

Yuanshi Bu (Hrsg.)

Das chinesische Zivilgesetzbuch

Gesamtstruktur und Einzelfragen

[Ostasien]



Nomos

Herausgeber

Prof. Dr. Alexander Bruns | Prof. Dr. Yuanshi Bu | Prof. Dr. Jan von Hein
Prof. Dr. Sonja Meier | Prof. Dr. Hanno Merkt | Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Michael Pawlik | Prof. Dr. Dr. Eiji Takahashi | Prof. Dr. Silja Vöneky

Yuanshi Bu (Hrsg.)

Das chinesische Zivilgesetzbuch

Gesamtstruktur und Einzelfragen



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Freiburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2022

© Die Autoren

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8739-5

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3170-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748931706>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

Vorwort

In einem beeindruckend schnellen Tempo wurde das gesamte chinesische Zivilgesetzbuch (CZGB) planmäßig innerhalb von drei Jahren fertiggestellt. Der Ausbruch der Pandemie hat dessen Verabschiedung im Mai 2020 lediglich um zwei Monate verzögert. Die Einhaltung des Zeitplans war auch ein zentrales Anliegen der chinesischen Entscheidungsträger während des Kodifikationsvorgangs, so dass der Grundsatz der minimalen Änderungen der bestehenden Einzelgesetze, welche als Teilbücher in das ZGB aufgenommen wurden, die Abfassung und Beratungen der ZGB-Entwürfe angeleitet hat. Diese Vorgehensweise geht freilich nicht ohne inhaltliche Abstriche. Das ZGB hat einen funktionalen Allgemeinen Teil des Schuldrechts geschaffen, allerdings ist noch zu eruieren, welche der dezentral platzierten Vorschriften überhaupt dazu gehören. Das Ehe- und Familienrechtsbuch sowie das Erbrechtsbuch kommen jeweils mit 78 und 44 Paragraphen aus. Dieser geringe Normenbestand sorgt einerseits aus vergleichender Sicht für Staunen. Andererseits wurde bei der Kodifikation angestrebt, die Digitalisierung des täglichen Lebens durch entsprechende Regeln zu erwidern und somit ein grünes, digitales Zivilgesetzbuch zu kreieren. Der vorliegende Sammelband versucht, das ZGB in seiner Gesamtheit sowie einzelne Aspekte zu würdigen. Die Mehrheit der Autoren sind Alumni des vom DAAD aus Mitteln des Auswärtigen Amtes (AA) geförderten Chinesisch-Deutschen Instituts für Rechtswissenschaft. Frau Susanne Otte und Frau Maike Jakobi vom DAAD gebührt mein herzlicher Dank für die gute Zusammenarbeit. Besonderer Dank gilt in erster Linie allen Autoren, die mit ihrer Arbeit zu dieser Sammlung beigetragen haben, sowie sämtlichen Lehrstuhlmitarbeitern, Yang-Hun Chung, Sebastian Krieger, Maja Ruhl und Johann Wigger, die unter großem Zeitdruck sorgfältig die Beiträge betreut haben. Frau Anne Sophie Ortmanns danke ich für die Betreuung der Autoren und die vorbildliche Übersetzungsarbeit. Zu Dank verpflichtet bin ich zudem meinen Mitherausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Recht in Ostasien“ sowie Herrn Johannes Rux und Herrn Peter Schmidt für ihre tatkräftige Unterstützung bei der Betreuung dieses Buchprojekts. Herzlicher Dank gilt zudem dem Konsortium Baden-Württemberg für die finanzielle Förderung dieses Projekts.

Freiburg i. Br., im September 2021

Yuanshi Bu

Inhalt

<i>Teil I Einleitung</i>	9
Das chinesische Zivilgesetzbuch: Eine Einleitung <i>Yuanshi Bu</i>	11
<i>Teil II Gesamtstruktur</i>	37
Von den Allgemeinen Grundsätzen zum Allgemeinen Teil des Chinesischen Zivilgesetzbuches <i>ZHU Qingyu</i>	39
Bewertung des Zivilgesetzbuches Festlandchinas aus Sicht der Kodifikationslehre <i>SU Yeong-chin</i>	69
<i>Teil III Einzelfragen</i>	117
Die Vertragserrichtung im Internet in der Volksrepublik China <i>Anne Sophie Ortmanns</i>	119
Typisierung der Dienstvertretung im Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China <i>CHI Ying</i>	149
Der zivilrechtliche Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im chinesischen ZGB <i>ZHAO Jin</i>	175

Inhalt

Algorithmische Prognose und ihre Anwendung in der Justiz – An den Beispielen der COMPAS-Software und im Bereich der Entschädigung für Personenschäden <i>WU Yiyue</i>	197
Autorenverzeichnis	217

Teil I Einleitung

Das chinesische Zivilgesetzbuch: Eine Einleitung

Yuanshi Bu

I. Einleitung

Im Mai 2020 wurde das ZGB¹ mit geringer zeitlicher Verzögerung verabschiedet. Somit ging der Traum einer Generation von chinesischen Zivilrechtswissenschaftlern in Erfüllung. Es verwundert kaum, dass in offiziellen Narrativen Euphorie und Lobgesänge um das neue Gesetzbuch herrschen, obwohl in der Rechtswissenschaft durchaus dezente Kritik geübt wird. Die Kodifikation war zuvörderst eine politische Aufgabe, die plangemäß erfüllt werden musste. Das ZGB in der heutigen Gestalt ist daher ein Produkt, welches unter äußerst großem Zeitdruck hervorgebracht wurde. Sämtliche größere oder unübersehbare Änderungen wurden möglichst vermieden. Darunter leidet vor allem der Systemisierungsgrad des ZGB. So wird weder ein Allgemeiner Teil des Schuldrechts noch ein selbständiges Kreditsicherungsrecht geschaffen, obwohl inhaltlich große Reformen in beiden Bereichen durch die Kodifikation herbeigeführt wurden. In dieser Einleitung wird das ZGB sowohl in der Gesamtheit als auch in den von den Beiträgen des vorliegenden Sammelbandes aufgegriffenen Einzelaspekten einer ersten Bewertung unterzogen.

II. Gesamtwürdigung des ZGB

1. Bewertung der Struktur des ZGB

Das ZGB umfasst sieben Bücher in folgender Reihenfolge: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Vertragsrecht, Persönlichkeitsrecht, Ehe- und Familienrecht und Deliktsrecht. Im Vergleich zum deutschen BGB wird das Schuldrecht in zwei Bücher – Vertrags- und Deliktsrecht – aufgeteilt und das Persönlichkeitsrecht zu einem eigenständigen Buch aufgewertet. Diese

1 Verabschiedet am 28.5.2020 und ab dem 1.1.2021 in Kraft; Übersetzung ins Deutsche von DING Yijie/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2020, Nr. 3-4, S. 207 ff.

Struktur ist nicht unumstritten. Zum einen wird es durch die Vielzahl der Teilbücher erschwert, einen Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu kodifizieren. Zum anderen ist es fraglich, ob ein derartig großer Regelungsbedarf beim Persönlichkeitsrecht besteht, dass ein eigenes Buch im ZGB dafür gerechtfertigt ist. Abgesehen davon wird in der chinesischen Literatur moniert, dass die Bedeutung des AT ZGB selbst in der Zivilrechtslehre nicht richtig erkannt wurde,² andererseits wird dem entgegengehalten, dass dem AT ZGB ohnehin eine andere Bedeutung zukommt als seinem Pendant im deutschen BGB.³ Die ersten beiden Beiträge des vorliegenden Bandes gehen ebendiesen Fragen nach.

(1) AT ZGB

ZHU Qingyu vertritt in seinem Beitrag die Auffassung, dass der AT ZGB nur äußerlich dem AT BGB ähnlich ist. Hinsichtlich der technischen Handhabung und des Systemkonzepts ist der AT ZGB dermaßen chinesisch geprägt, dass er kaum dem Pandektensystem zugeordnet werden kann. Nach seiner Ansicht macht die Aufzählung der subjektiven Rechte den Kern des AT ZGB aus. Diese Rechte sind aber keine gemeinsamen Nenner des ZGB, die vor die Klammer gezogen werden können. Funktional gesehen sind sie vielmehr wie Spiralbinder, welche die einzelnen Bücher des ZGB wie Loseblätter aneinanderreihen und die Gesamtzahl der einzelnen Bücher angesichts der Bindekapazität begrenzen. Diese Sichtweise wird in erster Linie aus der Kodifikationsgeschichte hergeleitet. In der 2002 angestoßenen vierten Kodifikationsrunde bestand bei den Delegierten nämlich die Erkenntnis, dass die Kodifikation nichts anderes als eine Kompilation einschlägiger Einzelgesetze darstellt, wobei eine enge Verbundenheit der Teilbücher nicht erwünscht ist, damit die Hinzufügung oder Abtrennung eines Buches wie das Einlegen und Abnehmen eines Loseblattes ohne großen Aufwand möglich bleibt.⁴ Bei diesem Modell ist die Rechtsgeschäftslehre nicht imstande, die Funktion als den gemeinsamen Nenner des Besonderen Teils des ZGB auszuführen, da diese Rechtsfigur

2 SUN Xianzhong (孙宪忠), *The Dominance-subordination Relationship between General Provisions and Specific Provisions of the Chinese Civil Code (中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系)*, *Chinese Journal of Law (法学研究)* 2020, Nr. 3, 21.

