. Gegenwärtig steht die Ausarbeitung des neuen CBGB auf der Tagesordnung.⁵²⁹

Im CVG von 1999 wird dispositives Recht als wesentliches Merkmal des Vertragsrechts anerkannt. Nach § 4 CVG steht den Parteien das Recht zu, rechtmäßig aus eigenem Willen Verträge zu errichten und zu gestalten (Prinzip der Vertragsfreiheit). Daraus ist abzuleiten, dass das CVG im Grunde dispositives Recht ist. Vertragsfreiheit gilt dementsprechend als eines der wichtigsten Prinzipien des Vertragsrechts, was dann auch als deutlicher Wendepunkt der Gesetzgebung über das Vertragsrecht und als Reaktion auf die erhöhte wirtschaftliche Dynamik von den chinesischen Rechtswissenschaftlern begrüßt wurde.

4. Dispositives Recht und Schematisierung, Objektivierung sowie Materialisierung

Eine auffällige Tendenz in den Zivilrechtsgesetzen ist, wie oben schon erwähnt, die gesetzliche Schematisierung, Objektivierung und Materialisierung, welche die gesetzliche Präzisierung und Normierung der Normalität des Wirtschaftsverkehrs verkörpern.⁵³⁰ Nach Einführung der Sondergesetze wie z.B. das AGBG in das BGB orientiert es sich vermehrt in dieser Richtung.

In China fehlen zur Zeit ausreichend präzise Bestimmungen für die neuen Lebensvorgänge in der „sozialistischen Marktwirtschaft“. Dies ist vor allem der Leitlinie der chinesischen Gesetzgebungspolitik zuzurechnen. Danach sind Gesetze um so besser, je größer sie gefaßt sind. Da die Generalklauseln der Verwaltungsmacht die Möglichkeit der Einwirkung auf den Rechtsverkehr bieten, besteht ein Freiraum dafür, dass konkrete politische Entscheidungen die Rechtsentscheidungen beeinflussen. Es ist in China auch keine Ausnahme, dass Richter anhand von Generalklauseln partikuläre Regionalinteressen verfolgen. So sind einzelne Rechtssubjekte in China von einer rechtlichen Zersplitterung bedroht, da die Richter in den unterschiedlichen Provinzen mittels unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten, abweichend von den richtigen Inhalten der gesetzlichen Bestimmungen, partikuläre Interessen verfolgen. Folge davon ist, dass bei Klageerhebung von Parteien aus unterschiedlichen Provinzen die Gerichtsbarkeit eine entscheidende Rolle spielen kann.

⁵²⁹ Über die Ausarbeitung des CBGB vor 1994 vgl. Huixing Liang: Das Chinesische Zivilrecht: Sein gegenwärtiger Zustand und der Erlass eines Zivilgesetzbuches, AcP, 194, S. 479 ff.; ders.: Die Rezeption ausländischen Zivilrechts in China, Newsletter der Deutsche-Chinesischen Juristenvereinigung e.V. 2003, S. 68 ff. (S. 73 ff.)

⁵³⁰ Vgl. R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 110 ff.

Schematisierung und Materialisierung stehen nicht in Widerspruch zueinander. „Jhering hat zu recht behauptet, der privatrechtliche Verkehr lasse sich ohne Nachteil festen, unbeugsamen Regeln unterordnen; er bewege sich in stereotypen Formen und Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit ist gerade das, was er erstrebe.“⁵³¹ „Die umfassendsten Beispiele für gleichzeitige Schematisierung und Materialisierung liegen so nah, dass sie leicht übersehen werden, Es sind nämlich die Zivilgesetzbücher selbst, also z.B. das BGB.“⁵³² Schematisierung, welche mit dem Rechtsformalismus nicht gleichzusetzen ist, ist nicht der Gegenbegriff zu Materialisierung. Versuche zur De-Materialisierung des BGB in Deutschland erfolgen gerade durch AGB.⁵³³ Zur Verwirklichung der Schematisierung und Materialisierung hält sich die Gesetzgebung an Objektivierung, d.h., Rechtsbestimmungen werden vom einzelnen Rechtssubjektswillen losgelöst und sie konzentrieren sich auf das Kriterium der „reasonable person“. Objektivierung findet ihren Niederschlag auch im BGB, z.B. in den §§ 157, 276 BGB. Hier hat die im Verkehr erforderliche objektive Sorgfalt prinzipiell Vorrang vor dem Rechtssubjektswillen. Nach § 125 Abs. 1 CVG muss der wirkliche Sinn einer Klausel, über die es zwischen den Parteien Streit gibt, nach dem im Vertrag verwendeten Wortlaut, den mit ihr in Beziehung stehenden Klauseln des Vertrages, dem Vertragszweck, den Geschäftsgepflogenheiten sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben, festgestellt werden. Diese Auslegungsreihenfolge richtet sich auch nach dem objektiven Kriterium.

Die Maßstäbe zur Inhaltskontrolle von Formulklauseln sind ebenfalls objektiv, weil Formulklauseln nach dem gewöhnlichen Verständnis auszulegen sind, wenn ein Streit über ihr Verständnis besteht (§ 41 CVG). Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China zielt, wie das AGB-Recht in Deutschland, auf Sicherstellung der materiellen Vertragsfreiheit und gleichzeitig auf den Verbraucherschutz. Bei der Inhaltskontrolle von Formulklauseln entspricht das objektive Kriterium auch der im Verkehr erforderlichen objektiven Sorgfalt. Insofern spiegelt die neue Tendenz der zivilrechtlichen Gesetzgebung, nämlich Materialisierung und Objektivierung, die Bedürfnisse der Inhaltskontrolle wider.

5. Zwischenergebnis

Die Dichotomie von dispositivem und zwingendem Recht bildet eine der wichtigsten Früchte der europäischen Rechtskultur, welche im römische Recht wurzelt. Dispositives Recht steht mit dem subjektiven Recht auf das engste in Zusammenhang. Wirtschaftlich gesehen entspricht dispositives Recht auch den Bedürfnissen der liberalen Marktwirtschaft. Im Gegensatz zu der europäischen war der traditionellen chinesischen Rechtskultur die Abgrenzung zwischen dispositivem und zwingendem Recht fremd. Sie wurde mehr als 2000 Jahre vom Rechtsinstrumentalismus beherrscht. Selbst nachdem die T'sing-Dynasty zu Beginn des letzten Jahrhunderts den Versuch unternommen hatte, das europäisch-kontinentale, vor allem auch das deutsche Rechtssystem systematisch zu übernehmen, stand der Begriff des dispositiven Rechts aus rechtssoziologischer Sicht lediglich auf dem Papier. Erst mit dem Aufbau einer bürgerlichen Gesellschaft und der „sozialistischen Marktwirtschaft“ wird dispositives Recht als ein Rechtsgedanke sowohl in der Gesetzgebung wie auch in der Rechtspraxis anerkannt.

⁵³¹ v. Jhering (II, 1), zitiert nach R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 45

⁵³² R. Knieper, a.a.O. S. 180

⁵³³ R. Knieper, a.a.O. S. 183

VIII: Das Transparenzprinzip bei der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und seine Einführung ins Formulklausel-Recht in China

Eine der wichtigsten Veränderungen nach dem SMG ist die Kodifikation des Transparenzprinzips, welches derzeit in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB normiert ist. Ursprünglich wurde das Transparenzprinzip in Deutschland mit den beiden Entscheidungen⁵³⁴ zur Tilgungsverrechnungsklausel und Wertstellungsklausel thematisiert. In dieser Entscheidung definiert der BGH das Transparenzgebot wie folgt:

„Treu und Glauben verpflichten den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Ein Verstoß gegen dieses Transparenzgebot kann zur Unwirksamkeit gem. § 9 Abs. 1 AGBG führen.“

Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 der EU-RiLi für missbräuchliche Klauseln hat das Transparenzprinzip ebenfalls deutlich vorgeschrieben. Bislang ist der deutsche Gesetzgeber davon ausgegangen, dass das von der Richtlinie vorgeschriebene Transparenzprinzip in der Kasuistik der Rechtsprechungen zum Transparenzgebot verankert ist. Trotzdem meinte der EuGH in seinem Urteil vom 10. 5. 2001, dass das EG-rechtliche Transparenzgebot mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht hinreichend umgesetzt ist.⁵³⁵ Anlässlich der Reform des Schuldrechts des BGB wurde das Transparenzprinzip im BGB endlich verankert.

Die vor dem SMG gestellten Fragen wie⁵³⁶: Enthält das AGBG ein Transparenzgebot? Wenn ja, ist dieses Prinzip selbständig oder subsidiär? Wie kann das Transparenzprinzip mit den Einbeziehungs- und Inhaltskontrollen abgestimmt werden? Kann ein Verstoß gegen das Transparenzgebot eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 9 Abs. 1 AGBG (nun § 307 Abs. 1 Abs. 1 BGB) bedeuten? – sind nach der Kodifikation des Transparenzprinzips im BGB mehr oder weniger schon beantwortet worden. Trotzdem lohnt es sich, einen Blick auf die theoretischen Streitigkeiten vor der Kodifikation dieses Prinzips zu werfen, da sie für das Verständnis des § 307 Abs. 1 Satz 3 BGB notwendig sind.

1. Überblick über den Meinungszustand zum Transparenzprinzip vor dem SMG in Deutschland

Köndgen meint⁵³⁷, dass Transparenz nicht von der Einbeziehungskontrolle, vor allem der Kontrolle überraschender Klauseln völlig absorbiert werden könnte, sondern für die Angemessenheit von AGB eine eigenständige Bedeutung haben sollte. „Die Judikatur bietet indes hinreichende Anschauung von intransparenten Klauseln, die weder objektiv ungewöhnlich, noch äußerlich schlecht wahrnehmbar und auch nicht mehrdeutig formuliert sind.“⁵³⁸ Nach der Meinung *Köndgens* ist wichtig, dass Intransparenz als marktbezogene Unangemessenheit gelten sollte. „Wettbewerbsbeschränkungen und –verfälschungen zu verhindern, ist bekanntlich in erster Linie die Aufgabe des Kartell- und des Lauterkeitsrechts. Das UWG wie das GWB können jedoch gegen eine undurchsichtige Kautelarpraxis nur wenig ausrichten. ... Es ist heute im Kern nicht mehr umstritten, dass zwischen dem UWG, dem Kartellgesetz und dem AGB-Gesetz ein gewisser Wertungstransfer stattfindet und dass die

⁵³⁴ BGHZ 106, 42 (49) NJW 1989, 222 und BGHZ 106, 259 (264), NJW 1989, 582, auch die nachfolgenden Urteile

⁵³⁵ Vgl. NJW 2001, 2244 – Kommission/Niederlande, zitiert nach v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, Heft 1, S. 16

⁵³⁶ Vgl. auch B. Krienbaum, Transparenz und AGB-Gesetz, S. 23

⁵³⁷ J. Köndgen, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, NJW, 1989, S. 943 ff.

⁵³⁸ J. Köndgen, a.a.O. S. 949

„Aufrechterhaltung von Wettbewerbsprozessen“ auch ein Schutzgut des AGBG ist. ⁵³⁹ *Köndgen* betrachtet Intransparenz als eine „neuartige und eigenständige Fallgruppe“ der unangemessenen Benachteiligung. Damit sollte das AGB-Recht einen Funktionszuwachs erfahren, von dem der Gesetzgeber noch wenig ahnte. Das Transparenzgebot sollte deshalb „zu den tragenden Prinzipien des Gesetzes“ gehören, welches „Individualschutz auf dem Wege eines ‚*policing the market*‘ anpeilt.“ Damit sei „das AGBG nicht zuletzt auch ein wirtschaftsrechtliches Gesetz zur Kompensation von Marktversagen.“ ⁵⁴⁰

Obwohl *Pflug* ebenfalls der Ansicht ist, dass das AGBG Vorschriften enthält, die Klauseltransparenz intendieren, findet er, dass die Regelung des Transparenzgebots in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG vernachlässigt wird. Er meint: „Wie zu zeigen sein wird, können mit Hilfe dieser Norm alle Informationsbedürfnisse des AGB-Kunden befriedigt werden ...“ ⁵⁴¹ „Eine inhaltlich nicht zu beanstandende Klausel, die obschon weder unklar i.S. des § 5, noch überraschend i.S. des § 3 – doch so undurchschaubar formuliert ist, dass der Durchschnittskunde ihre Bedeutung bei zumutbarer Anstrengung kaum erkennen kann, wird nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 schon gar nicht ‚Bestandteil‘ des Vertrages, wie alsbald näher zu begründen sein wird.“ ⁵⁴² Außerdem meint *Pflug*, dass es keinen Hinweis darauf gebe, dass „der III. Senat damit den Weg zu einer neuen Fallgruppe der ‚Intransparenz wegen marktbezogener Unangemessenheit‘ beschreiten wollte.“ ⁵⁴³

Durch konkrete Fallgruppen, nämlich, Irreführung, Verschleierung, Mangel an Bestimmtheit oder Konkretisierung sowie Unüberschaubarkeit der wirtschaftlichen Konsequenzen kam *Brandner*⁵⁴⁴ zum Schluss, dass Transparenz kein Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB sein sollte.

Die Monographien von *Schäfer*⁵⁴⁵ und *Kreienbaum*⁵⁴⁶ beschäftigen sich mit dem Transparenzgebot im AGBG. Aus der Überprüfung des Verhältnisses zwischen dem Transparenzgebot und der Einbeziehungskontrolle sowie der Inhaltskontrolle folgert *Schäfer*, dass „sich eine Transparenzkontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen des § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz zumindest nicht mit dem Argument rechtfertigen lässt, § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz schütze auch die Möglichkeit des individuellen Kunden, vor Vertragsschluss vom Inhalt Allgemeiner Geschäftsbedingungen Kenntnis nehmen zu können, um so zu einer interessengerechten Wahrung seiner Verhandlung- und Entscheidungsmöglichkeiten in der Lage zu sein.“ ⁵⁴⁷ „Insgesamt kann deshalb festgestellt werden, dass § 3 AGB-Gesetz das intransparente Gestalten von Geschäftsbedingungen nicht zum Anlass nimmt, Klauseln die Einbeziehung in den Vertrag zu versagen.“ ⁵⁴⁸ Aber *Kreienbaum* meint, dass „die Analyse des § 3 ergeben hat, dass § 3 ein generelles Transparenzgebot nicht enthält. § 3 erfasst weder umfassend die Problematik der versteckten Klauseln noch der unverständlichen bzw. schwer

⁵³⁹ J. Köndgen, a.a.O. S. 950

⁵⁴⁰ J. Köndgen, a.a.O. S. 946; auch *Pflug*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und „Transparenzgebot“, AG, 1992/1, S. 15

⁵⁴¹ H.-J. Pflug, a.a.O. S. 15 und 16

⁵⁴² H.-J. Pflug, a.a.O. S. 17

⁵⁴³ H.-J. Pflug, a.a.O. S. 16

⁵⁴⁴ H.E. Brandner, Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze, in FS für Locher, 1990, S. 317 ff.

⁵⁴⁵ J. Schäfer, Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1992

⁵⁴⁶ B. Kreienbaum, Transparenz und AGB-Gesetz, Eine Untersuchung des Inhalts und der Schranken des Transparenzgebotes, 1998

⁵⁴⁷ J. Schäfer, Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 159

⁵⁴⁸ J. Schäfer, a.a.O. S. 103

verständlichen Klauseln. ... Wesentlich sind die Transparenzwirkungen, wenn es um inhaltlich ungewöhnliche Klauseln geht. Um diesen die Überraschungswirkung zu nehmen, ist der Verwender gehalten, den Kunden die Kenntnis von der Klausel in einer Weise zu verschaffen, dass dieser ihre inhaltliche Bedeutung und Tragweite zu erkennen vermag. Hieran wird insbesondere deutlich, dass Transparenzforderungen über formale Gestaltungsanforderungen hinausgehen.⁵⁴⁹ Auffällig ist, dass „das Transparenzgebot eine im Rahmen der Rechtsfortbildung entwickelte Ausformung des Transparenzgedankens ist, das als eigenständige Kategorie in den Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 als Generalklausel des AGBG einzugliedern ist.⁵⁵⁰ Kommentare zum AGB-Gesetz geben diesem Thema auch viel Raum, sie tendieren ebenfalls zur Befürwortung eines selbständigen Transparenzgebots.⁵⁵¹

2. Transparenzgebot als eigenständige Kategorie im deutschen AGBG und SMG

Obwohl im AGBG weder der Begriff der „Transparenz“ selbst noch seine Synonyme wie „Durchschaubarkeit, Klarheit, Verständigkeit“ genannt sind, wohnt dem AGBG unumstritten das Gesetzesziel inne, dass Bestimmungen in AGB „transparent“ sein sollen. Aus dem Wortlaut des AGBG geht dieses Ziel durchaus hervor. „§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG schreibt die Einbeziehungsvoraussetzungen von AGB vor, dass der Verwender bei Vertragsabschluß der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Diese ‚Kenntnisverschaffungspflicht‘ des Verwenders setzt namentlich voraus, dass die AGB und ihre einzelnen Bestimmungen in verständlicher und lesbarer Gestalt vorliegen.“⁵⁵² „§ 3 AGBG zielt mindestens auch auf formelle Transparenz; in vielen Punkten überschneiden sich Überraschungskontrolle und Transparenzgebot. Bei der Auslegung von mehrdeutigen AGB fordert § 5 AGBG ebenfalls Deutlichkeit. Das aus § 6 AGBG herleitbare, schon seit Jahren fast allgemein anerkannte und praktizierte Verbot der sog. geltungserhaltenden Reduktion einer unwirksamen AGB-Bestimmung bezweckt eine klare und vollständige Information des Vertragspartners über den Vertragsinhalt durch den vorformulierten Klauseltext und stellt ebenfalls eine Erscheinungsform des Transparenzgebots dar.“⁵⁵³ Aus den konkreten Verbotskatalogen ist das Transparenzgebot auch herauszulesen, z.B. §§ 10 Nr. 1 und 2 (Unbestimmtheit der Frist), 10 Nr. 3, 11 Nr. 13 a (ungenügende Konkretisierung) und 11 Nr. 10 b AGBG (Irreführungsgefahr durch unvollständige Angabe der Rechte des Vertragspartners im Gewährleistungsfall).

Nach der Kodifikation des Transparenzprinzips in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ist offensichtlich, dass dieses Transparenzprinzip ein tragendes Prinzip des AGB-Rechts darstellt. Der Anforderung der EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln in Bezug auf die Umsetzung des Transparenzgebotes (Art. 5 Satz 1) in den Mitgliedstaaten ist damit endlich Genüge getan. Dass das Transparenzgebot Maßstab der Inhaltskontrolle ist, entspricht der langjährigen ständigen Rechtsprechung.⁵⁵⁴ Danach kann eine unangemessene Benachteiligung auch dann vorliegen, wenn die Klausel „nicht klar und verständlich“ ist. „Abgestellt ist hierbei regelmäßig auf den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, der also nicht weiß,

⁵⁴⁹ B. Kreienbaum, Transparenz und AGB-Gesetz, S. 104 und 105

⁵⁵⁰ B. Kreienbaum, a.a.O. S. 259

⁵⁵¹ z.B. Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 3 Rdnr. 16 f.; Erman/Hefermehl § 3 Rdnr. 3

⁵⁵² H.E. Brandner, Transparenz, S. 317

⁵⁵³ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 Rdnr.14

⁵⁵⁴ BGHZ 104, 92; 106, 47, 264; 108, 57; 115, 185; NJW 00, 651; BVerwG NJW 98, 3708, BAG NJW 94, 213. (zitiert nach Palandt-Ergänzungsband-Heinrichs, § 307, Rdnr. 16)

welche Rechte ihm zustehen, so dass der Verwender gehalten ist, die Rechtsposition des Vertragspartners klar und verständlich zu regeln. Der rechtsunkundige Durchschnittskunde muss also in die Lage versetzt werden, die ihn benachteiligende Wirkung einer Klausel ohne Einholung von Rechtsrat zu erkennen. Anders gewendet: Der Verwender ist entsprechend den Geboten von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. ⁵⁵⁵

Das Transparenzgebot ist mit der Einbeziehungs- und der Inhaltskontrolle verschmolzen. Deswegen taucht das Problem auf, in welchem Verhältnis das Transparenzprinzip zu der Einbeziehungs- und der Inhaltskontrolle steht.

Zur Beantwortung dieser Frage haben die früheren Darlegungen ihre Gültigkeit noch nicht verloren. Wie *Köndgen* mit Recht behauptete, überlappen sich das Transparenzgebot als Verbot überraschender Klauseln und das Transparenzgebot als Kriterium unangemessener Benachteiligung des Kunden nur teilweise. § 305 c Abs. 1 BGB deckt offenbar keineswegs sämtliche Fälle von Klauseltransparenz. ⁵⁵⁶ Das bedeutet, obwohl viele Klauseln in der Praxis bereits die Hürde der Einbeziehungskontrolle nicht nehmen können, existieren noch solche, welche formal nicht überraschend aber inhaltlich intransparent sind. Auf diesem Grund werden die Vertragsparteien des Verwenders überfordert, diese Klauseln richtig zu verstehen. Was die Reihenfolge der Prüfung betrifft, werden die betreffenden Klauseln aus Effizienzgründen zuerst der Einbeziehungskontrolle unterzogen; danach besteht die Notwendigkeit, im Falle der Intransparenz diese Klauseln, obwohl sie nicht überraschend sind, weiterhin auf das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu überprüfen. Außerdem muss sich die Klauseltransparenz im unternehmerischen Verkehr ausschließlich an dem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB messen lassen, da § 305 Abs. 2 BGB nach § 310 Abs. 1 BGB hier nicht einschlägig ist.

Darüber hinaus ist zu fragen, in welchem Verhältnis das Transparenzgebot zu der Inhaltskontrolle steht. Offenbar steht die Inhaltskontrolle im AGB-Recht im Vordergrund. Die aufgrund unangemessener Benachteiligung erfolgte Inhaltskontrolle stellt die wichtigste Aufgabe bei der Bekämpfung von unfairen Klauseln dar. Das Transparenzprinzip stellt eine konkrete Kategorie der Kriterien dieser Inhaltskontrolle dar. Insofern ist das Transparenzprinzip Teil der Inhaltskontrolle.

Zu betonen ist, dass nicht jede intransparente Gestaltung von AGB zur Unwirksamkeit führt. Nur wenn die Intransparenz eine unangemessene Benachteiligung der Vertragsparteien verursacht, hält die betreffende Klausel nicht der Inhaltskontrolle stand. Dies folgt aus der Verwendung des Wortes „kann“ in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB bringt dies auch dadurch zum Ausdruck, dass nur eine kombinierte Anwendung des § 307 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB die Klausel unwirksam machen kann. Diese Bestimmung entspricht dem Art. 5 EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln. Art. 5 EU-RiLi gebietet auch nicht, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot unmittelbar die Unwirksamkeit der Klausel nach sich zieht. Deswegen ist nach Feststellung der Intransparenz einer Klausel noch zu fragen, ob die fehlende Klarheit und Verständlichkeit der Klausel weitgehend zu einer unangemessenen Benachteiligung der anderen Vertragsparteien führt.

⁵⁵⁵ Vgl. BGH, NJW 2001, 292 (296); BGH, NJW 2000, 651 (652); zitiert nach v. Westphalen, AGB-Recht ins BGB, NJW 2002, S. 16

⁵⁵⁶ Vgl. J. Köndgen, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, NJW, 1989, S. 945, ähnlich Meinung vgl. B. Kreienbaum, Transparenz und AGB-Gesetz, S. 71 ff.

Aber das Transparenzgebot will dem Verwender nicht grenzenlos zumuten, den Klauselinhalt klar und deutlich zu formulieren. In der Tat steht die transparente Gestaltung von AGB nur im Rahmen des Möglichen.⁵⁵⁷ D.h. das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, seine AGB so zu gestalten, dass ein sorgfältiger, juristisch nicht vorgebildeter Leser in der Lage ist, den Inhalt der Klausel zu erfassen.⁵⁵⁸ Aber der Verwender ist nicht verpflichtet, alle seine Klauseln ausführlich zu erklären⁵⁵⁹ oder seine Vertragsparteien über ihre sich aus dem Gesetz ergebenden Rechte zu belehren.⁵⁶⁰

Nicht zu übersehen ist, dass bei Auslegung von mehrdeutigen AGB (§ 305 c Abs. 2 BGB) das Transparenzprinzip ebenfalls Anwendung finden kann. Deswegen sind Verwender von AGB gezwungen, klare und verständliche AGB ohne Mehrdeutigkeiten aufzustellen.

3. Einführung des Transparenzgebotes in das chinesische Formularklausel-Recht

In der chinesischen Fachliteratur ist dem Transparenzgebot im chinesischen Formularklausel-Recht bis jetzt noch nicht hinreichende Aufmerksamkeit geschenkt worden, obwohl dieses Prinzip seit Jahren im chinesischen Gesellschafts- und Börsenrecht anerkannt ist. Die Hinweispflicht nach § 39 Abs. 1 CVG betrifft ausschließlich die haftungsausschließenden und die haftungsbeschränkenden Formularklauseln. Darüber hinaus muss der Verwender auf Wunsch der Vertragsparteien diese Klauseln erläutern. Dies ist dahingehend auszulegen, dass es den Vertragsparteien obliegt, den Verwender aufzufordern, über Inhalt und Rechtsfolge der betreffenden Klauseln aufzuklären. Demgegenüber verpflichtet sich der Verwender nur, auf die haftungsausschließenden und haftungsbeschränkenden Klauseln hinzuweisen. Diese Bestimmung hat den Nachteil, dass es bei Unterlassen der Obliegenheit, eine Klauselerläuterung einzufordern, dem Verwender freisteht, die Transparenzforderung einzuhalten. Deswegen ist diese Obliegenheit der Vertragsparteien mit dem Zweck der Inhaltskontrolle unvereinbar. Die Erfahrungen in Deutschland lehren auch, dass das Verschaffen der Kenntnisnahme von AGB dem Verwender als eine notwendige Pflicht aufgelegt werden muss.

Auch nach der Erfüllung der Hinweispflicht sind die Vertragsparteien wegen der Struktur oder des übermäßigen Umfangs der Formularklauseln oft noch nicht in der Lage, sich zu informieren, welche Inhalte und Rechtsfolgen die Formularklauseln enthalten. Die Voraussetzungen für eine Inhaltskenntnisnahme sind in der Regel kaum zu erfüllen. Darum muss ergänzt werden, dass die betroffenen Formularklauseln transparent sein müssen. Das bedeutet, bevor der Verwender auf die haftungsausschließenden und die haftungsbeschränkenden Klauseln hinweist, obliegt es ihm, den Klauseltext transparent abzufassen. Ohne diese Transparenzforderung zu erfüllen, würde die Hinweispflicht verwässert.

Außerdem kann die Gesetzeslücke bezüglich der Kontrolle überraschender Klauseln im CVG durch Einführung des Transparenzgebots in das chinesische Formularklausel-Recht gefüllt werden.

⁵⁵⁷ BGH NJW 98, 3114/16 (zitiert nach Palandt-Ergänzungsband-Heinrichs, § 307 BGB, Rdnr. 18)

⁵⁵⁸ BGHZ 106, 49; 116, 4

⁵⁵⁹ BGHZ 112, 119

⁵⁶⁰ BGH NJW 96, 2093

Kapitel 7: Verhältnis zwischen der Inhaltskontrolle von AGB und der Wettbewerbsbeschränkung durch Konditionenkartelle und –empfehlungen in Deutschland sowie seine rechtsvergleichende Bedeutung für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China

Zwischen Vertragsfreiheit und Wettbewerbsordnung besteht ein enger Zusammenhang. Die Inhaltskontrolle von standardisierten Vertragsklauseln kann einen Beitrag zur Förderung der materiellen Vertragsfreiheit leisten, welche den Wettbewerb im Markt beeinflussen kann. Durch den gemeinsamen Anknüpfungspunkt von Konditionenkartellen und Konditionenempfehlungen überlappen sich die beiden Rechtsinstitute, Inhaltskontrolle und Wettbewerb. Da sich die chinesischen Rechtswissenschaftler diese Beziehung noch nicht vor Augen geführt haben, lohnt es sich, das Verhältnis zwischen Inhaltskontrolle und Wettbewerbsbeschränkung aufgrund von Konditionenkartellen und -empfehlungen näher zu betrachten. Diese rechtsvergleichende Perspektive mag einen bescheidenen Beitrag zur Verbesserung der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China leisten.

I. Anknüpfungspunkt: Konditionenkartelle und -empfehlungen

Konditionenkartelle sind Kartelle i.S. des § 1 GWB, durch welche sich die beteiligten Unternehmen zur Anwendung einheitlicher Geschäftsbedingungen in ihren Verträgen mit der Marktgegenseite verpflichten. Ihre Freistellung findet sich heute in § 2 Abs. 2 GWB, der weitgehend mit § 2 Abs. 1 a.F. GWB übereinstimmt. Die Anzahl der Konditionenkartelle bewegt sich gegenwärtig um die 50⁵⁶¹. In der Diskussion um die 6. GWB-Novelle wurde darauf verwiesen, dass die Bedeutung der legalisierten Kartelle in den letzten Jahren stark zurückgegangen sei. Die Zahl neuer Anmeldungen sei rückläufig. Offensichtlich seien Konditionen auf dem Wege der Empfehlung (§ 38 Abs. 2. Nr. 3 GWB) angeglichen worden⁵⁶². Über die Zulassung von Konditionenkartellen gab es in Deutschland eine heftige Auseinandersetzung. *Emmerich* meinte⁵⁶³, dass die Zulassung von Konditionenkartellen ein großer Fehler sei, durch welchen die Nachteile von Geschäftsbedingungen noch potenziert würden. Aber die Zulassung der Konditionenkartelle könnte die Markttransparenz fördern und durch die Vereinheitlichung der Geschäftsbedingungen zu einer Konzentration des Wettbewerbs auf Preis und Qualität beitragen.⁵⁶⁴

Nach § 2 Abs. 2 GWB sind allgemeine Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti Gegenstand der Konditionenkartelle. Regelungen über Preise oder Preisbestandteile sind davon ausgeschlossen. Konditionenkartelle sind nach § 9 Abs. 3 GWB Widerspruchskartelle, das bedeutet, wenn nach Zugang der Anmeldung die Kartellbehörde nicht binnen einer Frist von drei Monaten den Konditionenkartellen widerspricht, so sind sie vom Kartellverbot freigestellt. Nach § 9 Abs. 3 S. 2 GWB sind Widerspruchsgründe in erster Linie das Fehlen der Freistellungsvoraussetzung des § 2 Abs. 2 GWB sowie das Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des § 12 Abs. 1 GWB.

Konditionenempfehlungen sind nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB Empfehlungen von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, die „lediglich“ die einheitliche Anwendung allgemeiner

⁵⁶¹ MK (Monopolkommission) 11. HauptGA (Gutachten), Tz. 954 (S. 401) (zitiert nach V. Emmerich, Kartellrecht S. 62)

⁵⁶² Immenga/Mestmäcker, § 2 GWB, Abs. 2, S. 221

⁵⁶³ V. Emmerich, Kartellrecht, S. 62

⁵⁶⁴ Vgl. F. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 8 Rdnr. 35 (S. 236)

Geschäftsbedingungen im Sinne des § 2 Abs. 2 GWB zum Gegenstand haben. Die Zulässigkeit solcher Empfehlungen nach § 22 Abs. 4 S. 3 GWB setzt voraus, dass sie bei der zuständigen Kartellbehörde unter Beifügung von Stellungnahmen der betroffenen Wirtschafts- und Berufsvereinigungen angemeldet werden. Nach der Anmeldung unterliegen sie gem. § 22 Abs. 6 GWB einer Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörden. Bereits damit wird deutlich, dass die interessierten Wirtschaftskreise zunehmend die Empfehlung gegenüber der förmlichen Kartellierung bevorzugen. Für diese Entwicklung ist das Inkrafttreten des AGBG mitverantwortlich. Die Unternehmen haben ihre Geschäftsbedingungen nicht individuell, sondern durch Einschaltung der Verbände an das neue Gesetz angepasst. Die Anzahl der Empfehlungen hat sich zuletzt auf 314 erhöht, von denen gegenwärtig 300 praktiziert werden.⁵⁶⁵

Konditionenkartelle und -empfehlungen kommen aufgrund der Verwendung von AGB zustande. Insofern stellen AGB einen wichtigen Anknüpfungspunkt zwischen Wettbewerbs- und Vertragsrecht dar. Bevor auf das Verhältnis zwischen der Inhaltskontrolle von AGB und der Wettbewerbsbeschränkung durch Konditionenkartelle und -empfehlungen eingegangen wird, soll zuerst ein Blick auf die allgemeine Beziehung zwischen Vertragsrecht und Wettbewerbsrecht geworfen werden.

II. Interdependenz und Ergänzung der Funktionen von Vertrag und Wettbewerb

Rechtsinstitute gelten als rechtlicher Reflex der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnungsprinzipien. Da die gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnung auf einem einheitlichen und systematischen Sachverhalt aufbaut, muss ein interdependentes Verhältnis zwischen den verschiedenen Rechtsinstituten existieren. Das bedeutet, Rechtsinstitute an sich hängen miteinander zusammen und es besteht keine absolute Abgrenzung voneinander. Deswegen ist die Rechtsordnung als Sinnzusammenhang zu betrachten. Die neoliberale Schule z.B. hat auf die vielfältige Verwobenheit der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnungsprinzipien unter dem Stichwort der Interdependenz der Ordnungen aufmerksam gemacht⁵⁶⁶.

Beim Versuch, Vertragsgerechtigkeit sicherzustellen, hat die Vertragstheorie bedauerlicherweise wiederholt außer Acht gelassen, dass Vertragsfunktion und Wettbewerb in einem strengen und untrennbaren Zusammenhang stehen.⁵⁶⁷ Insofern ist bei der Inhaltskontrolle die Komplementarität zwischen den beiden wichtigen Rechtsinstituten, Vertrag und Wettbewerb, zu berücksichtigen.

Verträge stellen in einer Marktwirtschaft das wichtigste Mittel zur effizienten Verteilung von Gütern, Dienstleistungen und Risiken im Markt dar. Wettbewerb bildet ebenso eine Säule der Marktwirtschaft. Die Bedingungen der Funktion von Vertrag und Wettbewerb sind voneinander abhängig. So versuchen in Deutschland Kartelle und Konzerne, anhand

⁵⁶⁵ Immenga/Mestmäcker, § 2 GWB Abs. 2, Rdnr. 10

⁵⁶⁶ Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 21 f.; Böhm, Ordo 1950; L. Raiser, Festschrift DJT I, S. 133; Mestmäcker, JZ 1964, 442 ff; ders. AcP, 168, 235 ff; Emmerich, öffentliche unternehmen, S. 67; zitiert nach M. Wolf, Entscheidungsfreiheit und Interessenausgleich, S. 92

⁵⁶⁷ W. Zöller meint, dass „die Beziehungen zwischen Vertragsfreiheit und Wettbewerb (...) zwar allenthalben im Schrifttum gesehen (...) aber noch nicht umfassend thematisiert und gründlich untersucht worden“ sind. Vgl. ders.: Privatautonomie und Arbeitsverhältnis. Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag, AcP 176 (1976), S. 221, 238 mit Fn. 45

einheitlicher Geschäftsbedingungen den Wettbewerb zu beschränken. Als Folge sind Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfunktion bedroht.

Zu den Funktionsbedingungen der Wettbewerbsordnung zählt der Vertrag als Koordinierungsinstrument.⁵⁶⁸ Unumgängliches Koordinierungsmittel einer Marktwirtschaft ist der frei gestaltete Vertrag.⁵⁶⁹ Um einen Markt zu beherrschen, machen Unternehmen Gebrauch von AGB. Mit der Verbreitung der AGB erreichen sie im Markt nach und nach Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil der Marktkonkurrenten. Wettbewerbsbeschränkungen engen die vertragliche Entscheidungsfreiheit ein, da Wettbewerb die schrankenlose Ausnutzung wirtschaftlicher Macht hemmt und die Möglichkeit eröffnet, dem Druck wirtschaftlicher Macht durch die Wahl anderer Marktpartner auszuweichen.

„Vertragsfreiheit setzt die Gewährleistung von Wettbewerb voraus, da sonst von einem freien Aushandeln des Vertragsinhaltes zwischen gleichermaßen zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung fähigen Kontrahenten nicht die Rede sein kann.“⁵⁷⁰ „Bedarf daher die Einräumung von Vertragsfreiheit der Gewährleistung von Wettbewerb, um die Möglichkeiten gering zu halten, über wirtschaftliche Macht Vertragsinhalte zu diktieren, so setzt umgekehrt Wettbewerb die freie Vertragsgestaltung voraus.“⁵⁷¹ Das heißt, „die vom Vertragsrecht vorgesehenen Sicherungen, die die Ausübung der Selbstbestimmung auf einen gerechten Interessenausgleich hin ermöglichen sollen, müssen sich mit der das Wirtschaftssystem beherrschenden Wettbewerbsordnung vereinbaren lassen, denn Wettbewerbs- und Vertragsordnung stehen in einem funktionalen Zusammenhang.“⁵⁷²

„Das Vertragsrecht kann Voraussetzungen für die Verwirklichung der Vertragsgerechtigkeit gerade für den Fall schaffen, dass der Wettbewerb versagt. (...) Ein solches partielles Versagen des Wettbewerbs zeigt sich vor allem bei der Gestaltung der vertraglichen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Verwendung von AGB. Hier kann es sein, dass die Unternehmen hinsichtlich ihrer Produkte miteinander in Wettbewerb stehen, gleichwohl aber ihren Kunden inhaltlich gleiche AGB anbieten. Wo die konkrete Wettbewerbslage die selbstbestimmte Wahrung der eigenen Interessen nicht zulässt, ist es Sache des Vertragsrechts (des AGB-Rechts), für die Ermöglichung eines gerechten Interessenausgleichs Sorge zu tragen.“⁵⁷³

„Aber es kann nicht gesagt werden, dass jede vom Prinzip der Vertragsfreiheit nicht getragene Vertragsgestaltung auf einer Störung der Wettbewerbsordnung beruht. Deshalb bringt auch die Herstellung der Wettbewerbsfreiheit keine absolute Garantie für die ordnungsgemäße Ausübung der Vertragsfreiheit. Die gilt insbesondere auch für die Verwirklichung der Vertragsgerechtigkeit.“⁵⁷⁴ In diesem Fall spielt das AGB-Recht eine entscheidende Rolle.

⁵⁶⁸ So Möschel, Oligopolmissbrauch, S. 12, 150; zitiert nach B. Schirmers, Konditionenempfehlungen, Kartellrechtliche Kontrolle und AGB-Gesetz, S. 45

⁵⁶⁹ Vgl. Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 275; zitiert nach B. Schirmers, a.a.O. S. 45

⁵⁷⁰ B. Schirmers, a.a.O. S. 45

⁵⁷¹ Böhm, Ordo 17 (1966), S. 275; Eucken, Wirtschaftspolitik, 1960, S. 275; Mestmäcker, AcP 168 (1968), S. 235; Möschel, JZ 1975, S. 394; Rittner, Wirtschaftsrecht, 1979, S. 281; Schmidt-Rimpler, HdSW Bd. 12, 1965, Art. Wirtschaftrecht, S. 709; Wolf, Entscheidungsfreiheit und Interessenausgleich, 1970, S. 92; zitiert nach B. Schirmers, a.a.O. S. 45

⁵⁷² M. Wolf, Entscheidungsfreiheit und Interessenausgleich, S. 91 und 92

⁵⁷³ Vgl. M. Wolf, a.a.O. S. 92

⁵⁷⁴ M. Wolf, a.a.O. S. 93

III. Zweck des AGB-Rechts und des GWB in Deutschland

Während das AGB-Recht nach der amtlichen Begründung den Schutz von Marktteilnehmern vor unangemessenen vertraglichen Konditionen durch Verwendung von AGB bezweckt,⁵⁷⁵ legt das GWB das Gewicht darauf, dass die Wettbewerbsordnung gewährleistet wird, was in erster Linie die Steuerungs- oder Ordnungsfunktion sowie die Verteilungs- und die Antriebs- oder Leistungsfunktion beinhaltet.⁵⁷⁶ Obwohl Verbraucherschutz im Originalkonzept des AGB-Rechts nicht zu dessen Aufgaben gehörte, hat dieser inzwischen von der Inhaltskontrolle profitiert. Insbesondere nach Umsetzung der einschlägigen EU-RiLi ins AGB-Recht wird diese Tendenz mit dem Inkrafttreten des SMG verstärkt. Dementsprechend erzielt das GWB auch eine mittelbare Erhöhung des Verbraucherschutzes. In diesem Punkt überschneiden sich das AGB-Recht und das GWB.

Die Interdependenz der Funktionen des Vertragsrechts und des Wettbewerbsrechts spiegelt sich auch in der Inhaltskontrolle von AGB wider. Bei der Missbrauchsaufsicht von Konditionenkartellen und –empfehlungen sind die Inhaltskontrollkriterien des AGB-Rechts heranzuziehen.

IV. Zuhilfenahme der Inhaltskontrollmaßstäbe des AGB-Rechts bei der Missbrauchsaufsicht von Konditionenkartellen und –empfehlungen

Bevor auf die Übertragung der Inhaltskontrollmaßstäbe des AGB-Rechts auf die Missbrauchsaufsicht von Konditionenkartellen und –empfehlungen eingegangen wird, ist zwischen dem Begriff der „AGB“ und dem der „Konditionen“ zu unterscheiden.

Nach § 2 Abs. 2 GWB bedeuten Konditionen Vereinbarungen und Beschlüsse, die die einheitliche Anwendung allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti zum Gegenstand haben. Eine gesetzliche Definition von AGB findet sich in § 305 Abs. 1 BGB. Lieferungs- und Zahlungsbedingungen nach § 2 Abs. 2 GWB sind auch AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB zuzurechnen.⁵⁷⁷

AGB im Sinne des AGB-Rechts sind inhaltlich sehr umfassend. Obwohl deklaratorische Klauseln sowie Preisbestimmungs- und Leistungsbeschreibungsklauseln grundsätzlich von der Inhaltskontrolle freigestellt werden,⁵⁷⁸ sind sie vom Begriff der AGB umfasst. Demgegenüber können sich Konditionenkartelle lediglich auf Inhalte erstrecken, die außerhalb der Hauptleistung liegen. Außerdem dürfen nur Vertragsbestimmungen im Sinne des § 2 Abs. 2 GWB kartelliert werden, d.h. solche, die das Rechtsverhältnis mit Dritten gestalten, also etwa mit Lieferanten oder Abnehmern. Daher ist auch für das GWB von der Legaldefinition in § 305 Abs. 1 BGB auszugehen, jedoch ist jedes Auslegungsergebnis an der

⁵⁷⁵ „bei der Anwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr dem Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen Geltung zu verschaffen, das nach den Grundvorstellung des Bürgerlichen Gesetzbuch die Vertragsfreiheit legitimiert; denn deren Funktion besteht darin, durch freies Aushandeln von Verträgen zwischen freien und zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung fähigen Partnern Vertragsgerechtigkeit zu schaffen. Der Gesetzgeber beabsichtigt demzufolge nichts anderes, als die durch eine ungehemmte Entwicklung im Bereich der AGB gestörte Funktion des privaten Vertragsrechts wiederherzustellen.“ BT-Drucks. 7/3919, S. 13, S. 15

⁵⁷⁶ V. Emmerich, Kartellrecht, S. 2

⁵⁷⁷ Immenga/Mestmäcker, § 2 GWB Abs. 2 Rdnr. 22

⁵⁷⁸ S. Kapitel 5 II. 1. und 2.

Zielsetzung des GWB zu messen⁵⁷⁹, weil beide Gesetze unterschiedliche Kernfunktionen haben.

Die Inhaltskontrollmaßstäbe im AGB-Recht sind das Gebot von Treu und Glauben (§ 307 Abs. 1 BGB) und die diesem Gebot entsprechenden konkreten Verbotskataloge (§§ 308, 309 BGB). Nicht zu vergessen ist die betreffende Rechtsprechung, die nach wie vor als Fallrecht eine wichtige Rolle spielt. Durch die Aufstellung der klaren Verbote von einseitiger Interessenverfolgung, vor allem durch Abweichung vom dispositiven Recht, wird das Prinzip der Vertragsfreiheit wiederhergestellt und gewährleistet. §§ 2 Abs. 2, 22 Abs. 3 S. 2 GWB erlauben wettbewerbsbeschränkende Konditionenkartelle und –empfehlungen vor allem deshalb, weil sie einen Beitrag zur Förderung von Markttransparenz und Preiswettbewerb leisten können. In § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist das Transparenzgebot kodifiziert. Dieses stellt ebenfalls eine gemeinsame Anforderung an AGB und das GWB dar. Bei diesem Anknüpfungspunkt bedient sich das GWB der Inhaltskontrollmaßstäbe zur Missbrauchsaufsicht. Außerdem würde die Kontrolle durch die Kartellbehörde nicht ausreichen, gerechte Bedingungen in Konditionenkartellen und -empfehlungen zu gewährleisten, wenn sie nur von der Wettbewerbsperspektive ausginge.

Bei der Missbrauchsaufsicht hat die Kartellbehörde zunächst darauf zu achten, dass die Konditionenkartelle und –empfehlungen nicht zum Zweck einseitiger Interessenverfolgung zulasten der Vertragspartner verwendet werden. Dabei ist die Prüfung an den Bestimmungen des dispositiven Rechts im AGB-Recht zu messen.

Daher vermag sich die Kartellbehörde bei der Prüfung vorgelegter Konditionenkartelle und –empfehlungen jedenfalls auf die Grundsätze der §§ 307 ff. BGB zu stützen. Die Verbotskataloge als Konkretisierung der Generalklauseln sind ebenfalls anwendbar, was insbesondere zur Präzisierung und Erleichterung bei der Missbrauchsaufsicht führen kann.