3 Vgl. der Beitrag von ZHU Qingyu, in diesem Band, 39 ff..

4 ZHU Qingyu, in diesem Band, 59 ff.

im Persönlichkeits- und Deliktsrecht nahezu bedeutungslos ist.⁵ Stattdessen hätte das Konzept des Rechtsgeschäfts in das Vertragsrechtsbuch verlagert werden können. Der einzige Bestandteil des AT ZGB, welcher nicht anderweitig untergebracht werden kann, ist die Aufzählung subjektiver Rechte, welche daher den einzigen Grund der Existenzberechtigung des AT ZGB darstellen.⁶

Wie ist diese Ansicht im gesamten Meinungsspektrum der chinesischen Literatur einzuordnen? Zunächst ist zu konstatieren, dass sich der chinesische Gesetzgeber bei der Schaffung des ZGB ausdrücklich zur Ausklammerungstechnik bekannte und die Wissenschaftlichkeit des ZGB damit begründete.⁷ Rechtswissenschaftler, die unmittelbar am Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren, gingen davon aus, dass die Aufteilung in einen Allgemeinen Teil und Besonderen Teil Ende der Qing-Dynastie in China eingeführt wurde und das ZGB diese Tradition pflegt, welche sich international als ein wissenschaftlicher Ansatz bewiesen hat.⁸ Es wird aber auch erkannt, dass die Ausklammerungstechnik die Gesamtzahl der Bücher des Zivilgesetzbuches begrenzt. Je mehr Bücher kodifiziert werden, desto weniger verallgemeinerungsfähige Vorschriften existieren, die für den Einzug in den Allgemeinen Teil tauglich sind.⁹ Aus dieser Perspektive wurde der AT ZGB an die chinesischen Umstände angepasst und ist wegen seiner offenen Natur streng genommen kein Allgemeiner Teil, sondern eine Fort-

5 ZHU Qingyu, in diesem Band, 65; Gl.A. LI Yongjun (李永军), On the Legislative Technique of General Principles of Civil Code and the Content Which Determines (民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考), *Journal of Comparative Law (比较法研究)* 2015, Nr. 3, 2. Nach LI Yongjun, *ibid.*, 5 und MAO Shaowei (茅少伟), In the Search of the New Civil Code: Think Twice Before Leap – Re-thinking of the Value, Pattern and System of the Civil Code (寻找新民法典: “三思而后行-民法典的价值、格局与体系再思考), *Peking University Law Journal (中外法学)* 2013, Nr. 6, 1149, ist die Rechtsgeschäftslehre für das Sachenrechtsbuch auch irrelevant, da das chinesische Recht das dingliche Rechtsgeschäft ablehnt.

6 ZHU Qingyu, in diesem Band, 65.

7 LI Jianguo (李建国), The Explanation of the Draft of GRCL to the NPC (关于《中华人民共和国民法典总则(草案)》的说明) vom 8. März 2017; WANG Chen (王晨), The Explanation of the Draft of Civil Code to the NPC (关于《中华人民共和国民法典(草案)》的说明) vom 22. Mai 2020.

8 SUN Xianzhong, 24f.; WANG Liming (王利明), The Theory of General specific Structure and Codification of the Chinese Civil Code (总分结构理论与我国民法典的编纂), *SJTU Law Review (交大法学)* 2019, Nr. 3, 46.

9 LI Yongjun (Fn. 5), 13.

setzung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ).¹⁰ Insofern hat ZHU Qingyu diese Erkenntnis bestärkt und mit „Spiralbinder“ der Funktion des chinesischen AT ZGB eine einprägsame Bezeichnung gegeben.

(2) Systematisierungsgrad

SU Yeong-chin zeigt in seinem Beitrag auf, dass der große Aufwand für die Ausarbeitung des ZGB in der heutigen Zeit nur noch durch seine Systematisierungsfunktion gerechtfertigt werden kann. Die Systematisierung erleichtert die Rechtsfindung, Rechtsspeicherung, Arbeitsteilung bei der Gesetzgebung zwischen Einzelgesetzen und dem Zivilgesetzbuch und die Rechtsausbildung. Das ZGB ist gerade in dieser Hinsicht wenig gelungen. Die Teilbücher stehen nach wie vor wie eigenständige Einzelgesetze nebeneinander da, die mühelos wieder in ihre ursprüngliche Form zurückverwandelt werden können. Er nennt drei Gründe für den niedrigen Systematisierungsgrad: Erstens war die für die Kodifikation vorgesehene Zeit einfach zu kurz; zweitens wurden bei der Zusammensetzung der Kommission zu viele Politiker und zu wenige fachkundige Juristen aufgenommen; drittens scheint sich der chinesische Gesetzgeber nicht von den Gemeinsamkeiten und Unterschieden in der Entwicklung des Zivilrechts im kontinentaleuropäischen Rechtssystem, insbesondere hinsichtlich des AT Schuldrechts und Persönlichkeitsrechts, inspirieren zu lassen.¹¹

Von einem anderen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Rechtswissenschaftler wird aber die Meinung geäußert, dass das ZGB nicht zu sehr abstrahiert werden solle, sonst könne das ZGB seiner Funktion als Mittel der *Social Governance* und Transformation nicht gerecht werden.¹² Mit der Sozialfunktion des Rechts wird gemeint, dass das ZGB zahlreiche gesellschaftliche Fragen lösen soll und aus diesem Grund beispielsweise das Deliktsrecht zahlreiche besondere deliktische Tatbestände vorsehen

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

11 SU Yeong-chin, in diesem Band, 108 ff.

12 ZHU Hu, A Fundamental Reflection and Technical Reconstruction of the General Section of Law of Obligation (债法总则体系的基础反思与技术重整), *Tsinghua University Law Journal (清华法学)* 2019, Nr. 3, 137.

muss.¹³ Da die Bürgernähe und politische Symbolfunktion bei der Schaffung des ZGB vom Gesetzgeber angestrebt wurden, verwundert es nicht, dass diese Ansicht wohl den gesetzgebungstechnischen Leitgedanken der Kodifikation benennt. Nicht die Systematisierung, sondern der Pragmatismus ist die Erklärung, weshalb sich der Gesetzgeber bei Streitfragen für die Wahl der gegenwärtigen Fassung des ZGB entschieden hat. Dadurch verliert der AT ZGB aus Sicht von *SU Yeong-chin* seine Wurzel, welche die Verbindung zu den Teilbüchern durch eine konsequente Anwendung der Ausklammerungstechnik hätte aufrechterhalten können.

SU Yeong-chin stellt zwei Ansätze zur Systematisierung des gesamten Zivilrechts fest: das vertikale Modell wie das deutsche BGB und das horizontale Modell wie das chinesische ZGB und das *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Das vertikale Modell weist einen hohen Abstraktionsgrad auf und vermeidet Wiederholungen der Normen, während das horizontale Modell den Vorteil hat, dass sämtliche einschlägigen Normen problembezogen an einem Ort untergebracht werden.¹⁴ Dies hat jedoch auch den Nachteil, dass es leichter zu Normenkollisionen kommt.¹⁵ Das Defizit des deutschen Modells wird von *SU Yeong-chin* im Festhalten an den Numerus Clausus-Grundsatz im Sachenrecht erblickt.¹⁶ Dies behindert die Transaktionen mit dinglichen Rechten und entspricht nicht mehr den Bedürfnissen der modernen Gesellschaft.

Aus diesem Grund wird ein neues Gegenmodell der Zivilrechtskodifikation von *SU Yeong-chin* aufgestellt. Darin wird ein einheitliches Vermögensrecht aus einschlägigen Normen des Schuld- und Sachenrechts nach dem Muster des niederländischen Zivilgesetzbuches gebildet und im Anschluss daran folgen ein Buch des gesetzlichen Rechtsverhältnisses und ein Buch des rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisses. Durch diese zwei Bücher soll das herkömmliche Buch des Schuld- und Sachenrechts ersetzt werden. Diese Zweiteilung folgt dem Kriterium, ob die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlich oder von Gesetzes wegen eintreten.

Die Idee hinter dem Gegenmodell beruht auf der Erkenntnis, dass eine strikte Trennung zwischen dem Sachen- und Schuldrecht nicht mehr zeitgemäß sei.¹⁷ Vielmehr sind Forderungen auch Vermögensmasse und

13 ZHU Hu (Fn. 12), 137.

14 *SU Yeong-chin*, in diesem Band, 87.

15 *SU Yeong-chin*, in diesem Band, 101.

16 *SU Yeong-chin*, in diesem Band, 104.

17 *SU Yeong-chin* (苏永钦), Designing a Civil Code of Greater Normative Capacity (大民法典的理念与蓝图), *Peking University Law Journal* (中外法学) 2021, Nr. 1, 74.

weisen Schnittmengen mit dem Sachenrecht auf, während neue dingliche Rechte ebenfalls durch Parteivereinbarungen gestaltet werden können. Der Maßstab der Systematisierung soll die Privatautonomie sein, weshalb die Normen des Schuld- und Sachenrechts danach in rechtsgeschäftliche (personale) und gesetzliche (dingliche) Rechtsverhältnisse aufgeteilt und deren gemeinsame Normen in das neu zu schaffende Buch des „Vermögensrechts“ eingeordnet werden. Das Vermögensrechtsbuch regelt die Typen der Vermögensrechte, Rechtsausübung, Gläubiger- und Schuldnermehrheit sowie Übertragung und Erlöschen des Vermögensrechts. Fraglich ist, ob die Privatautonomie tatsächlich als ein zentrales Systemisierungsmittel taugt, da auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen private Gestaltungsmöglichkeiten bestehen.

Dieser neue Entwurf hat jedenfalls neue Impulse für eine Diskussion über die Strukturfrage des gesamten Zivilrechts in der chinesischen Rechtswissenschaft geliefert.

(3) *AT Schuldrecht*

Eine der Kernfragen des Aufbaus des ZGB betrifft den Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Die Ausgangsfrage lautete, ob eine internationale Tendenz zur Kodifikation des AT Schuldrechts besteht. Die Schuldrechtsreform in Frankreich wird dabei als Beleg für diese Entwicklungsrichtung angeführt, während zugleich aber auch die Gegenthese vertreten wird, dass das System des Schuldrechts auseinanderfällt.¹⁸ Selbst wenn man der Entwicklungstendenz zum AT Schuldrecht zustimmte, war weiterhin zu fragen, ob sich China daran anschließen sollte. Die Entscheidung des chinesischen Gesetzgebers solle nach einer Ansicht lediglich als die Antwort auf eine technische Frage gewertet werden, es gehe schließlich dabei nicht um die konzeptionelle Basis und methodische Sichtweise der Kodifikation.¹⁹ Dadurch wurde die Bedeutung des AT Schuldrechts abgewertet, um das Hauptargument der Befürworter des AT Schuldrechts zu entkräften. Unbestritten ist, dass sich die überwiegende Mehrheit der Lehrmeinungen für einen selbständigen formalen AT Schuldrecht aussprach,²⁰ während die ablehnende Stimme zwar eine Minderheit, dennoch überaus mächtig

18 ZHU Hu (Fn. 12), 128.

19 ZHU Hu (Fn. 12), 131 f.

20 YU Fei (于飞), Establishment and Hermeneutics Development of General Part of “Law of Liability” in the Civil Code of China (我国民法典实质债法总则的确定与解释论展开), *Law Science (法学)* 2020, Nr. 7, 37.

ist, da deren Hauptvertreter das Amt des für zivile Gesetze zuständigen Vizevorsitzenden der *Legal Affairs Commission* des Nationalen Volkskongresses innehatte.²¹

Gründe für die Ablehnung des AT Schuldrechts sind in der Tradition und Funktion des chinesischen ZGB zu suchen.²² Erstens kennt die VR China kein einheitliches Schuldrecht und somit ebenso wenig einen AT des Schuldrechts. Das Vertragsrecht und das Deliktsrecht waren bereits vor der Entstehung des ZGB abgetrennt. Anfang der 80er-Jahre, als China anfang seine Rechtsordnung wiederaufzubauen, wollten führende chinesische Rechtswissenschaftler sogar den Schuldbegriff abschaffen, da er für zu bürgerfern gehalten wurde.²³ Dieser Versuch ist daran gescheitert, dass mehrere andere mit dem Schuldbegriff im Zusammenhang stehende Terminologien wie Schuldner, Gesamtschuld, Teilschuld auch hätten ersetzt werden müssen und kein passender Ersatz dafür verfügbar war. Wenn man bedenkt, dass das Schuldrecht in den 1970er-Jahren als ein kapitalistisches Rechtskonzept aus Zivilgesetzbüchern verbannt wurde,²⁴ ist die Abneigung chinesischer Rechtswissenschaftler älterer Generation zum Schuldrecht als ein eigenes Rechtsgebiet nachvollziehbar. Zweitens wurde vom AT Schuldrecht erwartet, dass er nicht zu abstrakt, sondern anschaulich sein soll, um die Verwirklichung der *Governance*-Funktion des ZGB nicht zu hindern.²⁵ Der ausschlaggebende Grund lag wohl darin, dass dem AT Schuldrecht praktischer Nutzen abgesprochen wurde und dessen Einrichtung als eine bloße theoretische Frage abgetan wurde.²⁶

21 YANG Lixin, On the Existence or Abolition of General Rules of Obligation Law of Civil Code (论民法典中债法总则之存废), *Tsinghua University Law Journal* (清华法学) 2014, Nr. 6, 83 f.

22 ZHU Hu (Fn. 12),

23 ZHANG Gu (张谷), The Tort Law, a Law to provide Relief, a Law to protect Liberty—Several Proposals for the People’s Republic of Tort Liability Act (Draft) (作为救济法的侵权法,也是自由保障法——对《中华人民共和国侵权责任法(草案)》的几点意见), *Journal of Jinan University (Philosophy & Social Science Edition)* (暨南大学学报(哲学社会科学版)) 2009, Nr. 2, 13.

24 FU Guangyu (傅广宇), The Chinese Civil Code and Unjustified Enrichment: Retrospect and Prospect (“中国民法典”与不当得利: 回顾与前瞻), *Eastern China University for Political Science and Law Journal* (华东政法大学学报) 2019, Nr. 1, 119.

25 ZHU Hu (Fn. 12), 138.

26 YU Fei (于飞), The Problem and Resolution of Legislative Proposals on Substituting the General Provisions of Obligation Law with the General Provisions of Contract Law: A Perspective of the Methodology of “Reference Application” (合同法总则替代债法总则立法思路的问题及弥补), *Journal of Soochow University (Law Edition)*(苏州大学学报法学版) 2018, Nr. 2, 32.

Schlussendlich hat sich die Einsicht jedoch durchgesetzt, dass ein materieller AT Schuldrecht für die Rechtssicherheit unverzichtbar ist, so dass dieser Konsens bereits mit dem ersten offiziellen Entwurf des ZGB umgesetzt werden konnte.²⁷ Dabei wurde die Lösung, den AT Schuldrecht in den AT Vertragsrecht zu integrieren, im Gegensatz zum deutschen Ansatz, bei welchem der AT Vertragsrecht in den AT BGB und AT Schuldrecht integriert wird, als die realistischere Option für das chinesische ZGB herangezogen.²⁸ Eine Vielzahl von Normen aus dem alten Vertragsgesetz wurde folglich dahingehend umformuliert, dass sie auch außervertragliche Schuldverhältnisse erfassen. Zusätzlich wurden neue gemeinsame Regeln für vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse, z. B. für die Geldschuld, die Wahlschuld sowie die Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, geschaffen. Mit diesem Ansatz konnte die Struktur des alten Vertragsgesetzes weitgehend erhalten bleiben, was den Aufwand des Erlernens des neuen Rechts verringern soll.²⁹

Der Nachteil dieses materiellen AT Schuldrechts ohne formale Selbständigkeit kommt aber schnell zum Vorschein. Gemäß § 468 ZGB sind Normen im AT Vertragsrecht auch auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbar, es sei denn, dass diese aufgrund ihrer Natur nicht angewandt werden können. Diese ebenfalls auf sonstige Schuldverhältnisse anwendbaren Normen bilden den funktionalen AT Schuldrecht. Da sie aber nicht zentral an einem Ort stehen, sondern im AT Vertragsrecht verstreut sind

27 YU Fei (Fn. 20), 41-43. Wie er auf 38 f. zu Recht hingewiesen hat, hält die Ansicht nicht stand, dass die allgemeinen Regelungen des Schuldrechts ohnehin nicht immer auf sämtliche Schuldverhältnisse anwendbar seien, weshalb ein formaler AT Schuldrecht nicht unbedingt eine Erleichterung bei der Rechtsfindung und -anwendung zur Folge habe. Denn gerade deswegen bräuchte man umso mehr einen formalen AT Schuldrecht, um darin ausdrücklich zu regeln, welche Normen unter welchen Bedingungen nicht auf vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse anwendbar sind. Wenn man keinen formalen AT Schuldrecht hat, geht diese Möglichkeit verloren, vielmehr muss man im Einzelfall prüfen, ob eine Norm im AT Vertragsrecht auch auf nichtvertragliche Schuldverhältnisse anwendbar ist. Diese Prüfung wird den Richtern überlassen, die mit Sicherheit unterschiedlich vorgehen werden.

28 ZHU Hu (Fn. 12), 143; ZHAI Yuanjian (翟远见), On the Identification and Application of the General Provisions of Law of Obligation Inherent in the Civil Code of PRC (论《民法典》中债总规范的识别与适用), *Journal of Comparative Law (比较法研究)* 2020, Nr. 4, 109 f.

29 LIU Chengwei (刘承魁), On the Legislative Orientation and System Openness of the Contract Law Part of the Chinese Civil Code (民法典合同编的立法取向与体系开放性), *Global Law Review (环球法律评论)* 2020, Nr. 2, 70 f.

und nach *SU Yeong-chin* keine logische Abfolge befolgen,³⁰ muss zuvörderst festgestellt werden, aus welchen Normen sich der materielle AT Schuldrecht zusammensetzt. Die Ergebnisse der Autoren sind aber nicht einheitlich.³¹ Dadurch wird offensichtlich, dass die Rechtsfindung und einheitliche Rechtsanwendung im Schuldrecht durch die jetzige Konstruktion des AT Schuldrechts erschwert werden.

Tendenziell sind Normen, die sich im Wortlaut bereits auf Schuld und Forderung beziehen, Bestandteile des AT Schuldrechts, während die rein vertragsbezogenen Normen i.d.R. dem AT Schuldrecht nicht angehören.³² Diese Regel kennt aber mehrere Ausnahmen.³³ Einig ist man sich insoweit, dass §§ 465, 468, 509, 514-524, 529-532, 535-556, 557 I, 558-561, 568-576, 579, 580 I, 581, 589 ZGB zum funktionalen AT Schuldrecht gehören. Meinungsverschiedenheit besteht hinsichtlich §§ 511 (ergänzende Auslegung), 577 (vertragliche Haftung), 582 (Maßnahmen zur Abhilfe), 583 (Schadensersatzanspruch), 584 (Umfang des Schadensersatzes), 590 (höhere Gewalt), 591 (Schadenminderungsobliegenheit) und 592 (Mitverschulden).³⁴ Interessanterweise wird die Ansicht vertreten, dass im AT ZGB und dem Deliktsrecht wohl auch Normen zu finden sind, welche auf nichtdeliktische Schuldverhältnisse angewandt werden können.³⁵

30 *SU Yeong-chin*, in diesem Band, 90.