Zu beachten bleibt, dass die kartellrechtliche Aufsicht über die Frage der Angemessenheit der Konditionen hinaus zu prüfen hat, ob die einheitlichen Konditionen den Preiswettbewerb fördern und nicht wesentlich über das Niveau hinausgehen, das individuell erreichbar wäre. Hierin liegen Verschärfungen gegenüber der allgemeinen zivilrechtlichen Inhaltskontrolle von AGB.⁵⁸⁰

V. Monopol und Wettbewerb in China

Wettbewerb als die stärkste Antriebskraft war in den sozialistischen Ländern und somit auch in China lange Zeit ignoriert worden. Schon der Begriff „Wettbewerb“ nahm in der ideologischen Auseinandersetzung zwischen den „sozialistischen“ und den „kapitalistischen“ Ländern eine politische Färbung an. Er galt als ein Element der Marktwirtschaft, und nach Ansicht der als Begründer der Theorie des wissenschaftlichen Sozialismus angesehenen Klassiker *Marx* und *Engels* war die sozialistische Wirtschaftsstruktur nicht die der Marktwirtschaft; es durfte in ihr auch überhaupt kein Wettbewerb bestehen.⁵⁸¹ Aber seit dem Aufbau der „sozialistischen Marktwirtschaft“ in China hat sich diese Auffassung

⁵⁷⁹ Immenga/Mestmäcker, § 2 GWB Abs. 2, Rdnr. 23

⁵⁸⁰ Immenga/Mestmäcker, § 2 GWB Abs. 2, Rdnr. 12

⁵⁸¹ Nach Xiaoye Wang, Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft, S. 8

tiefgreifend verändert.⁵⁸² Wettbewerb, Vertragsfreiheit und Eigentumsordnung gelten nun als von entscheidender Bedeutung für eine Marktwirtschaft, gleichgültig ob sie sozialistisch, sozial oder liberal struktuiert ist.

Zu beachten ist, dass in China Staatsunternehmen nach wie vor eine Monopolstellung im Bereich der Infrastruktur haben, obwohl private, kollektive und staatliche Unternehmen gegenwärtig als die drei Säulen der chinesischen Wirtschaft angesehen werden. Private Unternehmen werden im Gegensatz zu staatlichen immer noch benachteiligt und sind noch nicht in der Lage, die Monopolstellung der Staatsunternehmen zu durchbrechen. Auch die lokalen Regierungen üben oft einen negativen Einfluss auf die provinzübergreifende Wettbewerbsordnung aus. Dies spiegelt sich darin wider, dass auf lokalen Märkten von partikulären Interessen getragene regionale Boykotte oder Zugangsverbote sowie Diskriminierungen gegen nicht einheimische Marktbeteiligte häufig vorkommen. Wettbewerbsbeschränkungen in verschiedenen Formen setzen die chinesische wirtschaftliche Entwicklung nachhaltig unter Druck. Leider ist bis jetzt neben zwei Verordnungen zur Marktwirtschaftsordnung⁵⁸³ und dem CUWG noch kein systematisches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung ausgearbeitet worden.

Konditionenkartelle und –empfehlungen tauchen gegenwärtig auch in China auf. Historisch gesehen, spielten die eigentlichen Konditionenkartelle in Gestalt von einheitlichen Geschäftsbedingungen der Staatsunternehmen, welche gegenüber anderen Marktbeteiligten im Verkehr verwendet wurden, in China eine wichtige Rolle. Die sich allmählich entwickelnde Privatisierung bringt nun den Zusammenbruch der staatlichen Konditionenkartelle mit sich. An ihre Stelle treten die Konditionenempfehlungen, die von Branchenverbänden abgefasst sind. Diese Verbände stellen Empfehlungsformularklauseln für Unternehmen auf. Wenn Unternehmer andere Formularklauseln verwenden, so sind sie der Prüfung durch diese Verbände zu unterziehen. Im Gegensatz zu Deutschland fehlt in China noch eine zentrale Kartellbehörde, welche sich insbesondere dem Kampf gegen Wettbewerbsbeschränkungen widmet, obwohl schon 1993 das „Büro für faire Geschäfte“ (*Gongping jiaoyi ju*) unter Leitung des „Staatlichen Industrie- und Handelsverwaltungsamtes“ geschaffen wurde.

In Zusammenhang mit der präventiven Inhaltskontrolle von Formularklauseln sollte m.E. eine Aufsichtskontrolle für Konditionenkartelle und –empfehlungen eingeführt werden. Diese Aufgabe sollte dann zum Befugnisbereich des zentralen Industrie- und Handelsverwaltungsamtes gehören.⁵⁸⁴

VI. Zwischenergebnis

Das GWB und das AGB-Recht in Deutschland bezwecken gleichermaßen, die einander bedingenden Funktionsvoraussetzungen von Vertrag und Wettbewerb zu gewährleisten.

⁵⁸² S. Vorläufige Regeln gegen Monopol und unlauteren Wettbewerb (Dritter Diskussionsentwurf vom 5. 7. 1988), in: Jianying Cheng, Marktbeherrschende Staatsunternehmen in der Volksrepublik China, (Anhang), S. 135 ff.; auch CUWG vom 1993

⁵⁸³ Verordnung über das Regionalboykottverbot im Marktverkehr, erlassen vom Staatsrat am 21. 04. 2001; Beschluss über Modifikation und Regelung der marktwirtschaftlichen Ordnung, gefasst vom Staatsrat am 08. 05. 2001

⁵⁸⁴ Vor 10 Jahren wurde dieser Vorschlag hinsichtlich der Funktionen des Staatlichen Industrie- und Handelsverwaltungsamtes aufgrund eines Rechtsvergleiches zwischen Deutschland und China bereits gemacht, vgl. Jianying Cheng, Marktbeherrschende Staatsunternehmen in der Volksrepublik China, S. 129 ff.

Aufgrund der gegenseitigen Funktionsinterdependenz bedient sich die Missbrauchsaufsicht für Konditionenkartelle und –empfehlungen auch der Inhaltskontrollmaßstäbe des AGB-Rechts. In diesem Sinne spielt die Inhaltskontrolle nicht nur im Bereich des Vertragsrechts, sondern auch der Wettbewerbsordnung, eine wichtige Rolle. Aufgrund der deutschen Erfahrungen sollte eine Aufsichtskontrolle für Konditionenkartelle und –empfehlungen in China eingeführt werden, die vorzugsweise im Befugnisbereich des „Staatlichen Industrie- und Handelsverwaltungsamtes“ liegen sollte.

Kapitel 8: Auslegung von AGB in Deutschland und von Formarklauseln in China

I. Allgemeine hermeneutische Lehre in Deutschland

„Gegenstand der Hermeneutik ist die Interpretation von Text, von sprachlich fixierten Geisteswerken.“⁵⁸⁵ Zum Verständnis eines Textes ist die Auslegung aller geisteswissenschaftlichen Bereiche unentbehrlich. Es kann daher eine „Allgemeine Auslegungslehre als Methode der Geisteswissenschaften“ formuliert werden.⁵⁸⁶ *Gadamer*⁵⁸⁷ hat versucht, eine allgemeine Grundlage für das Verstehen geisteswissenschaftlicher Werke zu schaffen.

„Wo immer wir wahrnehmbare Formen antreffen, durch die ein in ihnen objektivierter fremder Geist zu uns spricht, indem er sich an unseren Verstand wendet, dort beginnt unsere Auslegungstätigkeit, die den Zweck hat, zu verstehen, was für einen Sinn diese Formen haben, welche Botschaft sie uns vermitteln, was sie uns sagen wollen.“⁵⁸⁸ Deswegen ist das Ziel jeder Interpretation das Verstehen des Textes, das Erfassen seiner geistigen Bedeutung, seines Sinnes.⁵⁸⁹ In der Hermeneutik haben sich traditionell folgende Gesichtspunkte⁵⁹⁰ herausgebildet, namentlich der der Objektivität (der Autonomie), der Einheit, der genetischen Auslegung, der Auslegung aus der Sachbedeutung und der des Vergleichs.

„Seit Jahren bemüht man sich um die Einordnung der juristischen Auslegung in die allgemeine Lehre des Verstehens, die Hermeneutik, während die Hermeneutik andererseits gerade die juristische Auslegung als Paradigma der Verstehenslehre benutzt, so dass sich zwischen der Literatur der allgemeinen Hermeneutik und der Literatur zur juristischen Auslegung ein bemerkenswerter Zirkel ergibt.“⁵⁹¹ „Zwischen den Gesichtspunkten der allgemeinen Hermeneutik und den Gesichtspunkten, die unmethodisch, unsystematisch, empirisch oder aus einer bestimmten philosophischen Entwicklung in der Jurisprudenz aufgetaucht sind, ergibt sich eine Übereinstimmung.“⁵⁹²

II. Aufspaltung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsgeschäftsauslegung in Deutschland; Auslegungsmethoden in China

Anders als bei anderen Zivilgesetzbüchern⁵⁹³ fehlt es dem BGB an einer gesetzlichen Bestimmung über die Gesetzesauslegung. *Savigny* hatte für die normative Auslegung des Gesetzes einen Kanon von vier Elementen der Auslegung formuliert, das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element,⁵⁹⁴ welcher trotz aller gegen ihn

⁵⁸⁵ H. Coing, *Auslegungsmethoden*, S. 13

⁵⁸⁶ MüKo-Mayer-Maly, § 133 BGB, Rdnr. 3

⁵⁸⁷ Vgl. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960

⁵⁸⁸ E. Betti, *Allgemeine Auslegungslehre als Methode der Geisteswissenschaften*, S. 42 und 43

⁵⁸⁹ H. Coing, *Auslegungsmethoden*, S. 13

⁵⁹⁰ H. Coing, a.a.O. S. 13 ff.

⁵⁹¹ W. Flume, *AT/II*, S. 291

⁵⁹² H. Coing, *Auslegungsmethoden*, S. 18

⁵⁹³ Z.B. Italien. art. 12. disp. prel. und artl. 1362-1371 Codice civile, Spanien Artl. 3.4 und artl. 1281 bis 1289 Código civil; Portugal artl. 9, 10 und artl. 236 bis 139 Código civil; Österreich §§ 6 bis 8 und §§ 914, 915 ABGB; Schweiz Art. 1 ZGB und Art. 18 OR; zitiert nach F.-R. Grabau, *Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation*, S. 20

⁵⁹⁴ Das grammatische Element besteht nach Savigny „in der Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze“. Von dem logischen Element sagt Savigny, es gehe „auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile desselben zueinander stehen“ zurück. Unter dem

vorgebrachten Einwände auch heute noch seine Gültigkeit hat, wenn man ihn nur recht versteht.⁵⁹⁵ Anschließend an die Methoden *Savignys* haben Rechtsprechung und Rechtstheorie noch andere Methoden wie z.B. die soziologische Methode, entwickelt. In der Praxis ergänzen sich diese Auslegungsmethoden, um Gesetzesbestimmungen präzise begreifen zu können.

Demgegenüber schreiben §§ 133 und 157 BGB, welche sich als „allgemeine gesetzliche Auslegungsregeln“ bezeichnen, die Methoden der Auslegung von „Willenserklärung“ und „Vertrag“ ausdrücklich vor. *Larenz* meint dazu: „Über die Methode der Auslegung entscheidet nicht die Theorie allein, sondern diese ist durch die positiven Gesetzesbestimmungen der §§ 133 und 157 BGB vorgezeichnet.“⁵⁹⁶ Ein Rechtsgeschäft besteht aus zwei Tatbestandselementen: dem subjektiven Willen und den objektiven Erklärungen. Bei der Rechtsgeschäftsauslegung ist zu unterscheiden zwischen der subjektiven psychologischen und der objektiven Auslegung, welche sich jeweilig überwiegend auf die erstere oder auf die letztere konzentriert.

Zeller vertritt in seiner Schrift über die Auslegung von Gesetz und Vertrag die Ansicht, dass, abgesehen von einem allerdings wichtigen Punkt, die Auslegung in beiden Fällen den gleichen Grundsätzen folge.⁵⁹⁷ *Mayer-Maly* meint: „Es kann somit festgehalten werden, dass sich in der neueren Rechtsentwicklung Tendenzen zeigen, den Gegensatz zwischen der Gesetzesinterpretation und der Auslegung von Rechtsgeschäften zumindest für neuartige Regelungsinstrumente zu relativieren, z.B. kollektive Verträge, auch an seiner Position zwischen Gesetzes- und Vertragsinterpretation erweist sich die Doppelgesichtigkeit des Kollektiv- (Tarifvertrages): er ist eben Vertrag und generelle Norm zugleich, die sowohl etwas vom Vertrag wie auch etwas von der objektiven Norm haben.“⁵⁹⁸ Das Verhältnis zwischen der Gesetzesinterpretation und der Auslegung von Rechtsgeschäften unterliegt dem Wandel und damit auch der rechtspolitischen Entscheidung. Zwischen den beiden Bereichen der juristischen Hermeneutik soll aber kein unüberwindlicher Gegensatz bestehen.⁵⁹⁹

Trotzdem ist zwischen der Gesetzesinterpretation und der Auslegung von Rechtsgeschäften zu unterscheiden:

„Bei einem Gesetz ist es selbstverständlich, dass der Inhalt seiner Geltung nicht nach dem jeweiligen tatsächlichen Verständnis der von ihm Betroffenen, d.h. derjenigen, für welche es gilt, bestimmt werden kann, sondern das Gesetz ist normativ auszulegen.“⁶⁰⁰ Demgegenüber ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Und Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern (§ 157 BGB). Obwohl es sich bei den Auslegungsarten nach §§ 133 und 157 BGB um das rechtlich

historischen Element versteht Savigny die hinsichtlich der konkreten Materie, die durch das Gesetz geregelt wird, besteht. Das systematische Element bezieht sich dagegen nach Savigny „auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“. In ders: System, I. S. 206 ff.; zitiert nach W. Flume, AT/II, S. 293

⁵⁹⁵ W. Flume, AT/II, S. 293 und 294

⁵⁹⁶ K. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäftes, 1930

⁵⁹⁷ Vgl. *Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag, 1989, S. 427 ff.; zitiert nach K. Larenz, Methodenlehre, S. 346

⁵⁹⁸ T. Mayer-Maly: Bemerkungen zum Verhältnis zwischen der Gesetzesinterpretation und der Auslegung von Rechtsgeschäften, in: FS für Weinberg, S. 586

⁵⁹⁹ T. Mayer-Maly, a.a.O. S. 588

⁶⁰⁰ W. Flume, AT/II, S. 293

maßgebliche Verständnis von sprachlichen Äußerungen handelt, folgt die jeweilige Auslegung ihren besonderen Aufgaben und den Belangen der betroffenen Personen.⁶⁰¹

Gesetzesinterpretation ist, unabhängig vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers, objektiv, obwohl die originalen gesetzgeberischen Motive eine Rolle spielen können. Rechtsgeschäftsauslegung bewegt sich zwischen der subjektiven und der objektiven Methode.

Was das Element von Zeit bei der Auslegung angeht, so nimmt die Rechtsgeschäftsauslegung, abgesehen von der Lehre des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“, grundsätzlich die Tatsachen der Vergangenheit zur Grundlage, während die Gesetzesinterpretation aus einer gegenwärtigen Perspektive Einheit und Gleichheit erzielt.

Gesetzesinterpretation geht in China auf die Legalisten (700 – 400 v.Chr.) zurück. In der Westlichen *Jin* Dynastie (265 - 316 n.Chr.) hatten sich einige berühmte Kommentatoren wie *Duyu* und *Zhangpei* aufgrund ihrer hervorragenden Gesetzesauslegungstechnik einen großen Namen gemacht. Vertragsauslegungsmethoden entwickelten sich auch in der chinesischen Rechtsgeschichte. Im Gegensatz zu der europäischen Rechtskultur legten die chinesischen Vertragsauslegungsmethoden das Gewicht nicht auf das Rechtsverhältnis an sich, sondern überwiegend auf die einschlägige *Yi* (Moral oder Ethik).⁶⁰² Insofern spielte Gesetzesinterpretation in der chinesischen Rechtsgeschichte eine überragende Rolle. Zur Verdeutlichung ein Beispiel⁶⁰³:

In der *T'sing* Dynastie (1644 – 1911 n.Chr.) gab es, abgesehen von den verschiedenen Auflagen, mehr als 130 private Kommentare zum „Gesetz der großen *T'sing* Dynastie“ (*Daqing lüli*). Diese Kommentare zeichneten sich dadurch aus, dass sie damals in fast jeder Provinz erschienen und unterschiedliche Formate hatten. Bei den Auslegungsmethoden wurde zwischen der normativen, der vergleichenden, der beschränkenden, der ausdehnenden Auslegung, der Analogie (*Bifu yuanyin*) und der Analyse anhand von Rechtsprechung unterschieden.

Bemerkenswert ist, dass die Gesetzesinterpretationsmethoden fast keinen Einfluss auf die Vertragsauslegung ausübten, da Gesetz in der traditionellen Rechtskultur Chinas vorwiegend Strafgesetz bedeutete. Rechtsgeschäfte im deutschen Rechtssinne finden sich in der chinesischen traditionellen Rechtskultur fast nur in den Bereichen von Grundstückskauf und Darlehen (*Tianzhai jiedai*). Deswegen haben sich moderne Vertragsauslegungsmethoden in China kaum entwickelt.

III. Auslegung von AGB und Formularklauseln

1. Vorrang der Individualabrede

Ob der Inhalt von AGB in Widerspruch zu einer Individualabrede nach § 305 b BGB steht und die AGB dieser damit nachrangig sind, ist nach vorheriger Auslegung der AGB und – bei verbleibenden Zweifeln – durch Anwendung der Unklarheitenregel⁶⁰⁴ zu klären.⁶⁰⁵ Diese

⁶⁰¹ Vgl. K. Larenz, Methodenlehre, S. 347

⁶⁰² Ein ausgezeichnete Nachweis über die Rolle von YI in der chinesischen Gesetzes- und Vertragsauslegung vgl. Zhiping Liang, Auseinandersetzung mit YI und LI, in ders.: Suche nach einer Harmonie, S. 157 ff.

⁶⁰³ Vgl. Min He: Private Gesetzesinterpretation und ihre Methode in der *T'sing* Dynastie (*Qingdai sijia silü jiqi fangfa*), in: Faxue yanjiu, 1992, Bd. 2

⁶⁰⁴ S. später Punkt 7

Auslegungsregel verdeutlicht die gesetzliche Stellungnahme zum Charakter von AGB, welche durch globale Einbeziehung Vertragsbestandteil geworden sind, nämlich dass sie nur insoweit Geltung beanspruchen, als die Parteien keine individuellen Sonderregelungen für den konkreten Fall getroffen haben. Die speziellere Vereinbarung setzt sich also gegenüber der generellen durch.⁶⁰⁶ In der Tat kann diese Regel im weiteren Sinne als eine Variante der Unklarheitenregel angesehen werden.

Nach § 42 Satz 3 CVG gelten die Nichtformularklauseln, wenn Formularklauseln mit diesen in Widerspruch stehen. Mit Nichtformularklauseln ist hier die Individualabrede gemeint. Aus diesem Grund ist diese Auslegungsmethode sowohl in Deutschland als auch in China gesetzlich anerkannt. Dies stimmt auch mit dem Wesen des Vertragsrechts insofern überein, als Privatautonomie und Selbstbestimmung eine vorrangige Stellung gegenüber den nicht ausgehandelten standardisierten Klauseln und den gesetzlichen dispositiven Bestimmungen haben sollen.

2. Objektivierte Auslegung als grundlegende Auslegungsmethode von AGB und Formularklauseln

Wie bereits dargelegt, erlangen AGB ihre Geltung durch einseitiges Stellen, obwohl sich ihre Geltung nur durch das Einverständnis der anderen Vertragspartei entfalten kann. Bei der Rechtsgeschäftsauslegung nach § 133 BGB ist in erster Linie der eigentliche Wille des Erklärenden zu ermitteln und ggf. auch die Verkehrssitte zu berücksichtigen wie das Gebot von Treu Glauben es fordert (§ 157 BGB). Es liegt auf der Hand, dass auch mit Berücksichtigung des Empfängershorizonts die Rechtsgeschäftsauslegung zunächst konkret und überwiegend subjektiv ist. Aber bei der Auslegung von AGB ergibt sich gegenüber der gewöhnlichen Vertragsauslegung eine Besonderheit aus dem Umstand, dass sie ihrer Natur nach nicht auf das einmalige konkrete Rechtsverhältnis mit einer einzelnen Partei zugeschnitten sind, sondern auf die generelle objektivierte Regelung einer Vielzahl von Verhältnissen.

Die Funktionsweise von AGB wirkt sich folgerichtig auch auf ihre Auslegung aus. Die näheren Umstände, unter denen der Einzelvertrag zustande gekommen ist, die Stimmungen und Meinungen der Vertragsparteien, sind für die Auslegung von AGB belanglos.⁶⁰⁷ „Die objektive Auslegung von AGB entspricht seit Jahrzehnten ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (in Deutschland – Anm. Verfasser), wenn diese in ihrer Einzelausgestaltung auch eine Reihe von Schwankungen aufwies. In ihrem heutigen Gehalt lässt sich die Auslegungsmethode dahin umschreiben, die Auslegung habe sich zu richten nach dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise.“⁶⁰⁸ „Diese Auslegungsweise zeigt so eine unleugbare Verwandtschaft mit der Technik der Gesetzesauslegung, dass man darum mehrfach von einer gesetzeseähnlichen Auslegung der AGB gesprochen hat.“⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Vgl. H. Roth, Funktion und Anwendungsbereich, WM 1991, S. 2087

⁶⁰⁶ Vgl. L. Raiser, AGB, S. 231; MüKo-Kötz, § 5 AGBG, Rdnr.1; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 4 AGBG, Rdnr. 7

⁶⁰⁷ L. Raiser, AGB-Recht, S. 252

⁶⁰⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5 Rndr. 14

⁶⁰⁹ L. Raiser, AGB-Recht, S. 253

Aus dem gleichen Grund sind Formulklauseln in China ebenfalls abstrakt und objektiviert auszulegen.⁶¹⁰ Wichtiger ist noch, dass diese objektiviert Auslegung von Formulklauseln bereits kodifiziert ist. Nach § 41 Satz 1 CVG ist bei Streitigkeiten über die Auslegung von Formulklauseln der allgemein übliche Sinn zu ermitteln. Hier bedeutet der „allgemein übliche Sinn“, dass unabhängig von dem Willen und den Vorstellungen der konkreten Vertragsschließenden es auf objektiviert, generalisierte Kriterien ankommt. Insofern stimmt die Auslegungsmethode von Formulklauseln mit der von AGB überein.

3. Gesetzeskonforme Auslegung

Das Gebot der gesetzeskonformen Interpretation scheint auf den ersten Blick bei der Auslegung von Rechtsgeschäften eine Selbstverständlichkeit zu sein, Willenserklärungen bzw. Verträge unterliegen der Auslegung, damit sie mit zwingendem Recht nicht in Kollision geraten.⁶¹¹ Bei der Inhaltskontrolle geht es, wie am Anfang dieser Arbeit dargelegt, über die Übereinstimmung mit *ius cogens* hinaus auch darum, AGB weitergehend auf die dem einschlägigen dispositiven Recht immanenten Werte hin zu überprüfen. AGB, welche gegen zwingendes Recht verstoßen, sind von vornherein unwirksam. Die diesbezügliche Prüfung gehört zur Vorstufe der Inhaltskontrolle. Deswegen hat das Gebot der gesetzeskonformen Auslegung bei der Auslegung von AGB einen weitergehenden Sinn als bei der gesetzeskonformen Auslegung von Individualverträgen. Gesetz bedeutet hier dispositives, aber nicht zwingendes Recht.

Aus dieser Besonderheit der gesetzeskonformen Auslegung von AGB ist abzuleiten, dass dispositives Recht bei der Auslegung von AGB eine entscheidende Rolle spielt. Dies gilt nicht nur für die typischen gesetzlichen Verträge, sondern auch für die gemischten und kombinierten, soweit sie sich im wesentlichen aus den typischen Verträgen durch Kombination oder Vermischung ergeben können. Für diese Funktion des dispositiven Rechts ist darüber hinaus auf Kapitel 6 V. 3. b. zu verweisen.

Da in China gegenwärtig die Inhaltskontrolle im engeren Sinne und die Prüfung nach zwingendem Recht in Bezug auf Formulklauseln nicht klar getrennt werden, hat die „gesetzeskonforme Auslegung“ von Formulklauseln zwei Bedeutungen; d.h. „Gesetz“ bedeutet hier sowohl das dispositive wie auch das zwingende Recht. Aufgrund der deutschen Erfahrungen empfiehlt es sich, zwischen der Auslegung nach zwingendem Recht und der nach dispositivem Recht zu unterscheiden. Bei gesetzeskonformer Auslegung von Formulklauseln sollte dem dispositiven Recht grundlegende Bedeutung zugewiesen werden.

4. Richtlinienkonforme Auslegung als ausschließliche Auslegungsmethode von AGB in Deutschland

„Als Rechtssetzungsinstrument der EU im Privatrecht gilt in weitem Umfang die Richtlinie. Sie gibt den Mitgliedsstaaten zwar nach Art. 249 Abs. 3 EGV das inhaltliche Regelungsziel vor, überlässt ihnen aber die Wahl geeigneter Formen und Mittel. Rechtstechnisch entspricht dem eine Duplizität des Rechtssetzungsvorgangs. Zur Umsetzung bedarf es typischerweise noch eines nationalen Rechtsaktes, durch den sich der Mitgliedstaat im Rahmen der

⁶¹⁰ Vgl. Chuntang Liu, Auslegung allgemeiner Vertragsklauseln, in: Faxue congkan Bd. 19, zitiert nach Liming Wang/Jianyuan Cui, AT des Vertragsrechts, S. 499; Jun Du, On Standard Form Contract, S. 279 ff; Liming Wang, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 397 f.

⁶¹¹ Vgl. J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, S. 31

Zielvorgaben der Richtlinie für eine bestimmte Form und ein bestimmtes Mittel entscheidet.“⁶¹²

Unter dem mehrfachen Einfluss von EG-(EU-)Richtlinien, bei denen es um Inhaltskontrolle sowie ihre Prozessform ging, z.B. Richtlinien über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Richtlinie 93/13/EWG) usw., ist das AGBG mehrmaligen Novellierungen unterzogen worden. Nach Ziel und Wirkungsweise von EU-Richtlinien müssen die Maßstäbe bei der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland nach richtlinienkonformen Kriterien ausgelegt werden. Richtlinienkonforme Auslegung bedeutet, dass nationale Rechtsvorschriften, in welche die Richtlinien-Vorgaben umgesetzt worden sind, im Lichte des Wortlautes und Zwecks der Richtlinien ausgelegt werden müssen.⁶¹³

Nach der Umsetzung der einschlägigen EU-RiLi entspricht das AGB-Recht in Deutschland bereits dem Mindeststandard hinsichtlich des Verbraucherschutzes. Weiterhin muss jedoch die richtlinienkonforme Auslegung zur Anwendung kommen, was durch Anwendung des Transparenzprinzips vor dem SMG deutlich wurde. Obwohl die mitgliedstaatlichen Gerichte an die EU-Richtlinien gebunden sein sollen, sind diese in den sog. horizontalen Rechtsverhältnissen zwischen den Parteien direkt nicht anwendbar.

Eine ähnliche Auslegungsmethode in China gibt es nicht. In diesem Punkt unterscheidet sich das AGB-Recht in Deutschland wesentlich von dem Formularklausel-Recht in China.

5. Ergänzende Auslegung

Die Vorstellung, Gesetze seien vollständig und Richter machten bei ihrer Entscheidung nur logische Arbeit und brauchten sich nicht ergänzendem Denken zuzuwenden, wird mit den Schlagworten „Begriffsjurisprudenz“ oder „juristische Naivität“ etikettiert.⁶¹⁴ In der Realität ist kein kodifiziertes Rechtswerk so vollständig, dass es jede Gegebenheit vorausschauend regeln kann und muss. Gesetze müssen notwendig unvollständig sein und in der Folge ist eine Auslegung bei der Rechtsanwendung unausweichlich.

Dies gilt auch für Rechtsgeschäfte. Eine rechtsgeschäftliche Regelung erweist sich als lückenhaft, wenn sich eine regelungsbedürftige Situation einstellt, die vom objektiven Regelungsinhalt des Rechtsgeschäftes nicht mehr umfasst wird.⁶¹⁵ Auch ein Vertrag, dessen Inhalt teilweise oder gar überwiegend durch AGB bestimmt wird, ist grundsätzlich der ergänzenden Auslegung zugänglich.⁶¹⁶ Aber zu betonen ist, dass die ergänzende Auslegung nicht immer in der Lage ist, die aus den unwirksamen AGB-Klauseln resultierenden Lücken zu füllen. Nur wenn die Lücken nach dem Versuch, sie vor allem durch Rückgriff auf das dispositiven Recht zu schließen, nach wie vor bestehen, kommt die ergänzende Auslegung in Anwendung, so wie *L. Raiser* meint: „Wo die AGB schweigen, tritt an ihre Stelle im Zweifel das Gesetz oder normativer Brauch, nicht die Flickkunst des Juristen.“⁶¹⁷ Die Zulässigkeit dieser richterlichen Vertragsergänzung als Instrument der Lückenfüllung bei Fehlen hierzu geeigneten dispositiven Rechts ist vom BGH in dem grundlegenden Urteil zu

⁶¹² G. Hohloch (Hrsg.), Richtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich, S. 9

⁶¹³ Vgl. P. Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192, S. 95 und 96

⁶¹⁴ Insbesondere wurde nachdrücklich die Ansicht vertreten, eine Kodifikation sei ein abgeschlossenes System. Der Gesetzgeber des PrALR versuchte sogar, ein vollständiges Gesetz für alle gegenwärtigen und zukünftigen Lebensvorgänge einmal für alle Zeiten auszuarbeiten. Vgl. R. Knieper, Gesetz und Geschichte, S. 139 ff.

⁶¹⁵ MüKo-Mayer-Maly, § 157 BGB, Rdnr. 29

⁶¹⁶ Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 5 AGBG, Rdnr. 22

⁶¹⁷ L. Raiser, AGB-Recht, S. 255

Tagepreisklauseln bejaht worden.⁶¹⁸ Das heißt, dass die ergänzende Auslegung bei der Inhaltskontrolle eine subsidiäre Rolle spielt. Außerdem hat die Lückenschließung entsprechend dem Normcharakter normativ zu erfolgen.

Nach § 125 CVG sind neben der Wortwahl auch der Vertragszweck, die Verkehrssitten und das Gebot von Treu und Glauben bei der Ermittlung des wahren Sinns von Vertragsklauseln mit zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass „der wahre Sinn“ nicht ausschließlich das von den Vertragsschließenden subjektiv Gewollte bedeutet. Bei Vertragslücken ist der hypothetische Sinn zu ermitteln. Deswegen ist die ergänzende Auslegung anhand der Verkehrssitten und des Gebots von Treu und Glauben für die Ermittlung des wahren Sinns unentbehrlich, was auch von der chinesischen Literatur umfassend anerkannt wird. Insofern findet die in § 125 CVG vorgeschriebene ergänzende Auslegung auch Anwendung für die Lückenschließung von Formulklauseln. Was das Rangverhältnis zwischen der Heranziehung dispositiven Rechts und der ergänzenden Auslegung bei Lückenschließung betrifft, so gilt die gleiche Reihenfolge wie im deutschen AGB-Recht.

6. Rechtsvergleichende Auslegung

Jeder Staat hat Rechtssouveränität in seinem sachlichen sowie persönlichen Anwendungsbereich. Außer im Fall der Extraterritorialität (Konsulargerichtsbarkeit), welche auf die Kolonialpolitik zurückzuführen ist, darf ein einheimischer Richter zur Entscheidung das einschlägige ausländische Recht nicht heranziehen. Aber bei der Suche nach einer vernünftigen rechtlichen Lösung für ein identisches Rechtsproblem soll er keiner solcher Beschränkung unterliegen. In diesem Sinne hat der BGH auch in einigen wichtigen Entscheidungen rechtsvergleichende Überlegungen angestellt,⁶¹⁹ obwohl die Rechtsvergleichung in der klassischen deutschen Auslegungslehre keine wesentliche Rolle spielt und die Lehrbücher zur Methodenlehre der Rechtsvergleichung häufig nur einige kurze Anmerkungen widmen oder überhaupt nicht auf sie eingehen.⁶²⁰

Angesichts einer globalen Tendenz und des vereinheitlichenden Impetus durch Mustergesetze (z.B. die GPKCC) und internationale Konventionen (z.B. das UN-Kaufrecht) stellen der Rechtsvergleich sowie die rechtsvergleichende Auslegungsmethode bei der Suche nach einer möglichst optimalen Lösung für ein universales Rechtsproblem ein unentbehrliches Instrument dar. Insbesondere beim Tochterrecht, z.B. dem chinesischen Recht in Bezug auf das deutsche Recht, welches sich in diesem Sinne in vielen Bereichen als Mutterrecht bezeichnen darf, kann die rechtsvergleichende Auslegung als eine „transnationale“ Methode zunehmend an Bedeutung gewinnen. Was die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China angeht, so könnte sich das Formulklausel-Recht in China durch Heranziehung der deutschen Erfahrungen anhand der rechtsvergleichenden Auslegungsmethode schneller entwickeln und vervollkommen. Insoweit ist es auch ein wichtiges Anliegen dieser Arbeit, durch Rechtsvergleich die Lücken im Recht der Inhaltskontrolle von Formulklauseln festzustellen und diese, z.B. aufgrund der deutschen Erfahrungen zu füllen. In diesem Sinne ist die

⁶¹⁸ BGH 90 69, 7595 = NJW 1984, 1177, BGH NJW 1984 1180, 1181

⁶¹⁹ Zu nennen sind hier etwa der Hinweis auf das englische Recht bei der Frage, inwieweit bei misslungener Abtreibung Schadensersatz zu leisten ist (sog. „wrongful life“-Entscheidung) (BGHZ 86, 240, 250 f.), die Berücksichtigung schweizerischen Rechts bei der Frage, ob im Falle der Verletzung des Persönlichkeitsrechts Geldersatz verlangt werden kann (BGHZ 35, 363, 369) sowie ferner die Bezugnahme auf italienisches und schweizerisches Recht bei der Beurteilung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters im Todesfall (BGHZ 24, 214, 218; Rechtsprechungsanalyse bei Drobing, RabelsZ 50 (1986), 610 ff., vgl. U.P. Gruber, Zur Rolle der Rechtsvergleichung nach der Schuldrechtsreform, in: ZVgIRWiss 101 (2002), S. 38 und 39

⁶²⁰ Vgl. U.P. Vgl. Gruber, a.a.O. S. 39

rechtsvergleichende Auslegung eine wichtige Auslegungsmethode im chinesischen Formularklausel-Recht.

7. Unklarheitenregel als Auffanglösung bei Mehrdeutigkeiten nach Auslegung

a. Gesetzliche Bestimmungen zur Unklarheitenregel in Deutschland und China

§ 5 AGBG hat aufgrund langjähriger Rechtspraxis und wissenschaftlicher Forschung die Auslegungsmethode bei mehrdeutigen AGB in Form der Unklarheitenregel kodifiziert und wurde nach dem Inkrafttreten des SMG ohne Veränderung in den neuen § 305 c Abs. 2 BGB übernommen. Voraussetzung für die Anwendung dieser Regel ist, dass Zweifel hinsichtlich der Bedeutung bei nicht behebbarer Mehrdeutigkeit auch noch nach Auslegung der Klausel bestehen. In diesem Fall gilt die Unklarheitenregel, d.h. Zweifel gehen zu Lasten des Verwenders. Bei Anwendung dieser Regel für Verbraucherverträge in Deutschland ist Art. 5 Satz 2 EU-RiLi über missbräuchliche Klauseln heranzuziehen. Bemerkenswert ist, dass § 305 c Abs. 2 BGB die Unklarheitenregel kodifiziert, ohne dass dadurch die Anwendung des Transparenzprinzips ausgeschlossen ist. Eine AGB-Klausel, deren zweifelhafte Bedeutung aufgrund der Unklarheitenregel deutlich geworden ist, unterliegt immer noch der Prüfung nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Den Gesetzgebungsmaterialien des CVG ist zu entnehmen, dass Unklarheitenregeln verschiedener Gesetze (z.B. *the contra proferentem rule* im amerikanischen Recht) einschließlich des § 5 AGBG zur Ausarbeitung des § 40 CVG herangezogen wurden. Schon vor Inkrafttreten des CVG wurde in der chinesischen Rechtspraxis und im chinesischen Schrifttum zum Zwecke des Verbraucherschutzes anerkannt, dass Unklarheiten oder Mehrdeutigkeiten im Vertragswortlaut zulasten des Verwenders auszulegen sind.⁶²¹

b. Funktion der Unklarheitenregel

Die Unklarheitenregel nach § 305 c Abs. 2 BGB hat die Funktion, dem Verwender von AGB das Auslegungsrisiko einer AGB-Bestimmung aufzubürden, wenn deren Sinngehalt nicht eindeutig feststellbar ist.⁶²² Dadurch wird das ansonsten bei Individualvereinbarungen mögliche Nichtigkeitsrisiko des versteckten Dissenses (§ 155 BGB) vermieden, wenn der Vertragsinhalt durch den Richter nicht festgestellt werden kann.⁶²³

Eine weitere Funktion besteht darin, bei objektiv mehrdeutigen AGB-Klauseln eine Auslegungshilfe zu geben und für diesen Fall die Interessen des Verwenders hinter diejenigen der anderen Vertragspartei zurücktreten zu lassen. Dadurch soll einerseits der Verwender im Sinne des Transparenzgebotes (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu klarer und deutlicher Ausgestaltung der AGB veranlasst werden. Zum anderen soll derjenige, der die Vorteile der Vertragsgestaltungsfreiheit für sich im Anspruch nimmt, auch deren Nachteile tragen. Das entspricht seiner Verantwortung für den Inhalt der AGB; ihr kann er sich auch nicht durch einen vorformulierten Änderungsvorbehalt entziehen.⁶²⁴

⁶²¹ Liming Wang/Jianyuan Cui, AT des Vertragsrechts, S. 501

⁶²² BT-Rechtsausschuss, BT-Druck, 7/5422, S. 5

⁶²³ Vgl. L. Raiser, AGB, S. 260-262; MüKo-Kötz, § 5 AGBG, Rdnr.6; MüKo-Kramer § 155 BGB; auch Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5 AGBG, Rdnr. 1

⁶²⁴ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5 AGBG, Rdnr. 1

§ 40 Satz 2 CVG schreibt wie das AGB-Recht deutlich vor, dass die Auslegung zulasten des Verwenders geht, wenn es mehr als zwei Auslegungsmöglichkeiten gibt. Diese Vorschrift im CVG hat die gleiche Funktion wie die im deutschen AGB-Recht, welche die allgemeinen Auslegungsregeln für Individualverträge ergänzt. Nach diesen allgemeinen Auslegungsregeln wird der wahre Sinne der Klausel aufgrund der Wortwahl im Vertrag, der einschlägigen Klauseln des Vertrags, der Vertragsziele, der Verkehrssitte und nach dem Gebot von Treu und Glauben bestimmt, wenn zwischen den Parteien Streit über die Auslegung der Vertragsklauseln besteht (§ 125 Abs. 1 CVG).

c. Anwendungsbereich der Unklarheitenregel

Ein typischer Anwendungsfall der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB ist gegeben, wenn AGB-Klauseln gleichrangige, sich widersprechende Klauseln enthalten.⁶²⁵

Zu bemerken ist, dass die Unklarheitenregel in dem Individualprozess und dem Verbandsprozess in Deutschland unterschiedliche Ausprägungen findet, welche aber alle das gleiche Ziel haben, unklare Klauseln, welche eine Vertragspartei begünstigen, zu vermeiden.

Im Individualprozess sind AGB zunächst objektiviert auszulegen. Wenn danach Mehrdeutigkeiten und Unklarheiten von AGB-Klauseln gegeben sind, ist unter Anwendung der Unklarheitenregel die kundengünstigste Alternative ohne Blick auf mögliche Ergebnisse einer Inhaltskontrolle zu ermitteln. Diese Alternative ist daraufhin zu überprüfen, ob sie überraschend im Sinne § 305 c Abs. 1 BGB ist oder ob ihr eine Individualabrede gemäß § 305 b BGB entgegensteht. Ist beides nicht der Fall, so ist die Klausel in der ermittelten Bedeutung inhaltlich nach §§ 307 bis 309 BGB, in der Reihenfolge der §§ 309, 309 und 307 BGB, zu überprüfen. Etwaige Unwirksamkeitsfolgen richten sich nach § 306 BGB.⁶²⁶

Zwar wird mittlerweile auch im Individualprozess genau wie im Rahmen der Verbandsklage so vorgegangen, dass zunächst nach der „kundenfeindlichsten“ Auslegung gefragt, d.h. führt diese zur Unwirksamkeit der Klausel, ist der Auslegungsvorgang damit beendet. Das Problem der kundenfreundlichen Auslegung nach § 305 c Abs. 2 BGB stellt sich jedoch, wenn die Abmachung auch in der für den Kunden belastenderen Variante wirksam ist. Im Gegensatz zu dem auf Einzelfallgerechtigkeit zielenden Individualprozess scheidet im Verbandsprozess eine auf den kundenfreundlichsten Sinn zielende Auslegung aus. Sie würde die präventive, auf Beseitigung der unangemessenen Geschäftsbedingungen im abstrakten Kontrollverfahren gerichtete Funktion der Verbandsklage wesentlich erschweren, wenn nicht vereiteln. Da von dem meist rechtsunkundigen Kunden nicht erwartet werden kann, dass er sich mit Hilfe der Unklarheitenregel über den eingeschränkten Regelungsgehalt einer mehrdeutig formulierten Klauseln entweder selbst Klarheit verschafft oder hierzu die Gerichte anruft, bestünde bei Anwendung der Unklarheitenregel entsprechend dem § 305 c Abs. 2 BGB die Gefahr, dass problematische, den Kunden je nach Art der Auslegung unangemessen benachteiligende Klauseln nur deshalb nicht mit Hilfe der Verbandsklage untersagt werden können, weil sie bei kundenfreundlicher Auslegung die in §§ 307, 308 und 309 BGB festgesetzten Angemessenheitsschranken nicht überschreiten. Das wäre mit dem nicht nur in den §§ 305 Abs. 2 und 305 c Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Sinn nicht zu vereinbaren. Zu

⁶²⁵ BGH NJW 2002, 2470 (2471)

⁶²⁶ Vgl. H. Roth, Funktion und Anwendungsbereich, WM 1991, S. 2089

Recht ist daher für den Verbandsprozess die Methode kundenfeindlicher Auslegung mehrdeutiger Klauseln in Rechtsprechung und Literatur fast einhellig anerkannt.⁶²⁷

Diese Differenzierung im Anwendungsbereich der Unklarheitenregel aufgrund der Klageform hat in China bis jetzt noch kein Echo gefunden. Die kollektive Klageform der Repräsentantenklage (*daibiaoren susong*) (§§ 54, 55 CZPG) schützt, genau wie die Verbandsklage in Deutschland, auch kollektive Interessen, wenn sie ihre Hauptanwendung gegenwärtig auch nicht für die Inhaltskontrolle von Formularklauseln findet. Deswegen könnte eine solche Differenzierung zwischen Individualprozess und Repräsentantenklage für die Anwendung der Unklarheitenregel in China sinnvoll sein. Deshalb wird hier vorgeschlagen, diese Differenzierungsmethode bei Anwendung der Unklarheitenregel im Rahmen der Auslegung von Formularklauseln auch in China einzuführen.

IV. Zwischenergebnis

Die Auslegungsmethoden stehen mit der Inhaltskontrolle in engem Zusammenhang, obwohl in der Gesetzgebungstechnik zwischen der Auslegung, welche sich als versteckte Inhaltskontrolle erweist, und der offenen Inhaltskontrolle eine klare Linie zu ziehen ist. Was die konkreten Auslegungsmethoden angeht, so sind beim AGB-Recht und dem Formularklausel-Recht Übereinstimmungen in der objektivierten, der gesetzeskonformen und der ergänzenden Auslegung zu finden. Die Unklarheitenregel als Auffanglösung bei Mehrdeutigkeiten von AGB und Formularklauseln nach deren Auslegung und die Regel vom Vorrang der Individualabrede sind sowohl vom deutschen AGB-Recht wie auch vom chinesischen Formularklausel-Recht anerkannt. Aufgrund der europäischen Integration gewinnt die richtlinienkonforme Auslegung bei der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland zunehmend an Bedeutung. In China gibt es keine ähnliche Methode. Die rechtsvergleichende Auslegungsmethode im Formularklausel-Recht, vor allem anhand der deutschen Erfahrungen auf dem Gebiet der Inhaltskontrolle von AGB, erlangt dagegen in China zunehmende Bedeutung.

⁶²⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 5 AGBG, Rdnr. 5 und 6

Kapitel 9: Rechtsfolge unwirksamer AGB und Formulklauseln

I. Teilnichtigkeit und Restgültigkeit

1. Teilbarkeit und Teilnichtigkeit der unter Einbeziehung von AGB zustande gekommenen Verträge im deutschen AGB-Recht

Nach § 306 Abs. 1 BGB soll der unter Einbeziehung von AGB zustande gekommene Vertrag regelmäßig ungeachtet der aufgrund von Inhaltskontrolle unwirksam gewordenen AGB im übrigen noch wirksam sein. Aber nach § 139 BGB ist ein ganzes Rechtsgeschäft bei Teilnichtigkeit insgesamt nichtig. Daraus ergibt sich ein Widerspruch zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Vertragsrecht im BGB nach der Einführung des AGBG ins BGB.