31 Dies belegt bereits der Vergleich zwischen der Ansicht von *YU Fei* (Fn. 20), 45 ff. und der von *ZHAI Yuanjian* (Fn. 28), 113 ff.

32 *YU Fei* (Fn. 20), 42.

33 *YU Fei* (Fn. 20), 42 f., nennt § 530 ZGB (vorzeitige Erfüllung), welcher sich auf Schuld bezieht, allerdings nur auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbar ist, und § 465 ZGB (Schutz von Verträgen), § 509 (Pflichterfüllung), § 532 (Änderung von Namen einer Partei), § 543 (Änderung von Verträgen), § 544 (Änderung von Vertragsinhalt), die seiner Meinung nach auch auf sonstige Schuldverhältnisse anwendbar sind.

34 *WANG Liming* (王利明), *On the Function of The Contract Part of Civil Code in the General Provisions of Obligation Law* (论民法典合同编发挥债法总则的功能), *Legal Forum* (法学论坛) 2020, Nr. 4, 11, hält §§ 511, 591 f. ZGB und *ZHAI Yuanjian* (Fn. 28), 118, hält §§ 117 f., 511, 517, 577, 582-584, 590 ZGB, für Bestandteile des AT Schuldrechts. *YU Fei* (Fn. 20), 44 f. halten alle diese Normen nicht für Bestandteile des AT Schuldrechts, da hierzu besondere Normen im Deliktsrecht kodifiziert sind.

35 *YU Fei* (Fn. 20), 45. *ZHAI Yuanjian* (Fn. 28), hält §§ 177 f. (Anteils- und Solidarhaftung) für Normen des AT Schuldrechts.

(4) *Persönlichkeitsrechtsbuch*

Die Verselbständigung des Persönlichkeitsrechts im ZGB wird seit der vierten Kodifikationsrunde 1999-2000 kontrovers diskutiert und stellt den größten Streit der Kodifikation dar. Die Hauptbefürworter sind mehrere Professoren der Renmin Universität, welche auch unmittelbar am Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren, während die wichtigsten Gegner aus dem Kreis der Akademie für Sozialwissenschaften mit LIANG Huixing als Meinungsführer stammen. Nachdem das Persönlichkeitsrecht als ein eigenes Buch Einzug in das ZGB gefunden hat, verliert die Diskussion, ob es eine weise Entscheidung war, weitgehend an Bedeutung. Die Argumente wurden im Zug des langjährigen Schlagabtausches beider Lager ohnehin nahezu ausgeschöpft.³⁶ Vielmehr soll nunmehr die Debatte im Vordergrund stehen, wie die einschlägigen Normen anzuwenden sind und die bestehenden Defizite dieses Buches behoben werden können.³⁷

Das Persönlichkeitsrechtsbuch hat insgesamt 51 Paragraphen und ist in sechs Kapitel aufgeteilt. Am Anfang stehen Allgemeine Bestimmungen, welche u. a. die Lizenzierung, den Schutz und die Schranken von Persönlichkeitsrechten normieren. Anschließend folgen die explizit kodifizierten Persönlichkeitsrechte, nämlich Leben, Körper und Gesundheit, Name und Bezeichnung, Recht am eigenen Bild, Ruf und Ehre, Privatsphäre und persönliche Informationen.

Gegenwärtig steht die durch § 997 ZGB eingeführte *personal rights injunction* (人格权禁令) im Fokus der Diskussion über die Sachfragen des Persönlichkeitsrechts. Da *injunction* ein Rechtskonzept des Common Law ist, stellt sich die Frage, wie es in das kontinentaleuropäisch geprägte chi-

36 Vgl. die Diskussion im Jahr 2018, nachdem die *Legal Affairs Commission* des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses den ersten Entwurf des Persönlichkeitsrechtsbuches fertigstellte und zunächst im kleinen Kreis und dann der Öffentlichkeit zur Stellungnahme veröffentlichte. LIANG Huixing (梁慧星), Major Controversies in the Compilation of Civil Code— Comment on Two Volumes on the Personality Rights Drafted by Legislative Affairs Commission of NPC Standing Committee (民法典编纂中的重大争论——兼评全国人大常委会法工委两个民法典人格权编草案), *Journal of Gansu Political Science and Law Institute* (甘肃政法学院学报) 2018, Nr. 3, 1 ff.

37 LIU Kaixiang (刘凯湘), An Analysis of Several Important Theoretical Issues and Rules of Personal Right Part in Chinese Civil Code (民法典人格权编几个重要理论问题评析), *Peking University Law Journal* (中外法学) 2020, Nr. 4, 883 ff.; Simon Werthwein, Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch, in: Bu (Hrsg.), *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation* 2019, 75-78.

nesische Zivilprozessgesetz (ZPG³⁸) eingefügt werden kann. Ein passendes Umsetzungsinstrument steht im ZPG noch nicht zur Verfügung, da diese *injunction* laut mehreren Autoren nicht der einstweiligen Verfügung i. S. v. § 101 Abs. 1 S. 1 ZPG zugeordnet wird.³⁹ Darüber, ob die *personal rights injunction* der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört und der Antragsgegner das Recht auf Anhörung und Verteidigung hat, gehen die Meinungen weit auseinander.

Einer Ansicht nach kann das Gericht die Verfügung allein aufgrund des Antrags des Rechtsinhabers erlassen, an welchen hohe Ansprüche gestellt werden, denn gerade in der Schnelligkeit und der Entbehrlichkeit der Stellung von Sicherheit liegt der Vorzug der *personal rights injunction*.⁴⁰ Der Antragsteller muss darlegen und nachweisen, dass gegenwärtig eine Rechtsverletzung stattfindet oder unmittelbar bevorsteht und ein irreparabler Schaden der legalen Rechte und Interessen zu befürchten ist. Als Ausgleich zur Beschneidung der Verfahrensrechte des Antragsgegners, soll sich die *personal rights injunction* auf kodifizierte absolute Persönlichkeitsrechte beschränken und zeitlich auf sechs Monate begrenzt sein.⁴¹ Allerdings soll der Verfügungserlass weder die Klageerhebung noch die Erfolgsaussicht in der Hauptsache voraussetzen, zudem soll der Antragsteller selbst bei einer fehlerhaften Verfügung nicht schadensersatzpflichtig sein.⁴²

Diese dem Antragsteller überaus freundliche Interpretation der *personal rights injunction* ist darauf basiert, dass Leben, Körper und Gesundheit die ranghöchsten Rechte unter subjektiven Privatrechten darstellen. Es ist jedoch fraglich, ob eine derartige Einschränkung des materiellen und prozessualen Rechts des mutmaßlichen Rechtsverletzers gerechtfertigt werden kann. Ebenfalls nicht berücksichtigt wird die Besonderheit des Per-

38 Deutsche Übersetzung von Heinrichowski/Pißler, ZChinR 2012, 307 ff.

39 CHENG Xiao (程啸), On the Injunction in Personality Rights Protection in Civil Code of China (论我国民法典中的人格权禁令制度), *Journal of Comparative Law (比较法研究)* 2021, Nr. 3, 139 f.; ZHANG Weiping (张卫平), Implementation of the Civil Code and its Coordination with Civil Procedure Law (民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接), *Peking University Law Journal (中外法学)* 2020, Nr. 4, 942; WU Yingzhi (吴英姿), Study on the Procedure of Personality Rights Injunction (人格权禁令程序研究), *Science of Law (法律科学)* 2021, Nr. 2; GUO Xiaodong (郭小冬), The Principle of the Injunction of Personality Right and the Solutions in Civil Procedure Law (人格权禁令的基本原理与程序法落实), *Science of Law (法律科学)* 2021, Nr. 2.

40 CHENG Xiao (Fn. 39), 142.

41 CHENG Xiao (Fn. 39), 144 f., 149.

42 CHENG Xiao (Fn. 39), 148-150.

sönlichkeitsrechtsschutzes, dass eine Rechtsverletzung oft erst durch die Abwägung der Interessen beider Parteien festgestellt werden kann.⁴³ Die Prämisse, dass der Richter gestützt auf die Schriftsätze des Antragsstellers bereits sicher über die Rechtsverletzung entscheiden kann, dürfte in vielen Fällen nicht zutreffen. Vor diesem Hintergrund erscheint es fragwürdig, ob der Schutz von Persönlichkeitsrechten derart schwer wiegt, dass neben der normalen einstweiligen Verfügung vor der Klageerhebung, welche innerhalb von 48 Stunden zu entscheiden ist, ein zusätzliches vereinfachtes Eilverfahren eingeführt werden müsste.

Jedenfalls ist dieses Verfahren noch mit konkreten Regeln auszustatten, sollte es tatsächlich als ein von der Sicherheitsverfügung zu unterscheidendes Sonderverfahren gehandhabt werden. Andererseits würde § 997 ZGB lediglich klarstellende Funktion haben, wenn die *personal rights injunction* als Sicherheitsverfügung eingestuft wird. Aus der Gesetzgebungsgeschichte ist aber in der Tat anzunehmen, dass mit § 997 ZGB eigentlich die materiell-rechtliche Grundlage für die Anwendung der Sicherheitsverfügung i. S. v. § 101 Abs. 1 S. 1 ZPG, und nicht etwa ein komplett neues Verfahren geschaffen werden soll.⁴⁴ In dieser Hinsicht hat sich die wissenschaftliche Diskussion davon befreit und in der durch das Gesetz gegen häusliche Gewalt geregelten *personal safety injunction* die Parallele für *personal rights injunction* als ein besonderer Rechtsbehelf gefunden.⁴⁵

2. Bewertung des Inhalts des ZGB

Inhaltlich wurden zuvörderst im Vertragsrecht wesentliche Änderungen herbeigeführt. In sonstigen Büchern finden sich punktuelle Neuerungen hauptsächlich formaler Natur.⁴⁶ Eine Ausnahme davon ist die substanzielle Reform im Sachenrechtsbuch hinsichtlich des Kreditsicherungsrechts, insbesondere Sicherheiten an Mobilien und Rechten. Als Vorbild wurde Art. 9 des US-amerikanischen Uniform Commercial Code herangezogen, obwohl das ZGB mit einem sehr geringen Normenbestand von insgesamt

43 Vgl. die Ausführung von Pißler, Das Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China im Spiegel einer Kommentierung des Obersten Volksgerichts: Ein Überblick über die Neuregelungen des Besonderen Teils, ZChinR 2021, 101.

44 WANG Liming (王利明), On Preliminary Injunction for Infringing on Personality Rights (论侵害人格权的诉前禁令制度), Law and Economy (财经法学) 2019, Nr. 4, 5 f.

45 CHENG Xiao (Fn. 39), 141.

46 Im Ehe- und Familienrechtsbuch gemeinsame Vermögen von Ehepaaren.

etwa einem Dutzend Paragraphen dem minimalistischen Ansatz treu bleibt und zahlreiche Streitfragen der Rechtsprechung überlässt. Der Hintergrund der Reform des Kreditsicherungsrechts war die Bestrebung der chinesischen Regierung, in den von der Weltbank erstellten „*Doing Business Rankings*“ im Bereich des „Erhaltens von Darlehen“ besser abzuschneiden, damit China im Gesamtranking aufsteigen kann.⁴⁷ Das ZGB hat nahezu sämtliche als defizitär bewerteten Kategorien des Kreditsicherungsrechts mit Gesetzesänderungen erwidert und folgt dabei zwei Grundgedanken – der Einführung des sog. „*functional approach*“ und der Eliminierung der getarnten Kreditsicherheiten (隱形担保), welche mangels des Publizitätsaktes für Außenstehende unsichtbar sind und eine systematische Finanzkrise auslösen können.⁴⁸ Diese Reform findet Anschluss an eine internationale Entwicklung, der das DCFR, Japan und UNIDROIT bereits gefolgt sind. Drei weitere besonders umstrittene Fragen betreffen das Recht der Vertragsauflösung, welches nun durch § 580 II ZGB kodifiziert wird und gemeinsame Verbindlichkeiten und Vermögen beider Eheleute. An dieser Stelle wird daher auf diese drei Themen eingegangen.

(1) Kreditsicherungsrecht

Mit § 388 ZGB im Sachenrechtsbuch wird der funktionale Ansatz des Kreditsicherungsrechts eingeführt. Demnach sind Verträge, welche eine Sicherungsfunktion haben, Sicherheitsverträge. Allerdings vermag diese Definition einer Ansicht nach atypische Sicherungstypen wie den Eigentumsvorbehalt, das Finanzierungsleasing und das Factoring nicht zu erfassen, da diese Sicherungstypen weder an einen Sicherungsvertrag geknüpft sind noch eines eigenständigen Sicherungsvertrags bedürfen, vielmehr jeweils ein integraler Bestandteil des zu sichernden Kreditgeschäfts sind.⁴⁹ Bei der Errichtung von Sicherungsrechten an beweglichen Sachen und Rechten

47 WANG Chen (Fn. 7). Am 1.1.2020 ist die Regulation on Optimizing the Business Environment (优化营商环境条例) vom Staatsrat in Kraft getreten. LONG Jun (龙俊), Security Interests System over Movables and Rights in the Chinese Civil Code (民法典中的动产和权利担保体系), Chinese Journal of Law (法学研究) 2020, Nr. 6, 23; Die Veröffentlichung des „Doing-Business“-Index (DB) wurde am 13. September 2020 wegen der Unregelmäßigkeit der Datenerhebung ausgesetzt.

48 JI Hailong (纪海龙), Law of Secured Transactions in the Civil Code of China from a Systematic Perspective (民法典动产与权利担保制度的体系展开), The Jurist (法学家) 2021, Nr. 1, 41; LONG Jun (Fn. 47), 23 ff.

49 JI Hailong (Fn. 48), 42 f.

bringt die Eintragung grundsätzlich die Drittwirkung herbei (§ 403 (Möbliarhypotheken)), im weiteren Sinne auch §§ 641 II (Eigentumsvorbehalt), 745 (Finanzierungsleasing) und 768 ((Factoring) ZGB). Bedingt durch die Drittwirkung ist das Register lediglich mit der negativen Publizität ausgestattet. Zudem gibt der Registereintrag keine genaue Auskunft über den Ort und die Eigenschaft der Sicherungssache. Dennoch soll der Gang zum Registeramt durch die Einrichtung eines einheitlichen Registrierungssystems bei der chinesischen Zentralbank,⁵⁰ Vereinfachung der einzureichenden Unterlagen und niedrige Gebühren gefördert werden.⁵¹

Ebenfalls bedingt durch die Drittwirkung entscheidet nicht allein der Zeitpunkt der Eintragung über die Rangfolge der mit dem Kreditsicherungsrecht kollidierenden anderen Rechte (§ 414 ZGB), sondern auch die Gutgläubigkeit des Dritten.⁵² Darüber hinaus sind mehrere besondere Regeln kodifiziert, so dass die Rangordnung der Sicherungsrechte an demselben Gegenstand erst in der Gesamtschau der einschlägigen Normen bestimmt werden kann und somit ein komplizierter Vorgang ist. Durch die minimalistische Vorgehensweise hat das geltende Regelwerk darauf verzichtet, Klarheit bezüglich atypischen Sicherungsrechten zu schaffen.⁵³ Die Relevanz von § 414 I (1) ZGB für die Floating Charge ist umstritten.⁵⁴ Es

50 Am 28.12.2021 wurde die entsprechende Verordnung von der chinesischen Zentralbank verabschiedet, welche am 1.2.2022 in Kraft tritt.

51 Ji Hailong (Fn. 48), 53 f.; LONG Jun (Fn. 47), 28 f.

52 LONG Jun (Fn. 47), 31, vertritt die Ansicht, dass die Drittwirkung i. S. v. § 403 ZGB nur bezüglich der Kollision zwischen dem Sicherungsrecht und sonstigen Drittrechten zur Anwendung kommt, während die Kollision zwischen mehreren Sicherungsrechten allein nach § 414 ZGB bestimmt wird, d.h. die Gutgläubigkeit ist irrelevant. Ji Hailong (Fn. 48), 47, weist darauf hin, dass die Frage teilweise noch ungelöst ist, ob es überhaupt zur Kollision zwischen mehreren Sicherungsrechten kommen kann. Z. B. kann der Vorbehaltskäufer je nach Auslegungsart an der Kaufsache keine wirksame Hypothek bestellen, da ihm die Verfügungsbefugnis fehlt (vgl. § 642 I ZGB), so dass eine Kollision zwischen dem Eigentumsvorbehalt und der Hypothek ausgeschlossen ist.

53 GAO Shengping (高圣平), An Interpretation of the Priority Order Rules for Movable Property Security Rights in the Civil Code (民法典动产担保权优先顺位规则的释论), *Tsinghua University Law Journal* (清华法学) 2020, Nr. 3, 100, bejaht die Anwendbarkeit von § 414 ZGB auf Kollisionssituationen bei einem Eigentumsvorbehalt und einem Finanzierungsleasing. Bei mehrfachen Forderungsabtretungen (Factoring) besteht eine eigenständige Norm – § 768 ZGB, wonach sich der Rang nach der Eintragung richtet. Fehlt die Eintragung, bestimmt sich der Rang nach dem Eingang der Abtretungsmittelteilung.