Hinter dem Wortlaut des § 139 BGB steckt eine Orientierung am Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.⁶²⁸ Trotzdem sind immer Ausnahmereiche entstanden. So hat sich z.B. insbesondere im Arbeitsrecht und in Mietverträgen eine Tendenz entwickelt, eher Restgültigkeit als Gesamtnichtigkeit anzunehmen.⁶²⁹ Wenn bei den unter Einbeziehung von AGB zustande gekommenen Verträgen auch an dem Prinzip der Gesamtnichtigkeit festgehalten würde, wäre dem Schutzbedürfnis des Kunden mit dem Wegfall oder gar der Rückabwicklung des Vertrags bei erfolgreicher Beanstandung unangemessener Klauseln wenig gedient.⁶³⁰ Nach dem Schutzziel des AGB-Rechts lässt sich die Regelung von der Restgültigkeit für die unter Einbeziehung von AGB zustande gekommenen Verträge dadurch rechtfertigen, dass der hypothetische Wille des Verwenders bei Beurteilung von Teilnichtigkeit oder Gesamtnichtigkeit keinen Anspruch auf Berücksichtigung hat, und der Schutz von Kundeninteressen im Vordergrund steht. Deswegen weicht § 306 Abs. 1 BGB wesentlich von § 139 BGB ab. M.E. besteht kein echter Widerspruch im BGB in Bezug auf die Rechtsfolgen von Gesamt- und Teilnichtigkeit, da beide Bestimmungen unterschiedliche Zielsetzungen haben. § 306 Abs. 1 BGB ist als *lex specialis* zu § 139 BGB zu begreifen. „Mit einiger Vereinfachung lässt sich sagen, dass § 306 Abs. 1 BGB anders als § 139 BGB nicht der Durchsetzung der Privatautonomie, sondern der Durchführung des Gesetzes dient.“⁶³¹

Nicht zu übersehen ist, dass die Regelung der Restgültigkeit nach § 306 Abs. 1 BGB im AGB-Recht mit der Bestimmung des § 154 BGB in Widerspruch steht. Nach § 154 BGB gilt ein Vertrag, über dessen Punkte die Parteien sich nicht geeinigt haben und über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, im Zweifel als nicht geschlossen. Bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln aufgrund von Inhaltskontrolle haben der Verwender und seine Vertragsparteien keine Vereinbarung über den unwirksamen Punkt getroffen; dennoch bleibt der Vertrag entgegen der Bestimmung des § 154 BGB gültig. Der Grund dafür liegt darin, dass - wie oben dargelegt - die ex-nunc-Wirkung der Nichtigkeit wegen fehlender Vereinbarung über alle Punkte einem Schutz des Vertragspartners von AGB-Verwendern entgegensteht.

Der Wortlaut des § 306 BGB spricht vorderhand für die Beibehaltung einer solchen Differenzierung zwischen den individuellen und den standardisierten Vertragsbestandteilen in

⁶²⁸ Vgl. MüKo-Mayer-Maly/Busche, § 139 BGB, Rdnr. 1

⁶²⁹ Vgl. MüKo-Mayer-Maly/Busche, § 139 BGB, Rdnr. 7 ff.

⁶³⁰ Begründung, S. 20 f.; zitiert nach Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG, Rdnr. 6

⁶³¹ H. Roth, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von AGB, S. 2 und 3

dem Sinne, dass bei „Ausfall“ letzterer nicht etwa vertragsdoktrinär nachgeholfen, sondern ein ebenso standardisiertes Programm, nämlich BGB-Normen eingeführt wird.⁶³²

Diese Restgültigkeit eines gesamten unter Einbeziehung von AGB zustande gekommenen Vertrages setzt Teilbarkeit voraus. In der Tat ist die Teilbarkeit des Vertrags im Regelfall der AGB-Verwendung unproblematisch, weil „die typische Funktion von AGB in der Regelung von Nebenabreden besteht und ihre ganze oder teilweise Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit die Vereinbarungen über die Hauptleistung grundsätzlich unberührt lässt.“⁶³³

2. Teilnichtigkeit im chinesischen allgemeinen Vertragsrecht und Formularklausel-Recht

§ 40 CVG schreibt die Unwirksamkeit unangemessener Formularklauseln vor. § 53 CVG bestimmt darüber hinaus, dass alle Freizeichnungsklauseln über Körperverletzung und Vermögensschäden wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, gleichgültig ob diese Klauseln individuell vereinbart oder standardisiert sind, unwirksam sind. Nach § 56 S. 2 CVG bleibt der Rest eines Vertrags weitgehend gültig, wenn seine Teilnichtigkeit die Gültigkeit des restlichen Vertrags nicht berührt.

In diesem Sinne knüpft das CVG, abweichend von dem Grundsatz nach § 139 BGB, an die gemeinrechtliche Maxime „*utile per inutile non vitiatur*“ an, welche auch von dem chinesischen Schrifttum mit der Begründung anerkannt ist, dass Verträge bei Teilnichtigkeit möglichst gültig bleiben sollen, da Aktivitäten im wirtschaftlichen Verkehr sonst unterbrochen würden.⁶³⁴ Aber diese Regelung der Restgültigkeit bei Teilnichtigkeit gilt nicht ausschließlich für die unter Einbeziehung von Formularklauseln zustande gekommenen Verträge, sondern auch für Individualverträge. Insofern gibt es zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Vertragsrecht in China keinen Widerspruch wie im deutschen Recht nach dem Inkrafttreten des SMG zwischen §§ 139, 154 BGB und § 306 BGB.

3. Verbot geltungserhaltender Reduktion und salvatorische Klauseln

a. Verbot geltungserhaltender Reduktion im deutschen AGB-Recht und dessen Einführung ins chinesische Formularklausel-Recht

In der deutschen Praxis kommt es häufig vor, dass AGB verwendet werden, welche teilweise gegen die Verbote nach §§ 308 und 309 BGB verstoßen. Daraus ergibt sich die Frage, ob Richter die Klausel in dem reduzierten Umfang, in welchem sie noch mit dem Gesetz vereinbar ist, bestehen lassen können oder diese Klauseln für unwirksam erklären müssen.⁶³⁵ Zwischen den Zivilsenaten des BGH⁶³⁶ besteht Einigkeit darüber, dass das Gesetz die

⁶³² Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, S. 204; auch E. Schmidt, JuS 1987, S. 935f.

⁶³³ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG, Rdnr. 10

⁶³⁴ Vgl. Liming Wang, Forschung über das Vertragsrecht, Band I, S. 186 ff.

⁶³⁵ Vgl. H. Kötz, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, S. 785

⁶³⁶ BGH ZIP 1981, 1338=NJW 1982, 178; BGH NJW 1982, 2309; BGH NJW 1982, 2311; BGH ZIP 1983, 452=NJW 1983, 1320; BGH ZIP 1983, 317=NJW 1983, 1322; BGH ZIP 1983, 1349=NJW 1984, 48; BGH ZIP 1984, 1107=NJW 1984, 2687; BGH ZIP 1984, 841=NJW 1985, 53; BGH ZIP 1985, 38=NJW 1985, 319; BGH ZIP 1986, 32; BGH ZIP 1986, 1121 (zitiert nach H.E. Brandner, Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz, in: Heinrischs/Löwe/Ulmer (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 44); BGH WM, 1998 732, 725; WM 2000 629, 634

inhaltliche Rückführung einer unwirksamen AGB-Bestimmung auf ihren noch zulässigen Teilgehalt nicht zulässt. Dieser Grundsatz kommt unter dem Stichwort „Verbot der geltungserhaltenden Reduktion“ zur Anwendung.⁶³⁷ Diesem Verbot geltungserhaltender Reduktion ist zuzustimmen. Die Argumente dafür sind folgende:

Erstens, „der Zweck des AGB-Rechts zielt auf einen ausgewogenen Interessenausgleich. Insbesondere angesichts der auf einseitiges Stellen der AGB zurückgehenden strukturellen Ungleichheit zwischen dem Verwender und seinen Vertragsparteien muss der Verwender verpflichtend veranlasst werden, seinen Vertragsparteien diese klar und verständlich vorzulegen. Aber wenn gesetzliche Schranken überschreitende übermäßige Klauseln bei rechtlicher Sanktion nur auf das gesetzlich erlaubte Maß zurückgefahren würden, würde die daraus resultierende Teilwirksamkeit das dem Verwender drohende Risiko der gesamten Unwirksamkeit und damit womöglich seine Bereitschaft, sich um wirksame AGB zu bemühen, mindern.“⁶³⁸

Zweitens steht eine geltungserhaltende Reduktion offenbar mit dem Transparenzgebot in Widerspruch, welches in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kodifiziert ist. Geltungserhaltende Reduktion birgt die Gefahr in sich, dass die Vertragsparteien des Verwenders nicht in der Lage sind, sich über den Inhalt der AGB zu informieren. „Angesichts der zunehmend komplexer werdenden Inhalte von AGB ist eine optimale Informationsstruktur nicht nur für Rechtsbeziehungen mit Verbrauchern wichtig, sie bedeutet auch für Märkte eine allgemeine und folglich für das allgemeine Privatrecht unentbehrliche Voraussetzung.“⁶³⁹ Somit ist die geltungserhaltende Reduktion mit dem Transparenzgebot unvereinbar.

Drittens, „wenn man geltungserhaltende Reduktion bejahen würde, dann würden Richter als staatliche Rechtsorgane gleichsam als Erfüllungsgehilfen der Verwender tätig, indem sie das zugunsten des Verwenders gerade noch inhaltlich vertretbare Maß der AGB ausfindig machen.“⁶⁴⁰ Auch wenn Richter im Ausnahmefall eine ergänzende Auslegung zur Füllung der aufgrund von entsprechenden dispositiven Bestimmungen entstandenen Lücken vornehmen können, muss das Gewicht auf einer generalisierenden und abstrakt objektivierenden Auslegungsweise liegen, welche den Verwender nicht bevorzugen darf. „Die Aufgabe speziell der Inhaltskontrollvorschriften ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken und den Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten zu verschaffen.“⁶⁴¹ Auch wenn es dabei ggf. nicht um eine Reduktion der Klausel auf ihren gerade eben noch zulässigen Umfang, sondern immer nur um eine Aufrechterhaltung der Klausel nach dem Maßstab des Angemessenen geht,⁶⁴² ist diese Aufgabe für die Richter nicht einfach.

⁶³⁷ Vgl. H.E. Brandner, Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz, in: Heinrischs/Löwe/Ulmer (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 44 ff.

⁶³⁸ D. Medicus, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von AGB, in: Heinrischs/Löwe/Ulmer (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, S. 91

⁶³⁹ S. Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht, in: AcP 202, S. 52

⁶⁴⁰ So Schlosser-Coester = Waltjen-Grabe, AGB-Gesetz, 1977, § 6 Rdnr. 9; ähnlich v. Westphalen-Trinkner, AGB-Gesetz, § 5 Rdnr. 6; zitiert nach H. Kötz, Teilunwirksamkeit, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, S. 789, Fn. 22

⁶⁴¹ BGHZ 84, 109, 116; Ulmer NJW 1981, 2025, 2028; zitiert nach J. Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 68

⁶⁴² Vgl. C-W. Canaris, FS Steindorff, 1990, S. 519, 547 ff.; H. Roth JZ 1989, 411, 414 f., 417 f.; D. Medicus, Zehn Jahre AGB-Gesetz, 1987, S. 87 ff.; J. Hager, JuS 1985, 264, 267 bis 270; ders. JZ 1996, 175 und B. Basedow, AcP 182 (1982), 335, 356 ff.; zitiert nach MüKo-Basedow, § 6 AGBG, Rdnr. 14

Schließlich ergeben sich gewichtige Bedenken gegen die Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion aus der prozessrechtlichen Verzahnung, dem Unterlassungsverfahren und den betreffenden Individualrechtsstreitigkeiten, wie sie insbesondere in § 11 Abs. 1 UKlaG zum Ausdruck kommen. Inzwischen ist es fast herrschende Meinung, dass im Verfahren nach §§ 1 ff. UKlaG die geltungserhaltende Reduktion nicht zulässig ist, „weil es dem Kläger kaum möglich und jedenfalls nicht zumutbar ist, in seinem Antrag bereits die Grenze zu ermitteln, bis zu der die Klausel gerade noch unzulässig ist, und nur insoweit Widerruf bzw. Unterlassung zu verlangen. Er liefe Gefahr, selbst im Falle einer, so wie sie ist, eindeutig unwirksamen Klausel mit seiner Klage teilweise abgewiesen zu werden und einen Teil der Kosten tragen zu müssen.“⁶⁴³

Aus den oben dargelegten Gründen ist zu folgern, dass die geltungserhaltende Reduktion abzulehnen ist. Nicht zu verkennen ist der Unterschied zwischen ihr und der Teilbarkeit von AGB, wobei sich die eine auf eine einzelne Klausel bezieht, die andere dagegen auf das ganze AGB-Werk.

Geltungserhaltende Reduktion als eine Möglichkeit zur Füllung der wegen unwirksamer Formulklauseln verbleibenden Lücken wird in China als Variante der teleologischen Reduktion betrachtet. Nach § 54 CVG (§ 59 Abs. 1 CAGZ) können die Vertragsparteien bei deutlich ungerechten Verträgen, einschließlich der unter Einbeziehung von Formulklauseln zustande gekommenen Verträge, vor Gericht oder vor einem Schiedsgericht die Vertragsänderung oder Vertragsaufhebung verlangen, wenn der Vertrag anfechtbar ist. Die Anfechtung im chinesischen Vertragsrecht wird also, nicht wie im deutschen Recht, als Gestaltungsrecht mit einer einseitigen Erklärung gegenüber der anderen Partei ausgeübt, sondern durch Gerichte oder Schiedsorgane vorgenommen.⁶⁴⁴

Wie oben schon dargelegt, wird dem Prinzip der Handelsförderung in China große Bedeutung beigemessen. Angesichts der Erfahrungen mit dem Verbot geltungserhaltender Reduktion im deutschen AGB-Recht ist vor einer unnötigen begünstigenden Behandlung der Verwender von Formulklauseln zu warnen, weil die den übermäßigen Formulklauseln immanente Gefahr bei einer auf Handelsförderung zielenden Inhaltskontrolle übersehen werden könnte. Aufgrund der deutschen Erfahrung empfiehlt es sich, das in Deutschland von der Rechtsprechung herangebildete Institut des Verbots geltungserhaltender Reduktion auch ins Formulklausel-Recht in China aufzunehmen.

b. Salvatorische Klauseln

Der Begriff „salvatorisch“ lässt sich auf das lateinische Wort „salvare“ zurückführen, das „retten“ heißt.⁶⁴⁵ Die Funktion der salvatorischen Klauseln liegt darin, die Erhaltung von anderen teilweise oder ganz unwirksamen Klauseln zu erreichen. Im Prinzip lassen sich salvatorische Klauseln in zwei Typen gliedern, nämlich in Erhaltungs- und Ersetzungsklauseln.⁶⁴⁶

⁶⁴³ J. Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 71

⁶⁴⁴ Vgl. auch T. Beuchert/Yu rong, Regelungen zur Rechtsgeschäftslehre, S. 18

⁶⁴⁵ Vgl. J.-U. Beyer, Salvatorische Klauseln, Bedeutung, Zweckmäßigkeit, Formulierungsvorschlag, S. 4

⁶⁴⁶ Beyer, a.a.O. S. 4 und die vier Typen salvatorischer Klauseln in: J. Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 104 ff.

Was z.B. die Erhaltungsklausel „soweit gesetzlich zulässig“, angeht, so ist ihre Wirksamkeit abzulehnen, weil diese Klausel, ungeachtet der unterschiedlichen rechtsgeschäftlichen Ausgestaltungen immer das gleiche Ziel hat, die in § 306 Abs. 2 BGB vorgesehene Geltung des dispositiven Rechts zu verdrängen und damit das nach § 306 Abs. 1 und 2 BGB grundsätzlich den Verwender treffende, zum Eingreifen des dispositiven Rechts führende Risiko der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit vorformulierter Vertragsbedingungen zum Nachteil des Kunden einzuschränken.⁶⁴⁷ Darüber hinaus ist diese Erhaltungsklausel mit der richterlichen Aufgabe nicht vereinbar, als genau wie bei der geltungserhaltenden Reduktion Richter die Rechte des Kunden nicht im Interesse des Verwenders einschränken dürfen.

Es ist umstritten, ob die Ersetzungsklauseln gültig sind.⁶⁴⁸ Hier geht es in erster Linie darum, ob und inwieweit Ausnahmen vom Verbot der salvatorischen Klauseln zuzulassen sind. „Die überwiegende Mehrzahl der Vertreter der herrschenden Lehre will eine Ausnahme dann zulassen, wenn es für den Verwender rechtlich objektiv zweifelhaft sein könnte, inwieweit nach dem AGB-Recht eine Einschränkung von Rechten seines Vertragspartners zulässig sei.“⁶⁴⁹ Aber diese Ansicht ist abzulehnen. Auch wenn die Ersatzregelung selbst mit §§ 307 bis 309 BGB vereinbar und hinreichend verständlich ausgestaltet ist, so weicht sie doch von der Rechtsfolge des § 306 Abs. 2 BGB ab und schränkt das Unwirksamkeitsrisiko des Verwenders zulasten des Kunden ein. Auch würde die auf die Inhaltsschranken der §§ 307 bis 309 BGB beschränkte Überprüfung der Ersatzklausel dem Verwender doch noch die Möglichkeit verschaffen, eine der ursprünglichen möglichst nahekommende, gerade noch zulässige Bestimmung zu treffen. Mit dem Regelungsziel von § 306 Abs. 2 BGB ist das nicht zu vereinbaren. Unwirksam nach § 307 BGB sind daher grundsätzlich auch solche – in der Vertragspraxis bisher allerdings nicht festzustellende – Ersatzklauseln, die bestimmten Vertragsbedingungen zugeordnet sind.⁶⁵⁰

Umgekehrt sollen salvatorische Klauseln grundsätzlich zulässig sein, wenn sie individualvertraglich vereinbart sind. Gegen beiderseitige Neuverhandlungspflichten bestehen keine Bedenken.⁶⁵¹

Auch in China findet man salvatorische Klauseln in verschiedener Form, um die Anwendung der gesamten Formulklauseln zu erhalten. Die Anwendung salvatorischer Formulklauseln ist in China vorwiegend darauf zurückzuführen, dass die Verwender von Standardverträgen in der Vergangenheit eine starke Monopolstellung hatten und Formulklauseln mit Vertragsverordnungen gleichgestellt wurden. Das bedeutet, die Verwender hatten alle Mittel zur Durchsetzung der unter Einbeziehung von Formulklauseln zustande gekommenen Verträge. Insofern dienten salvatorische Formulklauseln im Interesse des Verwenders als Auffangklauseln bei Unwirksamkeit der übermäßigen konkreten Formulklauseln.

In Zusammenhang mit dem Fehlen einer Theorie zur geltungserhaltenden Reduktion haben die chinesische Rechtsprechung und das Schrifttum der Frage salvatorischer Klauseln fast keine Aufmerksamkeit geschenkt. Salvatorische Formulklauseln werden im Gegenteil

⁶⁴⁷ So zutr. BGH NJW 1983 S. 159

⁶⁴⁸ Gebräuchliche Formulierungen sind etwa „Unwirksame Klauseln sind durch solche zu ersetzen, die möglichst den angestrebten Zweck erreichen“, oder „sind so umzudeuten, dass der verfolgte Zweck erreicht wird“ oder „der Verwender (die Parteien) hat (haben) eine dem Sinn und wirtschaftlichen Zweck der Vorschrift entsprechende neue Regelung zu treffen.“ in: H. Roth, Vertragsänderung, S. 64

⁶⁴⁹ J. Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 111

⁶⁵⁰ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG, Rdnr. 40

⁶⁵¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG, Rdnr. 41; MüKo-Kötz, § 6 AGBG, Rdnr. 11; auch H. Roth Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von AGB, S. 65 und 67

aufgrund des Prinzips der Handelsförderung nicht als unwirksam betrachtet. Aber solche Klauseln sollten in China ebenfalls einer Inhaltskontrolle unterzogen werden. Weder Erhaltungs- noch Ersetzungsklauseln, die in Widerspruch zu den Zielen der Inhaltskontrolle stehen, sollten zugunsten der Verwender erlaubt werden. Sie sollten als unwirksam bewertet werden, damit das entsprechende dispositive Recht eingreifen kann.

II. Lückenfüllung durch dispositives Recht und ergänzende Auslegung

1. Voraussetzungen von Lückenfüllung

Nach Maßgabe des § 306 Abs. 1 BGB (früher § 6 Abs. 1 AGBG) bleibt der gesamte Vertrag trotz der einzelnen ungültigen AGB-Klauseln wirksam. Nach § 306 Abs. 2 BGB (früher § 6 Abs. 2 AGBG) treten dispositive gesetzliche Vorschriften an die Stelle der wegen Inhaltskontrolle unwirksamen AGB und schließen die aus der Unwirksamkeit der AGB resultierenden Lücken. Deswegen setzt die Anwendung dispositiven Rechts voraus, dass eine Lücke im Vertrag besteht. „In diesem Fall werden die beanstandeten Klauseln ersatzlos gestrichen, wenn der geschlossene Vertrag zu den gesetzlich geregelten Vertragstypen gehört und durch die weggefallene AGB-Klausel Punkte geregelt waren, die im dispositiven Recht nicht behandelt sind. Hier hat es in der Regel mit dem schlichten Wegfall der (unwirksamen oder nicht zum Vertragsbestandteil gewordenen) AGB-Klauseln sein Bewenden.“⁶⁵²

Werden bei einer Inhaltskontrolle Formulklauseln als unwirksam beurteilt, so können Vertragslücken entstehen, welche die Voraussetzung für eine Lückenfüllung bilden, obwohl keine Vorschrift im CVG über die Art und Weise dieser Lückenfüllung besteht. Insofern ergibt sich im chinesischen Formulklausel-Recht eine planwidrige Lücke.

2. Lückenfüllung durch dispositives Recht

a. Vorrang des dispositiven Rechts vor ergänzender Auslegung bei Lückenfüllung im Falle von unwirksamen AGB-Klauseln in Deutschland

Die Diskussion des Verhältnisses zwischen ergänzender Vertragsauslegung und dispositivem Gesetzesrecht in Deutschland ist sehr alt und beginnt schon im Gemeinen Recht.⁶⁵³ „In der Regel soll die Vertragsergänzung im Wege der Auslegung nur dort Platz greifen, wo es sich um einen gesetzlich nicht geregelten oder sonstwie durch eine besondere Interessenlage gekennzeichneten Vertrag handelt. Für die typischen Fälle hingegen verlangt die vom Gesetz bevorzugte gleiche Behandlung gleichartiger Fälle den Vorrang des dispositiven Gesetzesrechts vor der ergänzenden Vertragsauslegung.“⁶⁵⁴ Bei Füllung der aus den unwirksamen AGB-Klauseln resultierenden Lücken findet dieses Prinzip ebenfalls Anwendung, insbesondere angesichts der „halbzwingenden“ Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Prüfung, ob durch die AGB-Klauseln eine unangemessene Benachteiligung gegeben ist.

⁶⁵² MüKo-Basedow, § 6 AGBG, Rdnr. 11

⁶⁵³ Vgl. schon F.C.v. Savigny, System III, S. 253 ff.; w.N. bei Oertmann, Rechtsordnung, S. 151 ff.; zitiert nach J. Neumann, S. 114 und Fn. 5

⁶⁵⁴ K. Larenz, Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 92 ff., präzisiert später in NJW 1963, S. 737 ff., zitiert nach M. Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 90

Nach Feststellung der aus der Unwirksamkeit der AGB-Klauseln resultierenden Lücken greift das entsprechende dispositive Recht ein. Die Füllung dieser Lücken durch Eingreifen des entsprechenden dispositiven Rechts hat weiterhin den Vorteil, dass das Risiko, dass die Klauseln nicht eindeutig oder transparent abgefasst sind, vom Verwender zu tragen ist. So kann vom Standpunkt der Rechtspolitik Lückenfüllung durch dispositives Recht auch einen Beitrag zur Erhöhung der Rechtssicherheit leisten.

Nach der Lückenfüllungslehre in China wird dem dispositiven Recht wie auch im deutschen Vertragsrecht große Bedeutung beigemessen. Dies findet seinen Ausdruck in § 124 CVG, nach dem die Bestimmungen über die typischen Verträge im Besonderen Teil und die im Allgemeinen Teil des CVG bei Regelung der untypischen Verträge entsprechend anwendbar sind. Mit anderen Worten, das dispositive Recht spielt eine lückenfüllende Rolle bei Fehlen der entsprechenden speziellen konkreten Bestimmungen für atypische oder neotypische Verträge.

b. Heranziehung der ergänzenden Auslegung bei Fehlen des entsprechenden dispositiven Rechts

Es ist ein grundsätzliches Problem, dass Rechtsverhältnisse mit Lebensverhältnissen gewöhnlich nicht völlig übereinstimmen. Deswegen beginnt die Rechtsfortbildung unmittelbar nach der Kodifikation. So ist das dispositive Recht in folgenden Fällen nicht in der Lage, Vertragslücken zu schließen:

Erstens: Für den in concreto vorliegenden Vertragstyp existiert keine passende gesetzliche Regelung, so z.B. bei atypischen, gesetzlich nicht geregelten Schuldverhältnissen. Ein Rückgriff auf dispositives Recht scheidet schon aus diesem Grund aus.⁶⁵⁵ Zwei BGH-Urteile⁶⁵⁶ in Deutschland betrafen z.B. Leasingverträge, in denen eine unangemessen hohe und daher gemäß § 10 Nr. 7 a AGBG unzulässige Abschlusszahlung für den Fall der Kündigung des Leasingnehmers vereinbart war. Der VIII. Senat hat in beiden Fällen festgestellt, dass zwar die unwirksame Klausel entfalle, dass aber der Leasingnehmer jetzt nicht etwa gar keine Abschlusszahlung zu erbringen habe, sondern dass er am Anschaffungsaufwand und der Gewinnerwartung des Leasinggebers angemessen zu beteiligen und Umfang und Art dieser Beteiligung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung festzulegen seien.⁶⁵⁷ In der sog. Tagespreisklauselentscheidung⁶⁵⁸ hat der BGH festgelegt: „Die Lücke in einem Vertrag, die durch die Unwirksamkeit einer Klausel in AGB entsteht, kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden, wenn konkrete gesetzliche Regelungen zur Ausfüllung der Lücke nicht zur Verfügung stehen und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen des Klausel-Verwenders und des Kunden Rechnung tragenden Lösung führt.“ In diesem Fall ist eine Einordnung der neuen oder atypischen Verträge in die gesetzlichen typischen Verträge durch Kombination oder Vermischung (z.B. § 124 CVG) schwer zu erreichen.

⁶⁵⁵ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG, Rdnr. 35

⁶⁵⁶ BGHZ 82, 121; BGH NJW 1982, 1747

⁶⁵⁷ Vgl. J. Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 137

⁶⁵⁸ Vgl. BGHZ 90, 69

Zweitens: Der konkrete Vertrag weicht vom Vorstellungsbild des Gesetzgebers in wesentlicher Hinsicht ab, obwohl eine gesetzliche Regelung vorhanden ist.⁶⁵⁹ Eine richterliche Vertragsergänzung mit dem Ergebnis einer Haftungsbeschränkung bei einer gegen § 11 Nr. 7 AGBG⁶⁶⁰ verstoßenden Klausel wird hier wohl nicht generell für unzulässig gehalten.⁶⁶¹

Aus der Entstehungsgeschichte des § 6 Abs. 2 AGBG ist auch abzuleiten, dass ergänzende Auslegung nicht unzulässig ist, „soweit die Bestimmungen ... unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften, in Ermangelung von solchen nach der Natur des Vertrages“⁶⁶², obwohl der BT-Rechtsausschuss mit folgender Begründung den letzten Halbsatz mit dem Verweis auf die Natur des Vertrags gestrichen hat: „Nach Auffassung des Ausschusses reicht es aus, in Absatz 2 zu bestimmen, dass an die Stelle der unwirksamen Bestimmungen die gesetzlichen Vorschriften treten. In Ermangelung von solchen ermöglicht bereits § 157 i.V.m. § 133 BGB eine ergänzende Vertragsauslegung.“⁶⁶³

Nach § 125 CVG sind einschlägige Vertragsbestimmungen (systematische Auslegung)⁶⁶⁴, Vertragszweck (Zweckauslegung)⁶⁶⁵, Verkehrssitten⁶⁶⁶ und das Gebot von Treu und Glauben⁶⁶⁷ bei Ermittlung des wahren Sinns von Vertragsklauseln neben der Wortwahl⁶⁶⁸ mit zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass bei Individualverträgen „der wahre Sinn“ nicht ausschließlich den subjektiven Sinn der Vertragsparteien meint, sondern unter Umständen mit Berücksichtigung der Verkehrssitten und des Gebots von Treu und Glauben auch den hypothetischen Sinn. Bei Verträgen unter Verwendung von Formulklauseln ist die ergänzende Auslegung aus der generalisierenden Perspektive anhand der Verkehrssitten und des Gebots von Treu und Glauben erlaubt, was von der chinesischen Literatur auch umfassend anerkannt wird. Insofern strahlt § 125 CVG auch auf die von § 41 CVG vorgeschriebenen Auslegungsmethoden für Formulklauseln aus.

III. Gesamtnunwirksamkeit wegen unzumutbarer Härte als Ausnahmefall

1. Unzumutbare Härte im deutschen AGB-Recht

Lücken aus der Unwirksamkeit von AGB werden anhand der Heranziehung von dispositivem Recht und ergänzender Auslegung ungeachtet der konkreten einzelnen Umstände generalisierend und abstrakt gefüllt. Aber das Festhalten am gesamten Vertrag kann zur Unzumutbarkeit für eine der Vertragsparteien führen. Wenn der Verwender die gesetzliche Schranke einer AGB-Klausel schon kennt oder kennen muss und sie dennoch übermäßig in Verwendung bringt, bedeutet alle Benachteiligung und Erfüllungserschwerung, welche aus der Lückenfüllung wegen der unwirksamen Klausel resultiert, für den Verwender auf keinen Fall eine unzumutbare Härte, sonst würde der Zweck der Inhaltskontrolle, den Verkehr von unangemessenen AGB freizuhalten, vereitelt. In diesem Sinne setzt die Anwendung der unzumutbaren Härte für den Verwender voraus, dass der Verwender bei Verwendung der

⁶⁵⁹ Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG, Rdnr. 35; J. Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 164

⁶⁶⁰ Nun § 309 Nr. 7 aber mit wesentlichen Veränderungen, vgl. Kapitel 6 V 3.

⁶⁶¹ Vgl. BGHZ 96 18, 26 f.

⁶⁶² BT-Drucks. 7/3919, S. 4

⁶⁶³ BT-Drucks 7/5422, S. 5, zu § 6 AGBG

⁶⁶⁴ Vgl. § 1161 code civil; auch im römischen Recht: „falsa demonstratio nocet“ und „protestatio declarationi“

⁶⁶⁵ Vgl. § 1158 code civil; Art. 8 (1) UN-Kaufrecht

⁶⁶⁶ Vgl. § 157 BGB; §§ 1159, 1160 code civil; Art. 1-205 UCC; Art. 8 (3) und 9 UN-Kaufrecht

⁶⁶⁷ Vgl. § 157 BGB; Art. 7 (1) UN-Kaufrecht

⁶⁶⁸ Vgl. § 133 BGB; § 1156 code civil; § 18 Abs. 1 Obligationsrecht im ZGB; § 98 TBGB (Taiwan)

AGB-Klauseln vernünftigerweise ihre gesetzliche Legitimation schon berücksichtigt hat, d.h. nur wenn er wegen untypischer Verkehrsumstände neue Klauseln verwenden muss, kann das Risiko der Inhaltskontrolle und Lückenfüllung nicht unbeschränkt zu seinen Lasten gehen. Für Kunden besteht diese Voraussetzung bei Beurteilung der unzumutbaren Härte nicht, weil sie auf den Inhalt der AGB-Klauseln keinen Einfluss nehmen können. In der Tat wurde unzumutbare Härte für Kunden bisher nur in wenigen Fällen bejaht, in denen auch die Gesamtnutzenwirksamkeit des Vertrags nach § 6 Abs. 3 ABGB (nun § 306 Abs. 3 BGB) festgestellt wurde.⁶⁶⁹

„Was die Rechtsnatur angeht, so sollte ‚unzumutbare Härte‘ eine dauernde vernichtende Einrede, aber keine Einwendung sein, weil eine Partei sich entscheiden muss, ob ihr das Festhalten am gesamten Vertrag nach Eingreifen des dispositiven Rechts oder ergänzender Auslegung unzumutbar ist.“⁶⁷⁰ Insofern muss sich die Vertragspartei darauf berufen, um sich vor unzumutbarer Härte zu schützen.

2. Rechtsfolge bei Gesamtnichtigkeit wegen unzumutbarer Härte nach dem deutschen und dem chinesischen Vertragsrecht

Bei der Gesamtnichtigkeit wird die Frage aufgeworfen, ob ein Anspruch auf Schadensersatz aus *culpa in contrahendo* (§ 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB, § 42 CVG) erhoben werden kann. M.E. sollte hier im Grunde kein Anwendungsraum für einen Anspruch auf Schadensersatz aus *c.i.c.* gegen den Verwender bestehen, weil Haftung aus *c.i.c.* ein Verschulden bei Vertragsverhandlung voraussetzt, aber ein Verschulden des Verwenders gerade die Berufung auf unzumutbare Härte nach § 306 Abs. 3 BGB ausschließt. Ein Anspruch aus *c.i.c.* für die Kunden sollte nur dann bejaht werden, wenn den Verwender wegen des zum Eingreifen von § 306 Abs. 3 BGB führenden fehlerhaften Vertragsschlusses ein Vorwurf treffen kann. „Das folgt aus der Verantwortlichkeit des Verwenders als Initiator der AGB-Verwendung für Vertragsmängel, die auf der Unvereinbarkeit von vorformulierten Vertragsbedingungen mit dem AGB-Recht beruht.“⁶⁷¹

In der chinesischen Rechtspraxis sind Vertragsparteien des Verwenders von Formulklauseln berechtigt, bei Gesamtnutzenwirksamkeit der unter Einbeziehung von Formulklauseln zustande gekommenen Verträge aufgrund der Haftung wegen *c.i.c.* nach §§ 58 Abs. 2 und 42 Abs. 3 CVG Schadensersatz zu verlangen. Liegt bei beiden Vertragsparteien kein Verschulden vor, so sind sie verpflichtet, einander nach § 58 Abs. 1 CVG die geleisteten Sachen zurückzugewähren und bei Unmöglichkeit den entsprechenden Betrag zu erstatten.

3. Verhältnis der unzumutbaren Härte zum Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im deutschen Recht

Seitdem *Paul Oertmann* im Jahre 1921 in seiner Schrift die Theorie von der „Geschäftsgrundlage“ aufgestellt hat, wird dieses Rechtsinstitut von der deutschen

⁶⁶⁹ Vgl. BGH WM 1996, 2018 2020 (Unzumutbares Ungleichgewicht zwischen Leistung und Preis); in: Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 6 ABGB, Rdnr. 51 (Äquivalenzstörungen); Torsoverträge und Sicherungsvereinbarung, in: Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 ABGB, Rdnr. 50 ff.; auch z.B. Automatenaufstellungsvertrag in: BGHZ 51, 55

⁶⁷⁰ H. Roth, Vertragsänderung, S. 70

⁶⁷¹ Zur *cic*-Haftung in diesen Fällen BGH NJW 1988 197, 198; 1984 2816, 2817 und BGHZ 99 101, 107 = NJW 1987 639; OLG Oldenburg WM 1996 1397, 1398; Brandner FS Oppenhoff, S. 11 ff.; zitiert nach Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 ABGB, Rdnr. 49

Rechtsprechung in weitem Umfang anerkannt, vor allem in Dauerschuldverträgen wie z.B. Miet- und Pachtverträgen. Nach Inkrafttreten des SMG wurde diese Gesetzeslücke im BGB durch den neuen § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) geschlossen, welcher eine kodifizierte Grundlage für die Anwendung dieses Rechtsinstituts bildet.

Deswegen sind die Voraussetzungen für die Anwendung der „unzumutbaren Härte“ nach § 306 Abs. 3 BGB und den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB im Rahmen des BGB abzugrenzen. Die Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB umfasst sowohl die subjektive Vorstellung bei Vertragsabschluss als auch die objektiven grundlegenden Umstände, deren Veränderung z.B. durch einen tiefgreifenden politischen Wandel (Wiedervereinigung Deutschlands), schwere Wirtschaftskrisen und Inflation, Revolution⁶⁷², Krieg, Natur- und Umweltkatastrophen bewirkt werden kann.⁶⁷³ Insofern ist zwischen beiden Arten der Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag wie folgt zu unterscheiden: Bei der Beurteilung der unzumutbaren Härte nach § 306 Abs. 3 BGB sind die subjektiven Vorstellungen bei Vertragsabschluss nicht zu berücksichtigen, weil es bei Abschluss eines durch Einbeziehung von AGB zustande gekommenen Vertrags auf die generalisierende abstrakte Auslegung der AGB ankommt. Bei der Beurteilung der unzumutbaren Härte nach Vertragsschluss kommt es auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Unwirksamkeit, aber nicht auf denjenigen des Vertragsabschlusses an.⁶⁷⁴ Demgegenüber ist die Geschäftsgrundlage aus einem subjektiven Blickwinkel so zu verstehen, dass eine Partei oder beide Parteien Vorstellungen über das Vorhandensein oder den künftigen Eintritt bestimmter Umstände haben, auf denen ihr Geschäftswille aufbaut. Zu beachten ist, dass diese Vorstellungen bei Vertragsschluss zutage treten müssen, ohne Vertragsinhalt zu werden. Sofern sie nur bei einer Partei bestehen, müssen sie der anderen erkennbar sein und dürfen von ihr nicht beanstandet werden.⁶⁷⁵ In § 313 Abs. 2 BGB ist festgelegt, dass die Störung der Geschäftsgrundlage bestimmte subjektive Tatbestände umfasst (sofern es sich um „wesentliche Vorstellungen“ handelt).⁶⁷⁶ Die objektive Geschäftsgrundlage betrifft, wie oben schon dargelegt, vor allem die Hauptleistungspflichten wie z.B. die Preis-Leistungsäquivalenz. Ihre Veränderung bildet den Hauptbestandteil des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Da AGB in der Regel nur Nebenabreden regeln, soll die objektive Geschäftsgrundlage die Fortgeltung von AGB, wenn sie der Inhaltskontrolle standhalten können, normalerweise nicht berühren. Auch wenn sich eine unzumutbare Härte aus dem Ungleichgewicht zwischen Preis und Leistung ergibt, ist dieses Problem durch Lückenfüllung infolge unwirksamer AGB zu lösen, aber nicht durch das Institut der Veränderung der objektiven Geschäftsgrundlage.

In diesem Sinne stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von § 306 Abs. 3 BGB zu § 313 BGB nicht, weil die Anwendungsvoraussetzungen unterschiedlich sind, und auch AGB-Bestandteile nicht nachträglich wegfallen können, sondern von vornherein unwirksam oder nicht einbezogen sind.⁶⁷⁷ Insofern besteht in Bezug auf die Unzumutbarkeit, am Vertrag festzuhalten, keine Anspruchgrundlagenkonkurrenz zwischen §§ 313 und 306 Abs. 3 BGB.

Es ist darauf hinzuweisen, dass wenn die Anwendung der Bestimmung des § 313 BGB von einer AGB-Klausel ausgeschlossen wird, diese Klausel nichtig ist, da es sich bei § 313 BGB um *ius cogens* handelt.

⁶⁷² BGH NJW 1984, 1747

⁶⁷³ Handkommentar-Schulze, § 313 BGB, Rdnr. 3

⁶⁷⁴ Vgl. H. Roth, Vertragsänderung, S. 70

⁶⁷⁵ BGHZ 128, 236; BGH NJW 97, 323

⁶⁷⁶ Handkommentar-Schulze, § 313 BGB, Rdnr. 2

⁶⁷⁷ Staudinger-Schlosser, § 6 ABGB, Rdnr. 20

4. Einführung der Vorschrift über den Ausnahmefall der unzumutbaren Härte ins CVG

Wenn wie oben vorgeschlagen, das CVG um eine Vorschrift zur Lückenfüllung mittels dispositivem Recht ergänzt wird, so ist auch eine neue Vorschrift über den Ausnahmefall der unzumutbaren Härte hinzuzufügen. Aus Gründen der Gesetzessystematik und -vollständigkeit ist es erforderlich, dass das Formular Klausel-Recht im CVG eine Regelung über den Ausnahmefall der unzumutbaren Härte enthält.

Obwohl ein dem deutschen Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage ähnliches Institut im CVG nicht kodifiziert ist, wird es von der chinesischen Rechtsprechung unter der Bezeichnung „Veränderung der Vertragsumstände“ anerkannt.⁶⁷⁸ Deswegen ist wie in Deutschland zwischen dem Anspruch wegen unzumutbarer Härte bei Festhalten am unter Verwendung von Formular Klauseln zustande gekommenen gesamten Vertrag und dem Anspruch wegen Veränderung der Vertragsumstände zu unterscheiden. Formular Klauseln, durch die die Vertragsänderung wegen Änderung der Vertragsumstände verboten ist, sind unwirksam, da sie gegen den Grundgedanken des Gerechtigkeitsprinzips verstoßen.

⁶⁷⁸ Vgl. Kapitel 6 VI 2. d (iii.)

Kapitel 10: Verbandsklage in Deutschland und Repräsentantenklage in China als kollektive Klageformen

I. Schutz überindividueller Interessen als Inhaltskontrollziel von AGB und Formularklauseln

Der Zweck der Inhaltskontrolle beschränkt sich nicht auf individuelle Interessen, Sie bezweckt auch überindividuelle Interessen, nämlich, eine informationssymmetrische Marktordnung zugunsten von allen Vertragsparteien, die sich den missbräuchlichen Klauseln unterwerfen könnten.

Wie oben bereits dargelegt, ist Inzidentkontrolle im Individualstreit nicht ausreichend für den Zweck der Inhaltskontrolle, weil der jeweilige Vertragspartner des Verwenders nur das individuelle Interesse bezweckt, persönliche Vermögensverluste zu vermeiden, ohne dass eine Musterentscheidung herbeigeführt werden soll. Zudem werden Verbraucher häufig wegen des Kostenrisikos und der Verfahrensdauer von einem Rechtsstreit abgehalten. Eine gerichtliche Entscheidung entfaltet wegen der subjektiven und objektiven Grenzen der Rechtskraft keine allgemeine rechtliche Wirkung; die faktische Wirkung oberer Instanzgerichte ist zu gering, besonders unter Berücksichtigung der Rechtsnatur von Präjudizien im Kodifikationsrechtssystem.

1. Überindividuelle Interessen als Schutzzweck des Zivilprozesses

Nach dem klassisch-liberalen Modell bezweckt das Zivilprozessrecht vor allem den Schutz individueller subjektiver Rechte. Aber diesem Gedanken ist auch immanent, dass sich das allgemeine Beste aus der Interessenverfolgung vieler Einzelner entwickelt.⁶⁷⁹ Da der Zivilprozess nicht nur der Durchsetzung subjektiver Rechte des Einzelnen dient, sondern auch der Bewährung des objektiven Rechts, ist festzustellen, dass diese Bewährung nicht Selbstzweck ist, sondern zum Wohle der Gemeinschaft geschieht. So sind Individualrechtsschutz und Gemeinschaftsinteresse, subjektive Rechtsdurchsetzung und Bewährung des objektiven Rechts keine Gegensätze. Deswegen wird von der sozialen Dimension des Zivilprozesses gesprochen.⁶⁸⁰

Obwohl durch Verfolgung der Individualinteressen gleichzeitig allgemeine Interessen angestrebt werden können, entsprechen Individualklagen, aus denen sich kaum übersehbare individuelle Entscheidungen ergeben, aus der prozesualen Perspektive nicht dem Zweck der abstrakten prozesualen Kontrolle von missbräuchlichen standardisierten Klauseln. „Deshalb entspricht die Forderung nach einer Einführung oder einem weiteren Ausbau von ‚kollektiven‘ Klagemöglichkeiten der Einsicht, dass alle materiellrechtlichen Vorkehrungen und Maßnahmen zur Regulierung oder Kontrolle der im Regelungsbereich des allgemeinen Zivilrechts vorfindbaren „typischen Ungleichgewichtslagen“ zwischen Anbietern und Endverbrauchern letztlich unzureichend bleiben, sofern sie keine Entsprechungen auf dem prozesualen Sektor finden.“⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Vgl. L. v. Ihering, Der Kampf ums Recht, 1874, S. 46 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. K. Göbel, Prozesszweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozess, 1980, S. 65 ff.

⁶⁸¹ P. Gilles, Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucher- verbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZZP 1985, S. 1

2. Kategorien überindividueller Interessen aus der Sicht der Inhaltskontrolle

Inhaltskontrolle bezweckt Vertrags- und Marktordnung einschließlich dem Schutz subjektiver Rechte. Wegen der massenhaften Verbreitung von AGB in Deutschland und Formular-klauseln in China unterwirft sich die Vertragsordnung der Gefahr, dass Verträge zum Mittel für den Missbrauch der Vertragsfreiheit werden. Da das Ungleichgewicht zwischen dem Verwender und seinen Vertragsparteien immer größer geworden ist, beschränkt sich die Gefahr nicht auf irgendwelche bestimmte Marktteilnehmer. In der Tat betrifft diese Gefahr alle, die im Markt von allerart Rechtsgeschäften leben. Deswegen wird aufgrund der Inhaltskontrolle die Vertragsordnung im Sinne überindividueller Interessen gefördert, welche zusammen mit Wettbewerb und Eigentum grundlegendes Element des Marktes ist. Träger des öffentlichen Interesses ist die Gesamtheit aller Marktteilnehmer, denen die Inhaltskontrolle Nutzen bringt.

Außerdem gewinnen Verbände in Deutschland in der Gesellschaftsordnung seit langem an Bedeutung. In China spielen Verbände mit Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft seit mehr als zwanzig Jahren ebenfalls eine wichtige Rolle. Verbandsinteressen, die zugunsten ihrer Mitglieder durchgesetzt werden, treten in der Form in Erscheinung, dass mehrere Personen sich zu einer Organisation zusammenschließen, welche in ihrem Namen oder durch Übertragung einzelner Rechte an sich den Schutz ihrer gemeinsamen Interessen verfolgt. Auffällig ist, dass Verbraucherverbände die wichtigste Organisation für Inhaltskontrollen in Deutschland sind. Da jeder Bürger Verbraucher ist,⁶⁸² bedeuten Verbraucherinteressen auch öffentliche Interessen, die neben den besonderen konkreten Interessen der einzelnen Verbraucher stehen.

In Deutschland steht die Aufgabe der Inhaltskontrolle von AGB zur Förderung gewerblicher Interessen neben den Verbraucherschutzorganisationen auch wirtschaftlichen Organisationen wie z.B. Handels-, Industrie- und Handwerkskammern oder anderen Organisationen zu. Aber der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt hauptsächlich auf ihren eigenen Brancheninteressen, welche sich in Deutschland historisch durch Selbstverwaltung herausgebildet haben.

Zu beachten ist, dass das Handels- und Industrieverwaltungsamt in China Regierungsorgan ist. Das der deutschen Industrie- und Handelskammer entsprechende Organ ist die Vereinigung der chinesischen (privaten) Industrie- und Handelsunternehmen.

II. Prozessuale Möglichkeiten der Inhaltskontrolle zum Zweck des Schutzes überindividueller Interessen

Im Zivilprozessrecht haben sich mehrere Rechtsinstitute zum Schutz überindividueller Interessen herausgebildet. So ist z.B. in den USA die „*class action*“ seit 1966⁶⁸³ populär geworden⁶⁸⁴ und die Verbandsklage gilt als wichtigste Form zum Schutz überindividueller Interessen nicht nur in Deutschland, sondern in fast allen Ländern Europas.⁶⁸⁵ In China schreiben die §§ 54 und 55 CZPG die Repräsentantenklage vor, welche der amerikanischen

⁶⁸² Palandt-Heinrichs, § 13 BGB, Rdnr. 1

⁶⁸³ Die class action ist in Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure (1966) vorgeschrieben.

⁶⁸⁴ Konkrete Statistik über class action in den USA s. Deborah R. Hensler, Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation, in: Duke Journal of Comparative & International law, Vol. 11, S. 179

⁶⁸⁵ Vgl. Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg), Die Bündelung gleichgerichteter Interesse im Prozess, 1999; S. Wtodyka, Verbandsklage im Zivilprozess der Osteuropa – Länder, ZZP 1983, S. 25 ff.

class action nachgebildet ist.⁶⁸⁶ Dieses Klageinstitut diente ursprünglich nicht sehr als Unterlassungsklage zur Inhaltskontrolle von Formarklauseln, sondern als Leistungsklage auf Schadensersatz. Daneben gibt es in Europa noch andere Alternativen zum Schutz überindividueller Interessen wie z.B. Musterklage und Popularklage⁶⁸⁷. Außerdem spielen die traditionellen Verfahrensinstitute wie Streitgenossenschaft, Klagebindung (*joinder*) und Prozessstandschaft eine Rolle. Nicht zu übersehen ist, dass solche traditionellen Klageformen wenig Anwendung bei der Inhaltskontrolle finden.

1. Verbandsklage

„Die Verbandsklage als kodifiziertes Rechtsinstitut hat eine Geschichte von mehr als 100 Jahren. Das UWG von 1896 räumte das Recht, die auf Unterlassung von Wettbewerbsverstößen nach seinen §§ 1 und 3 gerichteten Ansprüche geltend zu machen, außer den Mitbewerbern auch den rechtsfähigen, Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen’ ein. Grund hierfür war, dass durch solche Verstöße nicht nur die Interessen des einzelnen Mitbewerbers, sondern die aller im Verband Zusammengeschlossenen betroffen werden und schließlich, dass das Einschreiten angesehener und sachkundiger Organisationen besonders abschreckend wirke.“⁶⁸⁸ „1965 wurde das Verbandsklagerecht dann auf bestimmte Verbraucherverbände, 1986 auf die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern erstreckt. Mit dem AGBG von 1976 wurde die Klagebefugnis von Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden auf die Inhaltskontrolle von AGB ausgedehnt; zur Geltendmachung von Kartellverstößen wurde in § 35 III GWB (jetzt: § 33 S. 2 GWB) ein Klagerecht der Wirtschaftsverbände geschaffen.“⁶⁸⁹ Zur Zeit sind die anspruchsberechtigten Stellen für Unterlassungsklagen hinsichtlich unbilliger AGB in Deutschland in § 3 UKlaG aufgelistet.

Nach § 9 GWB bedürfen Vereinbarungen und Beschlüsse der in den §§ 2 bis 4 Abs. 1 bezeichneten Art sowie ihre Änderungen und Ergänzungen zur Freistellung vom Verbot des § 1 der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Nachdem das AGBG 1979 in Kraft trat, hat sich die Effizienz der Überwachung der Bundeskartellbehörde deutlich verbessert.⁶⁹⁰ Die AGB-Verbandsklage nach dem § 13 AGBG (nun § 3 UKlaG), welche eine Durchbrechung des Prinzips darstellt, dass die Klagebefugnis beim selbst und unmittelbar Betroffenen zu monopolisieren ist, ist die Antwort des Gesetzgebers auf den Befund, dass Vertragsgestaltung durch in Bezug genommene AGB nicht selten missbräuchliche Vertragsgestaltung ist, von individueller Interessenwahrnehmung allein aber keine hinreichende Missbrauchsabwehr erwartet werden kann. Das Institut der AGB-Verbandsklage und seine Ausgestaltung im UKlaG entspricht in vollem Umfang der Vorgabe von Art. 7 I und II RiLi über missbräuchliche Klauseln. „ In der rechtspolitischen Diskussion des AGBG vor und während des Gesetzgebungsverfahrens herrschte Einigkeit über die Notwendigkeit eines Inhaltskontrollverfahrens außerhalb von Individualprozessen und unabhängig von Individualrechtsbeziehungen. Kontrovers war nur, welcher Art die institutionelle Korrektur sein sollte. Dabei konkurrierten vor allem zwei Grundmodelle: das einer umfassenden verwaltungsbehördlichen Präventivkontrolle von AGB und das Verbandsklagemodell. Der Gesetzgeber entschied sich schließlich einmütig für die Verbandsklagelösung, die fraglos dem

⁶⁸⁶ Vgl. Class Action Litigation in China (Note), in: Harvard Law Review, 2002, Vol. 115, S. 1523 ff.

⁶⁸⁷ Vgl. Rehbinder/Burgbacher/Knieper, Bürgerklage im Umweltrecht, 1972, S. 68 ff.

⁶⁸⁸ R. Greger, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik, ZZP 2002, S. 401

⁶⁸⁹ R. Greger, a.a.O. S. 401 und 402

⁶⁹⁰ Vgl. H.-J. Bunte, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz – Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren, AcP 181, S. 60 f.

Strukturmodell der ‚Privatrechtsgesellschaft‘ entspricht und damit eine systemkonformere Lösung ist. ⁶⁹¹

2. *class action* (Gruppenklage)

Gruppenklagen, sog. *class actions*, finden sich vor allem im Recht der USA⁶⁹², Kanadas⁶⁹³ und Australiens⁶⁹⁴. Die US-amerikanische *class action* ist eine Klageart⁶⁹⁵, bei der eine oder mehrere Personen, welche durch gleichartige Ansprüche miteinander verbunden sind, in eigenem Namen und zugleich als Vertreter einer Gruppe (*class*) auftreten. In dem Verfahren wird dann bindend über die Ansprüche sämtlicher Mitglieder der Gruppe entschieden. Die Gruppe kann sowohl auf der Kläger- als auch auf der Beklagenseite bestehen, letzteres ist aber deutlich seltener. Die Zulässigkeit solcher Klagen hängt regelmäßig von der ausdrücklichen Zustimmung durch das Prozessgericht ab, die nur unter engen Voraussetzungen erteilt wird.⁶⁹⁶ „*These class actions differ from traditional representative litigation in that many class members have obtained individual legal representation and filed their own lawsuits prior to class certification.*“⁶⁹⁷

3. Repräsentantenklage (*daibiaoren susong*) in China

Nach den §§ 54 und 55 CZPG lässt sich die Repräsentantenklage in China in zwei Typen teilen, nämlich die Repräsentantenklage für bestimmte und für unbestimmte Vertretene. Unter der ersteren ist zu verstehen, dass ein Repräsentant zur Prozessführung gewählt wird, wenn die Anzahl der Parteien auf einer Seite eines gemeinsamen Prozesses groß, aber bestimmt ist. Wenn die Streitgegenstände gleichartig sind und die Anzahl der Parteien auf einer Seite groß aber bei Klageerhebung noch nicht bestimmt ist, kann das Volksgericht in einer Bekanntmachung die Umstände des Falles und das Klageverlangen erklären und die Berechtigten auffordern, sich innerhalb einer Frist beim Volksgericht registrieren zu lassen. Beim Volksgericht registrierte Berechtigte können dann einen Repräsentanten zur Führung des Prozesses wählen; falls die Wahl eines Repräsentanten nicht gelingt, kann das Volksgericht in Verhandlungen mit den Berechtigten, die sich an der Registrierung beteiligt haben, einen Repräsentanten bestimmen.

⁶⁹¹ Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, Vorbemerkung vor § 13 AGBG, Rdnr. 5

⁶⁹² Es gibt eine unübersehbare Anzahl von Aufsätzen und Monographien über Class Action in den USA, etwa: Baetge/Eichholtz in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 288 ff; Aufsätze im internationalen Seminar über class action veröffentlicht in Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11 Spring/Summer 2001; Peterson/Zekoll, Mass Torts, 42 American Journal of Comp. Law S. 78 ff. (1994); Brönnek (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, S. 13 ff.; H. Schneider, Class Actions – Rechtspolitische Fragen in den USA und Anerkennung in Deutschland, Diss. 1999; R.A. Nagareda, Autonomy, Peace, and Put Options In The Mass Tort Class Actions; und Reponse: D. Rosenberg, Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option For Mass Tort Cases, in: Harvard Law Review, 2002, Vol. 115

⁶⁹³ Otario Class Proceedings Act 1992; British Columbia Class Proceedings Act 1995; Quebec Act Respecting the Class Actions 1979, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), a.a.O. S. 379 ff.

⁶⁹⁴ Federal Court of Australia Amendment Act 1991; Victoria Supreme Court Act 1986 (Sec. 34 und 35); South Australia Supreme Court Rules, Rule 34. Einzelheiten im Länderbericht von Sappideen, XIVth Internat. Congress of Comparative law, 1994, S. 13 ff. in: T. Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, S. 13 (Fn. 56)

⁶⁹⁵ Baetge/Eichholtz, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interesse im Prozess, S. 288

⁶⁹⁶ Vgl. B. Heß, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, JZ 2000, S. 373 und 374 f.

⁶⁹⁷ D.R. Hensler, Revisiting the Monster, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11, S. 183

Die folgende in der *Harvard Law Review* veröffentlichte Ansicht⁶⁹⁸:

„Although formally called daibiaoren susong (representative lawsuits), many Chinese commentators and press accounts use the terms jituan susong or jituanxing susong (class action), especially when referring to suits in which the number of plaintiffs is not fixed; jituan susong is the term Chinese commentators use to describe class actions in the United States.“

ist nicht völlig korrekt. Auf die Unterschiede zwischen der *class action* in den USA und der Repräsentantenklage in China wird im Folgenden näher eingegangen.

Zu beachten ist, dass die Repräsentantenklage in China sich von der „*representative action*“ im englischen Prozessrecht nach Order 15, Rule 13. R.S.C.⁶⁹⁹ unterscheidet. Danach erlaubt das englische Prozessrecht in einem sehr beschränkten Umfang die Erhebung einer Klage durch Personen, die nicht Inhaber des materiellen Anspruchs sind, zugunsten anderer Personen, die anspruchsberechtigt sind. Voraussetzung ist dabei, dass diese Personen daran gehindert sind, selbst zu Parteien des Verfahrens zu werden, weil sie bzw. ihr Aufenthaltsort nicht ermittelbar sind.⁷⁰⁰

III. Vergleich zwischen Verbandsklage und Repräsentantenklage unter Berücksichtigung der *class action*

1. Klage- und Prozessführungsbefugnis von Verbänden und Repräsentanten

a. Meinungsstand über Klagebefugnis von Verbänden bei der Verbandsklage in Deutschland

Nach traditioneller Auffassung liegt der Klagebefugnis einer Prozesspartei ein dementsprechender materiellrechtlicher Anspruch zugrunde. Aber bei der Verbandsklage fällt auf, dass Verbänden ein eigener Anspruch im Sinne des traditionellen Zivilrechts fehlt. Um die Verbandsklagebefugnis mit der traditionellen Anspruchstruktur in Einklang zu bringen, haben die deutschen Juristen große Bemühungen gezeigt. *Gerlach* betont z.B. die „Besonderheit“ des Anspruchs von Verbänden bei der Verbandsklage, die nicht in einem normalen eigenen Interesse, sondern in einem besonders bestimmten „Sorge- und Ordnungsinteresse“ begründet sei. Die Ausübung des auf präventiven Schutz gegen unwirksame AGB gerichteten „abnormen materiellen Anspruchs“ diene dem Zweck der Wahrnehmung bestimmter Ordnungsinteressen.⁷⁰¹ *M. Wolf* entwickelt am Beispiel der UWG-Verbandsklage seine „sozialrechtliche“ Betrachtungsweise, wonach die klagebefugten Verbände ein Eigeninteresse geltend machen, und zwar ein verselbständigt Gruppeninteresse ihrer Mitglieder als einer Gruppe gleicher Interessenträger, das nicht mit der Wahrung dieses Eigeninteresses identisch sei. Erst durch die Wahrung dieses Eigeninteresses erfolge auch ein Schutz des Allgemeininteresses, so dass hier der Eigennutz für das öffentliche Interesse mobilisiert werde. Als Träger eines Gruppeninteresses steht den

⁶⁹⁸ Note in: *Harvard Law Review*, 2002, Vol. 115, S. 1523 (Fn. 2)

⁶⁹⁹ R.S.C. = Rules of the Supreme Court

⁷⁰⁰ Vgl. Ellger, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozess, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interesse im Prozess*, S. 107 ff.

⁷⁰¹ MüKo-Gerlach, § 13 UWG, Rdnr. 29 (zitiert nach K. Göbel, *Prozesszweck und AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozess*, 1980, S. 117 und 118)

verschiedenen Verbänden auch eine Klagebefugnis zu.⁷⁰² Ausgehend von der Verbandsklage, versucht Gilles,⁷⁰³ eine Kombination beider Momente zu erreichen. Dieses materielle Kollektivrecht macht dann der Verbraucherverband als fremdes Recht in eigenem Namen geltend. Aber auf der prozessualen Ebene beruht die Legitimation nicht auf einer Ermächtigung des Verbandes durch die verletzten Verbraucher, sondern auf ihrer gesetzlichen Stellung, die einer privaten Partei kraft Amtes entspricht.

Aber im Rahmen der Umsetzung der EG-RiLi über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen ist die Auseinandersetzung mit der Frage nach der Klagebefugnis von Verbänden beendet. Es heißt nicht mehr, „Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf können nur geltend gemacht werden von ...“, sondern „Die betreffenden Ansprüche ... stehen zu ...“.⁷⁰⁴ Dies bedeutet, dass es bei den Verbandsklagen nicht um die Geltendmachung (gebündelter) Individualansprüche der einzelnen Verbraucher, sondern um die Durchsetzung von kollektiven Ansprüchen, wie sie der Verband in eigener Rechtszuständigkeit wahrnimmt, geht.⁷⁰⁵ Das UKlaG hat diese Regelung auch uneingeschränkt übernommen (§ 3 UKlaG).

b. Klagebefugnis von Repräsentanten bei der *class action* im common law und Repräsentantenklage in China

Aus der *Rule 23 der Federal Rule of Civil Procedure (USA)* geht hervor, dass der Repräsentant durch die Verfolgung seiner eigenen Ansprüche auch diejenigen der *class* durchsetzt. Der Repräsentant wird in der *class action* also nicht – wie etwa bei einer normalen Stellvertretung – durch Überwachung seitens der von ihm repräsentierten Person motiviert, sondern durch sein eigenes Interesse an der Sache. Der Repräsentant muss deshalb zum einen selbst betroffen d.h. Mitglied der *class* sein. Zum anderen muss er Ansprüche geltend machen, die ähnlich auch den übrigen Gruppenmitgliedern zustehen. Der Anspruch des Repräsentanten muss aber nicht identisch sein mit denen der passiven Gruppenmitglieder.⁷⁰⁶ In diesem Fall spielt der eigene Anspruch des Repräsentanten im Gegensatz zu dem gebündelten Gruppeninteresse fast keine Rolle. Im Gegensatz zur Verbandsklage fällt auf, dass es bei der *class action* nicht vorwiegend um öffentliche Interessen, sondern um beschränkte Gruppeninteressen geht. Die Klagebefugnis steht dem Repräsentanten zu: entweder dadurch, dass das Gericht sie ihm unmittelbar zuteilt, wobei er aber der Überwachung seitens der Mitglieder unterliegt, oder dadurch, dass Mitglieder freiwillig aufgrund von „opt-in“ oder „opt-out“ dem Repräsentanten Klageführungsbefugnis erteilen oder entziehen.

Nach dem Wortlaut der §§ 54 und 55 CZPG hat der Repräsentant wie bei der *class action* bei einer Repräsentantenklage nur Klageführungsbefugnis, aber keine eigene allgemeine Klagebefugnis.⁷⁰⁷ In diesem Punkt unterscheidet sich die Repräsentantenklage von der

⁷⁰² M. Wolf, Klagebefugnis, S. 8 ff.

⁷⁰³ P. Gilles, Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei der neuen Verbraucherverbandsklage im deutschen Zivilrecht, zitiert nach Urbanzyk, Zur Verbandsklage im Zivilprozess, 1980, S. 45

⁷⁰⁴ Vgl. R. Greger, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik, ZZZP 2002, S. 403

⁷⁰⁵ Siehe Erwägungsgrund 20 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, auf den sich die Entwurf Begründung (S. 78) auch ausdrücklich bezieht, sowie Erwägungsgrund 2 der Unterlassungsklagerichtlinie 98/27/EG, in: R. Greger, a.a.O. S. 404

⁷⁰⁶ H. Schneider, Class Actions, S. 22 und 23

⁷⁰⁷ One Chinese academic stated that Chinese academic writing on class actions in the late 1980s, which drew heavily from American experience, played a role in spurring the adoption of class action procedures in the CPL. However, China apparently modelled CPL article 54 on Japanese law. See Wei Jiang/Jianguo Xiao, Guanyu

Verbandsklage in Deutschland. Obwohl der Repräsentant seinen eigenen Streitgegenstand betreffend eigene Klagebefugnis hat, hat diese im Gegensatz zu der ihm zustehenden Klageführungsbefugnis kaum Bedeutung.

Wie bereits dargelegt, geht es bei der Inhaltskontrolle hauptsächlich um den Schutz gesetzlicher Interessen. Aber die Repräsentantenklage ist vor allem auf Gruppeninteressen ausgerichtet, was sie von der Verbandklage unterscheidet. Hier stellt sich die Frage, welche Klageform (Verbandsklage oder Repräsentantenklage) für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China mehr geeignet ist. Unabhängig davon, ob der Anwendungsbereich der Verbandsklage sich auch auf Schadensersatz erstrecken soll, lässt sich feststellen, dass die Verbandsklage in Deutschland hinsichtlich der Klagebefugnis in Bezug auf Inhaltskontrollen der Repräsentantenklage in China überlegen ist, weil sie aufgrund einer eigenen Klagebefugnis, unabhängig von der Wahl von Repräsentanten und der Ermächtigung zur Klagebefugnis, durchgesetzt werden kann. In diesem Sinne empfiehlt es sich, bezüglich der Inhaltskontrolle von Formulklauseln die Verbandsklage in China einzuführen.

Bei der Rezeption fremder Rechtsinstitute ist jedoch Rücksicht auf die einheimische soziale Wirklichkeit zu nehmen, damit sich die fremden Rechtsinstitute nach der Rezeption an die einheimische Rechtsumwelt anpassen können. In diesem Sinne behauptet ein deutscher Jurist: „*It seems that in most continental European countries, an associations' suit is more easily compatible with traditional principles of legitimate representation, public responsibility, and procedural economy.*“⁷⁰⁸ In Deutschland hat sich die Verbandstheorie seit *v. Gierke*⁷⁰⁹ in vielerlei Hinsicht durchgesetzt. *Class action* im *common law* wird demgegenüber vor allem von den „*greedy lawyers*“ betrieben, die aufgrund von „*contingency fees*“ großen Gewinn erhoffen. Das Attorneysystem in den USA bildet einen wichtigen Anreiz für *class action*. Natürlich spielen auch die Verfahrenskosten eine wichtige Rolle. Nach Vorstellung des chinesischen Gesetzgebers soll die Repräsentantenklage in Abhebung zum Individualprozess vor allem einen Beitrag zum Schutz einer Vielzahl von Geschädigten leisten und gleichzeitig auch zur Stärkung der Sozialfunktion von Klagen beitragen.⁷¹⁰ Ob die Repräsentantenklage wirklich eine solche Sozialfunktion erfüllen kann, ist noch offen. Statistiken über Repräsentantenklagen zufolge,⁷¹¹ konzentrierte sich diese Klageform in China in den vergangenen Jahren vor allem auf den Anspruch auf Schadensersatz. Die Repräsentantenklage fand jedoch kaum Anwendung für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln. Neben den Gesetzesdefiziten und der richterlichen Zurückhaltung soll der Grund dafür darin liegen, dass die Vertragsparteien von Formulklauseln, wie oben dargelegt, fälschlicherweise davon ausgehen, dass Formulklauseln als Rechtsbestimmungen zu betrachten seien und nicht den Gegenstand einer Klage bilden können. Ohne einen diesbezüglichen Vorstellungswandel ist es nicht möglich, dass private Vertragsparteien auf dem Gerichtsweg Inhaltskontrollen verlangen. Weiterhin dürften die einzelnen Vertragspartner aus finanziellen und zeitlichen Gründen auch nicht in der Lage sein, eine Klage gegen die von Staatsorganen oder

Dabiaoren Susong De Jige Wenti (some issues regarding Representative Litigation), 1994 Faxuejia, No. 3, at 3, 3-4, in: Note, Harvard Law Review, 2002, Vol. 115, S. 1525, Fn. 16

⁷⁰⁸ G. Koch, Group Litigation Under EU and German Law, in: Duke Journal Of Comparative & International Law, 2001 Vol. 11, S. 366

⁷⁰⁹ Vgl. O.v. Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände, Berlin, 1902

⁷¹⁰ “Class action also demonstrates that plaintiffs may increasingly be using law to pursue their own interests and to force government action. Lawyers and Litigations are doing this not only by bringing lawsuits but also by combining lawsuits with petitioning of administrative organs and appeals to the press.” in: Har.L.R. Vol. 111, S. 1540 und 1541

⁷¹¹ “Since the passage of China’s 1991 Civil Procedure Law (CPL), which explicitly permits class action litigation, multiplaintiff groups have brought suits seeking compensation for harm caused by pollution, false advertising, contract violations, and securities law violations.” in: Harvard Law Review Vol. 111, S. 1523

Staatsunternehmen aufgestellten missbräuchlichen Formulklauseln zu erheben. Darüber hinaus gibt es in China eine lange Tradition der Harmonie in Beziehungen (*guanxi hexie*). Danach gelten Klagen, die von Privaten erhoben werden, als „böses Begehren“. Private Klagen zu vermeiden und sie durch andere Formen wie z.B. Vergleich oder Mediation, zu ersetzen, stellt einen der Kernbereiche der traditionellen chinesischen Rechtskultur dar.⁷¹² Dieses rechtskulturelle Element übt ebenfalls einen negativen Einfluss auf kollektive Klagen gegen unbillige Formulklauseln aus.

Weil Repräsentantenklagen gerade die Funktion von Sozialkontrolle immanent ist, bildet diese wiederum ein rechtspolitisches Hindernis, welches sich in China vor allem aus dem Sozialkontrollziel der KPCh, Rechtsfrieden zu schaffen, ergeben kann, da Repräsentantenklagen die Regierung ggf. unter starken Druck setzen können. Aus der Praxis ist auch abzuleiten, dass Repräsentantenklagen nicht hauptsächlich zum Zweck der Inhaltskontrolle eingesetzt werden. Insoweit wird hier die Frage wieder aufgeworfen, ob die Verbandsklage als alternative kollektive Klageform in China eingeführt werden soll.

Aus rechtssoziologischer sowie rechtspolitischer Sicht und unter Erwägung der Vor- und Nachteile zwischen Verbands- und Repräsentantenklage, ist eine Einführung der Verbandsklage in China vorzuschlagen. Einmal, weil bei der Verbandsklage Verbände anstelle von Privatpersonen Klage erheben, dies außerdem der sozialen Wirklichkeit in China entspricht und diese Klageart somit für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln geeignet ist. Dafür sprechen auch folgende Gründe:

Zum einen können Verbandsklagen das rechtspolitische Ziel der Inhaltskontrolle besser durchsetzen, da Verbände staatliche finanzielle Förderung erhalten und aufgrund ihrer Fachkompetenz sowie ihrer Satzung nach gegen missbräuchliche Formulklauseln kämpfen wollen und müssen. Die Klagebefugnis hierzu kann Verbänden wie z.B. Verbraucherschutzorganisationen durch gesetzliche Ermächtigung direkt erteilt werden. Angesichts der deutschen Erfahrung, dass Industrie- und Handelskammern in erster Linie gewerblichen Interessen bzw. dem übergeordneten Zweck der Wahrung kaufmännischer oder handwerklicher Sitte dienen und dass die Kammern nicht speziell für den Schutz kollektiver Verbraucherinteressen zuständig sind, obwohl sie sowie die Handwerkskammern in § 13 Abs. 2 UWG, § 13 Nr. 3 AGBG (nun § 3 UKlaG) als klagebefugte Einrichtungen ausdrücklich erwähnt sind, sollte mit Berücksichtigung der Natur dieser Einrichtungen in China, diesen keine Klagebefugnis zu Inhaltskontrolle zustehen. Außerdem hat das chinesische Industrie- und Handelsamt nach § 121 CVG bereits die Befugnis zur Vertragsüberwachung. Hier ist zwischen dem Wirtschafts-verwaltungsrecht und dem Privatrecht zu unterscheiden.

Zum zweiten könnten durch Einführung der Verbandsklage viele sich aus der Repräsentantenklage ergebende Nachteile vermieden werden, z.B. der Zeitaufwand für die Wahl eines oder mehrerer Repräsentanten, die Überwachung von Repräsentanten zur Vermeidung des Missbrauchs ihrer Klageführungsbefugnis. Weil Verbände ihre eigene Klagebefugnis haben, könnten sie unabhängig von ihren Mitgliedern oder anderen Individuen Klage gegen missbräuchliche Formulklauseln direkt einleiten.

Zum dritten entspricht die Verbandsklage der chinesischen Rechtskultur. Die gesellschaftliche Struktur in China wird als kollektiver Aufbau bezeichnet, d.h. es gab und gibt keinen ausreichenden Raum für Individuen zur freien Entfaltung ihrer subjektiven Rechte im Sinne der europäischen Rechtskultur. Staat und Familie stellten die zwei Pole der traditionellen

⁷¹² Vgl. Zhiping Liang, Wusong (Ohne Klage), in: ders.: Suche nach der Harmonie, S. 188 ff.

chinesischen Gesellschaft dar, dazwischen gab es keinen Raum für eine bürgerliche Gesellschaft. Bedingt durch die langjährige Unterdrückung sah sich das Individuum mehr als Objekt denn als Subjekt. „*Disputes have often been resolved collectively and informally. Additionally, Chinese courts have historically been inhospitable for adjudicating individual rights and individuals have often been reluctant to use the courts.*“⁷¹³ Insofern darf nicht erwartet werden, dass Individuen in der gegenwärtigen Phase gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklung die Initiative ergreifen, Klage gegen missbräuchliche Formular-klauseln einzureichen, die von sowohl wirtschaftlich als auch fachlich überlegenen Verwendern aufgestellt worden sind. Obwohl seit Einführung von Repräsentantenklagen sich deren Funktion im chinesischen Rechtsleben bereits verfestigt hat, bestehen, wie oben dargelegt, noch viele Hindernisse.

Eine rechtsvergleichende Forschung über Klageformen zum Schutz kollektiver Interessen in China ist auch nicht unproblematisch. Rechtsvergleich bedeutet im gegenwärtigen China vielmals eine einfache Transplantation amerikanischer Rechtsinstitute ohne rechtssoziologische Reflexion. Es fehlen immer noch Aufsätze und Monographien über die Verbandsklage in Europa (vor allem in Deutschland). Aufgrund des oben dargelegten Vergleichs empfiehlt es sich, die Verbandsklage unter Berücksichtigung der chinesischen Rechtswirklichkeit in China einzuführen. Auf die Abstimmung dieser beiden kollektiven Klageformen wird im Folgenden eingegangen.

c. Klageunterstützungsbefugnis von Verbraucherschutzorganisationen in China

Nach § 32 CVerbSG steht den Verbraucherschutzorganisationen in China keine eigene Klagebefugnis zu. Sie können Verbraucherinteressen nur dadurch schützen, dass sie die von Verbrauchern erhobenen Klagen unterstützen (*zhichi qisu*). Bei Rezeption von Verbandsklagen zum Zweck der Inhaltskontrolle von Formulklauseln bedeutet diese Vorschrift ein grundlegendes Hindernis. Dahinter versteckt sich eine Rechtspolitik, dass Verbraucherschutzorganisationen in China vor allem die Aufgaben erfüllen sollen, unbilliges Handeln im Markt zu überwachen und die Verbraucher zu informieren. Außerdem dürfen Verbraucherschutzorganisationen in China auf Antrag von Verbrauchern als Mediatoren zwischen diesen und Unternehmen fungieren (§ 34 Abs. 2 CVerbSG). In § 34 CVerbSG gibt es keinen Raum für eine Einführung der Verbandsklage aufgrund eigener Klagebefugnis. Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Zivilrecht und dem Verbraucherschutzrecht ist unter den chinesischen Juristen noch umstritten. Die unsystematischen, nur auf kurzfristige politische Ziele zugeschnittenen Gesetzgebungspläne haben dieses unklare Verhältnis noch verstärkt. Da Verbraucherschutz gegenwärtig eine der wichtigsten Aufgaben des allgemeinen Zivilrechts darstellt, ist dieses jedoch nicht nur als isoliertes Sonderrecht zu betrachten (vgl. §§ 13, 14 BGB). Insofern sollten die Verbraucherschutzorganisationen ermächtigt werden, zugunsten von Verbrauchern, d.h. allen Marktteilnehmern, aufgrund ihrer eigenen Klagebefugnis Klage zu erheben. Dadurch würde die Inhaltskontrolle von Formulklauseln aufgrund von Verbandsklagen, welche durch Verbände erhoben werden, grundlegend verbessert.

⁷¹³ Vgl. Albert Hung-Yee Chen, An Introduction To The Legal System Of The People's Republic China, 168 (1992); vgl. auch William C. Jones, The Great Qing Code 10-11 (1994) (Noting that during the Qing Dynasty, legal proceedings "could be quite dreadful for everyone, including the complainant"). Aber s. auch Philip Huang, Civil Justice In China 10 bis 15 (1996) (arguing that there was a significant volume of civil litigation in Qing Chian) in: Harvard Law Review, Vol. 111, S. 1523 f. und Fn. 14

Aufgrund der obigen Ausführungen ist vorzuschlagen, dass dem § 40 CVG ein neuer Absatz hinzugefügt wird, welcher wie folgt lauten könnte: „Verbraucherschutzorganisationen können den Anspruch auf Unterlassung der Verwendung und Empfehlung von missbräuchlichen Formarklauseln geltend machen.“ Dementsprechend sollte § 34 Abs. 5 CVerbSG wie folgt novelliert werden: „Verbraucherschutzorganisationen können auch Klagen auf Unterlassung der Verwendung oder Empfehlung von missbräuchlichen Formarklauseln erheben.“

Demzufolge würden in China zukünftig Verbandsklagen sowie auf Unterlassung unwirksamer Formarklauseln, als auch ausdehnend auf unlauteren Wettbewerb zugeschnitten sein, während Repräsentantenklagen vor allem Anwendung für Schadensersatzansprüche fänden. Wenn Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch gleichzeitig geltend gemacht werden müssen wie z.B. bei Umweltdelikten, könnte der Unterlassungsanspruch auch durch Repräsentantenklage geltend gemacht werden. Zwischen beiden auf Unterlassung gerichteten kollektiven Klageformen sollte kein Konflikt bestehen, da Unterlassungsansprüche unwirksamer Formarklauseln in der Verbandsklage einen selbständigen Streitgegenstand bilden, was die Vermeidung potentieller Schäden bezweckt. Der mit dem Schadensersatzanspruch zusammen geltend gemachte Unterlassungsanspruch dient demgegenüber dazu, bereits aufgetretene Schäden zu verringern und potentielle Schäden zu vermeiden.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Verbandsklage beschränkt sich zur Zeit in Deutschland auf den Unterlassungsanspruch sowie den Widerruf missbräuchlicher AGB. Aber seit Jahren gibt es eine heftige Auseinandersetzung darüber, ob die Verbandsklagebefugnis darüber hinaus auch Leistungsklagen auf Schadensersatz umfassen soll. Die überwiegende Meinung hat einer solchen Erweiterung des Anwendungsbereichs zugestimmt.⁷¹⁴ Im Gegensatz zum Anwendungsbereich von Verbandsklagen in Deutschland findet die Repräsentantenklage in China vor allem in folgenden Bereichen Anwendung: Produkthaftung, Verbraucherschutz, Umweltschutz, wirtschaftliche Verträge und verwaltungsrechtliche Konflikte mit lokalen Regierungen.⁷¹⁵ Zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wird die Repräsentantenklage seltener eingesetzt.

a. Unterlassung

In Deutschland kommt der Begriff der Unterlassung in zahlreichen Gesetzen vor wie z.B. in den §§ 12, 194, 198, 241, 862, 1004 BGB; §§ 1, 3, 6 a, 6 b, 13, 14, 21 UWG. „Unterlassung“ steht hier dem Begriff des „Tuns“ gegenüber. Die EU-RiLi über „Unterlassungsklagen zum Verbraucherschutz“ (1998) beschränkt sich nach wie vor auf Unterlassung, was der Rechtslage in Deutschland entspricht, wo mit der Verbandsklage ebenfalls nur Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung bzw. Widerruf im Falle des Empfehlers unwirksamer AGB geltend gemacht werden können, nicht dagegen Schadensersatzansprüche. Eine nähere Erläuterung des Begriffs der Unterlassungsklage gibt die Richtlinie in Art. 2.⁷¹⁶ Danach kommen drei verschiedene Rechtsschutzziele als Gegenstand einer Unterlassungsklage im Sinne dieser Richtlinie in Betracht. Gemäß Art. 2 I lit. a) kann eine Unterlassungsklage zunächst auf die Anordnung der Einstellung oder das Verbot eines Verstoßes abzielen. Dazu

⁷¹⁴ Hopt/Baetge, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage – in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 44 ff.

⁷¹⁵ Vgl. Note, Harvard Law Review, 2002, Vol. 115, S. 1528

⁷¹⁶ Vgl. D. Baetge, Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen, ZJP 1999, S. 345

gehören Anordnungen im Rahmen eines Dringlichkeitsverfahrens. Als weiteres Ziel einer Unterlassungsklage nennt die Richtlinie in Art. 2 I lit. b) Maßnahmen wie die vollständige oder teilweise Veröffentlichung der gerichtlichen bzw. verwaltungsbehördlichen Entscheidung sowie die Veröffentlichung einer Richtigstellung, um die andauernden Wirkungen des Verstoßes abzustellen. Schließlich können nach Buchstabe c) auch die unterschiedlichen Ausgestaltungen eines Zwangsgeldes, soweit das Recht des jeweiligen Mitgliedsstaates diese Möglichkeit vorsieht, Gegenstand einer Unterlassungsklage sein.

Nach der Meinung *Kochs*⁷¹⁷ gibt es in Deutschland drei Hindernisse für eine Ausdehnung der Verbandsklage auf Schadensersatzansprüche.

Erstens, „*The most important problem is the traditional understanding of damage as a means of purely compensating the victim (i.e., restoring the victim to his or her former position)*“.

Zweitens, “*there is the rather narrow notion of special damages that can only be awarded under European laws, in particular in Germany. Except for pain and suffering and violation of privacy, there is no possibility under German law for non-material damages that cannot be exactly calculated.*”

Zum Schluss, “*The distribution of a damage award among victims of a violation is a management-like procedure to which civilian courts are purportedly ill accustomed.*”

Unterlassungsansprüche finden sich auch in verschiedenen chinesischen Gesetzen wie in den §§ 83 Satz. 2 (Nachbarrecht), 120, 134 (1) (2) CAGZ, §§ 21 Abs. 2, 24, 25, 26 CUWG, § 43 CVerbSG, §§ 38, 43 CPHG. Eine Unterlassung kann sich auch aus vertraglichen Vereinbarungen ergeben. Leider sind Unterlassungsansprüche nicht in den Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Formulklauseln (§§ 39 ff. CVG) vorgeschrieben. Klagen auf unwirksame Formulklauseln sollen nach § 54 CVG (Vertragsänderung und -aufhebung) einer Inzidentkontrolle überlassen werden, welche aber, wie oben bereits erläutert, der Rechtsnatur von Formulklauseln nicht entspricht. Insoweit sollte die Verbandsklage als kollektive Klageform zum Zweck der Freihaltung von unwirksamen Formulklauseln herangezogen werden.

b. Schadensersatz

Vorschlägen zur Einführung von Gruppen- und Verbandsklagen für die prozessuale Bewältigung von Groß- oder Massenschäden wird in Deutschland immer wieder entgegengehalten, es bedürfte ihrer nicht, da das deutsche Rechtssystem im Gegensatz zu vielen Rechtsordnungen, die eine *class action* kennen, ein funktionierendes Sozialversicherungssystem habe, das gerade Personenschäden hinreichend auffängt.⁷¹⁸

Aus ökonomischer Sicht ist darauf hinzuweisen, „dass der verhaltenssteuernde Wert rechtlicher Nomen und deren Abschreckungswirkung höher sind, wenn für den Rechtsverletzer nicht lediglich ein Unterlassungsurteil droht, sondern die Gefahr des Verlustes seiner in der Vergangenheit erworbenen unrechtmäßigen Vorteile. Die

⁷¹⁷ H. Koch, Group Litigation Under EU and German Law, in: Duke Journal Of Comparative & International Law, 2001 Vol. 11, S. 363 ff.

⁷¹⁸ Ausführlich sieht Koch/Willingham, Großschäden – Complex Damages, S. 31 ff.

Unterlassungsklage entfaltet insoweit nur Wirkung für die Zukunft, die Schadensersatzklage reicht dagegen auch in die Vergangenheit zurück.“⁷¹⁹

„Was die Art des Schadens angeht, nach dem Sinn der Verbandsklage geht es dabei gerade nicht um einen Schaden des Verbandes, sondern um die Vermögenseinbußen vieler Dritter, die nicht selbst am Verfahren beteiligt sind. Aus diesem Grund sollte bei der auf Schadensersatz gerichteten Verbandsklage der Ersatz der individuellen Schäden im Vordergrund stehen, welche die Betroffenen durch die mit der Verbandsklage angegriffenen Rechtsverletzung erlitten haben. (...) Jedenfalls ist es nicht erforderlich, einen besonderen vom Normalfall abweichenden Schadensbegriff für Verbandsklagen anzunehmen.“⁷²⁰

Wie oben dargelegt, werden Ansprüche auf Schadensersatz bei kollektiven Streitigkeiten in China vor allem durch die Repräsentantenklage geltend gemacht. In diesem Punkt unterscheidet sich die Repräsentantenklage deutlich von der Verbandsklage in Deutschland.

3. Rechtskraft von durch Verbandsklage und Repräsentantenklage erstrittenen Urteilen

„Die Verbandsklage legt maßgeblichen Wert auf ihre breite Rechtskraft. Jede Entscheidung ist von vornherein oder wird später unanfechtbar. Sie erlangt dann die sog. formelle (oder äußere) Rechtskraft. Inhalt der formellen Rechtskraft ist die Unangreifbarkeit, nicht die Unwiderruflichkeit. Die Unanfechtbarkeit ist eine Eigenschaft der Entscheidung, die ihr ohne Rücksicht auf ihren Inhalt zukommt. Sie ist zugleich Voraussetzung und Zeitpunkt einer weiteren Wirkung der sog. materiellen (sachlichen oder inneren) Rechtskraft. Diese bedeutet die Maßgeblichkeit ihres Inhalts, d.h. der in ihr ausgesprochenen Feststellung des Bestehens oder Nicht-Bestehens der von einer Partei beanspruchten Rechtsfolge in jedem Verfahren, in dem dieselbe Rechtsfolge in Frage steht, und wird deshalb auch Feststellungswirkung genannt (§§ 151 bis 156 ZPO); sie hat die Aufgabe der allein noch möglichen Gefahr einer zweiten, widersprechenden Entscheidung zu begegnen.“⁷²¹ Aber die Rechtskraft hat ihre eigenen zeitlichen und subjektiven Grenzen. Bei der Verbandsklage ist insbesondere die subjektive Grenze der Rechtskraft erklärungsbedürftig. Nach h.M. wirkt die Rechtskraft grundsätzlich nur unter den Klageparteien. Aber wenn bei der Verbandsklage an diesem Prinzip festgehalten würde, dann gäbe es zwischen Verbands- und Inzidentklage keine wesentlichen Unterschiede. Dies ist mit dem Ziel der Verbandsklage nicht zu vereinbaren. Deswegen ist von grundlegender Bedeutung, ob sich die Rechtskraft der durch Verbandsklage erfolgten Urteile auf weitere andere Klagen erstreckt.

Die positiv geregelte Frage einer rechtlich bindenden Breitenwirkung von AGB-Kontrollentscheidungen in Deutschland spielte in der rechtspolitischen Diskussion um die Einführung eines solchen besonderen Prüfungsverfahrens von Anfang an bereits eine große Rolle. „Eine rechtliche Wirkung des Unterlassungsurteils zugunsten der dritten Vertragspartner des Verwenders liegt zweifellos im rechtspolitischen Sinne der Verbandsklage mit ihrer Funktion einer Wahrnehmung der Interessen dieser schutzbedürftigen Dritten. Dies dient zugleich der Rechtseinheit und Rechtssicherheit und damit auch einer erleichterten und beschleunigten Erledigung der einzelvertraglichen Rechtsstreitigkeiten.“⁷²² Diese, sich auf

⁷¹⁹ Hopt/Beatge, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge, Die Bündelung gleichgerichteter Interesse im Prozess, S. 44 und 45

⁷²⁰ T. Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, S. 45, Fn. 3

⁷²¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 908 ff.

⁷²² MüKo-Gerlach, § 21 AGBG, Rdnr. 3

andere Vertragsparteien erstreckende Rechtskraft setzt folgende Tatbestände voraus⁷²³: Rechtskräftiges Unterlassungsurteil durch Verbandsklage, Zuwiderhandlung durch AGB-Verwendung, Zuwiderhandlung durch Abwicklung von Altverträgen und Einrede, in dem Sinne, dass die von der Zuwiderhandlung betroffene Vertragspartei sich im Rechtsstreit mit dem Verwender auf die Wirkung des Unterlassungsurteils berufen muss.

Was die Rechtskraft der Repräsentantenklage in China angeht, so sind bei der Repräsentantenklage für bestimmte Vertretene die Prozesshandlungen des Repräsentanten für und gegen die Vertretenen wirksam. Aber zur Änderung und zum Verzicht auf das Klageverlangen, zu dessen Anerkennung durch die andere Seite und zur Durchführung eines Vergleichs hat der Repräsentant nach § 54 CZPG das Einverständnis der vertretenen Parteien einzuholen. Zu beachten ist, dass bei der Repräsentantenklage für unbestimmte Parteien nach § 55 CZPG die Urteile und Beschlüsse auf die nicht registrierten Betroffenen nur dann angewendet werden, wenn diese innerhalb der Klageverjährungsfrist Klage erheben. Beide Klageformen, Verbandsklage und Repräsentantenklage, überlappen sich in dem Punkt der sich erstreckenden Rechtskraft auf Dritte. Aber es bestehen auch wesentliche Unterschiede:

Erstens wirkt die breite Rechtskraft des durch die Verbandsklage erfolgten Unterlassungsurteils nur durch die von den Vertragsparteien initiierte Einrede. Aus dieser Perspektive kommt der breiten Rechtskraft nur „negative“ materielle Rechtskraft zu. Im Gegensatz dazu sind Prozesshandlungen durch Repräsentanten und vor allem Urteile, automatisch für und gegen die Vertretenen wirksam, unabhängig davon, ob die Zahl der Vertretenen bestimmt oder unbestimmt ist.

Zweitens ist der Anknüpfungspunkt von Rechtskrafterstreckung nach § 11 Satz 1 UKlaG die wiederholte zuwiderhandelnde Anwendung der bereits für unwirksam erklärten AGB. Unabhängig davon, ob die Vertragspartei als Mitglied diesem Verband angehört, kann jeder Vertragspartner sich darauf berufen. Die Rechtskrafterstreckung in China beschränkt sich demgegenüber nur auf die Vertretenen bei der Repräsentantenklage für bestimmte Vertretene, und für die an der Registrierung beteiligten sowie für die nicht daran beteiligten, soweit sie innerhalb der Klageverjährungsfrist entsprechende Klage erheben.

Drittens wird die breite Rechtskraft von Verbandsklagen in Deutschland durch positives Recht anerkannt. Verbände und einzelne Vertragsparteien haben voneinander unabhängige Klagebefugnis. Demgegenüber kann in China Repräsentanten ein Klageführungsrecht nur nach der Wahl durch die Vertretenen oder nach Verhandlungen zwischen dem Richter und den an der Registrierung Beteiligten erteilt werden. Bei Klageführung üben Repräsentanten nicht nur fremde, sondern auch ihre eigene Klagebefugnis aus, welche aber im Gegensatz zu der ersteren fast keine Rolle spielt, da Repräsentanten Klagen im Auftrag ihrer Vertretenen und überwiegend zum Schutz kollektiver Interessen führen. Hier besteht die Gefahr, dass unbillige Formulklauseln zwischen dem Verwender und anderen Vertragsparteien, oder zwischen neuen Verwendern und neuen Vertragsparteien einen neuen Streitgegenstand bilden können; dabei kann sich die Rechtskraft des zur Unwirksamkeit führenden Urteils nicht auf den neuen Streitgegenstand erstrecken. Darüber hinaus ist die Vorentscheidungsbindung in China noch nicht gesetzlich geregelt. Insoweit werden die Defizite der Repräsentantenklage deutlich. Im Prinzip ist die Repräsentantenklage mit der abstrakten Inhaltskontrolle von Formulklauseln kaum zu vereinbaren.