54 GAO Shengping (Fn. 53), 104, bejaht es und kommt zu dem Ergebnis, dass der Hypothekengeber nach wie vor berechtigt ist, die mit der Floating Charge belastete Sache mit einer weiteren Hypothek zu belasten. Der Vorrang der beiden Hy-

fehlen auch Regeln über die Erstreckung des Sicherungsrechts auf den Anspruch auf Schadensersatz, Entschädigung und Kaufpreis im Falle der Veräußerung, Verarbeitung, Verbindung und Vermischung und des Untergangs der Sicherungssache.⁵⁵ Die obig erwähnten besonderen Regeln zur Bestimmung der Rangfolge typischer Sicherungsrechte können wie folgt kurz skizziert werden:

(1) Besteht an einer Sache sowohl ein Pfandrecht als auch eine Hypothek, bestimmt der Zeitpunkt der Vornahme des Publizitätsaktes die Rangfolge der Sicherungsrechte (§ 415 ZGB). Diese Regel bedeutet, dass der Pfandgläubiger ein mit einer Hypothek belastetes Pfandrecht erhält, wenn die Hypothek zwar früher bestellt wurde, bei der Errichtung des Pfandrechts jedoch noch nicht eingetragen ist. Im Ergebnis macht es wohl für den Pfandgläubiger keinen Unterschied, ob in diesem Fall die Hypothek wirksam zustande kommt, da er ja ohnehin vorrangig aus dem Erlös befriedigt wird. Allerdings ist § 415 ZGB dennoch sinnvoll, da die Drittwirkung der Eintragung gemäß § 403 ZGB dadurch verdrängt wird, d.h., das Pfandrecht wird wirksam errichtet, selbst wenn der Pfandgläubiger die zuvor bestellte, allerdings noch nicht eingetragene Hypothek kennt und somit ein bösgläubiger Dritte ist.⁵⁶ Im umgekehrten Fall, in welchem an derselben beweglichen Sache zunächst ein Pfandrecht und dann eine Hypothek bestellt wird, findet § 415 ZGB zur Prioritätsbestimmung unmittelbarer Anwendung.⁵⁷

§ 415 ZGB soll einer Ansicht nach auch auf die Kollision zwischen Pfandrechten und sonstigen eintragungsfähigen Sicherungsrechten analog anwendbar sein, wobei die Übergabe nur die physische Übergabe erfasst und somit tatsächlich nach außen sichtbar ist.⁵⁸ Diese Auffassung kann an-

potheken bestimmt sich nach dem Zeitpunkt deren jeweiliger Eintragung. Gl.A. XIE Hongfei (谢鸿飞), *The Rule Change and Legal Application of Movable Property Security Right (动产担保物权的规则变革与法律适用)*, *Journal of National Prosecutors College (国家检察官学院学报)* 2020, Nr. 4, 13.

55 ZHUANG Jiayuan (庄加园), *Implied Extension of Personal Security Interest (动产担保物权的模式延伸)*, *Chinese Journal of Law (法学研究)* 2021, Nr. 2, 35 ff., hat die stillschweigende Erstreckung der Sicherungsrechte an beweglichen Sachen untersucht.

56 GAO Shengping (Fn. 53), 106; JI Hailong (Fn. 48), 48. Der genaue Anwendungsumfang von § 403 ZGB ist ohnehin umstritten, vgl. GAO Shengping (高圣平), *Interpretation of the Confrontation Rules of Registration of Security Rights in Movable Property in the Civil Code (民法典动产担保权登记对抗规则的解释论)*, *Peking University Law Journal (中外法学)* 2020, Nr. 4, 959.

57 GAO Shengping (Fn. 53), 108 f.

58 LONG Jun (Fn. 47), 32.

gezweifelt werden, wenn man bereits bei § 414 ZGB die Anwendbarkeit auf atypische Sicherungsrechte ablehnt.

(2) § 416 ZGB hat die dem *Purchase Money Security Interest* (PMSI) im UCC nachgebaute Regel erweitert, wonach eine Hypothek, welche die Kaufpreisforderung der Hypothekensache sichert, Vorrang vor allen sonstigen Sicherungsgläubigern hat, wenn diese innerhalb von zehn Tagen ab der Übergabe der Hypothekensache eingetragen wird.⁵⁹ Diese Regel spielt eine Rolle, wenn ein Floating Charge am Gesamtvermögen des Schuldners besteht. Denn § 403 ZGB wird so ausgelegt, dass die Hypothek an allen durch die Floating Charge erfassten Sicherungsgegenständen an dem Tag eingetragen ist, an welchem das Floating Charge eingetragen wird, selbst wenn die Gegenstände erst zu einem späteren Zeitpunkt zu dem Gesamtvermögen des Sicherungsgebers hinzugekommen sind.⁶⁰ Durch diese Regelung wird der Sicherungsnehmer vorrangig vor allen sonstigen Gläubigern befriedigt. Damit der Schuldner den Kauf neuer Waren überhaupt noch finanzieren kann, ist eine Besserstellung des Verkäufers oder Kreditgeber des Verkäufers⁶¹ erforderlich. Diese Ausnahme wird als ein notwendiger Ausgleich zum amerikanischen Floating Charge angesehen.⁶²

(3) Im Verhältnis zwischen dem Sicherungsgläubiger und einem Dritten, der an der Sicherungssache ein schuldrechtliches oder dingliches Recht hat, ist die Rechtslage noch mit mehreren Fragen konfrontiert. Grundsätzlich kann der Hypothekengeber nunmehr die Hypothekensache veräußern (§ 406 ZGB), allerdings steht dem Hypothekengläubiger das Recht auf vorzeitige Befriedigung oder Hinterlegung zu, wenn durch die Veräußerung eine Beeinträchtigung der Hypothek droht. Es ist noch unklar, in welchen Fällen eine solche Beeinträchtigung eintritt.⁶³ Ebenso offen ist die Frage des Vorranges zwischen einer nicht eingetragenen Hypothek und dem Mietrecht.⁶⁴

Dem Käufer in ordentlichen Geschäftstätigkeiten wird das Recht eingeräumt, lastenfrei bewegliche Sachen zu erwerben, selbst wenn daran eine eingetragene Hypothek besteht (§ 404 ZGB). Fraglich ist jedoch, ob § 404

59 Nach XIE Hongfei (Fn. 54), 12, reicht die Einreichung der Eintragungsunterlagen beim Registeramt. Die Eintragung selbst muss nicht innerhalb von zehn Tagen erfolgen.

60 JI Hailong (Fn. 48), 45 f.; LONG Jun (Fn. 47), 36 f.

61 Dies wird angesichts der vagen Formulierung von § 416 ZGB bejaht, vgl. LONG Jun (Fn. 47), 38; JI Hailong (Fn. 48), 49.

62 GAO Shengping (Fn. 53), 112; LONG Jun (Fn. 47), 37.

63 JI Hailong (Fn. 48), 51.

64 JI Hailong (Fn. 48), 51.

ZGB auch auf die gewöhnliche Hypothek an beweglichen Sachen oder nur auf die Floating Charge anzuwenden ist⁶⁵ und damit zusammenhängend dem Käufer dieser Vorrang versagt wird, wenn er hinsichtlich der Hypothek bösgläubig ist.⁶⁶ Ebenfalls nicht im ZGB geregelt ist, wie das Vorliegen eines Käufers in ordentlichen Geschäftstätigkeiten festzustellen ist bzw. ob § 404 ZGB auch auf den Eigentumsvorbehalt anwendbar ist.⁶⁷

(4) Das Zurückbehaltungsrecht hat Vorrang, wenn an derselben Sache eine Hypothek oder ein Pfandrecht (§ 456 ZGB) oder eine Hypothek zugunsten der Kaufpreisforderung (§ 416 ZGB) besteht. Die Priorität des Zurückbehaltungsrechts wird damit begründet, dass dieses für den Erhalt des Werts der zurückbehaltenen Sache erforderlich ist.⁶⁸

Es zeigt sich bereits jetzt, dass künftig vor allem die atypischen Sicherungsrechte der Rechtsanwendung Probleme bereiten werden, da das ZGB diese noch nicht als Sicherungsrechte entsprechend materiell-rechtlich regelt.⁶⁹

(2) *Vertragsauflösung in der Pattsituation*

Mit der vertraglichen Pattsituation (合同僵局) wird die Konstellation gemeint, in der die vertragsbrüchige Partei die Erfüllung verweigert, den Vertrag auflösen will und die vertragstreue Partei am Vertrag festhält. In der Praxis kommt dies vor allem bei Dauerschuldverhältnissen wie Mietverträgen vor. Zahlt der Mieter die Miete nicht und zieht aus, ist es fraglich, ob er trotzdem den Mietvertrag kündigen darf. Aber auch bei Kaufverträgen stellt sich die Frage, ob der Verkäufer vom Vertrag zurück-

65 TANG Wenping (汤文平), Legal Positivism: Reflecting the Chapter of Property Rights in the Civil Code (法学实证主义:《民法典》物权编丛论), *Tsinghua University Law Journal (清华法学)* 2020, Nr. 3, 75, beschränkt die Anwendbarkeit nur auf Floating Charge; LONG Jun (Fn. 47), 33, XIE Hongfei (Fn. 54), 14, ZHUANG Jiayuan (Fn. 55), 36, bejaht die Anwendbarkeit in beiden Fällen, dies wird auch in der Auslegung des OVG zum Kreditsicherungsrecht vom 31.12.2020 bestätigt.

66 JI Hailong (Fn. 48), 51 f., TANG Wenping (Fn. 65), 76 und XIE Hongfei (Fn. 54), 15 f., bejahen dies; LONG Jun (Fn. 47), 34, lehnt es ab.

67 LONG Jun (Fn. 47), 34; diese beiden Fragen sind ebenfalls erst in der Auslegung (Fn. 65) geregelt

68 JI Hailong (Fn. 48), 50; XIE Hongfei (Fn. 54), 12 f.

69 Einzelheiten vgl. XIE Hongfei (谢鸿飞), Application of Rule and Resolution of Conflict in relation to Substantial Guarantee Theory in the Civil Code (《民法典》实质担保观的规则适用与冲突化解), *Law Science (法学)* 2020, Nr. 7, 17 ff.

treten darf, wenn die Naturalerfüllung zu aufwendig ist. Daher wird diese Rechtsfrage auch „Auflösungsrecht der vertragsbrüchigen Partei“ bezeichnet.