⁷²³ MüKo-Micklitz, § 21 AGBG, Rdnr. 7 ff.

Außerdem erleichtert die Registrierung der gültigen Urteile beim Bundeskartellamt in Deutschland anderen Gerichten die Beurteilung der gleichen unbilligen AGB-Klauseln. Sie führt auch zu einer systematischen und einheitlichen Inhaltskontrolle. Aber in China fehlt es an der Registrierung von Urteilen über die Inhaltskontrolle von Formulklauseln. Deswegen ist hier vorzuschlagen, dass bei Einführung der Verbandsklage in China eine Registrierung und Veröffentlichung der Urteile in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formulklauseln, z.B. beim staatlichen Industrie- und Handelsamt vorgenommen wird.

Bei der Repräsentantenklage für eine unbestimmte Zahl von Vertretenen ergibt sich auch der Nachteil, dass konkrete einzelne Vertragsparteien keinen Anlass sehen, von sich aus Klage gegen missbräuchliche Formulklauseln zu erheben, da sie von dem Urteil, das durch andere Vertragsparteien erwirkt wird, durch Registrierung profitieren können. Zwischen Rechtskrafterstreckung zugunsten von Dritten und ihrer unnötigen Teilnahme an der Klage besteht ein Konflikt, da Dritte aufgrund der Klagerisiken und der Klagekosten zögern, als erste Klage zu erheben. Deswegen ist der „*free rider*“ kaum zu vermeiden. Aber bei der Verbandsklage gibt es diesen Konflikt nicht, weil Verbände ihre eigene Klagebefugnis haben und diese überwiegend den Schutz öffentlicher Interessen bezweckt. Der „*Free rider*“ – Effekt deckt sich mit ihrem Ziel. Durch Einführung der Verbandsklage zum Zweck der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China kann dieses Defizit der Repräsentantenklage ebenfalls überwunden werden.

4. Geltung der Prozessmaximen

Dem Individualprozess liegen Prinzipien wie Dispositions- und Verhandlungsmaxime zugrunde. Verbandsklage und Repräsentantenklage unterscheiden sich vom traditionellen Individualprozess in vielerlei Hinsicht. Deswegen ist zu fragen, ob sich beide kollektive Klageformen mit den Grundprinzipien des Individualprozesses vereinbaren lassen.

a. Dispositionsmaxime

„Der deutsche Zivilprozess wird weitgehend vom Dispositionsgrundsatz beherrscht. Das bedeutet, dass die Parteien Verfügungsfreiheit über den Streitgegenstand besitzen. Diese Verfügungsfreiheit der Parteien entspricht der Verfügungsbefugnis über private Rechte (Privatautonomie).“⁷²⁴ Nach der Umsetzung der EU-RiLi über Unterlassungsklagen steht Verbänden eine eigene Klagebefugnis zu. Deswegen besteht kein Zweifel daran, dass diese auch die Disposition über Veranlassung von Verfahren haben. Wegen der finanziellen und personellen Belastung engagieren sich Verbände nicht so aktiv wie erwartet für die abstrakte offene Inhaltskontrolle von AGB. Aber diese Belastungen sollten keinen Einfluss auf das Dispositionsprinzip haben und durch andere Lösungen wie z.B. Verstärkung der öffentlichen Finanzierung, überwunden werden.

Bei der Repräsentantenklage in China kommt der Dispositionsmaxime große Bedeutung zu. In der Tat gibt es eine heftige Diskussion in den USA darüber, wie man bei der *class action* den Missbrauch des Klageführungsrechts durch Repräsentanten kontrollieren kann.⁷²⁵ Ähnliche Bedenken gab es auch bei Rezeption der *class action* in China. Nach § 13 CZPG

⁷²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 422

⁷²⁵ Vgl. B. Heß, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, JZ 2000, S. 373, 374; Hinte, FS für Leser, 1998, S. 355 ff.; Mertens, ZHR 139 (1975), S. 470; Spindler, FS für Ulmer, 1973, S. 378ff.; zitiert nach T. Brönneke, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, S. 19 (Fn. 89)

sind die Prozessparteien befugt, über ihre allgemeinen und Klagerechte in dem vom Gesetz bestimmten Rahmen zu verfügen. Deshalb werden an Repräsentanten dort höhere Anforderungen als im US-amerikanischen Recht gestellt, und zwar bedarf der Repräsentant nach §§ 54 und 55 CZPG der Zustimmung seiner Vertretenen zur Änderung und zum Verzicht auf das Klageverlangen, zur Anerkennung des Klageverlangens der anderen Seite und zur Durchführung eines Vergleichs. Obwohl die vertragliche Disposition über die Klagebefugnis in der (deutschen) Praxis nicht selten vorkommt, wird ihr verbreitet die Zulässigkeit abgesprochen, und zwar entweder im Hinblick auf den peremptorischen Klageverzicht oder darüber hinaus auch für den befristeten Ausschluss der Klagebefugnis.⁷²⁶ An den §§ 54 und 55 CZPG wird auch deutlich, dass die Dispositionsmaxime wegen ihrer strukturellen Gefahr vielen Beschränkungen unterliegen muss. Sie spielt in der Repräsentantenklage nur eine eingeschränkte Rolle. Daraus ergibt sich der strukturelle Konflikt, dass Effizienz als Ziel der Repräsentantenklage den mehrmaligen Verhandlungen zwischen dem Repräsentanten und seinen Vertretenen gegenübersteht, welche häufig lange dauern und das Effizienzziel untergraben.

b. Prinzip des rechtlichen Gehörs

Der Anspruch auf rechtliches Gehör⁷²⁷ hat im deutschen Recht seine Grundlage in Art. 103 I GG. Demzufolge werden daraus unmittelbar Anhörungspflichten hergeleitet. Art. 103 GG gilt für alle Verfahrensarten und damit auch für den Zivilprozess. Er enthält ein Grundrecht, dessen Wurzeln in der Achtung der Würde der menschlichen Persönlichkeit begründet liegen. Sie verbietet es, durch Verweigerung des rechtlichen Gehörs den Menschen lediglich zum Objekt des Verfahrens zu machen. Das chinesische Zivilprozessrecht wird ebenfalls von diesem Prinzip geprägt. Nach § 132 Abs. 1 CZPG kann z.B. die Frist für die Behandlung des Falls in der Sitzung verlängert werden, wenn Parteien oder andere Prozeßteilnehmer, die vor Gericht zu erscheinen haben, aus triftigen Gründen nicht vor Gericht erscheinen können. Nach § 119 CZPG muss das Volksgericht Parteien, die sich an einem von mehreren Parteien gemeinsam zu führenden Prozess nicht beteiligen, auffordern, sich am Prozeß zu beteiligen.

Was den Anspruch auf rechtliches Gehör angeht, so zeigen sich bei der Verbandsklage keine Bedenken, weil Verbände ihre eigene Klagebefugnis haben und sich damit folgerichtig rechtliches Gehör durchsetzt. Deswegen gelten für die Verbandsklage nur diejenigen Anforderungen, die die ZPO für die gewöhnlichen individuellen Prozessparteien vorsieht. Der Versuch, *class action* in Deutschland einzuführen, verstößt gegen diese Maxime, weil nicht nur auf der zivilprozessualen Ebene, sondern auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene die Gefahr besteht, dass die echten Prozessparteien von den Prozessvorgängen nicht unterrichtet werden und keine Kenntnis vom Vorbringen des Prozessgegners erhalten.

Das Prinzip des rechtlichen Gehörs ist bei der Repräsentantenklage besonders zu beachten. Es ist auch Grundlage der Bestimmung, dass der Repräsentant die Vertretenen rechtzeitig über die Verfahrensvorgänge unterrichten muss und für wichtige Entscheidungen wie z.B. die Änderung des Klageverlangens und den Verzicht auf das Klageverlangen u.s.w. die Zustimmung der Vertretenen benötigt. Deswegen ist zwischen der Dispositionsmaxime und dem Grundsatz rechtlichen Gehörs abzuwägen. Gerechtigkeit und Effizienz bilden zwei nicht leicht zu vereinbarende Ziele der Repräsentantenklage. Insofern ist auch aus dieser

⁷²⁶ G. Wagner, Prozessverträge, S. 439; er meint noch: „Die Disposition über die Klagebefugnis ist ein prozessualer Verpflichtungsvertrag, der vom Gericht des Primärprozesses wegen seiner ipso-iure-Wirkung zu berücksichtigen ist, ohne dass es dafür einer Einrede des Beklagten bedürfte.“ in ders. a.a.O. S. 502

⁷²⁷ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 455 und 456

Perspektive vorzuschlagen, die Verbandsklage zum Zweck der Inhaltskontrolle von Formular-klauseln in China einzuführen.

5. Zwischenergebnis

Der Schutz kollektiver Interessen stellt eines der wichtigsten Ziele des Zivilprozessrechts dar, zu welchen auch die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und die Inhaltskontrolle von Formular-klauseln in China gehören. Die Verbandsklage in Deutschland gilt als kollektive Klageform zum Schutz von Vertragsparteien vor Verwendung und Empfehlung von missbräuchlichen AGB. Obwohl die Repräsentantenklage eine typische kollektive Klageform in China ist, findet sie ihre Anwendung weniger im Bereich der Inhaltskontrolle von Formular-klauseln. Zwischen der Verbandsklage in Deutschland und der Repräsentantenklage in China ist insofern zu unterscheiden, als Verbände bei der Verbandsklage eine eigene Klagebefugnis haben, aber den Repräsentanten bei der Repräsentantenklage nur die Klageführungsbefugnis zusteht; der Anwendungsbereich der Verbandsklage konzentriert sich in Deutschland auf den Unterlassungsanspruch, der der Repräsentantenklage in China vorwiegend auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Mit Blick auf die Defizite der Repräsentantenklage in China, vor allem mit Hinblick auf die Unterlassungsklage zur Abwehr von missbräuchlichen Formular-klauseln, ist deswegen vorzuschlagen, die Verbandsklage in China einzuführen.

Kapitel 11: Präventive behördliche Inhaltskontrolle

Die Aufgabe der Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln lässt sich nicht ausschließlich durch Gerichte bewältigen. Um das Ziel der Freihaltung des Wirtschaftsverkehrs von missbräuchlichen Klauseln zu erreichen, muss die Verwaltungskontrolle ebenfalls herangezogen werden. Auf die Frage, welche Funktion der Verwaltungskontrolle dabei zukommen soll, inwieweit sie einen Beitrag zur Kontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China leisten kann und welche Nachteile sich aus ihr ergeben können, ist im Folgenden näher einzugehen.

I. Funktionen der Verwaltungskontrolle in Deutschland und in China

Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung kommen Exekutive und Judikative in Deutschland unterschiedliche Aufgaben und Funktionen zu. Obwohl das Prinzip der Gewaltenteilung in China offiziell abgelehnt ist, besteht in der Tat die Verteilung konkreter Zuständigkeiten unter verschiedenen Regierungsorganen. Angesichts der Überlastung von Gerichten sowohl in Deutschland als auch in China sind Verwaltungsmaßnahmen bei der Inhaltskontrolle von AGB und Standardklauseln unentbehrlich. Die Funktionen der Verwaltungskontrolle in Bezug auf die Inhaltskontrolle werden im Folgenden verdeutlicht:

1. Regeln der Marktordnung: Missbräuchliche AGB-Klauseln in Deutschland und unbillige Formulklauseln in China gefährden sowohl Vertragsfunktionen als auch die Wettbewerbsordnung im Wirtschaftsverkehr. Rechtsvergleichend gesehen, ist in fast jedem Staat irgendeine Verwaltungsbehörde, sei es das Kartellamt in Deutschland oder das Industrie- und Handelsamt in China, befugt, die Marktordnung durch behördliche Genehmigungen oder Anordnungen zu regeln. Bei der Inhaltskontrolle von AGB verpflichten sich die Verwender oder Aufsteller von AGB in Deutschland, wenn sie umfassend auf die Marktordnung bzw. Wettbewerbsordnung einwirken wollen, z.B. nach § 9 Abs. 1 GWB Vereinbarungen und Beschlüsse von Konditionenkartellen beim Bundeskartellamt anzumelden. In der Regel unterliegen sie einer präventiven behördlichen Inhaltskontrolle.

2. Einrichtung und finanzielle Förderung von Verbraucherschutzorganisationen: Wegen ihrer intellektuellen und wirtschaftlichen Unterlegenheit sind Endverbraucher nicht in der Lage, verschiedene Risiken im Kampf um ihre Rechte einzugehen. Sie werden vor unübersichtlichen und missbräuchlichen Klauseln durch öffentliche finanzielle sowie rechtsberatende Unterstützung von Verbraucherorganisationen und damit durch Einschreiten der Verwaltung besser geschützt.

3. Präventive Kontrolle standardisierter Klauseln: Bei der Inhaltskontrolle braucht man nicht immer abzuwarten, bis missbräuchliche Klauseln vor Gericht beanstandet werden. In der Tat unterliegen AGB oder Formulklauseln in vielen Bereichen so z.B. im Beförderungs-, und Kreditwesen und bei der Daseinsvorsorge, zwingend einer präventiven behördlichen Inhaltskontrolle. Einige AGB in Deutschland oder Formulklauseln in China sind in diesen Bereichen jedoch einer gerichtlichen Inhaltskontrolle entzogen. So setzt z.B. nach § 106 CVersG die Aufsichtsbehörde in China die grundlegenden Versicherungsbedingungen und Prämiensätze für die gängigen versicherten Gefahren im kaufmännischen Versicherungsgewerbe fest (Abs. 1) und von den Versicherungsgesellschaften vorgesehene Versicherungsbedingungen und Prämiensätze für andere versicherte Gefahren müssen bei der Aufsichtsbehörde gemeldet werden (Abs. 2). In Deutschland unterliegen die allgemeinen Versicherungsbedingungen seit 1994 nicht mehr der Genehmigung des Bundesaufsichts-

amtes. Nach § 243 EGBGB kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Justiz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die AGB für die Versorgung mit Wasser und Fernwärme sowie die Entsorgung von Abwasser festlegen. Aber in meisten Fällen ist die Unbedenklichkeit der genehmigten AGB in Deutschland als Folge des Genehmigungsverfahrens noch nicht gewährleistet. Damit steht die behördliche Genehmigung von AGB der Anwendbarkeit des AGB-Rechts nicht entgegen. In China wird durch eine unverbindliche präventive Inhaltskontrolle, z.B. durch Veröffentlichung von Musterklauselwerken und dem von Branchenkammern empfohlenen Klauselwerk vielen eindeutig missbräuchlichen Klauseln der Zugang zum Wirtschaftsverkehr versperrt, aber sie sind damit nicht der gerichtlichen Inhaltskontrolle entzogen.

Erklärungsbedürftig ist die Unterscheidung zwischen der präventiven und der nachträglichen Verwaltungskontrolle. „Die Einführung einer solchen nachträglichen Verwaltungskontrolle von AGB in Deutschland war notwendig, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden konnte, dass bedenkliche Klauseln alsbald gerichtlich überprüft werden, ohne dass dies dem Zufall einer Inzidentkontrolle in einem Einzelfall überlassen und der einzelne Kunde mit einem unkalkulierbaren Prozessrisiko belastet wird.“⁷²⁸ Die nachträgliche Inhaltskontrolle bezieht sich vor allem auf Konditionenkartelle und –empfehlungen, auf welche in Kapitel 9 dieser Arbeit schon eingegangen wurde. Nach § 44 CWVG (inzwischen aufgehoben)⁷²⁹ unterlagen alle wirtschaftlichen Verträge der nachträglichen behördlichen Überwachung.⁷²⁹ Nachträgliche Vertragsüberwachung stellte auch ein Thema während des Gesetzgebungsprozesses des CVG dar. Die Bestimmung in § 127 CVG soll Ergebnis eines Kompromisses zwischen der Gesetzgebung und der behördlichen Gewalt sein. Dem staatlichen Industrie- und Handelsamt in China steht nach § 127 CVG jedoch nur die Überwachungsbefugnis für solche Verträge und Formulklauseln zu, welche gegen staatliche und öffentliche Interessen verstoßen. Eine universale Überwachungsbefugnis gibt es hier nicht.

Nach § 4 „*Shanghai*er Überwachungsverordnung“ für Formulklauseln ist die Industrie- und Handelskammer in *Shanghai* für die Überwachung von Formulklauseln sowie die Kontrolle von Zuwiderhandlungen zuständig (§ 4 Abs. 1). Branchenkammern können Richtlinien für die in ihren Branchen verwendeten Formulklauseln erlassen. Aber diese Richtlinien unterliegen der Überwachung durch die Industrie- und Handelskammer sowie die zuständigen Behörden (§ 4 Abs. 2). Formulklauseln in typischen grundlegenden Verträgen wie z.B. Mietverträge, Reiseverträge, Auftragsverträge, Verträgen über Telekommunikations-service sowie Verträge über die Versorgung mit Wasser, Elektrizität und Gas, müssen bei der Industrie- und Handelskammer registriert werden. Wenn Stadtbehörden die Registrierung von anderen unter Verwendung von Formulklauseln zustande gekommenen Verträgen verlangen, dann müssen diese Formulklauseln ebenfalls registriert werden (§ 10). Bei Streitigkeiten veranstaltet die Industrie- und Handelskammer zunächst eine Anhörung. Innerhalb von 15 Tagen nach Zugang der Aufforderung zur Änderung von unbilligen Formulklauseln müssen diese korrigiert werden, ansonsten werden sie und ihre Verwender im offiziellen Anzeiger veröffentlicht. Wenn die von Verwaltungsorganen und Staatsunternehmen aufgestellten Formulklauseln die Interessen von Verbrauchern beeinträchtigen, kann die Industrie- und Handelskammer die Verwender auffordern, solche Klauseln zu unterlassen oder zu ändern (vgl. §§ 12 bis 14, 17, 20).

⁷²⁸ W. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB, in: FS Larenz, 1973, S. 393

⁷²⁹ § 44 CWVG: (Behördliche Überwachung) Das staatliche Industrie- und Handelsamt jeder Stufe und andere zuständige Organe, gemäß ihrer Zuständigkeit nach Maßgabe der Gesetze und der Verwaltungsrechtsbestimmungen, überwachen Wirtschaftsverträge.

II. Ablehnung der vollpräventiven Inhaltskontrolle

1. Deutschland

Die verbindliche präventive Verwaltungskontrolle widerspricht in vielerlei Hinsicht der Eigenart von AGB in Deutschland. Nach der Grundkonzeption des AGBG wurden die Einrichtung von Verbraucherschutzbehörden, von deren Genehmigung die Verwendung von AGB abhängig gemacht werden könnte, und ein Verfahren zur Aufstellung von Musterbedingungen deutlich abgelehnt.⁷³⁰ Die Gründe dafür liegen in folgenden Aspekten:

Erstens, „man sollte sich von vorneherein darüber im klaren sein, dass die Abhängigkeit der Verwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr von einer vorherigen Genehmigung einer Verwaltungsbehörde hinsichtlich des gesamten AGB-Inhalts eine völlige Loslösung vom Privatrecht und eine Hinwendung zum Wirtschaftsverwaltungsrecht darstellt. Damit würde in diesem Bereich das Privatrecht in einer Weise und in einem Umfang vom Wirtschaftsverwaltungsrecht überlagert und verdrängt, der den privatrechtlichen Charakter von unter Zugrundelegung von solchermaßen genehmigten AGB abgeschlossenen Rechtsgeschäften auf lange Sicht völlig beseitigen würde.“⁷³¹

Zweitens ergibt sich ein Hauptbedenken gegen die vollpräventive Verwaltungskontrolle auch aus wirtschaftspolitischer Sicht. Diese würde von vornherein stark dirigistische Züge tragen, die mit den Grundsätzen einer freien und sozialen Marktwirtschaft nicht vereinbar sind.⁷³² Bemerkenswert erscheint, dass solche präventive Verwaltungskontrollen an ein Modell aus der nationalsozialistischen Zeit anknüpfen⁷³³, welches der in China bereits abgeschafften Planwirtschaft sehr ähnlich ist. Wegen der schrankenlosen Einwirkung des Staates führte dieses wirtschaftliche Modell zum wirtschaftlichen und politischen Chaos. Vor dieser Gefahr ist zu warnen.

Drittens, auch wenn AGB durch eine Aufsichtsbehörde genehmigt oder geprüft sind, entziehen sie sich im Grunde nicht der Kontrollfähigkeit nach den § 307 bis 309 BGB, da zwar die Aufsichtsbehörden im Genehmigungs- und Prüfungsverfahren ebenfalls die Regeln der Inhaltskontrolle anwenden, aber infolge anderer Zielsetzung ihrer Tätigkeit diese Aufgabe nicht immer voll zu erfüllen vermögen.⁷³⁴ Historisch gesehen zeigt sich auch die Entwicklung⁷³⁵, dass die Verwaltung selbst der juristischen Kontrolle unterworfen ist. Eine absolute Verwaltungsgewalt gefährdet den Staat. Deshalb ist der behördlichen Kontrolle von AGB eine Sphäre zu geben, in der sie der richterlichen Inhaltskontrolle nicht entgegensteht und nicht als die notwendige Voraussetzung für eine Verwendung von AGB gilt.

Darüber hinaus ergäben sich aus der totalen präventiven Verwaltungskontrolle in Deutschland auch verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Bedenken.⁷³⁶

⁷³⁰ Über diese beiden in der Entstehungszeit des AGBG heftig diskutierten rechtspolitischen Alternativmodelle s. Wolf/Horn/Lindacher, Einl. AGBG Rdnr. 9 und Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. AGBG Rdnr. 21

⁷³¹ W. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB, S. 397

⁷³² Vgl. W. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB, S. 399 ff.

⁷³³ Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlung Bd. 12, 1960, S. 28 ff. mit zahlreichen Nachweisen; in: Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB, S. 396

⁷³⁴ Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, § 9 AGBG Rdnr. 17

⁷³⁵ Vgl. Reh binder/Burgbacher/Knieper, Bürgerklage im Umweltrecht, S. 50 ff.

⁷³⁶ W. Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB, S. 396

2. China

Die früheren drei Vertragsgesetze waren von dem Gedanken der behördlichen Vertragsinhaltskontrolle geprägt. Nach § 7 Abs. 2 CAVG ist z.B. ein Vertrag erst mit Erlangung der erforderlichen staatlichen Genehmigung abgeschlossen. Aber die behördliche vollpräventive Kontrolle von Verträgen wurde während des Gesetzgebungsprozesses des CVG abgelehnt.⁷³⁷ Als Folge ist die vollpräventive behördliche Kontrolle keine Voraussetzung für die Verwendung von Formularklauseln. Die Gründe für eine Ablehnung vollpräventiver behördlicher Kontrolle liegen im Folgenden:

Erstens ist eine vollpräventive behördliche Kontrolle sowohl für Individualverträge als auch für Formularklauseln mit der „sozialistischen Marktwirtschaft“ nicht vereinbar. Sie steht mit der Planwirtschaft der Vergangenheit in Zusammenhang.

Die jüngere Rechtsgeschichte Chinas zeigt auch, dass es viele Bemühungen um eine klare Trennung des Zivilrechts vom Wirtschaftsverwaltungsrecht gibt, da die Unabhängigkeit des Zivilrechts in der Vergangenheit immer wieder durch das Wirtschaftsverwaltungsrecht bedroht wurde.⁷³⁸ Diese Trennung ist für das Formularklausel-Recht in China von besonderer Bedeutung, da Formularklauseln, abgesehen von Ausnahmen, zu den gleichgeordneten Rechtsgeschäften gehören, welche nach § 2 CAGZ durch das Zivilrecht geregelt werden.

Drittens hat die Erscheinung des Bürokratismus in China eine lange Tradition und stellt gegenwärtig ein Kernhindernis auf dem Weg zum Rechtsstaat dar. Der Einfluss der seit Gründung der VR China im Jahre 1949 betriebenen Planwirtschaft hat die Monopolstellung der exekutiven Gewalt verstärkt. Formularklauseln wurden aufgrund der Verwaltungsmacht in jeder Branche verwendet und es bestand keine gerichtliche Kontrolle. Sollten Formularklauseln vor ihrer Verwendung wie bisher ohne Ausnahme von den Verwaltungsbehörden geprüft und genehmigt werden müssen, würde die Bürokratie in diesen Bereichen nicht beseitigt, sondern noch verstärkt.

Obwohl die chinesische Verfassung das Prinzip der Gewaltenteilung nicht anerkennt, sind tatsächliche Zuständigkeitsbereiche von Judikative, Legislative und Exekutive entstanden. Ob die vollpräventive Inhaltskontrolle, wie in Deutschland, gegen die Verfassung verstößt, ist sehr schwer festzustellen. Aber deutlich ist, dass sie gegen das in § 4 CVG vorgeschriebene Prinzip der Vertragsfreiheit verstößt.

III. Zwischenergebnis

Verwaltungskontrolle ist für eine effiziente Freihaltung des Wirtschaftsverkehrs von missbräuchlichen Klauseln sowohl in Deutschland als auch in China unentbehrlich. Aber die Verwaltungskontrolle von AGB oder Formularklauseln sollte prinzipiell nachträglich

⁷³⁷ „Die behördliche Inhaltskontrolle von Verträgen sollte nachträglich sein. Es besteht keine Notwendigkeit, dass alle Verträge einer behördlichen präventiven Prüfung unterworfen sein sollten, es sei denn, dass Genehmigung, Registrierung und andere Verwaltungsmaßnahmen für Verträge von Sondergesetzen vorgeschrieben sind.“ Vgl. Kangsheng Hu, Begründung des Entwurfs des neuen chinesischen Vertragsgesetzes, 4. Tagung des ständigen Ausschusses der 9. Session des CVK, August 1998 (zitiert nach: Auszüge der Rechtsgebungsmaterialien zum chinesischen Vertragsgesetz, S. 7)

⁷³⁸ Über die heftigen Auseinandersetzungen zwischen der zivilrechtlichen und der sog. wirtschaftsrechtlichen Schule in China vgl. Huixing Liang, Probleme des chinesischen Zivil- und Wirtschaftsrechts (zhongguo minfa jingjifa zhuweni), Beijing, 1989

durchgeführt werden. Eine Einführung der vollpräventiven Verwaltungskontrolle ist sowohl in Deutschland als auch in China abzulehnen. Als Ausnahme kann allenfalls die vollpräventive Verwaltungskontrolle in besonderen Bereichen wie z.B. im Versicherungswesen, bei Banken und Speditionsgeschäften, in Geltung gebracht werden. Sie könnte in China durch gesetzgebende Ermächtigung in gesonderten Gesetzen geregelt werden.

Kapitel 12: Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln unter Geltung des UN-Kaufrechts bei Außenhandelsbeziehungen zwischen Deutschland und China

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Deutschland und China⁷³⁹ lohnt es sich, die Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln in Verträgen, die unter Geltung des UN-Kaufrechts mit Bezug auf den internationalen Kauf zwischen Deutschland und China abgeschlossen werden, zu erörtern.

I. Rechtswahlmöglichkeit

1. Durch Verweisung im IPR anzuwendendes nationales Recht

Nach § 27 Abs. 1 EGBGB steht den Vertragsparteien eine Rechtswahl zu, d.h. die Vertragsparteien unterschiedlicher Staaten können für den internationalen Vertrag je nach ihren konkreten Interessen eine Rechtswahl treffen. Wenn keine Vereinbarung über die Wahl des anzuwendenden Rechts getroffen wurde, so unterliegt der Vertrag nach § 28 Abs. 1 EGBGB dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Beim Warenkauf stehen sich eine Sachleistung und eine Geldleistung gegenüber. Gemäß § 28 Abs. 2 EGBGB ergibt sich das Vertragsstatut hier wie folgt. Vertragscharakteristisch und damit kollisionsrechtlich ausschlaggebend ist allein die Verkäuferleistung.⁷⁴⁰

Auch nach § 145 Abs. 2 CAGZ können die Parteien eines Wirtschaftsvertrages mit Auslandsbezug das für diesen anzuwendende Recht wählen, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Diese Vorschrift „*provides that whenever the applicable international treaties conflict with China's own civil law, the former shall prevail. This is essentially a measure to ensure priority of international treaties over domestic laws.*“⁷⁴¹ Das CVG als neues einheitliches Vertragsgesetz, welches die drei voneinander unabhängigen Gesetze ablöst, beinhaltet nur eine allgemeine Regelung über das IPR, nämlich den § 126 CVG. Nach dieser Bestimmung können die Parteien eines Vertrages mit Auslandsbezug das bei der Regelung von Vertragstreitigkeiten anzuwendende Recht wählen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Wenn die Parteien keine Wahl getroffen haben, wird das Recht des Staates mit der engsten Verbindung zum Vertrag angewandt. Nicht zu übersehen ist, dass auf die Verträge über Joint-Ventures, Kooperations-Unternehmen und die Erschließung von natürlichen Ressourcen ausschließlich das chinesische Recht gem. § 126 Abs. 2 CVG anzuwenden ist.

⁷³⁹ Statistiken der Bundesagentur für Außenwirtschaft (bfai) zufolge ist China bereits seit 2002 das wichtigste deutsche Abnehmerland in Asien. („Weserkurier“ vom 16.08.03)

⁷⁴⁰ Vgl. Vischer, Int.VertragsR, S. 114 f.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 189 f.; Sandrock/Steinschulte, Handbuch I, Abschnitt A, Rdnr. 232; Sandrock, RIW 1986, 841 (851); Basedow, NJW 1986, 2971 (2978); Denkschrift, S. 25; Ferid, IPR, Rdnr.6 bis 42; Maritiny in Reithmann/Martiny, Rdnr. 405; ders. im MüKo, Art. 28, Rdnr. 112; Palandt-Heldrich, Art. 28 EGBGB, Anm. 2 b; Czerwenda, S. 46 f.; Piltz, NJW 1989, 615 (617); Kropholler, IPR, S. 400; Schlosshauer-Selbach, IPR, Rdnr. 284 (zitiert nach U. Merschorman, Die objektive Bestimmung des Vertragsstatuts beim internationalen Warenkauf, S. 113 und Fn. 77)

⁷⁴¹ Ibid, pp. 18 und 19, zitiert nach Wang Guiguo/John MO (Editor), Chinese Law, S. 726 , und “However, Article 142 (2) stipulates that China may make reservations on certain treaty provisions which she does not want to implement. Currently, one of the most important reservations which China has maintained is the request that a foreign economic contract must be made in writing (as opposed to orally or part orally-part in writing as accepted by the Vienna Sales Convention and common law jurisdiction) in order to become legally effective. Thus, where China has made a reservation to a treaty provision, such provision will not apply and Chinese domestic laws will prevail. ”

Offenbar übernimmt § 126 CVG die Bestimmung aus § 5 AWVG (inzwischen aufgehoben). Obwohl das AWVG bereits seit 1999 außer Kraft ist, sollen die ausführlichen Erläuterungen zu ihm in COVG, in welchen für die einzelnen Vertragstypen angegeben wird, zu welchem Recht in der Regel die „engste Verbindung“ besteht, unverändert weiter gelten bzw. im neuen Recht übernommen werden.⁷⁴² Die diesbezüglichen Erläuterungen lauten wie folgt⁷⁴³:

... (4) *Where the parties have not chosen the law applicable to the contract at the time of its conclusion or after the contractual dispute has arisen, the people's court shall permit the parties to choose the law to apply to the dispute at any time after the court has accepted the filing of the action but before any hearing of the case by the court. If the parties have not reached an agreement as to the law to be applied by that stage, the people's court shall determine the applicable law according to the principle of the "closest and most real" connection.*

(5) *The law chosen by the parties or determined by the people's court to be that with which the contract has its closest and most real connection shall be deemed to be the substantive law for the time being of the country concerned excluding its conflict of laws and procedural rules.*

(6) *Where the parties have not chosen the law applicable to the contract, the people's court shall presume that the law with which the following economic contracts are most closely connected, is as follows:*

(a) *International sale of goods – The law of the seller's place of business, at the time when the contract was concluded, shall apply. However, if the contract was negotiated and concluded in the buyer's place of business on the basis of a tender made by the buyer and is on terms substantially stipulated by him or the contract stipulates that the seller shall make delivery at the buyer's place of business, the contract shall be governed by the law of the buyer's place of business at the time when the contract was considered...*

Bei Fehlen einer Rechtswahl kommen zwei Möglichkeiten über das zwischen den deutschen und chinesischen Vertragsparteien anzuwendende Recht in Betracht.

Als Idealfall kommt zunächst das nationale Recht des Verkäufers zur Geltung, das durch Verweisung nach dem IPR die engste Beziehung zum Vertrag hat.

Zweitens kann nach dem oben gesagten (a) unter Umständen das nationale Recht des Käufers zur Anwendung kommen, „*if the contract was negotiated and concluded in the buyer's place of business on the basis of a tender made by the buyer and is on terms substantially stipulated by him or the contract stipulates that the seller shall make delivery at the buyer's place of business, the contract shall be governed by the law of the buyer's place of business at the time when the contract was considered.*“ In diesem Fall taucht die Möglichkeit der Rückwiederverweisung auf. Wenn z.B. ein Warenkaufvertrag zwischen einem deutschen Importeur und einem chinesischen Exporteur zustande kommt, findet das Verkäuferrecht, nämlich das chinesische Recht, nach § 28 Abs. 2 EGBGB (wegen der charakteristischen Leistung des chinesischen Exporteurs) Anwendung. Aber aufgrund des besonderen Sachverhalts verweist das chinesische IPR wieder auf das Käuferrecht, nämlich das deutsche Recht, wenn die Voraussetzungen nach (a) erfüllt sind. Um eine endlose Kette von Verweisungen zu vermeiden, „*it has been argued by many in the alternative that the possibility of renvoi*

⁷⁴² Vgl. F. Münzel, die deutschen Fassung des CVG, Fn. 16

⁷⁴³ Wang Guiguo/John MO (Editor), Chinese Law, S. 734

(Rückwiederverweisung) *should have been at least impliedly excluded by virtue of Article 178 of the Opinions of the National Supreme People's Court on Certain Questions Regarding the Implementation of the GPCL (CAGZ), since it refers only to the application of foreign substantive law. Thus, a reasonable conclusion would be that renvoi has no place in Chinese Law.*⁷⁴⁴ Dies entspricht auch dem Sinn des § 4 Art. 4 Abs. 1 S. 1 Ts 3 EBGBG, nach dem die Gesamtverweisung, also die Verweisung auf das IPR der durch die inländische Kollisionsnorm bezeichneten Rechtsordnung, nicht befolgt wird, wenn das dem Sinn der Verweisung (durch die inländische Kollisionsnorm) widerspricht.

Im Prinzip können chinesische und deutsche Außenhändler ihre nationalen Rechtsordnungen oder die eines dritten Staates für zwischen ihnen zustande gekommene Verträge wählen, obwohl Vertragsparteien aus Eigeninteresse gewöhnlich das ihnen vertraute Recht wählen werden. „ Entscheidend können aus der Sicht der einzelnen Partei die persönlichen Rechtsermittlungskosten sein und die Frage, inwieweit Rationalisierungsroutinen bestehen. “⁷⁴⁵ Darüber hinaus spielen die möglicherweise aus der Beilegung von Streitigkeiten resultierenden Kosten eine wichtige Rolle. Bei fehlender Wahl des anzuwendenden Rechts bestimmt es sich nach den einschlägigen inländischen IPR-Regelungen.

Meistens sind die chinesischen Vertragsparteien aber nicht bereit, das deutsche Recht als Vertragsstatut zu akzeptieren. Die deutsche Seite wird in der Regel auch nicht das chinesische Recht wählen.⁷⁴⁶ Deswegen beschränkt sich das von dem deutschen und chinesischen IPR anerkannte Prinzip der freien Rechtswahl tatsächlich auf ein sehr geringes Maß. Gerade angesichts dieses Dilemmas haben die Rechtswissenschaftler seit langem den Versuch unternommen, das internationale Kaufrecht unter Berücksichtigung verschiedener Landesrechte und internationaler Gewohnheiten und Gebräuche zu vereinheitlichen.

2. Das UN-Kaufrecht als Rechtswahl

Ernst Rabel hat den Grundstein für die Denkstöße von Rechtsvereinheitlichung gelegt.⁷⁴⁷ Weil das Haager Einheitliche Kaufrecht (EKG) und das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von Internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) nur von neun Staaten ratifiziert wurde, hat *UNCLTRAL* diese Bemühung fortgesetzt. Auf der Wiener Konferenz vom 10. März bis zum 5. April 1980 sprachen sich 42 Staaten für das Übereinkommen aus. Seit seinem Inkrafttreten erfreut sich das UN-Kaufrecht einer weltweit verbreiteten und zunehmenden Anerkennung. China und Deutschland haben es jeweils am 1. Januar 1988 und am 1. Januar 1991 ratifiziert. Nach Art. 1 Abs. 1 a UN-Kaufrecht findet dieses Übereinkommen vorbehaltlich des Art. 12 Anwendung auf Kaufverträge über Waren

⁷⁴⁴ Wang Guiguo/John MO, a.a.O. S. 727

⁷⁴⁵ P. Mankowski, Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, S. 14

⁷⁴⁶ „Als deutscher Exporteur mag man vielleicht angesichts des strengen deutschen AGB-Rechts und der eingeschränkten Wirksamkeit formularmäßiger Haftungsausschlüsse solche Gedanken hegen.“ Vgl. Graf v. Westphalen, RIW 1/2000 „Die erste Seite“ (sowie ders., ZIP 2001, 2107); Detzer, RIW 11/2001 „Die erste Seite“ (zitiert nach P. Mankowski, a.a.O. S. 3)

⁷⁴⁷ „Er hat im Jahre 1928 dem Präsidenten des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (*UNIDROIT*) den Vorschlag gemacht, sich um Vereinheitlichung des Rechts für grenzüberschreitende Warenkäufe zu bemühen. Zur Vorbereitung erster Entwürfe erarbeitete *Ernst Rabel* mit seinen Mitarbeitern im damaligen *Kaiser-Wilhelm-Institut* in Berlin eine umfassende rechtsvergleichende Untersuchung der Rechtsregeln zum Warenkauf, die in der Folge in dem zweibändigen Werk „Recht des Warenkaufs“ der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde und die Grundlagen für die folgenden Arbeiten zu einer Vereinheitlichung des Kaufrechts schuf. Zurecht ist deshalb *Ernst Rabel* als „*the mastermind behind the draft Uniform International Sales Law*“ bezeichnet worden.“ P. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 1 und

zwischen chinesischen und deutschen Vertragsparteien, weil China und Deutschland Vertragsstaaten dieses internationalen Übereinkommens sind. Aber es setzt voraus, dass beide Vertragsparteien die Anwendung dieses Übereinkommens nicht nach Art. 6 UN-Kaufrecht ausschließen. Bemerkenswert ist, dass Art. 6 UN-Kaufrecht für eine Rechtsgestaltung alle Möglichkeiten eröffnet. „Dieser Artikel erlaubt Einzelmodifikationen bei eigentlich allen Normen des UN-Kaufrechts wie auch seine Abbedingung als gesamte Einzelnorm. Insofern ist das UN-Kaufrecht sehr flexibel.“⁷⁴⁸

Für die Anwendung des UN-Kaufrechts sprechen noch weitere Gründe⁷⁴⁹: Das UN-Kaufrecht ist als internationales Einheitsrecht neutraler Grund. Seine Anwendung verschafft keiner Partei einen Vorteil bei den Rechtsermittlungskosten. Wer das UN-Kaufrecht nicht abbedingt und angesichts der großen internationalen Reichweite des UN-Kaufrechts kraft Art. 1 Abs. 1 lit. a UN-Kaufrecht einen Großteil seiner Geschäfte auf der Basis des UN-Kaufrechts abwickelt, erzielt zudem ähnliche Rationalisierungsvorteile wie bei der Wahl des eigenen Rechts. Dieser zusätzliche Vorteil kann sich aber nicht nur für eine Vertragspartei, sondern sogar für beide ergeben. Durch eine Schiedsvereinbarung können Schiedsgerichte das UN-Kaufrecht direkt anwenden, wenn unternehmerische Kaufverträge zwischen Parteien in zwei Vertragsstaaten (z.B. in China und Deutschland) zu beurteilen sind. Sie brauchen sich dann nur wenig Gedanken um die leidige Frage zu machen, von welchem Kollisionsrecht aus sie den Rechtsanwendungsprozess beginnen sollen.

II. Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln in Verträgen, die unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommen sind

1. Überschneidung des sachlichen Anwendungsbereichs vom UN-Kaufrecht, AGB-Recht und Formulklausel-Recht

Aus dem Aufbau des UN-Kaufrechts ist leicht zu erkennen, dass das UN-Kaufrecht im Grunde genommen nur Regelungen über den Vertragsabschluss (äußeren Konsens) und die daraus entstandenen Rechte und Pflichten von Verkäufer und Käufer beinhaltet. Nur insoweit geht es also um „Fragen, die in diesem Übereinkommen geregelte Gegenstände betreffen“ i.S. von Art. 7 II UN-Kaufrecht. Was außerhalb des vom Übereinkommen geregelten Gegenstandsbereichs liegt, z.B. Gültigkeit des Vertrages und die Eigentumsfrage nach Art. 4 UN-Kaufrecht, richtet sich nach nationalem Recht, das aufgrund des Kollisionsrechts des Forums zu finden und anzuwenden ist (externe Lücken).⁷⁵⁰ Darüber hinaus sind einige wichtige Fragen wie z.B. Verjährung, Aufrechnung oder Zinshöhe ebenfalls nicht von diesem Einheitsrecht geregelt. Sie bleiben ebenfalls dem anzuwendenden nationalen Recht unterworfen. Was den sachlichen Anwendungsbereich angeht, so findet das UN-Kaufrecht gem. Art. 2 und 3 nur Anwendung auf den Handelswarenkau zwischen Unternehmen.

Das AGB-Recht in Deutschland ist kein reines Verbraucherschutzrecht. Es regelt auch den Handelsvertrag zwischen Unternehmern, obwohl §§ 305 Abs. 2, 308, 309 BGB (früher §§ 2. 10 und 11 AGBG) nicht unmittelbar auf diese Handelsverträge anwendbar sind. Aber §§ 309 und 310 BGB haben eine Indizwirkung für die Inhaltskontrolle von Handelsverträgen. Das Formulklausel-Recht in China bezweckt ebenfalls eine Freihaltung des Wirtschaftsverkehrs von missbräuchlichen Formulklauseln. Es regelt, wie oben bereits dargelegt, sowohl den

⁷⁴⁸ P. Mankowski, RIW, Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, S. 10

⁷⁴⁹ P. Mankowski, a.a.O. S. 9 ff.

⁷⁵⁰ Vgl. P. Schlechtriem. Internationales UN-Kaufrecht, S. 21

Verbraucherkauf als auch den Handelskauf. Deshalb überschneiden sich das UN-Kaufrecht, das AGB-Recht in Deutschland und das Formularklausel-Recht in China beim Handelskauf zwischen chinesischen und deutschen Unternehmen, wenn diese einen Vertrag unter Geltung des UN-Kaufrechts unter Einbeziehung von AGB oder Formularklauseln abgeschlossen haben.

2. Einbeziehung von AGB oder Formularklauseln in Verträge, die unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen sind

Art. 14 ff. UN-Kaufrecht regelt den Vertragsabschluss. Aber das UN-Kaufrecht enthält weder den Begriff der AGB noch ähnliche Bezeichnungen wie z.B. Standardbedingungen. Offenbar gibt es hier eine (bewusste) Gesetzeslücke, die nach Art. 7 UN-Kaufrecht durch autonome Auslegung zu schließen ist. Da die Einbeziehung von AGB oder Formularklauseln in den Vertrag durch Hinweis oder Beifügung von AGB- oder Formularklauseltexten noch zum Bereich des Vertragsabschlusses gehört, muss die Frage, ob AGB oder Formularklauseln in den unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen Vertrag einbezogen sind, anhand der einschlägigen Regelungen des UN-Kaufrechts beantwortet werden.⁷⁵¹

In Art. 14 I und 18 I UN-Kaufrecht regelt das Einheitskaufrecht die allgemeinen Grundsätze über den Vertragsabschluss: Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande. Übertragen auf die Einbeziehung von AGB (oder Formularklauseln) bedeutet dies, dass der Wille des Verwenders, die AGB einzubeziehen, in seiner Willenserklärung enthalten sein muss und der andere Vertragspartner der Einbeziehung des Klauselwerks zustimmen muss.⁷⁵² „Der Idealfall der Einbeziehung liegt vor, wenn der Verwender in seinem Angebot auf die beigefügten AGB hinweist und der Vertragspartner das Angebot ausdrücklich einschließlich der AGB annimmt.“⁷⁵³

a. Beifügen von AGB oder Formularklauseltext

Problematisch ist, dass das UN-Kaufrecht keine Regelung darüber enthält, ob und in welcher Weise der Verwender dem Vertragspartner seine AGB oder Formularklauseln zur Kenntnis bringen muss. Es ist der Auslegung zu überlassen, diese Frage zu beantworten. Art. 7 I UN-Kaufrecht schreibt vor, durch die Auslegung des Übereinkommens die Einheitlichkeit seiner Anwendung zu fördern und den guten Glauben im internationalen Handel zu berücksichtigen. Damit wird ein allgemeines Prinzip für die Auslegung, Anwendung und auch Ergänzung des Einheitsrechts festgeschrieben. Daraus ergibt sich, dass „das Übereinkommen autonom auszulegen ist, d.h. ein Rückgriff auf nationale Rechte und bestimmte nationale Begriffe vermieden werden muss.“⁷⁵⁴ Insofern gibt es keinen Raum für die direkte Anwendung der Einbeziehungskriterien und der Einbeziehungskontrolle nach dem AGB-Recht in Deutschland und dem Formularklausel-Recht in China.

⁷⁵¹ Vgl. v. Caemerer/Schlechtriem, Art. 14 CISG, Rn. 17; Herbert/Czerwenka, Art. 14 CISG, Rdnr. 11; Piltz, UN-Kaufrecht, Rdnr. 148; M.S. Hennemann, AGB-Kontrolle im Un-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, S. 62 ff.; A. Dawwas, Die Gültigkeit des Vertrages und das UN-Kaufrecht, S. 115

⁷⁵² Herber/Czerwenka, Art. 14 CISG, Rdnr. 11

⁷⁵³ Holthausen, RIW 1989, 513 (517), zitiert nach M.S. Hennemann, AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, S. 70

⁷⁵⁴ Franco Ferrari, 24 Ga. J. Int' & Comp.L. (1994), 200: “must be interpreted in an autonomous manner”. Zitiert nach P. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 29, Rdnr. 43

Fraglich ist, wann ein Angebot in Bezug auf die Einbeziehung von AGB oder Formulklauseln im Sinne des Art. 14 I UN-Kaufrecht bestimmt genug ist, damit durch seine Annahme ein Vertrag zustande kommt. Das UN-Kaufrecht enthält darüber keine unmittelbare Bestimmung. Aber Art. 7 II UN-Kaufrecht⁷⁵⁵ stellt hier eine Rangfolge auf: Zunächst sind die Fragen, die die in diesem Übereinkommen geregelten Gegenstände betreffen, aber in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich entschieden werden, nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden; fehlen diese, ist auf nationales Recht zurückzugreifen. Die Frage nach der Notwendigkeit, den Klauseltext beizufügen, ist danach mittels der allgemeinen Vertragsschlussbestimmungen des UN-Kaufrechts zu beantworten. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten und Gewohnheiten des internationalen Kaufs ist zu fordern, dass der Text der AGB oder der Formulklauseln dem Angebot beigefügt werden muss, da Vertragsparteien, die ihre Niederlassungen in verschiedenen (Vertrags-)Staaten haben, keine Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Inhalts der AGB oder Formulklauseln haben, es sei denn, dass die Vertragsparteien aufgrund langjähriger Handelsbeziehungen den Inhalt der standardisierten Klauseln bereits gekannt haben. Dies entspricht auch der Bestimmung des Art. 8 II UN-Kaufrecht, nach dem bei Auslegung auf eine vernünftige Person der gleichen Art abzustellen ist.⁷⁵⁶ Nach dem UN-Kaufrecht wird auch der konkludente Vertragsabschluss unter Einbeziehung von AGB oder Formulklauseln zugelassen, weil Art. 8 I UN-Kaufrecht vorschreibt, dass bei der Auslegung das „Verhalten“ zu berücksichtigen ist.

b. Sprachenproblem

AGB und Formulklauseln im nationalen Wirtschaftsverkehr sind gewöhnlich nur in einer Sprache abgefasst. Beim internationalen Kauf entsprechen die in nur einer Sprache der Vertragsparteien abgefassten AGB oder Formulklauseln nicht der Anforderung, dass ihr Inhalt von dem anderen Vertragspartner zur Kenntnis zu nehmen ist, es sei denn, dass beide dies im voraus vereinbart haben oder aufgrund einer längeren Handelsbeziehung den Inhalt der in der fremden Sprache abgefassten Klauseln bereits zur Kenntnis genommen haben. Englisch als internationale Handelsprache soll den Anforderungen entsprechen, wenn die Vertragsparteien nicht ausdrücklich Einwand erheben.⁷⁵⁷

c. Kollision zwischen AGB und Formulklauseln

Das UN-Kaufrecht enthält ebenso wie das Haager Kaufrecht (EKG) keine ausdrückliche Regelung, wie die „*battle of forms*“ – kollidierende AGB – zu behandeln sind,⁷⁵⁸ obwohl es entsprechende Vorstöße auf der Wiener Konferenz gab.⁷⁵⁹ Beim nationalen und beim internationalen Kauf ist es der Regelfall, dass Vertragsparteien unter Hinweis auf ihre eigenen AGB oder Formulklauseln unter Vorbehalt ihrer Geltung das gegenseitige Angebot

⁷⁵⁵ Art. 7 II UN-Kaufrecht „Fragen, die in diesem Übereinkommen geregelten Gegenstände betreffen, aber in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich entschieden werden, sind nach den allgemeinen Grundsätzen, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen, oder mangels solcher Grundsätze nach dem Recht zu entscheiden, das nach den Regeln des internationalen Privatrecht anzuwenden ist.“

⁷⁵⁶ Herber/Czerwenka, Art. 14 CISG, Rdnr.11; S. Teklote, Die einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, S. 111; und vgl. OLG Hamm, NJW 1983, S. 523 ff.

⁷⁵⁷ MüKo-Martiny, EGBGB, Art. 31 Rdnr. 26 (tatsächliche Beherrschung der Weltsprache); Kommentar zum UN-Kaufrecht, (Hrsg. von P. Schlechtriem)-Huber, Art. 14 Rdnr. 16; Ulmer/Brandner/-Hensen-Schmidt, Anh. § 2 AGBG, Rdnr. 15; Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, § 2 AGBG, Rdnr. 43

⁷⁵⁸ Vgl. P. Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, S. 55, Rdnr. 92

⁷⁵⁹ P. Schlechtriem, Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht, in: FS Herber, S. 36 ff.

annehmen. Offensichtlich bezweckt ein solches Klauselwerk die Abwälzung eigener Risiken auf die andere Vertragspartei. Diese kollidierende Klausel wird auch als „modifizierende Auftragsbestätigung“ bezeichnet.

Im deutschen AGB-Recht bleibt die Beantwortung der Frage hinsichtlich kollidierender AGB ebenfalls offen und ist somit der Rechtsprechung überlassen. Im CVG gibt es auch keine Bestimmung über kollidierende Formulklauseln, obwohl in China darüber seit langem heftig diskutiert ist. Wie oben dargelegt, ist diese Frage im Bereich der Geltung des UN-Kaufrechts durch autonome Auslegung zu beantworten.

aa). Arten der Kollision

Häufig ist die Kollision von Einbeziehungs- und Abwehrbedingungen: „Der Anbieter (als Exporteur/Importeur) möchte bestellen und verweist darauf, dass Grundlage des Vertrags ausschließlich seine Geschäftsbedingungen sein sollen (evtl. mit dem Zugeständnis, dass ein Abweichen von oder ein Verzicht auf eigene Geschäftsbedingungen nur bei ausdrücklicher/schriftlicher Zustimmung Geltung haben soll). Demgegenüber verweist die andere Seite darauf, dass ihre Vertragsannahme nur auf der Grundlage ihrer in den Vertrag einzubeziehenden Lieferbedingungen erfolge (wieder evtl. mit dem Zugeständnis, dass Abweichungen ausdrücklich/schriftlicher Zustimmung bedürfen). Vertragsschlusswille und Geltung der je eigenen Bedingungen werden also konditional verknüpft.“⁷⁶⁰

Freizeichnungs- und Garantieklauseln stellen normalerweise einen Kernbestandteil der jeweiligen Geschäftsbedingungen oder Formulklauseln dar. Da der Gerichts- oder Schiedsgerichtsort bei Beilegung von Streitigkeiten eine wichtige Rolle spielen kann, kollidieren Schieds- oder Gerichtszuständigkeitsklauseln⁷⁶¹ ebenfalls häufig.

bb). Lösungsmöglichkeiten für kollidierende Geschäftsbedingungen oder Formulklauseln

In den meisten Fällen wurde zunächst versucht, eine Kollision von Standardbedingungen auf Grundlage des Art. 19 UN-Kaufrecht zu lösen. Aber diese Lösung scheiterte daran, dass solche Abweichungen selten „unwesentlich“ i.S.d. Art. 19 II sind, es damit zu keinem Vertragsabschluss kommt und die Annahmeerklärung unter Verweisung auf eigene Geschäftsbedingungen oder Formulklauseln nur als neues Gegenangebot gewertet wird. Dieses Ergebnis steht offenbar der Praxis des internationalen Kaufs entgegen.

Auch die Lösung des „letzten Wortes“ ist nicht sachgerecht. Sie verschärft im Gegenteil die „*battles of forms*“, weil die jeweiligen Vertragsparteien versuchen, ihre eigenen Geschäftsbedingungen oder Formulklauseln bis zum endgültigen Vertragsabschluss noch in Geltung zu bringen. Deswegen bieten sich andere Lösungen an.

Nach Art. 2. 22 GPICC ist z.B. ein Vertrag auf der sich überschneidenden Basis der kollidierenden Geschäftsbedingungen zustande gekommen, wenn beide Vertragsparteien unter Verweisung auf ihre eigenen Geschäftsbedingungen den Vertrag zu schließen

⁷⁶⁰ Vgl. P. Schlechtriem, a.a.O. S. 38

⁷⁶¹ „Nach der Anordnung des obersten Volksgerichtshofes von März 2002 sollen handelsrechtliche Streitfälle zwischen Ausländern und Chinesen nicht mehr vor den Grundstufengerichten (Basic People's Courts) verhandelt werden. Vielmehr sind hierfür in erster Instanz zukünftig die Mittelstufengerichte (Intermediate People's Courts) bzw. oberen Volksgerichte (Higher People's Courts) zuständig.“ in: Hilf/Gättsche, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 3/2003, S. 164

versuchen.⁷⁶² Ganz ähnlich gehen die PECL vor.⁷⁶³ Beide Regelwerke gehen damit von der grundsätzlichen Möglichkeit aus, dass ein gültiger Vertrag trotz widerstreitender Geschäftsbedingungen geschlossen werden kann; dabei wird der eigentliche Vertragschluss von der Inhaltsfrage getrennt. „Für den Inhalt sollen die Geschäftsbedingungen (nur) insoweit maßgebend sein, als sie miteinander übereinstimmen (*common in substance*), während die divergierenden Geschäftsbedingungen außer Betracht bleiben („*knock-out*“ *doctrine*) und wohl durch die in den GPICC oder dem anwendbaren nationalen Recht vorgesehene Regelung ersetzt werden müssen.“⁷⁶⁴

Wie oben dargelegt, ist bei der Lösung der aus dem UN-Kaufrecht resultierenden Fragen die autonome Auslegung vorherrschend. Aber das bedeutet nicht, dass andere Lösungsansätze nicht herangezogen werden können. M.E. kann die Lösung vom „*knock-out*“ auch im internationalen Kauf anwendbar sein. Wesentlich ist, dass die außerhalb der sich überschneidenden Teile stehenden AGB oder Formulklauseln nicht mit in den Vertrag einbezogen werden und die sich daraus ergebenden Lücken durch autonome Auslegung zu füllen sind.

3. Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln in Verträgen, die unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen sind

a. Inhaltskontrolle als Gültigkeitsfrage außerhalb des Sachbereichs des UN-Kaufrechts

Die Frage nach der inhaltlichen Gültigkeit von AGB oder Formulklauseln wie z.B. Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit sind nach § Art. 4. a UN-Kaufrecht von dessen Geltungsbereich ausgenommen. Das bedeutet, die Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln, welche unter Geltung des UN-Kaufrechts in Verträge eingezogen sind, bleibt dem durch die IPR-Regelung berufenen nationalen Recht unterworfen.

Nach der h.M. unterliegt die Gültigkeitsfrage dem Vertragsstatut, dem der Vertrag ohne Geltung des UN-Kaufrechts unterworfen wäre.⁷⁶⁵ Durch die Anknüpfung an ein Vertragsstatut wird sichergestellt, dass die Gültigkeitsfrage nur nach einer Rechtsordnung entschieden wird. Das Vertragsstatut ist anhand der allgemeinen IPR-Bestimmungen zu ermitteln. Wenn z.B. in Deutschland keine nach § 27 EGBGB beachtliche Rechtswahl bezüglich der Rechtsfrage vorliegt, so richtet sich das anzuwendende Recht nach § 28 EGBGB. Nach § 28 I und II 1 EGBGB ist in der Regel das Recht des Verkäufers anwendbar. Eine Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln findet danach anhand der Vorschriften des nationalen Rechts des Verkäufers statt. Auch das chinesische IPR geht davon aus, dass als

⁷⁶² Art. 2. 22 GPICC: Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

⁷⁶³ Art. 2: 209 PECL: Conflicting General Conditions: (1) If the parties have reached agreement except that offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance. (2) However, no contract is formed (a) if one party has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that he does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph 1; or (b) if later on, one party, without undue delay, informs the other party that he does not intend to be bound by such contract.

⁷⁶⁴ P. Schlechtriem, Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalem Vertragsrecht, S. 40 und 41

⁷⁶⁵ Vgl. MüKo-Martiny § 28 EGBGB, Anm. II Rndr. 31 f.; v. Cammerer/Slechtriem-Huber, Art. 45 CISG Rdnr. 62

engste Verbindung, nach der das anzuwendende Recht zu bestimmen ist, die charakteristische Erfüllung anzusehen ist und verweist gewöhnlich auf das Recht des Verkäufers. Für die nähere Darlegung über das anzuwendende nationale Recht ist auf II. 1 dieses Kapitels zu verweisen.

Wenn das Kollisionsrecht für die Behandlung der Rechtsfrage auf das deutsche Recht verweist, wird die Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln, gleichgültig ob Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen, durch das deutsche AGB-Recht geregelt. Wenn es auf das chinesische Recht verweist, kommt das chinesische Formulklausel-Recht in Anwendung.

b. UN-Kaufrecht als gesetzliches dispositives Recht bei der Inhaltskontrolle

Im ersteren Fall bestimmt sich die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB (früher §§ 9 bis 11 AGBG), während im letzteren Fall §§ 39 ff. CVG Anwendung finden. Umstritten ist aber, ob das UN-Kaufrecht gesetzliches dispositives Recht im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (früher § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) ist, denn nach dieser Norm wird dispositives Recht in der Regel als Prüfungsmaßstab bei der Inhaltskontrolle herangezogen, wenn ein Vertrag vom UN-Kaufrecht geregelt wird und eine Inhaltskontrolle nach dem deutschen AGB-Recht vorzunehmen ist.

Da im UN-Kaufrecht eine Trennung zwischen der Gültigkeit und dem Abschluss von Verträgen vorgenommen wird, sollen die vom UN-Kaufrecht schon getroffenen Regelungen bei der Inhaltskontrolle herangezogen werden, aber mit Ausnahme von Fragen wie z.B. Geschäftsfähigkeit, die nach dem anzuwendenden nationalen Recht zu prüfen sind. Obwohl nach Art. 4 S. 2 a) UN-Kaufrecht Klauseln nach nationalem Recht als unzulässig, d.h. nichtig, bewertet werden können, sind die Wertungsmaßstäbe der gesetzlichen Regelung des UN-Kaufrechts nicht dem nationalen Recht zu entnehmen, weil AGB bei ihrer Einbeziehung in den unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommenen Vertrag gerade die Regelungen im UN-Kaufrecht verdrängen, soweit das UN-Kaufrecht für den Vertrag Anwendung findet. Deswegen soll das UN-Kaufrecht, nicht aber das deutsche Recht, die aus den unwirksamen AGB resultierende Lücke schließen.⁷⁶⁶ Diese Lösung ist überzeugend und entspricht dem Sinn und Zweck des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB (Gesetzbestimmungsdeklaration). Mit anderen Worten braucht die Inhaltskontrolle dann nicht durchgesetzt zu werden, wenn die Klauseln inhaltlich dem UN-Kaufrecht entsprechen. Aus einer anderen Perspektive gehört das UN-Kaufrecht nach seiner Ratifikation auch zu den Reserveregeln der Maßstäbe für eine Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland. AGB, die nur den Inhalt des den Vertrag beherrschenden UN-Kaufrechts wiederholen, enthalten deswegen keine selbständige Regelung, sondern stellen der Vertragspartei lediglich deren Rechte und Pflichten in einem „möglichst geschlossenen Überblick“ dar. Daher besteht kein Bedürfnis, die Vertragspartei vor solchen Klauseln zu schützen.

„Fände eine Inhaltskontrolle von AGB statt, die dem UN-Kaufrecht inhaltlich entsprechen, so liefe das zudem auf eine Angemessenheitskontrolle der vereinheitlichten Vorschriften anhand des deutschen AGB-Rechts hinaus. Denn mit einem negativen Werturteil über eine solche Klausel würde zugleich dieselbe Aussage auch über die entsprechende Norm des UN-Kaufrechts gemacht. Das will aber § 307 Abs. 3 Satz 1 (§ 8 AGBG) gerade verhindern; es sollen keine ‚gesetzlichen Interessenbewertungen‘ anderer Normen oder Rechtsordnungen

⁷⁶⁶ Kommentar zum UN-Kaufrecht (Hrsg. von P. Schlechtriem)-Schlechtriem, Vor Artt. 14-24, Rdnr. 1 und 9, -Huber, Art. 45, Rdnr. 70; Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt, § 6 AGBG Rdnr. 27

anhand des AGB-Rechts überprüft werden (können). Diese Überlegung legt es nahe, neben dem AGB-Recht immer das den Vertrag im übrigen beherrschende Einheitskaufrecht (UN-Kaufrecht) als Vergleichsmaßstab anzuwenden.⁷⁶⁷

Nach § 306 Abs. 1 und 2 BGB bleibt der Vertrag im übrigen gültig und die wegen der Inhaltskontrolle unwirksamen Klauseln werden durch dispositive gesetzliche Bestimmungen ersetzt. Die gemäß § 306 Abs. 2 BGB (früher § 6 Abs. 2 AGBG) zur Ausfüllung der vertraglichen Lücken heranzuziehenden Bestimmungen sollen die das Rechtsverhältnis beherrschenden Normen sein, also hier das Einheitskaufrecht. Als Argument für diese Lösung ist auf die Materialien zum AGBG hinzuweisen. Danach tritt „an die Stelle der mißbilligten Klauseln das durch sie verdrängte Gesetzesrecht.“⁷⁶⁸ Durch die unwirksamen Klauseln wird das Einheitskaufrecht und nicht das BGB „verdrängt“, was somit auch zur Anwendbarkeit des Einheitskaufrechts führt.⁷⁶⁹

Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Alle Rechtsbehelfe, die dem Käufer nach Art. 45 UN-Kaufrecht zustehen, sind dispositives Recht und können durch Parteivereinbarung abbedungen werden (Art. 6 UN-Kaufrecht). Das ist unproblematisch, soweit es durch individuelle Vereinbarung geschieht. Die Frage der Zulässigkeit von Klauseln in AGB, durch die der Verkäufer sich von den Haftungsfolgen des Art. 45 UN-Kaufrecht freizeichnet, betrifft die „Gültigkeit“ des Vertrags, und ist im Einheitskaufrecht nicht geregelt (Art. 4 S. 2 a UN-Kaufrecht). Sie ist nach dem international privatrechtlich maßgeblichen Vertragsstatut zu beantworten. Maßgeblich ist also dasjenige nationale Recht, das auch dann anzuwenden wäre, wenn der Vertrag nicht dem einheitlichen Kaufrecht unterläge. Aber bei der Inhaltskontrolle sind Art. 45-53 UN-Kaufrecht als gesetzliche dispositive Regelungen heranzuziehen.

Das gleiche gilt, wenn der Vertrag vom UN-Kaufrecht beherrscht ist und daneben das chinesische Formularklausel-Recht in Anwendung kommt.

Nennenswert ist auch, dass das nach der IPR-Regelung anzuwendende nationale Recht ebenfalls eine wichtige Rolle bei der Inhaltskontrolle spielen kann, soweit der Vertrag durch materielle Rechtswahl (Art. 6 S. 2 UN-Kaufrecht) nur teilweise vom UN-Kaufrecht beherrscht wird. Außerdem bestehen auch Gesetzeslücken im UN-Kaufrecht, z.B. gibt es keine Bestimmung über Gewährleistungsrecht und Übereignung (Art. 4 b UN-Kaufrecht). Deswegen sind die anzuwendenden einschlägigen nationalen Regelungen unter solchen Umständen heranzuziehen.

§ 307 Abs. 1 BGB als Generalklausel spielt noch eine wichtige Rolle unter dem Umstand, dass Gebräuche und Gepflogenheiten im internationalen Kaufrecht nach Art. 9 UN-Kaufrecht in Anwendung kommen, und zwar, soweit sie eine Abweichung oder Ergänzung der einheitsrechtlichen Regelungen rechtfertigen können. In diesem Fall unterliegt diese Rechtfertigung der Prüfung nach dem Gebot von Treu und Glauben im AGB-Recht. So ist es auch bei Anwendung des chinesischen Formularklausel-Rechts: Die Anwendung der internationalen Gebräuche und Gepflogenheiten ist hier an dem Gerechtigkeitsprinzip im Formularklausel-Recht zu messen.

⁷⁶⁷ S. Teklote, Die einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, S. 182 und 183

⁷⁶⁸ BT-Drucks. VII/3919, S. 21

⁷⁶⁹ S. Teklote, Die einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, S. 189

III. Zwischenergebnis

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der deutschen und chinesischen bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen spielt die Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln eine wichtige Rolle für Verträge, die unter Einbeziehung der AGB oder Formulklauseln und unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommen sind. Da China und Deutschland nach der Ratifikation des UN-Kaufrechts Vertragsstaaten dieses internationalen Einheitsrechts sind, findet das UN-Kaufrecht oft Anwendung für den internationalen Warenkauf zwischen Deutschland und China. In der Praxis lässt sich auch nachweisen, dass das UN-Kaufrecht eine neutrale und damit bessere Rechtswahl ist. Weil das UN-Kaufrecht nur die Regelungen über den Vertragsabschluss sowie Vertragsrechte und Vertragspflichten beinhaltet, ist die Frage der Gültigkeit der einbezogenen AGB oder Formulklauseln nach dem durch die jeweilige IPR-Regelung angerufenen nationalen Recht zu beantworten. Je nach IPR-Regelung kann entweder das deutsche oder das chinesische Recht über die Inhaltskontrolle von AGB bzw. Formulklauseln zur Anwendung kommen. Das UN-Kaufrecht gilt auch als dispositives Recht zum Zweck der Lückenschließung bei unwirksamen AGB oder Formulklauseln, soweit die Lücken von ihm beherrscht sind. Das nach der IPR-Regelung anzuwendende nationale Recht kommt in Anwendung, soweit der Vertrag nur teilweise vom UN-Kaufrecht beherrscht wird.

Zusammenfassung

1. Vertragsfreiheit gilt als eines der grundlegendsten Prinzipien des BGB und stellt den wichtigsten Teil von Privatautonomie dar. Aber von Anfang an galt diese Vertragsfreiheit mehr formell als materiell. Gerade mittels der formellen Vertragsfreiheit wurden AGB in Deutschland durch Verdrängung dispositiven Rechts umfassend verbreitet. Dies steht nur scheinbar mit der Massenproduktion und dem Massenvertrieb in Zusammenhang, dahinter steht tatsächlich die rücksichtslose Interessenverfolgung der Verwender von AGB. Die dominante Stellung des Vertragsrechts im BGB wird zunehmend von der umfassenden Verwendung von AGB bedroht. Als Reaktion darauf hat sich der Gedanke von materieller Vertragsfreiheit, oder Vertragsgerechtigkeit, entwickelt. Die letztere steht der ersteren kritisch gegenüber. Die Inhaltskontrolle von AGB bildet insofern einen Kernpunkt im modernen Vertragsrecht.

Aufgrund der historischen Rechtsentwicklung spielten Verträge im traditionellen chinesischen Wirtschaftsverkehr eine geringe Rolle. Sie fanden vor allem im Bereich von Grundstückkauf und Darlehen Anwendung. Diese Situation dauerte bis zur Modernisierung des traditionellen chinesischen Rechts am Ende der *T'sing*-Dynastie vor einem guten Jahrhundert. Privatautonomie war der traditionellen chinesischen Rechtskultur ein völlig fremder Begriff. Erst nachdem China westliches Recht bzw. moderne westliche Rechtstheorien übernommen und Marktelemente akzeptiert hatte, hat sich das moderne Vertragsrecht in China langsam entwickelt. Trotzdem funktionierten Verträge in der Planwirtschaft nach Gründung der VR China 1949, welche die chinesische Wirtschaft bis zum Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts beherrschte, nur als Durchführungsinstrument von Plänen. Der Aufbau einer „sozialistischen Marktwirtschaft“ seit 1993 eröffnet die Chance für Verträge als wichtigstes Mittel zur Allokation von Gütern und Dienstleistungen sowie Risiken im Wirtschaftsverkehr. In der Tat hat das Vertragsrecht in China nach Durchführung der Politik von Öffnung und Reform eine kurvenreiche Entwicklung erfahren. Dies spiegeln die drei unabhängigen Vertragsgesetze wider, die 1999 durch das CVG als einheitliches Vertragsgesetz abgelöst wurden. Obwohl die verbreitete Verwendung von Formulklauseln in fast allen wirtschaftlichen Branchen aufmerksam beobachtet wird, ist die rechtliche Inhaltskontrolle von Formulklauseln noch weit von den Bedürfnissen der Vertragsgerechtigkeit entfernt.

Zwei neue Rechtswerke, jeweils in Deutschland und in China, nämlich das SMG und das CVG, geben Anlaß, die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und die von Formulklauseln in China rechtsvergleichend zu erforschen, damit sich die rechtliche Kommunikation zwischen Deutschland und China auch auf diesem Gebiet entfalten kann und die chinesische Gesetzgebung und Rechtstheorie von den deutschen Erfahrungen profitieren können und umgekehrt.

2. Zwischen AGB und Formulklauseln bestehen mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede. Beide werden vom Verwender zum Zwecke wiederholter Verwendung im Voraus einseitig aufgestellt. Die Unterschiede liegen hauptsächlich in folgenden Punkten: Formulklauseln finden keine

Anwendung für dingliche Verträge, da das Trennungs- und Abstraktionsprinzip (§ 929 ff. BGB) und selbständige Verfügungsgeschäfte im CVG nicht anerkannt werden; Bestimmungen über „Einmal- und Drittklauseln“ im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB gibt es im chinesischen Formularrecht nicht.

3. Was die Rechtsnatur von AGB angeht, so gilt die Kombinationsbetrachtungsweise. Während aus der Sicht ihrer Funktionsweise AGB Normcharakter haben, ist ihre Geltungsweise noch nach der Rechtsgeschäftslehre zu behandeln. Insofern wohnt AGB eine hybride Natur inne, die weder durch die Normtheorie noch die Vertragstheorie völlig geklärt werden kann. Die Rechtsnatur von Formulklauseln in China ist kompliziert. Dies ist vor allem auf die vergangene Planwirtschaft zurückzuführen, in der Formulklauseln in Form von Verwaltungsvertragsvorschriften als Rechtsnorm galten und in der Folge keiner rechtlichen Inhaltskontrolle unterlagen. Bis jetzt gelten Formulklauseln, die von Staatsorganen oder Staatsunternehmen vor allem im Banken- und Telekommunikationsbereich eingesetzt werden, in der Praxis noch als Rechtsnormen. Dies ist auf die staatliche Monopolstellung der Verwender zurückzuführen und spiegelt sich deutlich darin wider, dass Richter in China meist zögern, eine Inhaltskontrolle dieser Formulklauseln durchzuführen. In der Tat sind sie auch nicht in der Lage, die Monopolstellung von Staatsunternehmen zu brechen. Der Kampf gegen unbillige Formulklauseln stellt eine der wichtigsten Aufgaben der Inhaltskontrolle im gegenwärtigen China dar. Formulklauseln, die von privaten Unternehmen oder Branchenkammern in Form von Musterverträgen aufgestellt sind, gelten nur als rechtsgeschäftliche Vertragsgrundlage. Sie unterliegen der Inhaltskontrolle. Dieser Typus von Formulklauseln verbreitet sich in China gegenwärtig zunehmend. Die Bestimmungen über Inhaltskontrollen im CVG richten sich vor allem auf diese Formulklauseln.
4. Was den persönlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und den der Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China betrifft, so zeigt sich die Gemeinsamkeit, dass beide sowohl für Verträge unter Verwendung von AGB oder Formulklauseln zwischen Unternehmern und natürlichen Personen wie auch für die ausschließlich zwischen Unternehmern Anwendung finden. Was den sachlichen Anwendungsbereich angeht, so findet die Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht in Deutschland keine Anwendung für folgende Rechtsbereiche: das Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht sowie Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (§ 310 Abs. 4 BGB); nach dem Inkrafttreten des SMG findet die Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht im BGB auch Anwendung auf das Arbeitsrecht. Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China findet keine Anwendung für die auf Ehe, Adoption, Vormundschaft oder sonstige persönliche Statusbeziehungen gerichtete Vereinbarungen. Auf die Einmal- und Drittklausel im deutschen Sinne ist die Inhaltskontrolle von Formulklauseln ebenfalls nicht anwendbar. Zu den einzelnen Bereichen: a. Versicherungsverträge und Seeversicherungsverträge werden nicht von der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG umfasst, da das CVersG und das CSHG schon spezifische Inhaltskontrollen vorsehen. b. Verträge über Lieferung von Elektrizität, Wasser, Gas und Wärme sowie Beförderungsverträge unterliegen der Inhaltskontrolle, wenn sie durch Formulklauseln zustande gekommen sind. c. Formulklauseln im Gesellschaftsrecht, z.B. Gesellschaftsverträge und Satzungen, die unter

Verwendung von Formulklauseln aufgestellt sind, unterliegen der Inhaltskontrolle nach dem CGG. Aber Gesellschaftssatzungen von staatseigenen Gesellschaften nach § 65 CGG unterliegen nicht der Inhaltskontrolle, weil sie erst durch Verwaltungsbeschluss in Anwendung kommen.

5. Was die Schranken der Inhaltskontrolle angeht, so entziehen sich deklaratorische, leistungsbeschreibende und preisbestimmende Klauseln der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland. Dagegen bilden rechtsergänzende und rechtsabweichende Klauseln in Deutschland einen Gegenstand der Inhaltskontrolle. Obwohl es keine ausdrückliche Bestimmung über die Schranken der Inhaltskontrolle von Formulklauseln im CVG gibt, sind deklaratorische Formulklauseln auch hier von der Inhaltskontrolle freizustellen. Prinzipiell gilt dies auch für leistungsbeschreibende und preisbestimmende Formulklauseln. Aber die Besonderheiten, welche aus dem CPG und dem CPQG resultieren, sind bei der Entscheidung über die Freihaltung dieser Klauseln von einer Inhaltskontrolle zu berücksichtigen.
6. Die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland bedeutet Wirksamkeitskontrolle nicht Inhaltsänderungs- und Ausübungskontrolle, generalisierende und nicht individuelle Kontrolle, Rechtskontrolle nicht Billigkeitskontrolle. Für Verbraucherverträge sind die konkreten Umstände nach § 311 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen. Dagegen bedeutet die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in China nicht nur Wirksamkeitskontrolle sondern auch u.U. Inhaltsänderungskontrolle nach § 54 CVG; sie ist generalisierend und prinzipiell, aber nicht individuell.
7. Das Modell der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland ist von der typischen deutschen Gesetzgebungstechnik des „ vom Allgemeinen zum Besonderen “ geprägt: die Maßstäbe lassen sich in zwei Teile gliedern, nämlich Generalklauseln und konkrete Klauselverbote. Obwohl § 40 Satz 2 CVG auch drei relativ konkrete Kontrollmaßstäbe vorgeschrieben hat, sind diese noch zu pauschal.
8. Das Gebot von Treu und Glauben im AGB-Recht und das Gerechtigkeitsprinzip im Formulklausel-Recht gelten als Generalklausel der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China. Durch Gegenüberstellung der konkreten Klauselverbote in §§ 308 und 309 BGB und der einschlägigen dispositiven Bestimmungen im CVG (s. Anhang 1.) kann ein Überblick über die konkreten Kontrollmaßstäbe gewonnen werden. Aufgrund des Vergleichs des Gebotes von Treu und Glauben im deutschen und des Gerechtigkeitsprinzips im chinesischen Recht, empfiehlt es sich, das Gebot von Treu und Glauben anstelle des Gerechtigkeitsprinzips als Generalklausel der Inhaltskontrolle im chinesischen Formulklausel-Recht zu verwenden.
9. Angesichts der Wichtigkeit dispositiven Rechts bei der Inhaltskontrolle ist es unentbehrlich, dessen jeweilige Rolle im deutschen und chinesischen Recht aus rechtskultureller Sicht rechtsvergleichend zu analysieren. Das traditionelle chinesische Recht kannte dispositives Recht nicht, da Recht in der chinesischen Rechtsgeschichte nur Strafrecht bedeutete. Deswegen gab es keinen Freiraum für Privatautonomie und dispositives Recht. Insofern ist der Wandel der Rechtsnatur des Vertragsrechts in China von zwingendem zu

dispositivem Recht von besonderer Bedeutung. Das dispositive Recht bei der Inhaltskontrolle ist zu einem zwingenden bzw. halbzwingenden geworden. Eine kompakte Darstellung über die Vertragshaftung im CVG bringt die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formulklauseln über Vertragshaftung in China zum Ausdruck.

10. Das Transparenzprinzip spielt bei der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland eine wichtige Rolle und hat nach dem SMG seinen kodifikatorischen Ausdruck in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gefunden. Gegenüber den anderen Maßstäben, z.B. dem Gebot von Treu und Glauben und der Kontrolle Überraschender Klauseln, hat das Transparenzprinzip seinen eigenständigen Sinn.
11. Nicht zu übersehen ist, dass zwischen den beiden Rechtsinstituten, Vertrag und Wettbewerb, ein enger Zusammenhang besteht. Durch den Anknüpfungspunkt von Konditionenkartell und –empfehlungen bezieht sich die Inhaltskontrolle von AGB auf die Aufsichtskontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen in Deutschland. Aufgrund der Funktionsinterdependenz bedient sich die Missbrauchsaufsicht für Konditionenkartelle und –empfehlungen auch der Inhaltskontrollmaßstäbe des AGB-Rechts. In diesem Sinne spielt die Inhaltskontrolle eine wichtige Rolle nicht nur im Bereich des Vertragsrechts, sondern auch des Wettbewerbsrechts. Die Verbindung zwischen dem Formulklausel-Recht und dem Wettbewerbsrecht haben chinesische Gesetzgebung und Rechtstheorie noch nicht (ausreichend) wahrgenommen.
12. Eine Inhaltskontrolle kann nicht auf unterschiedliche Auslegungsmethoden verzichten, obwohl das deutsche ABG-Recht und das chinesische Formulklausel-Recht in der Gesetzgebungstechnik offenbar zwischen Auslegung als versteckter Inhaltskontrolle und der offenen Inhaltskontrolle eine klare Linie gezogen haben. Das AGB-Recht und das Formulklausel-Recht finden Übereinstimmung in der objektivierten, gesetzeskonformen und ergänzenden Auslegung sowie der Unklarheitenregel und der Regel vom Vorrang der Individualabrede. Bei der Repräsentantenklage sollte eine kundenfeindliche Auslegung vorgenommen werden. Aufgrund der europäischen Integration gewinnt die richtlinienkonforme Auslegung bei der Inhaltskontrolle von AGB zunehmend an Bedeutung. In China gibt es keine ähnliche Methode. Als Tochterrecht im Sinne des Rechtsvergleichs wird die rechtsvergleichende Auslegungsmethode, vor allem anhand der deutschen Erfahrungen im Bereich der Inhaltskontrolle von AGB in China zunehmende Bedeutung erhalten.
13. Im deutschen Recht ist bei der Rechtsfolge wegen Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zwischen dem allgemeinen Recht (§ 139 BGB) und dem AGB-Recht (§ 306 BGB) klar zu unterscheiden, demgegenüber besteht keine klare Linie zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht und dem Formulklausel-Recht im CVG. Insofern gibt es keinen systematischen Widerspruch zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Vertragsrecht im CVG wie im deutschen Recht zwischen den §§ 139, 154 BGB und § 306 BGB. Dem Verbot geltungserhaltender Reduktion im deutschen AGB-Recht ist zuzustimmen. Im Prinzip lassen sich salvatorische Klauseln in Deutschland in zwei Typen gliedern, nämlich, Erhaltungsklauseln und Ersetzungsklauseln. Was die Erhaltungsklauseln angeht, so ist ihre Wirksamkeit abzulehnen, weil diese

Klauseln ungeachtet der unterschiedlichen rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung das gemeinsame Ziel haben, die in § 306 Abs. 2 BGB vorgesehene Geltung dispositiven Rechts zu verdrängen und damit das nach § 306 Abs. 1 und 2 BGB grundsätzlich den Verwender treffende, zum Eingreifen des dispositiven Rechts führende Risiko der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit vorformulierter Vertragsbedingungen zum Nachteil des Kunden einzuschränken. Die Gültigkeit der Ersetzungsklauseln ist ebenfalls abzulehnen. Bei der Lückenfüllung wegen unwirksamer AGB oder Formulklauseln hat dispositives Recht im Gegensatz zu der ergänzenden Auslegung Vorrang. Falls eine unzumutbare Härte für die Vertragsparteien als Ausnahmefall festgestellt wird, ist der Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB insgesamt unwirksam. Eine Haftung aus *c.i.c.* findet hier keine Anwendung. In diesem Fall besteht auch keine Anspruchskonkurrenz zwischen dem Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und der Unzumutbarkeit des Festhaltens an Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB.

14. Ohne richterliche Inhaltskontrolle würde die gesetzliche Inhaltskontrolle vereitelt. Historisch gesehen lag dem AGB-Recht in Deutschland die punktuelle richterliche Inhaltskontrolle zugrunde. Aber die richterliche Inzidentkontrolle ist mit der generalisierenden Natur der Inhaltskontrolle von AGB nicht zu vereinbaren. Insofern ist die kollektive Klageform der Verbandsklage zum Zweck der generalisierenden und abstrakten Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland ins Leben gerufen worden. Bis jetzt fehlt in China noch eine effiziente kollektive Klageform zum Zweck der Inhaltskontrolle von Formulklauseln, obwohl die Repräsentantenklage als kollektive Klageform dort Anwendung für viele Streitigkeiten auf anderen Gebieten findet. Der Schutz kollektiver Interessen stellt auch eines der wichtigsten Ziele des Zivilprozessrechts dar, zu welchen die Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und die von Formulklauseln in China gehören. Als kollektive Klageform werden die Verbandsklage in Deutschland, die *class action* in den USA, und die Repräsentantenklage in China bezeichnet. Die Verbandsklage in Deutschland und die Repräsentantenklage in China unterscheiden sich vor allem durch folgende Punkte: Verbände haben bei der Verbandsklage ihre eigene Klagebefugnis, während Repräsentanten bei der Repräsentantenklage nur die Klageführungsbefugnis zusteht; der Anwendungsbereich von Verbandsklagen konzentriert sich in Deutschland auf den Unterlassungsanspruch, während der von der Repräsentantenklage in China vorwiegend in der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen liegt.
15. Eine Verwaltungskontrolle ist für die effiziente Freihaltung des Wirtschaftsverkehrs von missbräuchlichen Klauseln unentbehrlich. Aber die Verwaltungskontrolle von AGB und Formulklauseln sollte prinzipiell nachrangig sein. Die Einführung einer vollpräventiven Verwaltungskontrolle ist sowohl in Deutschland als auch in China abzulehnen. Als Ausnahme kann in besonderen Bereichen, z.B. bei der Daseinsvorsorge, die vollpräventive Verwaltungskontrolle zur Geltung kommen; sie sollte jedoch aufgrund gesetzgebender Ermächtigung von gesonderten Gesetzen geregelt werden.
16. Angesichts der zunehmenden Bedeutung der bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Deutschland und China spielt die Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln auch eine wichtige Rolle für Verträge, die unter

Einbeziehung der AGB oder Formulklauseln unter Geltung des UN-Kaufrechts zustande gekommen sind. Da China und Deutschland das UN-Kaufrecht bereits ratifiziert haben, findet das UN-Kaufrecht häufig Anwendung für den internationalen Warenkauf zwischen Deutschland und China. Weil das UN-Kaufrecht nur die Regelungen über den Vertragsabschluss sowie Vertragsrechte und Vertragspflichten beinhaltet, ist die Frage der Gültigkeit der einbezogenen AGB oder Formulklauseln nach dem durch jeweilige IPR-Regelung angerufenen nationalen Recht zu beantworten. Je nach IPR-Regelung kann das deutsche oder das chinesische Recht über die Inhaltskontrolle von AGB oder Formulklauseln zur Anwendung kommen. Das UN-Kaufrecht gilt als dispositives Recht zum Zweck der Lückenschließung bei unwirksamen AGB oder Formulklauseln, soweit die Lücken von ihm geregelt sind, ansonsten kommt das anzuwendende nationale Recht zum Zuge.

Empfehlungen für eine Modernisierung des chinesischen Formularklausel-Rechts aufgrund der deutschen Erfahrungen:

1. Die zukünftige chinesische Gesetzgebung in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formularklauseln sollte sich der typischen deutschen Gesetzgebungstechnik des „ vom Allgemeinen zum Besonderen “ bedienen, damit die Rechtsbestimmungen übersichtlich, systematisch und leicht anwendbar sind. Insbesondere müssen die konkreten Verbotskataloge (§ 40 Satz 2) ausgebaut werden.
2. An die Stelle des gegenwärtigen Gerechtigkeitsprinzips sollte das Gebot von Treu und Glauben als Generalklausel zur Inhaltskontrolle von Formularklauseln treten. Dies sollte mit dem gesamten System des CVG und des chinesischen Zivilrechts in Einklang stehen.
3. Um den Rechtsverkehr von intransparenten Formularklauseln freizuhalten, sollte das Transparenzprinzip auch ins chinesische Formularklausel-Recht eingeführt werden.
4. Da dispositives Recht eine entscheidende Rolle bei der Inhaltskontrolle spielt, müssen weitere typische Verträge im CVG geregelt werden, damit Maßstäbe für die Inhaltskontrolle von einschlägigen Formularklauseln leicht gefunden werden können. Eine Bestimmung über die Lückenfüllung bei Unwirksamkeit von Formularklauseln sollte dem Formularklausel-Recht hinzugefügt werden. Als Folge ist eine Regelung über den Ausnahmefall von unzumutbarer Härte im Formularklausel-Recht im CVG vorzuschreiben.
5. Eine zwingende präventive behördliche Inhaltskontrolle ist weiterhin abzulehnen. Aber Formularklauseln auf den Gebieten der Daseinsvorsorge sollten von den dafür zuständigen Verwaltungsbehörden aufgestellt werden, die dieser zwingenden präventiven behördlichen Inhaltskontrolle unterliegen. Verträge über Lieferung von Elektrizität, Wasser, Gas und Wärme in Kapitel 10 des CVG (§§ 176 bis 184) sollten dementsprechend aus dem CVG ausgelagert und von Sondergesetzen geregelt werden. Aber die von Staatsmonopolunternehmen aufgestellten Formularklauseln sollten einer rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen.
6. Um das Niveau des Verbraucherschutzes in China zu erhöhen, sollten die Einmal- und Drittklauseln im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB in China auch als Formularklauseln betrachtet werden. Dabei sind die konkreten Umstände des Vertragsschlusses bei der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen zu berücksichtigen. Solche Bestimmungen könnten im CVerbSG verankert werden.
7. Um den Umfang der Inhaltskontrolle von Formularklauseln näher zu bestimmen, sollte eine Bestimmung wie § 307 Abs. 3 BGB eingeführt werden, die lauten könnte: „Die Inhaltskontrolle von Formularklauseln gilt nur für solche Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden “.
8. Konditionenkartelle und –empfehlungen gab es bereits zu Zeiten der Planwirtschaft und sind auch in der Phase der „ sozialistischen Marktwirtschaft “ anzutreffen. Sie sollten einer behördlichen Aufsichtskontrolle anhand der Kontrollmaßstäbe im CVG

unterliegen, welche im Befugnisbereich des staatlichen Industrie- und Handelsverwaltungsamts liegen sollte.

9. Bei Auslegung von Formularklauseln ist vor allem aufgrund der deutschen Erfahrungen die rechtsvergleichende Methode heranzuziehen.
10. Die geltungserhaltende Reduktion und die Gültigkeit salvatorischer Klauseln sollten bei Auslegung von Formularklauseln keine Berücksichtigung finden, da sich der Verwender sonst dem Risiko entziehen würde, Formularklauseln genau zu formulieren.
11. Die Verbandsklage sollte als kollektive Klageform zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Formularklauseln in China eingeführt werden. Um Verbänden eine eigene Klagebefugnis zu verleihen, sollte die Bestimmung, dass Verbraucherschutzorganisationen die von Verbrauchern erhobenen Klagen lediglich unterstützen können (§ 32 Abs. 6 CVerbSG), novelliert werden. Aufgrund der Rechtskrafterstreckung der durch Verbandsklagen ergangenen Urteile sollte deren Registrierung in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formularklauseln z.B. beim staatlichen Industrie- und Handelsamt vorgenommen werden.
12. Da nach dem gegenwärtigen chinesischen Gesetzgebungsmodell eine Trennung zwischen dem allgemeinen Zivilrecht und dem besonderen Verbraucherschutzrecht bereits besteht, muss dementsprechend eine klare Linie hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem CVG und dem CVerbSG in Bezug auf die Inhaltskontrolle von Formularklauseln gezogen werden.
13. Obwohl die Bestimmungen über Inhaltskontrolle von Formularklauseln im CVG keine Anwendung für andere Rechtsgebiete wie das Gesellschafts-, Versicherungs- und Bankenrecht finden, sollten die Formularklauseln auf diesen Gebieten dennoch der spezifischen Inhaltskontrolle unterliegen.

Anhang 1: Gegenüberstellung der Fallgruppen der Inhaltskontrolle von AGB und Formulklauseln

Vorbemerkung

§§ 308 und 309 BGB, die als zwingendes Recht angesehen werden, zählen eine Reihe von wichtigen Verbotsklauseltypen auf. Für die Gegenüberstellung der Klauselverbote besteht infolgedessen kein Anspruch auf Vollständigkeit. In der folgenden Gegenüberstellung beschränken sich die Klauselverbote im Bereich des deutschen Rechts auf die in den §§ 308 und 309 BGB vorgeschriebenen Klauselverbote.