Gemäß § 580 II ZGB kann jeder, auch die brüchige Partei die Auflösung des Vertrags vor Gericht beantragen, wenn die vollständige Realerfüllung einer nicht monetären Verbindlichkeit unmöglich ist und der Vertragszweck aus diesem Grund nicht erreicht werden kann. Diese Bestimmung bietet jedoch keine Lösung für die obigen Pattsituationen in synallagmatischen Dauerschuldverhältnissen, da die Vertragsparteien unterschiedlich gerichtete Vertragszwecke haben und meist die Zweckrealisierung für eine Partei noch möglich ist.⁷⁰ Darüber hinaus ist die betroffene Verbindlichkeit eine Zahlungspflicht, so dass die Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 580 II ZGB ohnehin nicht erfüllt werden kann. Im Endergebnis ist § 580 II ZGB nur von sehr begrenztem Nutzen und vermag das bislang im chinesischen Recht nicht vorgesehene Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nicht zu ersetzen.⁷¹ Nichtsdestotrotz wird das Auflösungsrecht der vertragsbrüchigen Partei, welches ursprünglich von der Rechtsprechung in dem Fall „*Xinyu Corp. v. Feng Yumei*“⁷² entwickelt wurde, von einem Teil der Literatur für sinnvoll gehalten.⁷³

Diese Art der Streitigkeiten wird schlussendlich dadurch gelöst, dass der vertragstreuen Partei die Pflicht zur Schadensminderung gemäß § 591 ZGB auferlegt wird. Mit anderen Worten muss der Vermieter nach einem Ersatzmieter suchen, selbst wenn er mit der Vertragskündigung des Mieters nicht einverstanden ist und weiterhin auf die Vertragserfüllung besteht. Zwar setzt die Schadensminderungsobliegenheit die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs voraus und hätte nicht eingreifen kön-

70 Vgl. auch WU Teng (武腾), Solutions to Contract Deadlocks with the Enforcement of the Civil Code (民法典实施背景下合同僵局的化解), *Law Science (法学)* 2021, Nr. 3, 89.

71 In der Literatur wird eine Übernahme von § 314 BGB vorgeschlagen, vgl. HAN Shiyuan (韩世远), Long-term Contract: Termination Based on a Breaching Party's Right to Termination or on a Compelling Reason (继续性合同的解除: 违约方解除抑或重大事由解除), *Beijing University Law Journal (中外法学)* 2020, Nr. 1, 118 ff.

72 Einzelheiten vgl. Gordley/Jiang/von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, 2. ed., 2021, 281 f.

73 CUI Jianyuan (崔建远), On Breaking the Contract Impasse (关于合同僵局的破解之道), *Oriental Law (东方法学)* 2020, Nr. 4; SHI Jiayou (石佳友)/GAO Limei (高郦梅), The Defaulting Party's Right to Apply for Termination of the Contract: Controversy and Response (违约方申请解除合同权: 争议与回应), *Journal of Comparative Law (比较法研究)* 2019, Nr. 6, 36 ff.

nen, wenn der Vermieter ausschließlich die Mietenzahlung verlangt, dennoch wird eine analoge Anwendung von § 591 ZGB nach Treu und Glauben bejaht.⁷⁴

(3) *Gemeinsame Verbindlichkeiten*

Vor der Kodifikation hat die Frage gemeinsamer Verbindlichkeiten in der Ehe bereits große Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Einerseits fielen Ehefrauen nicht selten zum Opfer von Schulden, welche ihre Ehemänner ohne ihre Kenntnis oft in Kollusion mit Dritten gemacht haben, andererseits versuchten Ehepaare zur Schuldenhinterziehung durch Scheidung ihr Vermögen auf den Ehepartner zu verlagern, der die Verbindlichkeit nicht in eigenem Namen einging, jedoch davon profitierte. Eine interessengerechte Regelung für die gemeinsamen Verbindlichkeiten der Eheleute zu konzipieren, welche sowohl die Ehe als auch die Verkehrssicherheit adäquat schützt, stellte daher eine große Herausforderung für den Gesetzgeber dar.

Gemäß der neuen Regelung – § 1064 ZGB – umfassen gemeinsame Verbindlichkeiten beider Eheleute folgende drei Konstellationen: (1) beide Eheleute gehen die Verbindlichkeit ausdrücklich gemeinsam ein; (2) ein Teil des Ehepaars geht die Verbindlichkeit im eigenen Namen wegen des täglichen Lebensbedarfs der Familie ein; (3) ein Teil des Ehepaars geht eine über die Deckung des täglichen Lebensbedarfs der Familie hinausgehende Verbindlichkeit im eigenen Namen ein, wenn die Verbindlichkeit für das gemeinsame Leben oder gemeinsame Produktions- und Betriebstätigkeiten verwandt wird oder auf einer gemeinsamen Willenserklärung beider Eheleute beruht. Ob eine Verbindlichkeit, die aufgrund der Tat eines Ehepartners in Gestalt gesetzlicher Schuldverhältnisse wie eine Deliktsschuld entsteht, den gemeinsamen Verbindlichkeiten zugeordnet wird, ist nicht geregelt.⁷⁵

74 WU Teng (Fn. 70), 96 f.

75 ZHU Hu (朱虎), *Specific Types and Responsibilities of Marital Debts* (夫妻债务的具体类型和责任承担), *Law Review* (法学评论) 2019, Nr. 5, 55 und RAN Ke-ping (冉克平), *The Dual Structure of Marital Property System and Its Systematic Interpretation* (夫妻财产制度的双重结构及其体系化释论), *Chinese Law Science* (中国法学) 2020, Nr. 6, 80 f., plädieren für eine analoge Anwendung von § 1064 ZGB, nämlich wenn die Deliktshandlung der Vermehrung des Familienvermögens dient, soll eine gemeinsame Verbindlichkeit angenommen werden.

In der obigen zweiten Situation wird eine gemeinsame Verbindlichkeit⁷⁶ angenommen, wenn der Gläubiger nachweisen kann, dass der Verwendungszweck zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs dient und der Betrag der Verbindlichkeit mit dem Einkommen der Familie in angemessenem Verhältnis steht.⁷⁷ Der Ehepartner, der die Verbindlichkeit nicht im eigenen Namen eingeht, kann die Annahme nur dann widerlegen, wenn ihm/ihr gelingt nachzuweisen, dass der Gläubiger wusste, dass die Verbindlichkeit nicht für die Deckung des täglichen Lebensbedarfs verwendet wird.⁷⁸

In der dritten Situation ist es oft schwierig für den Gläubiger, herauszufinden, ob die Verbindlichkeit für das gemeinsame Leben der Eheleute benutzt wird. Manchenorts wird das Vorliegen der Verwendung für das gemeinsame Leben angenommen, wenn ein Ehepartner in hochriskante Kapitalmarktprodukte investiert, weil es nicht ausgeschlossen werden kann, dass der andere Teil nicht auch vom Gewinn profitiert.⁷⁹ Selbst wenn die Verwendung für das gemeinsame Leben nicht nachgewiesen werden kann, geht ein Teil der Lehre davon aus, dass ggfs. eine Anscheinsvollmacht und somit eine gemeinsame Verbindlichkeit doch angenommen werden kann.⁸⁰ Jedenfalls schafft § 1064 ZGB einen Anreiz für die Gläubiger, von Eheleuten die gemeinsame Unterzeichnung von Verträgen zu verlangen.⁸¹

Offen bleibt, auf welches Vermögen der Gläubiger zugreifen kann, wenn eine über die Deckung des täglichen Bedarfs hinausgehende Verbindlichkeit als gemeinsame Verbindlichkeit beider Eheleute eingestuft wird. Hierzu bestehen drei Ansichten: Nach der ersten Ansicht haften beide Eheleute nur mit ihrem gemeinsamen Ehevermögen, dies kann aus § 1089 ZGB abgeleitet werden; nach der zweiten Ansicht umfasst die Haftungsmasse das Eigenvermögen des Ehepartners, der im eigenen Namen die Verbindlichkeit eingeht, und das gemeinsame Ehevermögen⁸²; nach der dritten Ansicht sind sowohl das jeweilige Eigenvermögen als auch das gemeinsame Ehevermögen Haftungsvermögen (§§ 25 f. der Auslegung

76 ZHU Hu (Fn. 75), 54, geht davon aus, dass hier eine gesamtschuldnerische Verbindlichkeit beider Eheleute vorliegt.

77 ZHU Hu (Fn. 75), 48 f.

78 ZHU Hu (Fn. 75), 48 f.

79 ZHU Hu (Fn. 75), 55.

80 Bejahend ZHU Hu (Fn. 75), 54; Ablehnend: RAN Keping (Fn. 75), 79.

81 RAN Keping (Fn. 80), 80.

82 HE Jian (贺剑), *The Spirit of Marital Property Law—Explaining and Discussing the Rule of Joint Debt and Property of the Spouses in Civil Code* (夫妻财产法的精神——民法典夫妻共同债务和财产规则释论), *Law Science* (法学) 2020, Nr. 7, 34; RAN Keping (Fn. 75), 81 f.

zum Ehegesetz).⁸³ Zudem bereitet die Feststellung des gemeinsamen Ehevermögens und des jeweiligen Eigenvermögens weitere Schwierigkeiten.⁸⁴

Fernerhin steht die Frage offen, ob zur Begleichung der eigenen Verbindlichkeit eines Ehepartners unmittelbar in das gemeinsame Vermögen der Eheleute vollstreckt werden kann. Dazu werden ebenfalls mehrere Ansichten im Schrifttum vertreten, eine herrschende Meinung hat sich daraus noch nicht entwickelt.⁸⁵

III. Einzelne Aspekte des ZGB

In den Beiträgen zu einzelnen Aspekten des ZGB jeweils aus dem AT (Dienstvertretung), Buch zum Vertragsrecht (Online-Vertragserrichtung), Buch zum Persönlichkeitsrecht (sexuelle Belästigung) und Buch zum Deliktsrecht (Entschädigung für Personenschäden) wird die Dimension, inwiefern und in welcher Ausführlichkeit spezielle Regelungen in das Gesetzbuch eingegliedert werden sollen, und deren Folge für die die Rechtsanwendung noch deutlicher.