Angesichts der Tatsache, dass konkrete Klauselverbote (§ 40 Satz 2 CVG) im CVG ziemlich vage formuliert sind, ist eine Gegenüberstellung durch Aufzählung konkreter Klauselverbote im Bereich des chinesischen Rechts sehr schwer durchzuführen. Dennoch sind unter Berücksichtigung dessen, dass die im dispositiven Recht vorgeschriebenen Bestimmungen konkrete Klauselverbote für Formulklauseln bedeuten, bei der Gegenüberstellung die einschlägigen dispositiven Bestimmungen im CVG heranzuziehen. In diesem Sinne wird eine Gegenüberstellung zwischen konkreten Klauselverboten in §§ 308 bis 309 BGB und den dementsprechenden dispositiven Rechtsbestimmungen im CVG vorgenommen.

Nicht zu vergessen ist, dass es Vorschriften über Inhaltskontrolle von Standardverträgen in der *Sonderwirtschaftszone Shenzhen* und in *Shanghai* gibt. So wie *Shenzhen* und *Shanghai* eine Vorläuferrolle im Wirtschaftsbereich spielen, sind diese regionalen Vorschriften als rechtliche Vorläufer im Bereich der Inhaltskontrolle von Formulklauseln zu betrachten. Deswegen finden nach der Gegenüberstellung auch die konkreten Verbote in diesen regionalen Vorschriften ihren Platz im Anhang. Bedenklich ist jedoch, dass nach § 123 CVG⁷⁷⁰ nur andere Gesetze (*Falü*) für Verträge Geltung beanspruchen können. Das heißt, nur Gesetzen, aber nicht den Verwaltungs- oder Regionalvorschriften wird das Recht zur Änderung oder Ergänzung des jetzigen Vertragsgesetzes eingeräumt. Infolgedessen bleibt die Frage der Gesetzgebungslegitimität der *Shenzhener* Vertragsvorschriften offen. Dies gilt aber nicht für die *Shanghaier* Überwachungsvorschriften für Formulklauseln, da nach § 127 CVG die Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel und andere zuständige Fachbehörden im Fall der Gefährdung staatlicher oder öffentlicher Interessen die Überwachungsbefugnis haben, und unbillige Formulklauseln gerade die öffentlichen Interessen gefährden können.

Im folgenden werden den Generalklauseln und den einschlägigen dispositiven Bestimmungen im CVG einschließlich denen im CAGZ und CVerbSG die Verbotskataloge des AGB-Rechts im BGB gegenübergestellt.

⁷⁷⁰ § 123 CVG: Enthalten andere Gesetze andere Bestimmungen bezüglich des Vertrags, so ist auch deren Bestimmung zu verfahren.

Gegenüberstellung der Maßstäbe der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Standardklauseln in China⁷⁷¹

<i>Die deutschen Maßstäbe im AGB-Recht</i>	<i>Die einschlägigen chinesischen gesetzlichen Bestimmungen im CVG, CAGZ, CVerbSG, CZPG und COVG</i>
Generalklausel	
<p>§ 307 BGB Inhaltskontrolle (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich aus daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.</p> <p>(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. <p>(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.</p>	<p>§ 39 Abs. 1 CVG: Werden bei Vertragsabschluss Formarklauseln gestellt, so haben diese sich bei der Bestimmung der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit zu richten und in angemessener Weise die Aufmerksamkeit der anderen Seite auf die Klauseln zu lenken, die ihre Haftung ausschließen oder begrenzen, und es sind gemäß dem Verlangen der anderen Seite bezüglich besagter Klauseln Erklärungen zu geben.</p> <p>§ 40 Satz 2: Wenn die die Formarklauseln stellende Seite ihre Haftung ausschließt, die Haftung der anderen Seite erweitert oder wesentliche Rechte der anderen Seite beseitigt, ist die Klausel unwirksam.</p> <p>Keine entsprechende gesetzliche Bestimmung in China bezüglich der Schranken der Inhaltskontrolle von Formarklauseln sowie dem Transparenzprinzip</p>

⁷⁷¹ Die deutsche Fassung der chinesischen Gesetze zitiert nach F. Münzel und Scheil/Gargulla/Schröder/-Riemenschneider, jedoch mit eigener Korrektur.

Konkrete Verbotklauseln und einschlägige dispositive Bestimmungen

<p>§ 308 Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit 1. (Annahme- und Leistungsfrist) eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und 2, § 356 zu leisten;</p>	<p>§ 23 CVG: Die Annahme muss dem Antragenden innerhalb der im Angebot bestimmten Frist zugehen. Ist die Annahmefrist im Angebot nicht bestimmt, so muss die Annahme nach folgenden Bestimmungen zugehen: (1) Wurde das Angebot unter Anwesenden abgegeben, so muss die Annahme umgehend abgegeben werden, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart; (2) Wurde das Angebot nicht unter Anwesenden abgegeben, so muss die Annahme innerhalb einer angemessenen Frist zugehen. § 62 Abs. 4 CVG: Ist die Erfüllungsfrist nicht klar bestimmt, so kann der Schuldner jederzeit erfüllen und der Gläubiger jederzeit Erfüllung verlangen, sie müssen jedoch der anderen Seite die erforderliche Vorbereitungszeit gewähren.</p>
<p>2. (Nachfrist) eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;</p>	
<p>3. (Rücktrittsvorbehalt) die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;</p>	<p>§ 93 CVG: Die Parteien können den Vertrag nach Übereinstimmung in Verhandlungen auflösen. Die Parteien können Bedingungen der einseitigen Vertragsauflösung vereinbaren. Wenn die Bedingungen der Vertragsauflösung eintreten, kann der zur Auflösung Berechtigte den Vertrag auflösen. § 96 Abs. 1 CVG. Wenn eine Seite der Parteien nach den Bestimmungen der §§ 93 Abs. 2 ... die Auflösung geltend macht, muss sie es der anderen Seite mitteilen. Mit Zugang der Mitteilung bei der anderen Seite ist der Vertrag aufgelöst. Wenn die andere Seite Einwände hat, kann sie das Volksgesicht oder ein schiedsgerichtliches Organ ersuchen, die Wirksamkeit des aufgelösten Vertrags zu bestätigen.</p>

<p>4. (Änderungsvorbehalt) Die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;</p>	<p>§ 77 CVG: Die Parteien können den Vertrag nach Übereinstimmung in Verhandlung ändern. Bestimmen Gesetze oder Verwaltungsverordnungen, dass zur Änderung eines Vertrags Genehmigungen, Registrierungen oder andere Formalitäten erledigt werden müssen, so ist nach deren Bestimmungen zu verfahren.</p> <p>§ 78 CVG: Haben die Parteien bezüglich des Inhalts der Vertragsänderung keine klare Vereinbarung getroffen, so wird vermutet, dass er nicht geändert werden soll.</p>
<p>5. (Fingierte Erklärungen) eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;</p>	<p>§ 22 CVG: Die Annahme muss in ausdrücklicher Form abgegeben werden, es sei denn, aufgrund der Geschäftsgewohnheiten ist es möglich, oder das Angebot lässt klar erkennen, dass die Annahme durch Verhalten erklärt werden kann.</p> <p>§ 31 CVG. Wird der Inhalt des Angebots durch die Annahme unwesentlich verändert, so ist, sofern nicht der Antragende unverzüglich widerspricht oder das Angebot klar erkennt lässt, dass die Annahme den Inhalt des Angebots in keiner Weise verändern darf, die Annahme wirksam, und der Inhalt des Vertrags richtet sich nach dem Inhalt der Annahme.</p> <p>§ 47 Abs. 2 Satz 1 und 2 CVG. Der andere Teil kann den gesetzlichen Vertreter auffordern, den Vertrag (welcher von Personen mit beschränkter zivilrechtlicher Geschäftsfähigkeit errichtet wurde) innerhalb eines Monats zu genehmigen. Hat der gesetzliche Vertreter keine Erklärung abgegeben, so ist das als Ablehnung der Genehmigung anzusehen.</p> <p>§ 48 Abs. 2 Satz 1 und 2 CVG: Der andere Teil kann den Vertretenen auffordern, den Vertrag (welcher vom Handelnden ohne Vertretungsmacht, in Überschreitung seiner Vertretungsmacht oder nach Beendigung der Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen errichtet wurde) innerhalb eines Monats zu genehmigen. Hat der Vertretene keine</p>

	Erklärung abgegeben, so ist das als Ablehnung der Genehmigung anzusehen.
6. (Fiktion des Zugangs) eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt;	<p>§ 23 CVG: Die Annahme muss dem Antragenden innerhalb der im Angebot bestimmten Frist zugehen.</p> <p>Ist die Annahmefrist im Angebot nicht bestimmt, so muss die Annahme nach folgenden Bestimmungen zugehen: (1) Wurde das Angebot unter Anwesenden abgegeben, so muss die Annahme umgehend abgegeben werden, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart; (2) Wurde das Angebot nicht unter Anwesenden abgegeben, so muss die Annahme innerhalb einer angemessenen Frist zugehen.</p> <p>§ 28 CVG: Überschreitet der Angebotsempfänger bei Abgabe der Annahme die Annahmefrist, so ist sie ein neues Angebot, sofern nicht der Antragende dem Angebotsempfänger unverzüglich mitteilt, dass die Annahme wirksam ist.</p>
7. (Abwicklung von Verträgen) eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt, a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;	<p>§ 58 CVG: Nachdem der Vertrag unwirksam oder aufgehoben wurde, müssen die durch den Vertrag erlangten Vermögenswerte zurückerstattet werden; können sie nicht zurückerstattet werden oder ist eine Rückerstattung nicht erforderlich, so muss durch Umrechnung in Geld ausglich werden. Die Seite, die ein Verschulden trifft, muss der anderen Seite die dadurch erlittenen Verluste ersetzen; trifft beide Seiten ein Verschulden, so muss jede Seite selbst die entsprechende Haftung übernehmen.</p> <p>§ 97 CVG: Nach Vertragsauflösung wird, wenn noch nicht erfüllt worden ist, die Erfüllung eingestellt; wenn schon erfüllt worden ist, können die Parteien entsprechend dem Stand der Erfüllung und dem Wesen des Vertrags verlangen, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen oder andere Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, und haben das Recht, Ersatz des Verlusts zu verlangen.</p>
8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung) die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des	§ 110 CVG: Erfüllt eine Seite der Parteien eine nicht in Geld zu leistende Verbindlichkeit nicht oder entspricht die

<p>Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,</p> <ul style="list-style-type: none"> a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten. 	<p>Erfüllung einer nicht in Geld zu leistenden Verbindlichkeit nicht der Vereinbarung, so kann die andere Seite Erfüllung verlangen, es sei denn, es liegt einer der drei folgenden Umstände vor: (1) Rechtlich oder tatsächlich kann nicht erfüllt werden; (2) das Objekt der Verbindlichkeit ist zur zwangsweisen Erfüllung nicht geeignet, oder die Erfüllungskosten sind übermäßig hoch; (3) der Gläubiger hat nicht innerhalb einer angemessenen Frist Erfüllung verlangt. Vgl. § 97 CVG</p>
<p>§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. Auch insoweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam</p> <p>1. (Kurzfristige Preiserhöhungen) eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden;</p>	<p>§ 62 Abs. 2 CVG: Sind Preis oder Entgelt nicht klar bestimmt, so wird gemäß dem bei Vertragserrichtung am Erfüllungsort geltenden Marktpreis erfüllt; muss nach dem Gesetz ein Festpreis der Regierung oder Leitpreis der Regierung angewandt werden, so wird nach diesen Bestimmungen erfüllt.</p> <p>§ 10 Abs. 2 CVerbSG: Bei Kauf und Dienstleistung hat der Verbraucher den berechtigten Anspruch auf faire Bedingungen von Qualitätsgarantie, angemessenem Preis und korrekter Rechnung.</p> <p>§ 19 Abs. 3 CVerbSG: Beim Angebot von Waren müssen die Geschäfte die genaue Summe des Preises deutlich machen.</p>
<p>2. (Leistungsverweigerungsrechte) eine Bestimmung, durch die</p> <ul style="list-style-type: none"> a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder 	<p>§ 66 CVG: Wenn die Parteien die Verbindlichkeit wechselseitig tragen und eine Reihenfolge der Erfüllung nicht festgelegt ist, muss Zug um Zug erfüllt werden. Eine Seite hat, bevor die andere Seite erfüllt, das Recht, deren Erfüllungsverlangen zurückzuweisen. Eine Seite hat, solange die andere Seite die Verbindlichkeit nicht entsprechend der Vereinbarung erfüllt, das Recht, deren entsprechendes Erfüllungsverlangen zurückzuweisen.</p> <p>§ 104 Abs. 1 CVG: Der Gläubiger kann die hinterlegte Sache jederzeit abholen; wenn jedoch der Gläubiger gegenüber dem Schuldner eine fällige Verbindlichkeit nicht erfüllt oder keine Sicherheiten stellt, kann die</p>

<p>b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;</p>	<p>Hinterlegungsbehörde gemäß dem Verlangen des Schuldners die Abholung der hinterlegten Sache zurückweisen.</p> <p>§ 264 CVG: Hat der Besteller das Entgelt, Materialkosten oder andere Kosten nicht an den Werkunternehmer gezahlt, so genießt der Werkunternehmer an dem vollendeten Arbeitsergebnis ein Zurückbehaltungsrecht, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart.</p> <p>§ 380 CVG: Hat der Hinterleger das Verwahrungsentgelt oder andere Kosten nicht vereinbarungsgemäß gezahlt, so genießt der Verwahrer an der Verwahrungssache ein Zurückbehaltungsrecht, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart.</p> <p>§ 84 CSLG: Gläubiger von Verwahrungs-, Beförderungs- und Werkverträgen haben ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Schuldner die Gegenleistung nicht erbringt.</p>
<p>3. (Aufrechnungsverbot) eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;</p>	<p>§ 99 CVG: Wenn die Parteien wechselseitig fällige Verbindlichkeiten tragen und die Gegenstände dieser Verbindlichkeiten nach Art und Wesen gleich sind, so kann jede Seite die eigene Verbindlichkeit gegen die Verbindlichkeit der anderen Seite aufrechnen, es sei denn, dass nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach dem Wesen des Vertrags die Aufrechnung nicht möglich ist.</p> <p>§ 83 CVG: Hat der Schuldner bei Erhalt der Mitteilung der Übertragung eine Forderung gegen den Veräußerer, und wird seine Forderung vor oder gleichzeitig mit der übertragenen Forderung fällig, so kann er gegenüber dem Erwerber die Aufrechnung geltend machen.</p>
<p>4 (Mahnung, Fristsetzung) eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Nachfrist zu setzen;</p>	<p>§ 94 Abs. 3 CVG: Liegt einer der folgenden Umstände vor, so können die Parteien den Vertrag auflösen: ... (3) Eine Seite der Parteien verzögert die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit und erfüllt nach Mahnung innerhalb einer angemessenen Frist weiterhin nicht; ...</p> <p>§ 95 Abs. 2 CVG: Wenn eine Frist zur</p>

	<p>Geltendmachung des Auflösungsrechts nicht vom Gesetz bestimmt oder von den Parteien vereinbart ist, und das Auflösungsrecht nach Mahnung durch die andere Seite innerhalb einer angemessenen Frist nicht geltend gemacht wird, erlischt dieses Recht.</p>
<p>5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen) die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn</p> <ul style="list-style-type: none"> a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale; 	<p>§ 113 Abs. 1 CVG: Wenn eine Seite der Parteien ihre Vertragspflichten nicht erfüllt oder die Erfüllung der Vertragspflichten nicht der Vereinbarung entspricht und der anderen Seite ein Verlust entsteht, muss der Betrag des Verlustersatzes dem durch die Vertragsverletzung entstandenen Verlust, einschließlich des Interesses, das nach Vertragserfüllung erlangt werden kann, entsprechen, darf aber nicht den Verlust überschreiten, den die vertragsverletzende Seite bei Vertragserrichtung als durch Vertragsverletzung möglicherweise entstehenden Verlust voraussah oder voraussehen musste.</p> <p>§ 114 Abs. 2 CVG: Liegt das vereinbarte Vertragsverletzungsgeld unter dem entstandenen Verlust, so können die Parteien das Volksgericht oder ein schiedsgerichtliches Organ um Erhöhung ersuchen; liegt das vereinbarte Vertragsverletzungsgeld übermäßig über dem entstandenen Verlust, so können die Parteien das Volksgericht oder schiedsgerichtliche Organ um angemessene Herabsetzung ersuchen.</p> <p>§ 119 CVG: Nachdem eine Seite der Parteien den Vertrag verletzt hat, muss die andere Seite unverzüglich angemessene Maßnahmen ergreifen, um eine Vergrößerung des Verlustes zu verhindern; hat sie keine angemessenen Maßnahmen ergriffen und vergrößerte sich der Schaden deshalb, so darf sie für den vergrößerten Teil des Verlustes keinen Ersatz verlangen.</p>
<p>6. (Vertragsstrafe) eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungs-</p>	<p>§ 114 Abs. 1 und 3 CVG: Die Parteien können vereinbaren, dass eine Seite, wenn sie den Vertrag verletzt, der anderen Seite entsprechend den Umständen der Vertragsverletzung einen bestimmten</p>

<p>verzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;</p>	<p>Betrag als Vertragsverletzungsgeld (Vertragsstrafe) zahlt; sie können auch die Methode vereinbaren, nach der der Betrag des Ersatzes für den durch Vertragsverletzung entstandenen Verlust berechnet wird.</p> <p>... Vereinbaren die Parteien für die Verzögerung der Erfüllung ein Vertragsverletzungsgeld, so muss die vertragsverletzende Seite nach Zahlung des Vertragsverletzungsgelds weiterhin die Verbindlichkeit erfüllen.</p>
<p>7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)</p> <p>a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)</p> <p>ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schaden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, der auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;</p> <p>b) (Grobes Verschulden)</p> <p>ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht;</p> <p>die Buchstaben a und b gelten nicht für Haftungsbeschränkungen in den nach Maßstab des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahr-</p>	<p>§ 53 CVG: Folgende Haftungsausschlussklauseln in einem Vertrag sind unwirksam: (1) für den Fall, dass der anderen Seite eine Körperverletzung zugefügt wird; (2) für den Fall, dass der anderen Seite durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit Vermögensverluste zugefügt werden.</p> <p>§ 40 Satz 2 CVG: Wenn die die Formularklauseln stellende Seite ihre Haftung ausschließt, die Haftung der anderen Seite erweitert oder wesentliche Rechte der anderen Seite beseitigt, ist die Klausel unwirksam.</p> <p>§ 11 CVerbSG: Werden Körper und Vermögen von Verbrauchern bei Kauf, Benutzung von Waren oder Annahme von Dienstleistungen verletzt, haben sie von Rechts wegen Anspruch auf Schadensersatz.</p>

<p>zeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- oder Ausspielverträge;</p>	
<p>8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)</p> <p>a) (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen)</p> <p>eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt;</p> <p>dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichnen Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften unter den dort genannten Voraussetzungen;</p> <p>b) (Mängel)</p> <p>eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferung neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen</p> <p>aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte)</p> <p>die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtliche Inanspruchnahme Dritte abhängig gemacht werden,</p> <p>bb). (Beschränkung auf Nacherfüllung)</p> <p>die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung</p>	<p>§ 94 CVG: Liegt einer der folgenden Umstände vor, so können die Parteien den Vertrag auflösen:</p> <p>Aufgrund höherer Gewalt kann der Vertragszweck nicht verwirklicht werden; vor Ablauf der Erfüllungsfrist erklärt eine Seite der Parteien unmissverständlich oder lässt durch ihr Verhalten klar erkennen, dass sie die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt wird.</p> <p>Eine Seite der Parteien verzögert die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit und erfüllt nach Mahnung innerhalb einer angemessenen Frist auch weiterhin nicht; eine Seite der Parteien verzögert die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder verhält sich auf andere Weise vertragsverletzend, so dass der Vertragszweck nicht verwirklicht werden kann.</p> <p>Gesetzlich bestimmte andere Umstände.</p> <p>§ 111 CVG: Entspricht die Qualität nicht der Vereinbarung, so muss gemäß der Vereinbarung der Parteien die Haftung für Vertragsverletzung übernommen werden. Wurden bezüglich der Haftung für Vertragsverletzung keine oder keine klare Vereinbarung getroffen und kann sie auch nach den Bestimmungen des § 61 dieses Gesetzes nicht festgestellt werden, so kann die geschädigte Seite gemäß dem Wesen des Objekts sowie der Größe des Verlustes in angemessener Weise wählen, von der anderen Seite Nachbesserung, Neulieferung, Neuanfertigung, Wandelung, Minderung des Preises oder Entgelts oder andere Formen der Haftung für Vertragsverletzung zu verlangen.</p> <p>§ 45 Abs. 1 CVerbSG: Wegen Mängeln bei Waren, bei denen aufgrund staatlicher Bestimmungen oder der Vereinbarung zwischen Unternehmer und Verbraucher die Qualität garantiert ist, ist der</p>

<p>beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern, oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten.</p> <p>cc) (Aufwendung bei Nacherfüllung) die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen;</p> <p>dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung) der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;</p> <p>ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige) der Verwender der anderen Vertragspartei für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;</p> <p>ff) (Erleichterung der Verjährung)</p>	<p>Unternehmer verpflichtet, die Waren zu reparieren, umzutauschen oder die Rückgabe der Waren anzunehmen. Zweimaliges Fehlschlagen der Reparatur während der Garantiefirst führt zum Recht auf Umtausch oder Rückgabe der Waren.</p> <p>§ 45 Abs. 2 CVerbSG: Die Transportkosten sowie andere Kosten gehen zulasten des Unternehmers, wenn Reparatur, Umtausch und Rückgabe großer Waren von Verbraucher verlangt werden, für welche Reparatur, Umtausch und Rückgabe garantiert sind.</p> <p>§ 46 CVerbSG: Beim Versendungskauf muss der Unternehmer gem. der Vereinbarung zwischen ihm und dem Verbraucher Waren per Post schicken. Bei Verletzung dieser Vereinbarung ist der Unternehmer verpflichtet, der Vereinbarung gem. weiterhin zu erfüllen oder die Zahlung zu erstatten; die dem Verbraucher entstandenen Kosten gehen zulasten des Unternehmers.</p> <p>§ 66 CVG (Zug um Zug)</p> <p>§ 67 CVG: Wenn die Parteien die Verbindlichkeiten wechselseitig tragen, eine Reihenfolge der Erfüllung festgelegt ist und die zur Vorleistung verpflichtete Seite nicht erfüllt hat, hat die nachleistende Seite das Recht, deren Erfüllungsverlangen zurückzuweisen. Wenn die vorleistende Seite die Verbindlichkeit nicht entsprechend der Vereinbarung erfüllt, hat die nachleistende Seite das Recht, deren Erfüllungsverlangen zurückzuweisen.</p> <p>§ 158 CVG. Haben die Parteien einen Inspektionszeitraum vereinbart, so muss der Käufer innerhalb des Inspektionszeitraums den Verkäufer von dem Umstand benachrichtigen, dass Menge oder Qualität des Gegenstands nicht der Vereinbarung entsprechen. Wenn der Käufer mit der Benachrichtigung zögert, sind Menge und Qualität des Gegenstands</p>
---	---

<p>die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;</p>	<p>als der Vereinbarung entsprechend anzusehen.</p> <p>Haben die Parteien einen Inspektionszeitraum nicht vereinbart, so muss der Käufer innerhalb eines angemessenen Zeitraums, in dem er bemerkte oder bemerken musste, dass Menge oder Qualität des Gegenstands nicht der Vereinbarung entsprechen, den Verkäufer benachrichtigen. Wenn der Käufer den Verkäufer nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums oder innerhalb von zwei Jahren vom Tag der Inempfangnahme des Gegenstandes benachrichtigt, sind Menge und Qualität des Gegenstands als der Vereinbarung entsprechend anzusehen; gibt es für den Gegenstand jedoch eine Gewährleistungsfrist, so ist die Gewährleistungsfrist und nicht die Zweijahresbestimmung anwendbar.</p> <p>Wenn der Verkäufer wusste oder wissen musste, dass der gelieferte Gegenstand nicht der Vereinbarung entspricht, unterliegt der Käufer nicht den Beschränkungen des Benachrichtigungszeitraums durch die Bestimmungen der beiden vorstehenden Absätze.</p> <p>§ 135 CAGZ: Die Klageverjährung für an das Volksgericht gerichtete Verlangen nach zivilrechtlichem Schutz beträgt 2 Jahre, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.</p> <p>§ 136 Abs. 2 CAGZ: Die folgenden Klageverjährungsfristen betragen ein Jahr: ... 2. wegen verkaufter Waren nicht normgemäßer Qualität, wenn dieser Qualitätsmangel nicht gerügt worden ist; ...</p>
<p>9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen) bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,</p>	<p>§ 236 CVG: Fährt der Mieter bei Ablauf des Mietzeitraums fort, die Mietsache zu gebrauchen, und hat der Vermieter keine Einwände erhoben, so bleibt der ursprüngliche Vertrag wirksam, die Mietdauer ist jedoch unbestimmt.</p>

<p>a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,</p> <p>b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder</p> <p>c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;</p> <p>dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwendungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandter Schutzrechte;</p>	
<p>10. (Wechsel des Vertragspartners) eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter an Stelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird</p> <p>a) der Dritte namentlich bezeichnet oder</p> <p>b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;</p>	<p>§ 88 CVG: Eine Seite der Parteien kann mit dem Einverständnis der anderen Seite ihre vertraglichen Rechte und Pflichten insgesamt auf einen Dritten übertragen.</p> <p>§ 89 CVG: Wenn Rechte und Pflichten insgesamt übertragen werden, sind die Bestimmungen der §§ 79, 81bis 83 und 85 bis 87 dieses Gesetzes anwendbar.</p> <p>§ 253 CVG: Der Werkunternehmer muss die wesentlichen Arbeiten mit den eigenen Anlagen, der eigenen Technik und den eigenen Arbeitskräften ausführen, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart.</p> <p>Lässt der Werkunternehmer wesentliche Werkleistungen von einem Dritten ausführen, so muss er das Ergebnis der von dem Dritten ausgeführten Arbeit gegenüber dem Besteller verantworten. Wurde das Einverständnis des Bestellers nicht eingeholt, so kann der Besteller auch den Vertrag auflösen.</p>

<p>11. (Haftung des Abschlussvertreters) eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,</p> <ul style="list-style-type: none"> a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht oder b) im Fall vollmachtsloser Vertretung eine über § 179 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausgehende Haftung auferlegt; 	<p>§ 63 CAGZ: Bürger und juristische Personen können über Vertreter Zivilrechtshandlungen ausführen.</p> <p>Der Vertreter führt innerhalb der Grenzen der Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen Zivilrechtshandlungen aus. Der Vertretene übernimmt die zivile Haftung für die Vertretungshandlungen des Vertreters.</p> <p>Bei Zivilrechtshandlungen, die nach gesetzlicher Bestimmung oder nach Vereinbarung beider Seiten persönlich ausgeführt werden müssen, ist Vertretung unzulässig.</p> <p>§ 48 CVG: Ein Vertrag, der vom Handelnden ohne Vertretungsmacht, in Überschreitung seiner Vertretungsmacht oder nach Beendigung der Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen errichtet wurde, wird dem Vertretenen gegenüber nicht wirksam; die Haftung wird vom Handelnden übernommen.</p> <p>Der andere Teil kann den Vertretenen auffordern, den Vertrag innerhalb eines Monats zu genehmigen. Hat der Vertretene keine Erklärung abgegeben, so ist das als Ablehnung der Genehmigung anzusehen. Bevor der Vertrag genehmigt wird, hat der gutgläubige andere Teil ein Aufhebungsrecht. Die Aufhebung muss in Form der Mitteilung erklärt werden.</p> <p>§ 49 CVG: Wenn der Handelnde ohne Vertretungsmacht in Überschreitung seiner Vertretungsmacht oder nach Beendigung der Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen einen Vertrag errichtet und der andere Teil Grund hat zu glauben, dass der Handelnde Vertretungsmacht hat, ist die Vertretungshandlung wirksam.</p>
<p>12. (Beweislast) eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er</p> <ul style="list-style-type: none"> a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des 	<p>§ 64 Abs. 1 CZPG: § 64 Die Parteien sind verantwortlich für die Beibringung von Beweisen für ihr eigenes Vorbringen.</p> <p>§ 75 Ansichten des COVG: Für folgende Tatsachen sind die Parteien nicht beweispflichtig:</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) Eine Partei erhebt keinen

<p>Verwenders liegen; b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind;</p>	<p>ausdrücklichen Einwand gegen die Tatsachen und die Klage, welche von der anderen Partei erhoben wird;</p> <ol style="list-style-type: none"> (2) Bekannte Tatsachen und Naturgesetze sowie Axiome; (3) Eine Tatsache, welche von gesetzlichen Bestimmungen oder zur Kenntnis genommenen Tatsachen abgeleitet werden kann; (4) Tatsachen, die schon durch anerkanntes Urteil des Volksgerichts festgelegt sind; (5) Tatsachen, welche durch notarielle Urkunde schon beglaubigt sind.
<p>13. (Form von Anzeigen und Erklärungen) eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.</p>	<p>§ 10 CVG: Für die Vertragserrichtung durch die Parteien gibt es die Schriftform, die mündliche Form und anderen Formen. Bestimmen Gesetze oder Verwaltungsverordnungen, dass die Schriftform gebraucht werden muss, so muss die Schriftform gebraucht werden. Vereinbaren die Parteien, die Schriftform zu gebrauchen, so muss die Schriftform gebraucht werden.</p> <p>§ 11 CVG: Schriftform umfasst die Vertragsurkunde, Briefe und Datentexte (einschließlich Telegramm, Telex, Telefax, elektronischen Datenaustausch und e-mail) und andere Formen, die Inhalte sichtbar zum Ausdruck bringen können.</p> <p>§ 16 Abs. 2 CVG: Wird zur Vertragserrichtung die Form von Datentexten gebraucht und bestimmt der Empfänger ein spezielles System für die Annahme des Datentexts, so wird die Zeit des Eingangs des Datentexts in das spezielle System als Zeit des Zugangs angesehen; wurde kein spezielles System bestimmt, so wird die Zeit des ersten Eingangs des Datentexts in ein beliebiges System des Empfängers als Zeit des Zugangs angesehen.</p>

Anhang 2. Haftung aus Vertragspflichtverletzung im CVG im Vergleich zum deutschen Recht: Kriterium für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln zur Vertragshaftung in China

Angesichts der Vagheit der Vorschriften im CVG über die Inhaltskontrolle und der wichtigen Rolle des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von Formulklauseln ist es sinnvoll, auf die im CVG vorgeschriebene Vertragshaftung einzugehen, welche als wichtiger Maßstab für die Inhaltskontrolle der Formulklauseln gilt, die eine Befreiung und Beschränkung der gesetzlichen vertraglichen Haftung bezwecken.

1. Prinzip der Haftungszurechnung

Dem Wortlaut des § 107 CVG ist zu entnehmen, dass das verschuldensunabhängige Haftungszurechnungsprinzip vom CVG bereits anerkannt ist. Es wurde vor allem unter dem starken Einfluss des UN-Kaufrechts⁷⁷² und der Unidroit-GPICC⁷⁷³, möglicherweise auch der PECL⁷⁷⁴ im CVG verankert. Unter dem verschuldensunabhängigen Haftungsprinzip ist zu verstehen, dass ohne Rücksicht darauf, ob das Verschulden dem Vertragsverletzer zuzurechnen ist, eine den Vertragspflichten zuwiderlaufende Handlung als einfache Tatsache Vertragshaftung begründet. Nur höhere Gewalt bildet einen Haftungsbefreiungsgrund (§ 117 CVG).

Nach § 138 des ersten Entwurfs des CVG war das Zurechnungsprinzip von Vertragshaftung eine Verschuldensvermutung.⁷⁷⁵ Aber der dritte Entwurf verzichtete auf dieses Prinzip und legte schließlich mit Berücksichtigung der internationalen Tendenz im Bereich der Vertragsgesetzgebung das verschuldensunabhängige Vertragshaftungsprinzip fest.

Nicht zu übersehen ist, dass das durch das CVG abgelöste CAWG das verschuldensunabhängige Vertragshaftungsprinzip bereits festschrieb (§ 18⁷⁷⁶). Umstritten ist, ob die CAGZ (§ 106) dieses verschuldensunabhängige Prinzip ebenfalls anerkennen.⁷⁷⁷ Aber Übereinstimmung herrscht darüber, dass das Verschuldensprinzip offenbar im CWVG (§ 29⁷⁷⁸) gilt.

⁷⁷² Vgl. Art. 45 und 61 UN-Kaufrecht

⁷⁷³ Vgl. Art. 7. 4. 1. Unidroit-GIPCC

⁷⁷⁴ Vgl. §§ 101 und 108 PECL

⁷⁷⁵ § 138 des ersten Entwurfs des CVG „Eine Vertragspartei, welche die Vertragspflichten nicht erfüllt oder nicht gesetzes- oder vertragsgemäß erfüllt, hat die Vertragshaftung zu vertreten. Dies gilt nicht, wenn diese Vertragspartei beweisen kann, dass ihr kein Verschulden zugerechnet wird.“

⁷⁷⁶ § 18 CAWG (Vertragsverletzung und Abhilfemaßnahmen): Erfüllt eine Vertragspartei den Vertrag nicht oder entspricht die Erfüllung der vertraglichen Pflichten nicht den vereinbarten Bedingungen, und verletzt sie somit den Vertrag, so hat die andere Seite das Recht, Schadensersatz zu verlangen oder andere Abhilfemaßnahmen zu ergreifen. Wenn der von der anderen Seite erlittene Verlust noch nicht vollständig ausgeglichen werden kann, so hat die andere Seite weiterhin das Recht, Ersatz für den Verlust zu verlangen.

⁷⁷⁷ Das Prinzip der Verschuldensvermutung wird von folgenden Zivilrechtlern vertreten: Jianyuan Cui, Hetong zeren yanjiu, S. 69; Liming Wang/Jianyuan Cui, AT des Vertragsrechts, S. 672-674. Demgegenüber vertritt Huixin Liang das verschuldensunabhängige Zurechnungsprinzip, vgl. ders.: Cong guocuo zeren dao yange zeren (Von der Verschuldenshaftung bis zur verschuldensunabhängigen Haftung), in: Minfa xueshuo yu panli yanjiu, Band 2, S. 154 ff.

⁷⁷⁸ § 29 CWVG Abs. 1: Kann wegen des Verschuldens einer Partei der Wirtschaftsvertrag nicht oder nicht vollständig erfüllt werden, so trägt die schuldige Seite die Haftung für die Vertragsverletzung; trifft beide Parteien ein Verschulden, übernimmt jede Seite je nach den tatsächlichen Umständen die Haftung für die von ihr zu vertretende Vertragsverletzung. Abs. 2: Führen Pflichtversäumnisse oder –verletzungen oder andere rechtswidrige Handlungen zu schweren Unfällen oder erheblichen Schäden, so sind die unmittelbar dafür verantwortlichen Einzelpersonen wirtschaftlich, administrativ und strafrechtlich haftbar zu machen.

Bemerkenswert ist, dass eine verschuldensunabhängige Haftung bei Geldschulden (§ 109 CVG) und im inländischen Zivilluftfahrtgesetz ebenfalls eingreift, d.h. „die vertragsverletzende Partei muss für den durch ihre vertragsverletzende Handlung entstandenen Schaden auch ohne Verschulden haften.“⁷⁷⁹

Nach § 280 Abs. 1 BGB haftet der Schuldner für den aus der Pflichtverletzung entstehenden Schaden, wenn das Vertretenmüssen des Schuldners (inklusive seines Erfüllungsgehilfen) nicht widerlegbar ist. Danach gilt im deutschen Recht im Bereich der Vertragshaftung das Prinzip der Verschuldensvermutung.

Die Vorteile der verschuldensunabhängigen Vertragshaftung liegen im Folgenden: Zum einen kann sich der Beklagte für die Haftungsbefreiung nur auf die gesetzlichen Haftungsbefreiungsgründe berufen, ansonsten muss er für die Vertragsverletzung haften. Die Durchführung einer verschuldensunabhängigen Haftung führt somit zum effizienten Prozessverlauf in Bezug auf die Vertragshaftung. Zum anderen kann die verschuldensunabhängige Haftung die Vertragsparteien veranlassen, die Vertragspflichten zu erfüllen. Die leicht begründbare Vertragshaftung wegen Vertragspflichtverletzung leistet einen Beitrag zu Verbesserung des Pflichterfüllungsbewusstseins.⁷⁸⁰ Aber in der Praxis ist der Unterschied zwischen dem Verschuldensvermutungs- und dem verschuldensunabhängigen Prinzip nicht so groß wie in der Theorie.

2. Formen der Vertragspflichtverletzung

Es ist zwischen zwei Formen der Vertragsverletzung (*weiyue xingtai*) zu unterscheiden: die tatsächliche (*shiji weiyue*) und die vorweggenommene Vertragsverletzung (*yuqi weiyue*). Als tatsächliche Vertragsverletzung gelten Nichterfüllung (*bu lüxing*), Verzug (*lüxing chiyan*) und Schlechterfüllung (*bu shidang lüxing*).⁷⁸¹

a. Tatsächliche Vertragsverletzung

i. Nichterfüllung

Unter Nichterfüllung ist zu verstehen, dass eine Vertragspartei nach Ablauf der Erfüllungsfrist die Vertragspflichten überhaupt nicht erfüllt. Wesentliche Vertragsverletzung gilt ebenfalls als eine Variante der Nichterfüllung, da eine weitere Erfüllung für die andere Vertragspartei ohne Interesse ist. Die gleiche Behandlung von Nichterfüllung und wesentlicher Vertragsverletzung wurde bereits in § 29 CAWG vorgeschrieben.

Ursprünglich kommt der Begriff der „wesentlichen Vertragsverletzung (*fundamental breach of contract*)“ aus dem *common law*. „Ein *fundamental breach*‘ ist eine Vertragswidrigkeit, die sich in einem späteren Stadium der Vertragsabwicklung befindet. Sie hat den Beginn der ordnungsgemäßen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zur Voraussetzung und besteht in einem schweren Fehler, der bei Ausführung der zunächst vertragskonformen Erfüllungshandlung unterläuft. Dieser Begriff lässt erkennen, dass nur Vertragswidrigkeiten von

⁷⁷⁹ Vgl. Guilong Zhang: *Xiuzheng hetongfa cidian*, S. 178, zitiert nach Isabel Fischer/Zou Hairong, Haftung aus Vertragsverletzung, in: Shao/Drewes (Hrsg.), *Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht*, S. 36

⁷⁸⁰ Huixin Liang, Von der Verschuldenshaftung bis zur verschuldensunabhängigen Haftung, S. 158 f.

⁷⁸¹ Liming Wang/Jianyuan Cui, AT des Vertragsrechts, S. 692; vgl. Isabel Fischer/Zou Hairong, Haftung aus Vertragsverletzung, in: Shao/Drewes (Hrsg.), *Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht*, S. 38

grundlegender Bedeutung dazu zählen. Dem entspricht die häufig gebrauchte Definition eines „*fundamental breach*“ als eine Vertragsverletzung, die an die Wurzeln des Vertrages rührt.“⁷⁸² Auch das UN-Kaufrecht hat dieses Rechtsinstitut in Art. 25 festgeschrieben.

Für die Unterscheidung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Vertragsverletzung kommt es darauf an, ob die vertragsverletzende Handlung zum Scheitern des Vertragsziels führt.

Nicht zu übersehen ist, dass Unmöglichkeit⁷⁸³ auch eine Variante der Nichtleistung darstellt. Nach § 111 Abs. 1 und 2 CVG schließen die rechtliche, tatsächliche, moralische (nicht zwangsvollstreckbare) und wirtschaftliche Unmöglichkeit die Erfüllung einer Nichtgeldschuld aus. Aber Unmöglichkeit schließt die sekundäre Vertragspflicht, z.B. Schadensersatz nicht aus, wenn diese dem Schuldner zugerechnet werden kann. Insofern stimmen das BGB und das CVG in diesem Punkt nun überein (vgl. §§ 283, 275 Abs. 1 bis 3 und 280 Abs. 1 BGB).

ii. Verzug

Verzug lässt sich in zwei Typen gliedern: Schuldnerverzug und Annahmeverzug des Gläubigers. Voraussetzungen für das Vorliegen eines Schuldnerverzugs sind die Fälligkeit der Leistung, Unterlassung des Schuldners und die Möglichkeit der Erfüllung. Voraussetzungen für das Vorliegen eines Annahmeverzugs des Gläubigers sind die vertragsgemäße Erfüllung und Unterlassung des Gläubigers bezüglich der Annahme der Leistung. Verzug unterscheidet sich von Nichtleistung dadurch, dass noch erfüllt werden kann. Aber wenn der Schuldner nach Verzug die Leistung ausdrücklich verweigert, dann verwandelt sich der Verzug in Nichtleistung.

iii. Schlechtleistung

Unter Schlechtleistung ist zu verstehen, dass die erbrachte Leistung nicht vertragsgemäß ist und hinsichtlich der Erfüllungsweise, nur der Umfang der Leistung, die Qualität (§§ 111, 61 CVG) oder der Erfüllungsort nicht den vertraglichen Vereinbarungen nachkommen. Schlechtleistung unterscheidet sich von Nichtleistung dadurch, dass die Erfüllung schon erbracht ist, obwohl sie nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Die Unterscheidung zwischen Verzug und Schlechtleistung liegt darin, dass die Erfüllung vor Fälligkeit der Leistungsfrist bei Schlechtleistung bereits erfolgt ist.

Mangelleistung (*xiaci luxing*) und positive Vertragsverletzung (*jiahai jifu*) sind die beiden wichtigsten Varianten der Schlechtleistung, obwohl das CVG die beiden Institute nicht ausdrücklich regelt. Positive Vertragsverletzung führt nicht nur zu Mangelschäden an sich, sondern auch zu Mangelfolgeschäden, welche in der Regel Vermögensverlust und Körperschäden des Gläubigers umfassen.

⁷⁸² Vgl. Anson-Guest: Principles of The English Law Of Contract, S. 156 ff. und die dort zitierten Entscheidungen, in: Stanislaus Prinz zu Sayn-Wittgenstein-Berleburg, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Englischen Recht, S. 32 f.

⁷⁸³ Vgl. Liming Wang, Leistungsstörungshaftung, S. 129 ff.

b. Vorweggenommene Vertragsverletzung

Die vorweggenommene Vertragsverletzung hat ihre Wurzel im *common law*. „An ‘anticipatory breach’ is said to occur when, before performance is due, a party either renounces the contract or disables himself from performing it.“⁷⁸⁴ Nach § 94 Abs. 2 CVG lässt sich die vorweggenommene Vertragsverletzung in zwei Typen teilen: ausdrückliche vorweggenommene Leistungsverweigerung und stillschweigende vorweggenommene Leistungsverweigerung.

Der Tatbestand der ausdrücklichen vorweggenommenen Vertragsverletzung liegt vor, wenn die vertragsverletzende Seite der anderen mitteilt, dass sie ihre Vertragspflicht nicht erfüllen wird, und sie hierfür keinen rechtfertigenden Grund angibt, § 94 Abs. 2. Er ist nicht gegeben, wenn der Schuldner einen triftigen Grund angeben kann oder höhere Gewalt vorliegt.⁷⁸⁵

Eine stillschweigende vorweggenommene Leistungsverweigerung liegt vor, wenn das Verhalten des Schuldners klar erkennen lässt, dass er die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllen wird. Zur stillschweigenden vorweggenommenen Leistungsverweigerung gehören z.B. die Verlagerung von Vermögen oder Kapitalabzug, erhebliche Verschlechterung der Betriebsverhältnisse und das Drohen von Konkurs.

Bei vorweggenommener Leistungsverweigerung steht der anderen Vertragspartei das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten, was den Anspruch dieser Vertragspartei auf Schadensersatz nicht ausschließt, § 97 CVG.

3. Rechtsfolgen und Haftungsarten der Vertragsverletzung

a. Erfüllungsanspruch (*shiji lüxing qingqiuquan*)

Der Erfüllungsanspruch gilt als der vorrangige Anspruch bei Vertragsverletzung und zielt im Gegensatz zu Vertragstrafe und Schadensersatz weiterhin auf den ursprünglichen Vertragszweck.⁷⁸⁶

„In der Planwirtschaft kam dem Erfüllungsanspruch eine wichtige Funktion zu, da Nichterfüllung ursprünglich nicht nur das Verhältnis der Parteien, sondern auch die Planquoten, folglich die gesamte Gesellschaft beeinträchtigte.“⁷⁸⁷ Aber der Erfüllungsanspruch als Haftungsform ist nicht zwingende Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch, anders als bei § 281 BGB, nach welchem die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtleistung oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung in der Regel Nacherfüllung einschließlich Nachbesserung voraussetzt. Diese Bestimmung fand sich zuerst in § 111 CAGZ. § 107 CVG hat diese Bestimmung ohne Veränderung vollständig übernommen.

Der Erfüllungsanspruch findet nunmehr seine Grenze in § 110 CVG. Die vertragsverletzende Partei kann die Erfüllung verweigern, wenn

⁷⁸⁴ G.H. Treitel: The Law of Contract, S. 796

⁷⁸⁵ Vgl. Isabel Fischer/Zou Hairong, Haftung aus Vertragsverletzung, S. 41

⁷⁸⁶ Huaishi Xie: Hetongfa yuanli (Prinzipien des Vertragsgesetzes), S. 290, auch Isabel Fischer/Zou Hairong, Haftung aus Vertragsverletzung, S. 43

⁷⁸⁷ Isabel Fischer/Zou Hairong, a.a.O. S. 43

- a. Rechtliche, tatsächliche Unmöglichkeit der Leistung (Abs. 1) oder wirtschaftliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegen (Abs. 2 Satz 2);
- b. sich der Vertragsgegenstand nicht zur Zwangserfüllung eignet, z.B., bei einem persönlichen Vertrauensverhältnis, wie es der Auftrag oder der Kommissionsvertrag sind (Abs. 2 Satz 1);
- c. der Gläubiger innerhalb eines angemessenen Zeitraums sein Recht nicht geltend gemacht hat (Abs. 3).

b. Rücktritt

Bei Nichterfüllung steht dem Gläubiger das Recht zu, von dem Vertrag zurückzutreten. Das Rücktrittsrecht wird im chinesischen Vertragsrecht in zwei Typen unterteilt, nämlich das vereinbarte (§ 93 CVG) und das gesetzliche Rücktrittsrecht (§ 94 CVG). Die Vertragsparteien dürfen nach dem gesetzlichen Rücktrittsrecht den Vertrag auflösen, wenn

- a. höhere Gewalt oder
- b. ausdrückliche oder stillschweigende vorweggenommene Leistungsverweigerung oder
- c. Nichtleistung nach Fristsetzung wegen Verzugs oder
- d. Scheitern des Vertragszwecks wegen wesentlicher Vertragsverletzung oder
- e. andere gesetzlich bestimmte Umstände

vorliegen.

Bemerkenswert ist, dass bei Nichtleistung dem Gläubiger gewöhnlich ein Wahlrecht zwischen Vertragsauflösung und weiterer Erfüllung zusteht, wenn die Leistung nicht unmöglich ist. Bei Ausübung des Rücktrittsrechts ist Zugang der Mitteilung des Rücktritts bei der anderen Vertragspartei nach § 96 Abs. 1 Satz 1 CVG erforderlich. Da bei Streitigkeiten die Wirksamkeit des Rücktritts der Entscheidung von Gerichten oder Schiedsgerichten zu überlassen ist, braucht die Ausübung des Rücktrittsrechts im chinesischen Recht die Zustimmung der anderen Vertragspartei. Demgegenüber ist das Rücktrittsrecht im deutschen Recht ein Gestaltungsrecht, für dessen Ausübung die Zustimmung der anderen Vertragspartei nicht erforderlich ist, obwohl eine Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB unentbehrlich ist. Die Bestimmungen zum Erlöschen des Rücktrittsrechts nach Fristsetzung im deutschen und chinesischen Recht sind gleich, § 350 BGB und § 95 CVG.

Im chinesischen Vertragsrecht steht das Rücktrittsrecht dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen, § 97 CVG. In diesem Punkt stimmen das BGB (§ 346 Abs. 4) und das CVG nach der Schuldrechtsmodernisierung überein.

c. Nachbesserung

Bei Schlechtleistung, vor allem Mangelleistung, kann eine Partei nach § 111 CVG der vertragsverletzenden Partei gegenüber Reparatur, Umtausch, Neuanfertigung bzw. Rückgabe verlangen oder eine Preis- oder Entgeltminderung vornehmen.

i. Reparatur und Wiederherstellung des Werkes

Obwohl der Schadensersatzanspruch den Fehlschlag von Reparatur nicht voraussetzt (vgl. § 281 Abs. 1 BGB), gilt Reparatur in der Praxis immer noch als wichtigste Form der Nachbesserung, vor allem beim Stückkauf. In China sind die sog. drei Garantien (*sanbao*) anerkannt. Danach ist der Schuldner verpflichtet, bei Auftauchen von Mängeln Reparatur, Umtausch und Wandlung zu sichern. Was die Kosten der Reparatur angeht, gehen solche Kosten nach § 45 Abs. 2 CVerbSG (vgl. § 309 Nr. 8 b. cc) BGB) zulasten des Schuldners und des Unternehmers. Nicht zu übersehen ist, dass der Gläubiger berechtigt ist, über die Reparatur hinaus Schadensersatz zu verlangen, wenn nach der Reparatur das Erfüllungsinteresse noch nicht völlig kompensiert ist, § 112 CVG.

ii. Umtausch

Wie oben bereits erwähnt, stellt der Umtausch (beim Gattungskauf) eine der drei Garantien in der Praxis dar. Aber in der Regel setzt Umtausch den Fehlschlag von Reparatur voraus. Problematisch ist, wie der Fehlschlag von Reparatur festzustellen ist. Nach der deutschen Praxis kann der Gläubiger von dem Schuldner Schadensersatz statt der Leistung verlangen, nachdem die Nachbesserung zweimal fehlgeschlagen ist § 309 Nr. 8 b. bb) BGB. Nach § 45 Abs. 1 CVerbSG sind Unternehmer verpflichtet, die Waren auf Wunsch der Verbraucher umzutauschen oder zurückzunehmen, wenn innerhalb der Garantiefrist bereits zwei Reparaturen fehlgeschlagen sind.

Bei Auftauchen von Mängeln bei Werkleistung wandelt sich der Umtausch als eine Variante der Nachbesserung in die Neuanfertigung des Werkes. Sie muss teilweise oder ganz durchgeführt werden.

iii. Rückgabe

Bei Fehlschlag von Reparatur und Umtausch steht dem Schuldner weiterhin das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten, nachdem er die Waren zurückgegeben hat. Die Gefahr von Untergang und Zerstörung der Waren geht zulasten des Schuldners, wenn der Gläubiger durchschnittliche Sorgfalt im Verkehr gezeigt hat. Warenrückgabe schließt, wie oben dargelegt, den eventuellen Schadensersatz nicht aus, § 112 CVG.

iv. Preis- oder Entgeltminderung

„Hat der Geschädigte einen angemessenen Grund, Reparatur, Umtausch oder erneute Herstellung abzulehnen, so kann er zwischen Preis bzw. Entgeltnachlass und Wandlung (Warenrückgabe) wählen“ (§ 111 CVG).⁷⁸⁸ Preis- oder Entgeltminderung schließt einen Schadensersatzanspruch aus.

d. Schadensersatz

Schadensersatz lässt sich im chinesischen Vertragsrecht in zwei Typen gliedern, nämlich den gesetzlichen und den vereinbarten Schadensersatz. Unter dem vereinbarten Schadensersatz ist zu verstehen, dass die Vertragsparteien vertraglich vereinbaren, bei Vertragsverletzung eine Vertragsstrafe (§ 114 CVG) oder Draufgabe (§ 115 CVG) statt Schadensersatz als eine Form von Schadensersatz zu verlangen.

⁷⁸⁸ Isabel Fischer/Zou Hairong, a.a.O. S. 45

Die Vertragsstrafe wird ebenfalls in zwei Kategorien unterteilt: Vertragsstrafe bei Schadensersatz statt der Leistung und Vertragsstrafe bei Leistungsverzug. Nach § 114 CVG kann die nicht vertragsverletzende Partei bei Vertragsverletzung eine Vertragsstrafe statt der Leistung verlangen, (vgl. 340 BGB). „Da die Vertragsstrafe zu einem Zeitpunkt festgelegt wurde, zu dem der später tatsächlich eingetretene Schaden noch nicht bezifferbar war, kann ein Zivilgericht oder eine Schiedsstelle angerufen werden, um ggf. die Höhe der Vertragsstrafe nach oben oder unten anzupassen.“⁷⁸⁹ Auf diese Weise soll dem Prinzip der vollständigen Kompensation entsprochen werden.“⁷⁹⁰ Bei Vertragsstrafe für Leistungsverzug kann der Gläubiger den Erfüllungsanspruch parallel geltend machen, da Vertragsstrafe unter diesem Umstand nur den aus dem Verzug resultierenden Schaden ersetzt, aber das Erfüllungsinteresse noch nicht kompensiert wird (vgl. § 341 BGB). Ein Rücktritt vom Vertrag schließt den Anspruch auf Vertragsstrafe nicht aus.

In China gilt im Gegensatz zur Vertragsstrafe die Draufgabe beim Schadensersatz in erster Linie als eine Form von Sicherungsbestellung, welche in den §§ 89, 90 und 91 CSLG vorgeschrieben ist. Aber Draufgabe kann auch als eine Haftungsform zur Anwendung kommen.⁷⁹¹ Die Draufgabe lässt sich in zwei Typen untergliedern, nämlich Draufgabe für Vertragsauflösung und Draufgabe für Vertragsverletzung. Bei der ersteren schließt der Vertragsrücktritt den Erfüllungsanspruch aus, d.h., bei Vertragsverletzung kann die Partei durch Verzicht auf die im voraus bezahlte Draufgabe vom Vertrag zurücktreten. Bei der letzteren muss die Vertragspartei die Leistung weiter erbringen, auch wenn sie wegen Vertragsverletzung die Draufgabe nicht erstattet bekommt oder die doppelte Summe der Draufgabe zurückzahlen muss. Nach § 91 CLSG beträgt die Draufgabe höchstens 20% der Wertsumme des Hauptvertrages. Nach § 90 CLSG ist die Draufgabe durch einen Realvertrag geregelt, welcher einen dem Hauptvertrag untergeordneten Zusatzvertrag darstellt. Haben die Parteien in ihrem Vertrag sowohl eine Vertragsstrafe als auch eine Draufgabe vereinbart, besteht ein Wahlrecht, § 116 CVG.

Die Voraussetzungen für den gesetzlichen Schadensersatzanspruch sind Vertragsverletzung, tatsächlicher Schaden und diesbezügliche Kausalität. „Der Umfang von Schadensersatz wegen Nichtleistung liegt in der Kompensation der Erfüllungsinteressen, zu welchen der tatsächliche entstandene Schaden als negative Interessen und der entgangene Gewinn als positive Interessen nach § 113 CVG gehören (vgl. § 249 ff. BGB). Der Geschädigte kann somit einen vollständigen Ersatz verlangen, allerdings bildet die Vorhersehbarkeit des eingetretenen Schadens nach § 113 Abs. 1 CVG durch die vertragsverletzende Partei die Obergrenze des Schadensersatzanspruches.“⁷⁹² Als eine Ausprägung des Gebotes von Treu und Glauben ist der Geschädigte nach § 119 CVG auch verpflichtet, angemessene Maßnahmen zur Minderung des Schadens zu treffen, ansonsten geht der erweiterte Schaden zu seinen Lasten (vgl. § 254 Abs. 2 BGB). Bei Heranziehung anderer Schadensminderungsmaßnahmen, z.B. Reparatur und Umtausch vor Verlangen des Schadensersatzes darf darüber hinaus Schadensersatz verlangt werden, wenn der entstandene Schaden durch die ersten Maßnahmen nicht vollständig kompensiert werden kann. Aber im chinesischen Vertragsrecht dürfen Nicht-Vermögensschäden nicht aufgrund des aus Vertragsverletzung resultierenden Anspruchs geltend gemacht werden, sondern nur aufgrund von deliktsrechtlichen Ansprüchen, während im deutschen Recht aufgrund des vertraglichen Anspruchs

⁷⁸⁹ Vgl. § 343 BGB

⁷⁹⁰ Vgl. Guoguang Li: *Hetongfa shijie yu shiyong* (Kommentar und Anwendung des Vertragsrechts), Beijing, Xinhua chubanshe, 1999, S. 460, zitiert nach Isabel Fischer/Zou Hairong, Haftung aus Vertragsverletzung, S. 46

⁷⁹¹ Wang Liming/Cui Jianyuan, AT des Vertragsrechts, S. 812

⁷⁹² Vgl. Xie Huaishi, Prinzipien des Vertragsgesetzes, S. 292; Li Guoguang, Kommentar und Anwendung des Vertragsrechts S. 463; zitiert nach Isabel Fischer/Zou Hairong, Haftung aus Vertragsverletzung, S. 46

Immaterialgüterschäden geltend gemacht werden können (vgl. § 254 BGB). Bei Konkurrenz von vertraglichen und deliktsrechtlichen Ansprüchen steht dem Geschädigten ein Wahlrecht zu, § 121 CVG. Bei Mitverschulden beider Vertragsparteien trägt jede Vertragspartei die ihr zugerechnete Haftung, § 120 CVG.

Zu beachten ist, dass Vertragsverletzung von Unternehmern in Form von Täuschung und Betrug bei Verbraucherverträgen nach § 49 CVerbSG zum doppelten Schadensersatz führt, welchen man so als „*punitive damage*“ bezeichnen kann.

e. Haftungsbefreiung bei Vertragsverletzung

Da dem chinesischen Vertragsrecht das objektive oder verschuldensunabhängige Zurechnungsprinzip zugrundeliegt, stellt gesetzlich höhere Gewalt die einzige Haftungsbefreiungsmöglichkeit dar. Nach § 117 Abs. 2 CVG bedeutet höhere Gewalt einen nicht vorhersehbaren, nicht verhinderbaren und nicht überwindbaren Umstand, zu dem Naturkatastrophen und gesellschaftliche Ereignisse gehören. Teilunmöglichkeit wegen höherer Gewalt führt gewöhnlich zu Vertragsänderung, wenn die Vertragsparteien noch Interesse an der Teilleistung haben. Nach dem Leistungsverzug geht die Gefahr auf den Schuldner über, welcher sich in Verzug befindet, § 117 Abs. 1 Satz 2 CVG.

4. Zwischenergebnis

Das CVG, welches die früheren drei voneinander unabhängigen Vertragsgesetze, nämlich das CWVG, das CTVG und das CAWG, abgelöst hat, beinhaltet gegenüber den früheren Vertragsgesetzen viele neue Rechtsinstitute im Bereich der Vertragshaftung, z.B. die vorweggenommene Vertragsverletzung (*anticipatory breach of contract*), *culpa in contrahendo*. Dies ist vor allem dem Rechtsvergleich und der Rechtsrezeption zu verdanken. Das chinesische Vertragsrecht scheint deswegen eine hybride Prägung von verschiedenen Rechtssystemen zu tragen.

Das vertragsrechtliche Haftungsrecht im CVG orientiert sich an der Tendenz der internationalen Vereinheitlichung. Vertragspflichtverletzung stellt den Kernbegriff von Leistungsstörung dar, zu welcher Nichtleistung, Leistungsverzug und Schlechtleistung als konkrete Kategorien gehören. Die Haftungsformen reichen von tatsächlicher Nacherfüllung (*shiji lixing*) über Nachbesserung (z.B. Reparatur, Umtausch Preis- oder Entgeltminderung) bis zum Schadensersatz. Der Umfang des Schadensersatzes umfasst die völlige Kompensation des aus der Vertragsverletzung resultierenden Schadens, zu welchem das Erfüllungsinteresse als positives Interesse und Kosten sowie Vermögensverlust als negatives Interesse gehören.

Anhang 3: Die konkreten Verbotskataloge in den Shenzhener Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Standardverträgen

§ 16: Die folgenden Standardverträge sind unwirksam, wenn

1. die Genehmigungs- und Registrierungsformalitäten entgegen Gesetz- oder Verordnungsbestimmungen nicht erledigt werden;
2. sie durch geschäftsunfähige Personen abgeschlossen sind;
3. sie durch in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen abgeschlossen werden und deren Alter und Intellekt nicht entsprechen;
4. sie durch einen Vertreter ohne Vollmacht im Namen des Vertretenen abgeschlossen und von dem Vertretenen nicht nachträglich genehmigt werden;
5. sie durch Täuschung oder Drohung zustande gekommen sind.

§ 17: Formulklauseln, welche in den Standardvertrag einbezogen werden, (unabhängig davon, ob die Hinweispflicht erfüllt ist oder nicht – Verfasser) sind unwirksam, wenn:

1. die wesentlichen Vertragspflichten des Verwenders ausgeschlossen werden; bei Auftreten höherer Gewalt ist jedoch erlaubt, vom Vertrag zurückzutreten;
2. die Schadensersatzpflicht des Verwenders aufgrund Vertragsverletzung wegen seines Verschuldens ausgeschlossen oder beschränkt wird;
3. die gesetzliche Haftung des Verwenders für schuldhaftes Herbeiführen des Todes oder der Körperverletzung der Vertragsparteien ausgeschlossen oder beschränkt wird;
4. den Vertragsparteien verboten ist, den Vertrag zu ändern oder zu kündigen;
5. ungerechtfertigte Preiserhöhungen durch den Verwender erlaubt sind, ohne dass den Vertragsparteien ein Recht zur Verweigerung der Vertragserfüllung eingeräumt wird;
6. die Haftung der beiden Vertragsparteien im Fall der Vertragsverletzung ungleich geregelt wird;
7. den Vertragsparteien verboten ist, ihr Zurückbehaltungsrecht wahrzunehmen;
8. den Vertragsparteien das Recht abgesprochen wird, Ersatz für die durch der vom Verwender angebotene Waren oder erbrachte Dienstleistungen verursachten Folgeschäden zu verlangen;
9. die vom Verwender angebotene Garantiezeit zugunsten des Verwenders, oder die gesetzliche Gewährleistungsfrist verkürzt wird;
10. das Vertragsauflösungsrecht nur dem Verwender vorbehalten ist;
11. die Beweislast umgekehrt wird, und somit die Beweislast, welche im Verantwortungsbereich des Verwenders liegt, auf den der Vertragsparteien abgewälzt wird;
12. entgegen der Bestimmung nach § 6 Abs. 2 der Verwender von der Hinweispflicht für die haftungsfreizeichnenden und -beschränkenden Formulklauseln befreit wird, und diese Klauseln von den Vertragsparteien nicht zur Kenntnis genommen worden sind;
13. den Vertragsparteien verboten ist, bei Vertragsstreitigkeiten bei Gericht Klage zu erheben oder das Schiedsgericht anzurufen;

§ 18: Formulklauseln, welche in den Standardvertrag einbezogen werden, sind anfechtbar, wenn:

1. die Vertragsparteien entgegen dem Gerechtigkeitsprinzip ihre Pflichten bedingungslos einhalten müssen;
2. bei der vom Verwender erbrachten Dienstleistung andere als die in Bezug auf die Dienstleistung entstandenen Kosten zulasten der anderen Vertragspartei gehen sollen;

3. Verwender während einer unbestimmten Frist den Vertrag bei Verzug noch erfüllen darf;
4. die Vertragsparteien erst gegen Reugeld den Vertrag ändern oder von dem Vertrag zurücktreten können, auch wenn ihnen das Rücktrittsrecht gesetzlich zusteht;
5. die Schadensersatzhaftung bei Vertragsauflösung der Vertragsparteien die tatsächlich eingetretenen Schäden bei dem Verwender übersteigt;
6. der Verwender ohne die Genehmigung der anderen Vertragspartei die aus dem Vertrag resultierenden Rechte und Pflichten einem Dritten einseitig abtreten kann;
7. die andere Vertragspartei keine Einwände gegen die vom Verwender angebotenen Waren oder erbrachten Dienstleistung erheben darf;
8. bei einer Notlage zum Nachteil der anderen Vertragspartei keine Pflicht des Verwenders zur Mitteilung dieser Notlage besteht.

Anhang 4: Die konkreten Verbotskataloge in den *Shanghaier* Überwachungsvorschriften für Formularklauseln

§ 6: Formularklauseln sind verboten, wenn durch sie der Verwender zulasten des Verbrauchers von der Haftung für Körperverletzung, für Vermögensschäden wegen Vorsatz oder grober Fährlässigkeit des Verwenders sowie von der Garantiehaftung für die vom Verwender angebotenen Waren und erbrachten Dienstleistungen und der Haftung für Vertragsverletzung sowie anderen gesetzlich geregelten Haftungsarten befreit wird.

§ 7: Formularklauseln sind verboten, wenn durch sie das Reugeld oder der zu beanspruchende Schadensersatz der Vertragsparteien die tatsächlich eingetretenen Schäden übersteigt; oder dadurch die dem Verwender zugeordneten Risiken auf die Verbraucher abgewälzt werden; oder durch sie entgegen den gesetzlichen Bestimmungen die Haftung der Verbraucher erhöht wird.

§ 8: Formularklauseln sind verboten, wenn durch sie die folgenden Rechte den Verbrauchern entzogen werden: den Vertragsinhalt zu ändern oder vom Vertrag zurückzutreten; Reugeld vom Verwender zu verlangen oder den Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen sowie die anderen den Verbrauchern gesetzlichen eingeräumten Rechte.

§ 9: Enthalten Formularklauseln Bestimmungen, durch welche die Haftung des Verwenders beschränkt oder freigezeichnet wird, muss der Verwender vor Vertragsabschluss klar und verständlich oder mit schriftlichen Erklärungen auf solche hinweisen. Mitteilungen, Erläuterungen oder Hinweise in Geschäften müssen deutlich sichtbar ausgehängt werden.

Literaturverzeichnis

- Auszüge der Gesetzgebungsmaterialien zum chinesischen Vertragsgesetz (Zhonghua renmin hetongfa ziliao xuanbian), von der Gesetzgebungskommission für Zivilrecht des ständigen Rechtsausschusses des nationalen Volkskongresses (Quanguo reda fagongwei minfashe), Beijing 1999
- Baetge, Dietmar: Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen – Zu den Auswirkungen der EU-Richtlinie über Unterlassungsklage zum Schutz der Verbandsinteressen auf die Verbandsklage in Deutschland, ZZP 1999, 329-351
- Barnet, Thomas: Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität, 1999
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.): Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999
- Basedow, Jürgen: Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte, AcP 182(1982), 333-371
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 21. Aufl. 1999
- Baur, Jürgen F.: Vertragliche Anpassungsregelungen, Heidelberg 1983
- Becker, Thomas: Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Heidelberg 1986
- Beyer, Jens-Uwe: Salvatorische Klauseln, Bedeutung, Zweckmäßigkeit, Formulierungsvorschlag, 1988
- Biedenkopf, Kurt Hans: Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, (FS für Franz Böhm zum 70. Geburtstag) 1965, 113-135
- Borges, Georg: Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, 2000
- Brägelmann, Rudolf: Die Passivlegitimation für Unterlassungsansprüche gegen die Verwendung und Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1995
- Brander, Hans Erich: Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze, in FS für Horst Locher, 1990, 317-324
- Braun, Johann: Die Stellung des AGB-Gesetzes im System des Privatrechts, BB Heft 14. 1979, 690-694
- Brönneke, Tobias: Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht: Gruppenklagen, Verbandsmusterklagen, Verbandsklagebefugnissen, Verbandsmusterklagen, Verbandsklagebefugnis und Kosten des kollektiven Rechtsschutzes, 2001
- Bunte Hermann-Josef: Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz – Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren, AcP 181(1981) 30-67
- Bunte Hermann-Josef: Zehn Jahre AGB-Gesetz – Rückblick und Ausblick, NJW 1987, 921-928
- Burckhard, Katrin: Das AGB-Gesetz unter dem Einfluss der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, mit vergleichender Betrachtung des französischen Rechts, 2000
- Busch, Jan: Privatautonomie und Kontrahierungszwang (Habilitationsschrift), 1999
- Bydlinski, Franz: Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“, Wien, 1993
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983
- Canaris, Claus-Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts- Tendenz zu seiner „Materialisierung“, AcP 200(2000), 273-364
- Canaris, Claus-Wilhelm: Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, zugleich zur Abgrenzung von § 8 und § 9 AGB-Gesetz, 609-617
- Ch’u, T’ung-tsu: Law und Society in Traditional China, Paris Mouton 1961

- Cheng, Jiangying: Marktbeherrschende Staatsunternehmen in der Volksrepublik China, Baden-Baden 1991
- Coing, Helmut: Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehre der allgemeinen Hermeneutik, 1959
- Coing, Helmut: Europäisches Privatrecht, Band I 1985, und II, 1989
- Coing, Helmut: Zur Geschichte des Begriffs „Subjektives Recht“ in: Coing, Helmut/Lawson, F.H./ Grönfors, K.: Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Arbeit zur Rechtsvergleichung, 1959
- Contantinesco, Léontin-Jean: Der Rechtsbegriff der Marko-Vergleichung, ZvglRWiss, 80(1981) 177-198
- Cui, Jianyuan: Forschung über die vertragliche Haftung, (Hetong zeren yanjiu) 1992
- Damm, Reinhard: Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, JZ 1994, 161-178
- Damm, Reinhard: Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, 173-180
- Däubler, Wolfgang: BGB kompakt, 2002
- Däubler, Wolfgang: Formale oder materiale Selbstbestimmung? Zur rechtswissenschaftlichen Diskussion um die Vertragsfreiheit, in: Martin Greiffenhagen (Hrsg.), Emanzipation, 1973, 114-134
- Dauner-Lieb, Barbara: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983
- David, René /Brierley, John E.C.: Major Legal System in the World Today, London 1968
- Dawwas, Amin: Die Gültigkeit des Vertrages und das UN-Kaufrecht (Dissertation), 1998
- Deguit, Léon: Les transformations du droit public, Paris, 1921
- Du, Jun: On Standard Form Contract (Geshi hetong yanjiu), Beijing 2002
- Dylla-Krebs, Corina: Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Baden-Baden 1990
- Eckert, Hans-Werner: Regierungsentwurf zur Änderung des AGB-Gesetzes, ZIP 1995, 1460-1462
- Ehrlich, Eugen: Das zwingende und Nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht, Neudruck der Ausgabe Jena 1889
- Emmerich, Volker: Kartellrecht, 9 Aufl. 2001
- Engisch, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 2 Aufl. 1986
- Esser, Josef: Grundsatz und Rechtsnorm, 1964
- Esser, Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Heidelberg 1992
- Fastrich, Lorenz: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992
- Fehl, Norbert: Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den Hypothekarkredit nach dem Hypothekendarbankgesetz, 1979
- Ferid, Murad: Das Französische Zivilrecht, Erster Band, Aufl. 2, 1994
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II, das Rechtsgeschäft, 1979
- Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum Hundert-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, 1860-1960, 135-238
- Foo, Ping-Sheng: Introduction to Book I, II und III, S. XIX, in: The Civil Code of the Republic of China, 1931
- Frankenberg, Günter: Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law, Harvard International Law Journal No. 2/1985, 411-455

- Fu, jian: Kurze Darstellung der gesetzlichen Hinweispflicht des Verwenders von Formular Klauseln (Lülun geshitiaoquan tigongfang de fadingyiwu), Faxue pilun, 2001 Heft 4, 128-132
- Gärtner, Rudolf: Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht, BB 1995, 1753-1757
- Gilles, Peter: Prozessrechtliche Probleme von Verbraucher politischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZZZ 98. Bd.1/1985, 1-31
- Gilmore, Grand: The Death of Contract, 1974
- Göbel, Karl: Prozesszweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozess, Zur Interpretation der Verweisungsnorm des § 15 Abs. 1 AGB-Gesetz, 1980
- Grabau, Fritz-Rene: Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation, 1993
- Graf. v. Westphalen, Friedrich: AGB-Recht im Jahr 2002, Allgemeiner Teil, Transparenzgebot, Generalklausel, NJW 2003, 1635-1641
- Graf. v. Westphalen, Friedrich: AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 12-25
- Graf. v. Westphalen, Friedrich: Die Novelle zum AGB-Gesetz, BB 1996, 2101-2106
- Greger, Reinhard: Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik – Neue Entwicklung in einer schwierigen Beziehung, ZZZ 2000, 399-412
- Großfeld, Bernhard: Kernfragen der Rechtsvergleichung, 1996
- Großfeld, Bernhard: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984
- Gruber, Urs Peter: Zur Rolle der Rechtsvergleichung nach der Schuldrechtsreform, ZVglRWiss 101(2002), 38-44
- Grundmann, Stefan.: Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht, AcP 202(2002), 40-71
- Hager, Johannes: Gesetzes- und Sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983
- Han, Fei: Liufan (Sechs Verbrechen)
- Hart, Dieter: Verbraucherrechtliche Grundlagen des AGBG, JURA 2001, 649-658
- Harvard Law Review, Class Action Litigation In China (Note), Vol. 111. 1998, 1523-1541
- Haubelt, Horst Wilhelm: Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978
- He, Huaihong: Vertragliche Ethik und Soziales Gerech (Qiyue lunli he shehui zhengyi), über die Geschichte und die Vernunft im Buch „A Theory of Justice“ von Rawls (Dissertation), Beijing 1993
- He, Meihuan: Das Vertragsrecht in Hongkong (Xianggang hetong fa), Band I, Beijing 1996
- He, Min: Private Gesetzesinterpretation und ihre Methoden in der T'sing Dynastie (Qingdai sijia silü jiqi fangfa), Faxue yanjiu (Forschung über Rechtswissenschaft), 1992 Heft 2, 63-69
- Hebarsak, Mathias/Kleindiek, Detlef/Wiedenmann, Kai-Udo: Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz, ZIP 1993, 1670-1673
- Hedemann, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1993
- Heiderhoff, Beltina: Die Berücksichtigung des Art. 3 Klauselrichtlinie bei der AGB-Kontrolle, WM 2003, 581-513
- Heinrichs, Helmut/Löwe, Walter/Ulmer, Peter(Hrsg.): Zehn Jahre AGB-Gesetz, 1987
- Heinrichs, Helmut: Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, NJW 1996, 2190-2197
- Helm, Johann Georg: Grundlage einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen, in FS für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, 1973, 125-146

- Hennemann, Marc Saumel: AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, 2001
- Hensler, Deborah R.: Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11 2001, 179-213
- Heß, Burkhard: Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, *JZ* 2000, 373-382
- Heuser, Robert: Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung, *JZ* 1988, 893-904
- Heuser, Robert: Einführung in die chinesische Rechtskultur, 2. Aufl. Hamburg, 2002
- Heuser, Robert: Wirtschaftsreform und Gesetzgebung in der Volksrepublik China, Texte und Kommentare, 1997
- Hilf, Meinhard/Gättsche, Götz J.: Chinas Beitritt zur WTO, *RIW* 2003, 161-165
- Hillman, Robert A./Rachlinski, Jeffery J.: Standard-form Contracting in the Electronic Age, *New York University Law Review*, Vol. 77 2002, 458-495
- Hirsch, Günter: Die Rechtsprechung – ein Spiegel der Gesellschaft, *ZIP* 2002, 501-504
- Hohloch, Gerhard (Hrsg.): Richtlinie der EU und ihre Umsetzung in Deutschland und Frankreich, 2001
- Holmes, Oliver Wendell: *The Common Law*, 1881
- Hommelhoff, Peter: Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, *AcP* 192(1992), 71-107
- Hönn, Günther: *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München, 1982
- Huang, Ray: 1587 – Ein Jahr wie jedes anderes, *Der Niedergang der Ming*, Frankfurt a.M. 1986
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Dannecker, Gerhard: *Kommentar zum GWB*, 3. Aufl. 2001
- Inoue, Harunori: Der Zivilprozess – als gleichberechtigtes Dialogverfahren, *ZZP* Band 98. Heft 4. 1985, 378-402
- Jaakko Husa, Vaase: Farewell to Funktionalism or Methodological Tolerance? *RebelsZ* 2003, 419-447
- Jiang, Ping/Zhang, Lihong: Marktwirtschaft und Willensautonomie (Shichang jingji yu yishi zizhi), *Faxue yanjiu*, 1993 Heft 6, 20-25
- Jin, Jian: Vertragsfreiheit, Staatlicher Eingriff und das chinesische Vertragsrecht (Qiyue ziyou, guojia ganyu yu zhongguo hetongfa), *Faxue pinlun (Legal Review)*, 1998 Heft 6, 61-65
- Joost, Detlev: Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *ZIP* 1996, 1685-1693
- Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, 1798
- Kant, Immanuel: *Über den Gemeinspruch*, 1793
- Kaufmann, Arthur: *Analogie und „Natur der Sache“ – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. Aufl. 1982
- Kitagawa, Zentano: *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrecht in Japan*, Baden-Baden, 1970
- Kliege, Helmut: *Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln*, Göttingen 1966
- Knieper, Rolf: Die Bedeutung des Zivil- und Wirtschaftsrechts – Rechtssystem für Direktinvestitionen in der VR China, *ZVglRWiss* 101(2002), 220-233

- Knieper, Rolf: Wirtschaftsrechtsreform in der Volksrepublik China, Außen-wirtschaftliche Praxis 1998, 272-275
- Knieper, Rolf: Gesetz und Geschichte, Baden-Baden 1996
- Knieper, Rolf: Technokratische Rationalität in Allgemeinen Geschäftsbedingungen? ZRP Heft 3 1971, 60-67
- Knieper, Rolf: Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung: Delikate Abgrenzungen zwischen Judikative und Legislative, Vortragsfassung am 15. Mai 2002 in Bremen (nicht erschienen), 1-13
- Knobe, Ulrike: Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, Berlin 2000
- Koch, Harald: Non-Class Group Litigation under EU and German Law, in: Duke Journal Of Comparative & International Law, 2001 Vol. 11, 355-367
- Koch, Harald/Willingham, Armin: Großschäden- Complex Damages, Rechtliche und alternative Regulierungsstrategie im In- und Ausland, Baden-Baden 1998
- Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–, Herausgegeben von Peter Schlechtriem, Aufl. 3 2000
- Köndgen, Johannes: Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, NJW 1989, 943-952
- Kötz, Hein: Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle, - Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209-214
- Kötz, Hein: Alte und Neue Aufgabe der Rechtsvergleichung, JZ 2002, 257-264
- Kötz, Hein: Abschied von der Rechtskreislehre, ZEuP 1998, 493-505
- Kötz, Hein: Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, 785-789
- Kötz, Hein: Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? Gutachten für den 50. DJT. in Hamburg 1974, in Verhandlungen des 50. DJT. Bd. I, Teil 1, München 1974
- Kramer, Ernst A.(Hrsg.): Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl. Bern-Stuttgart-Wien 1992
- Kramer, Ernst A.: Die >> Krise<< des liberalen Vertragsdenkens, 1974
- Kreienbaum, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Eine Untersuchung des Inhalts und der Schranken des Transparenzgebotes, Berlin 1998
- Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. Berlin 1976
- Langenbucher, Katia: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht: eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, München 1996
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997
- Larenz, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht, 3. Aufl. 1963
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
- Leenen, Detlef: Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens, AcP 188(1988), 381-418
- Leenen, Detlef: Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargelegt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971
- Li, Guilian: Ershi shiji de zhongguo faxue (Chinesische Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert), Beijing 1998
- Liang, Huixing: Die Rezeption ausländischen Zivilrechts in China, in: Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V. 2003, 68-76

- Liang, Huixing: Ausarbeitung des chinesischen Vertragsgesetzes, in ders (Hrsg.): Forschung über das Zivil- und Handelsrecht, Band 9 1996
- Liang, Huixing: Das chinesische Zivilrecht: Sein gegenwärtiger Zustand und der Erlass eines Zivilgesetzbuches, AcP 194(1994), 477-494
- Liang, Huixing: Der Grundsatz von Treu und Glauben und Lückenfüllung (Chengshi xinyong yuanze yu loudong buque), Faxue yanjiu, 1994 Heft 2, 22-29
- Liang, Huixing: Forschung über zivilrechtliche Rechtsprechung und Rechtsgebung, Band 2, Beijing 1999
- Liang, Zhiping: Aufdifferenzierung des Yi vom Li (Yili zhibian), in ders: Suche nach einer Harmonie in der Naturalordnung, über die traditionelle chinesische Rechtskultur, Beijing 1997
- Liang, Zhiping: Expliciting „Law“: A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture, in: Tahirih V. Lee (ed.), Chinese Law – Social, Political, Historical, and Economic Perspectives (series) Band 1, Basic Concepts of Chinese Law, 1997, 121-158
- Llewelyn, Karl N.: The Standardization of Commercial Contract in English and Continental Law, 52 Harvard Law Review 1939, S. 700 ff.
- Löwe, Walter: Der Schutz der Verbraucher vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Eine Aufgabe für den Gesetzgeber, Eine rechtspolitische Betrachtung, in FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, 373-407
- Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner: Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band II, 2. Aufl. 1983
- Luhmann, Niklas: Evolution des Rechts, in ders: Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1999
- Lunyu, Weizheng (Lektüre Konfuzius, Politikmachen)
- Lütkenhaus, Alfried M.: Unfair Contract Terms Act 1979 und AGB-Gesetz 1976, Rechtsregeln zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich, 1987
- Maine, Henry: Ancient Law, 1861
- Manfred, Lieb: Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit? – Kritische Überlegungen zur richterlichen Rechtsfortbildung im Vertragsrecht, DNotZ 1989, 274-296
- Mankowski, Peter: Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, 2-15
- Markesinis, Basil: Comparative Law – A Subject in Search of An Audience, Modern Law Review 53 (1990), 1-21
- Mayder-Maly, Theo: Bemerkungen zum Verhältnis zwischen der Gesetzesinterpretation und der Auslegung von Rechtsgeschäften, in FS für Ota Weinberg, 583-588
- Mei, Zhongxie: Einführung in das Zivilrecht, Vorwort für die erste Aufl. 1943 (Nachdruck 1997)
- Merschforman, Ulrike: Die objektive Bestimmung des Vertragsstatuts beim internationalen Warenkauf, 1991
- Meyer, Cording: Die Rechtsnormen, 1971
- Mi, Jian: Zu einigen Problem der gegenwärtigen Reform des chinesischen Zivilrechts, in: Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V. 2003, 1-8
- Mi, Jian: Die Entwicklung und die Probleme des chinesischen Zivilrechts in der Gegenwart, (nicht erschienen)
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch, 1888, I, Berlin/Leipzig
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I und II, 4. Aufl. 2001
- Münzel, Frank/Zheng, Xiaoqing: Chinas neues Vertragsrecht – ein Überblick, RIW 1999, 641-646

- Münzel, Frank: Die deutsche Fassung des CVG (Datenbank unter: www.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/index.htm)
- Münzel, Frank: Das Recht der Volksrepublik China, Einführung in die Geschichte und den gegenwärtigen Stand, 1982
- Nassall, Wendt: Der Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 1995, 689-694
- Neumann, Johannes: Geltungshaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Baden-Baden 1987
- Niebling, Jürgen: Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGB-Gesetz, Tübingen 1988
- Nipperdey, Hans Carl: Kontrahierungszwang und Diktierter Vertrag, Jena 1920
- Nörr, Knut Wolfgang: The Problem of Legal Transplant and the Reception of Continental Law in China before 1930, in: Weg zum japanischen Rechts, FS für Zentaro Kitagawa, Berlin 1992, 231-243
- Oechsler, Jürgen: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag (Habilitationsschrift), 1997
- Ohly, Ansgar: Generalklauseln und Richterrecht, AcP 201(2001), 1-47
- Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003
- Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt BGB, 61. Aufl.
- Pawlowski, Hans-Martin: Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP Band 80 Heft5/6, 1967, 345-391
- Pflug, Hans-Joachim: Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986
- Posner, Richard A.: Economic Analysis of Law, 2nd Edition, 1977
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973
- Raiser, Ludwig: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1933
- Raiser, Ludwig: Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465-473
- Raiser, Ludwig: Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnte, 1977
- Rakoff, Tatt D.: Contracts of Adhesion, An Essay in Reconstruction, in: Harvard Law Review, Vol. 96 1983, 1174-1284
- Rehbinder, Eckard/Burgbacher, Hans-Gerwin/Knieper, Rolf: Bürgerklage im Umwelt -recht, 1972
- Rehbinder, Manfred: Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972
- Reinel, Peter: Die Verbandsklage nach dem AGBG, 1979
- Rheinstein, Max.: Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987
- Rimmelpacher, Bruno: Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstands-probleme im Zivilprozess, 1970
- Rittner, Fritz: Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188(1988), 101-139
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heine/Gottwalt, Peter: Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993
- Roth, Herbert: Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 AGBG, WM 1991, 2085-2089
- Roth, Herbert: Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von AGB, 1994
- Sacco, Rodolfo: Einführung in die Rechtsvergleichung, aus dem Italienischen übersetzt von Jacob Joussen, Baden-Baden 2001
- Sandrock, Otto: Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtswissenschaft, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 31, 1966

- Schäfer, Jürgen: Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1992
- Schapp, Jan: Die Leitbildfunktion des dispositiven Recht für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, DB 1978, 621-625
- Scheil, Jörg-Michael: Beobachtung zur Vertragsfreiheit in China, in: Newsletter der deutsch-chinesischen Juristenvereinigung, E.V. 2002, 13-15
- Scheil, Jörg-Michael/Gargulla, Tanja/Schröder, Christoph/Riemenschneider, Jakob: Vertragsgesetz der Volksrepublik China, Übersetzung und Einführung, Hamburg, 1999
- Schirmers, Bernhard: Konditionenempfehlungen, kartellrechtliche Kontrolle und AGB-Gesetz, 1983
- Schlechtriem, Peter: Internationales UN-Kaufrecht, 1996
- Schlechtriem, Peter: Kollidierender Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht, in: Transport- und Vertriebsrecht 2000, Festgabe für Rolf Herber, 1999, 36-49
- Schlüchter, Ellen: Mittelfunktion der Präjudizien – Eine rechtsvergleichende Studie, 1986
- Schmidt, Eike: AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB, ZIP 1987, 1505-1509
- Schmidt, Eike: Grundlage und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, JuS 1987 Heft 12, 929-936
- Schmidt, Eike: Struktur- und Kompetenzanforderungen an einen zeitgemäßen Zivilprozess, Krit.V. 1989, 303-322
- Schmidt, Eike: Verbraucherschützende Verbandsklagen, NJW 2002, 25-30
- Schmidt-Rimpler, Walter: zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, FS für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, 3-26
- Schmidt-Salzer, Joachim: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, Berlin 1971
- Schmidt-Salzer, Joachim: Die „contrats d’adhésion“ und die sogenannte Unterwerfung unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 167(1967), 504-514
- Schneider, Hans Peter. Richterrecht, Gesetzrecht und Verfassungsrecht, 1969
- Schulze, Peters/Schulte-Nölke, Hans: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001
- Schulze, Reiner (Schriftleitung): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2 Aufl. 2002
- Seidman, Ann/Seidemann, Robert. B.: Drafting Legislation for Development, Lessons From a Chinese Project, in: The American Journal for Comparative Law (A.J.C.L.) 1996, 1-44
- Shao, Jiandong/Drewes, Eva (Hrsg.): Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, Hamburg 2002
- Shao, Jiandong: Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, JZ 1999, 80-86
- Stanislaus Prinz zu Sayn-Wittgenstein-Berleburg: Allgemeine Geschäftsbedingungen im Englischen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1969
- Staudinger-Kommentar zum AGBG, 1998
- Stoffels, Markus: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001
- Stoffels, Markus: Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 2001, 843-849
- Stoffels, Markus: AGB-Recht, 2003
- Su, Huiyang (Hrsg.): Vertragsrecht in der gegenwärtigen China (Zhongguo dangdai hetongfa), 1992
- Su, Yingxia: Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem chinesischen Vertragsgesetz, ZVglRWiss 102 (2003), 101-115
- Teklote, Stephan: Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, Probleme bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im CISG und im EKG/EAG, 1994

- Tetz, Stefanie: Neues Vertragsgesetz in China: Was ändert sich für ausländische Vertragspartner? RIW Heft 9/1999, 647-649
- Teubner, Gunter: Standards und Direktiven in Generalklauseln – Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitte-Klauseln im Privatrecht, 1971
- Thiere, Karl: Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess, 1980
- Tong, Rou (Hrsg.): Chinesisches Zivilrecht (Zhongguo minfa), Beijing 1990
- Treber, Jürgen: Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht, Überlegungen zum Handelsrechtsreformgesetz, AcP 199(1999), 526-590
- Treitel, G.H.: The Law of Contract, 10th Edition 1999
- Tsatsos, Constantin: Zum Verhältnis von Gerechtigkeit und positivem Recht, in FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag 1983, 649-661
- Ulm, Peter: Das AGB-Gesetz – künftig Teil des BGB? BB 2001, Heft 1.4. Die erste Seite
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether: AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2002
- Ulmer, Peter: Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491-498
- Unger, Roberto M.: Law in Modern Society (Xiandai shehui zhong de falü), Beijing, 1994
- Urbanczyk, Reinhard: Zur Verbandsklage im Zivilprozess, 1980
- v. Gierke, Otto: Das Wesen der menschlichen Verbände, Berlin 1902
- v. Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889 (Nachdruck 1948)
- v. Hippel, Eike: Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischen Recht, 1963
- v. Hoyningen-Huene, Gerrick: Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Heidelberg 1991
- v. Senger, Harro: Die Entwicklung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der chinesischen Rechtskultur, in: Heinrich Scholler (Hrsg.), Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur, 1993
- v. Senger, Harro: Einführung in das chinesischen Recht, München 1994
- Wagner, Gerhard: Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998
- Wang Liming: Forschung über das Vertragsrecht, Band I, Beijing 2002
- Wang Liming: Über die Haftung von Vertragsleistungsstörung (Weiyue zeren lun), Beijing 1996
- Wang, Liming/Cui, Jianyuan: Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (Zongze, hetongfa xinlun), Beijing 1996
- Wang, Tze-chien: Allgemeiner Teil des Obligationsrechts, Taibei 1993
- Wang, Tze-chien: Die Aufnahme des europäischen Recht in China, AcP 166(1966), 343-351
- Wang, Xiaoye: Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft, Tübingen 1993
- Weber, Ralph: Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln, AcP 192(1992), 516-567
- Weick, Günter: Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, 11-15
- Werner, Fritz: Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967
- Wieacker, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in Kleine Juristische Schriften, 1988
- Wolf, Manfred/Pfeiffer, Thomas: Der richtige Standort des AGB-Rechts innerhalb des BGB, ZRP 2001 Heft 7, 303-306
- Wolf, Manfred: Die Klagebefugnis der Verbände, 1971
- Wolf, Manfred: Entscheidungsfreiheit und Interessenausgleich (Habilitation), 1970
- Wolf, Manfred: Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften, in: FS für Fritz Bauer, 1981, 147-168

- Wtodyka, Stanislaw: Verbandsklage im Zivilprozess der Osteuropa – Länder, ZZZP Band 96. Heft 1, 1983, 25-36
- Xu, Guodong: Das bürgerliche Gesetzbuch und die Beschränkung der Macht (Minfadian yu quanli kongzhi), in: Faxue yanjiu, 1995 Heft 1, 64-69
- Xu, Guodong: Der Begriff und die Geschichte des Grundsatzes von Treu und Glauben (Chengshi xinyong yuanze de genian he lishi), in: Faxue yanjiu, 1989 Heft 4, 53-59
- Xu, Guodong: Die Auslegung der zivilrechtlichen grundlegenden Grundsätze – Überwindung der Gesetzeslücken von Kodifikation (Minfa jiben yuanze jieshi – chengwenfa juxian zhi kefu) (Dissertation), Beijing 1995
- Xu, Guodong: Zwei These über den Grundsatz von Treu und Glauben (Chengshi xinyong erti), 2002 Heft 4, 74-88
- Zhang Shihua, Xie Gengliang, Erklärung der Position bzw. Anwendung des Gebots von Treu und Glauben im neuen CVG, in: Civil and Commercial Law Review (Minshangfa Luncong), Band 14, 112-134, 1999
- Zhou, Lujia: Zur Rezeption des „inneren Systems“ des deutschen Privatrechts in der Volksrepublik China, 1998
- Zöller, Wolfgang: Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, Bemerkung zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag, AcP 176(1976), 221-246
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1996
- Zweigert, Konrad/Puttfarcken, Hans-Jürgen (Hrsg.): Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978