1. Dienstvertretung

Der Beitrag von *CHI Ying* über die Dienstvertretung zeigt eindrücklich, dass nicht das monistische Modell des Handels- und Zivilrechts für Rechtsanwendungsschwierigkeiten im Handelsverkehr gesorgt hat, sondern der minimalistische Regelungsansatz des ZGB. Da selbst das zivilrechtliche Stellvertretungsrecht noch nicht hinreichend geregelt ist, ist es nachvollziehbar, dass für das Handelsvertretungsrecht noch weniger Raum zur Verfügung stand. Seit geraumer Zeit wird in der Lehre angeregt, einen Allgemeinen Teil des Handelsrechts zu kodifizieren.⁸⁶ Die Umsetzung dieses Vorhabens liegt noch in weiter Ferne, daher erscheint die Lücken-

83 ZHU Hu (Fn. 75), 50-52.

84 Einzelheiten vgl. HE Jian (Fn. 82), 40.

85 Einzelheiten vgl. REN Zhong (任重), *Litigation Practice of Rules of Matrimonial Debt—Also Discussing the Connection between Civil Code and Civil Procedure* (夫妻债务规范的诉讼实施——兼论民法典与民事诉讼的衔接), *Law Science (法学)* 2020, Nr. 12, 14.

86 CHI Ying, in diesem Band, 149 ff.; auch Yuanshi BU, *Einheit und Vielheit des chinesischen Unternehmensrechts*, in: Blasek/Jung/Lamprecht/Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht*, 2013, 81 f.

auffüllung durch die Lehre der gangbarere Weg zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit.

2. *Online-Vertragsschluss*

Anne Sophie Ortmanns zeigt anhand der Problematik der Online-Vertragserrichtung die Beziehung zwischen dem ZGB und zivilrechtlichen Einzelgesetzen auf. Da die Bedeutung des Onlinehandels im alltäglichen Leben der Chinesen stetig zunimmt, ist die Eingliederung der umstrittensten Frage, nämlich zu welchem Zeitpunkt ein E-Commerce-Vertrag zustande kommt, in das ZGB eine richtige Entscheidung. Jedoch fand nur § 49 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz (ECG) mit unverändertem Regelungsgehalt Einzug ins ZGB, während § 49 Abs. 2 ECG weggelassen wurde. Hier ist wieder eine Kollision zwischen neuem allgemeinem Recht und altem speziellen Recht entstanden, deren Lösung durch den Mangel klarer gesetzgeberischer Begründung erschwert wird. *Anne Sophie Ortmanns* arbeitet die einschlägigen Diskussionen auf, aus denen hervorgeht, wie eine unzureichende Eingliederung der bestehenden Rechtsnormen letztendlich dem Zweck der Eingliederung zuwiderläuft.

3. *Persönlichkeitsrecht und sexuelle Belästigung*

Mit dem Schutz vor sexueller Belästigung greift *ZHAO Jin* ein hochaktuelles Thema in China auf. § 1010 Abs. 1 ZGB räumt einem Geschädigten sexueller Belästigung explizit einen deliktischen Anspruch gegen den Schädiger ein. Dem Arbeitgeber wird durch § 1010 Abs. 2 ZGB eine Pflicht zur Prävention sexueller Belästigungen am Arbeitsplatz auferlegt. Während das Arbeitsrecht Schutz vor der Vergeltung in Form ungerechtfertigter beruflicher Nachteile anbietet und das Deliktsrecht hierfür anscheinend nicht einzugreifen braucht, stellt sich es heraus, dass es schwierig sein kann, vom Arbeitgeber den vollen Ersatz für den erlittenen Schaden zu verlangen. Einerseits haftet der Arbeitgeber nach § 1198 ZGB nur nachrangig und ergänzend für eine am Arbeitsplatz begangene sexuelle Belästigung, andererseits hat sich noch keine verfestigte Rechtsprechung über die Schutzpflicht des Arbeitgebers in der Erfüllung des Arbeitsvertrags, obwohl diese in § 1010 Abs. 2 ZGB kodifiziert ist, entwickelt. Die praktische Relevanz der in § 1191 ZGB kodifizierten Arbeitgeberhaftung scheint in der Praxis noch moderat zu sein, obwohl der Arbeitgeber demnach gerade

für sämtliche Schäden, die der Arbeitnehmer in Ausführung der Arbeitsaufgaben einem anderen zugefügt hat, aufkommen muss.

4. Algorithmische Prognose im Bereich der Entschädigung für Personenschäden

WU Yiyue untersucht in seinem Beitrag das Potential des Einsatzes von Algorithmen für die Berechnung der Entschädigung für Personenschäden, insbesondere des Hinterbliebenengeldes und des Behinderungersatzgeldes infolge einer Deliktshandlung. Da die Höhe der Entschädigung vom durchschnittlichen Einkommen des Wohnortes des Geschädigten abhängt,⁸⁷ besteht ein Gefälle in den Schadensersatzbeträgen bei Stadt- und Landbewohnern, welches nun durch Pilotprojekte schrittweise beseitigt werden soll. Mittlerweile hat die Mehrheit der Provinzen Maßnahmen erlassen, nach denen das Durchschnittseinkommen der städtischen Einwohner der betroffenen Provinz für die Berechnung des Hinterbliebenengeldes und des Behinderungersatzgeldes zugrunde gelegt wird, selbst wenn der Geschädigte auf dem Land wohnhaft ist. Dieses einheitliche Modell kann nach WU Yiyue nur der formalen Gerechtigkeit Rechnung tragen. Um die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen, ist ein individuelles Modell gefragt, bei dem das Alter, Einkommen, familiäre wirtschaftliche Situation und Entwicklungsperspektiven bei der Berechnung herangezogen werden. Bei der Verarbeitung dieser Daten kann die künstliche Intelligenz einen wichtigen Beitrag leisten, wobei noch mehrere Hindernisse wie die Menge und Qualität der Daten, Datenschutz und algorithmische Diskriminierung zu bewältigen sind.

Dieser Beitrag beleuchtet die Schnittstelle zwischen dem materiellen Schadensersatzrecht und der Rolle der künstlichen Intelligenz in China, die bei der Schaffung des ZGB mit einschlägigen Normen erwidert wurde.⁸⁸ Der Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Justiz wird in China

87 Gemäß §§ 12, 15 der Erläuterungen des OVG zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Fällen des Schadensersatzes bei persönlichen Schäden (最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释) vom 26. Dezember 2003 i.d.F. vom 29. Dezember 2020 wird das Hinterbliebenengeld bzw. das Behinderungersatzgeld nach dem Standard des durchschnittlich verfügbaren Einkommens der städtischen Bewohner oder des durchschnittlichen Nettoeinkommens der ländlichen Bewohner im vorangegangenen Jahr am Ort des Gerichts, das die Klage angenommen hat, berechnet.

88 WANG Liming (王利明), Neue Herausforderungen von der Künstlichen Intelligenz an die Zivilrechtslehre (人工智能时代对民法学的新挑战), *Oriental Law (东方法学)* 2018, Nr. 3, 4 ff.

viel erprobt. Der Grund liegt einerseits im hohen Fallaufkommen in der Justiz, im Jahr 2020 wurde landesweit insgesamt 30.84 Mio. neue Fälle angenommen, bei einer Anzahl von etwa 90.000 Richtern ist deren Arbeitsauslastung enorm. Andererseits hat der Experimentiergeist der chinesischen Internetbranche auch bei der Justiz große Begeisterung und Euphorie für neue Technologien hervorgerufen.⁸⁹ Das Shanghaier Obere Gericht hat bereits 2017 ein „intelligent auxiliary case handling system of Shanghai criminal cases“⁹⁰ (das sog. 206-System) entwickelt, welches die Sprach- und Gesichtserkennung, Beweisprüfung und -würdigung, Anzeigen von ähnlichen Fällen, bis hin zur Strafbemessung erfasst und auch von anderen Provinzen eingeführt werden soll. Zeitgleich werden alternative Systeme in mehreren Provinzen kreiert und erprobt.⁹¹ Zwar wird die Qualität der Urteile hinsichtlich der Einheitlichkeit der Fachbegriffe und Abweichung der Urteilsbegründungen von den echten Beweggründen bemängelt, jedoch bietet die Menge der Gerichtsurteile angesichts der hohen Veröffentlichungsquote von 70 % in China über eine zentrale amtliche freie Datenbank⁹² (in Deutschland unter 1 %)⁹³, für eine effiziente Nutzung der Big Data eine erste wichtige Basis.

Mit dem Einsatz künstlicher Intelligenz wird die Reduktion von Arbeitsaufwand und Willkür in der Justiz erhofft, mittlerweile werden hingegen mehrheitlich Bedenken und Ernüchterung in der Literatur geäußert. Einzelne Maßnahmen gehen bereits jetzt sehr weit, z.B. wird das Handy einer Streitpartei automatisch gesperrt, wenn es eine SMS vom Gericht empfängt und die Partei diese nicht öffnet.⁹⁴ Es wird erkannt, dass die Neutralität der Algorithmen angesichts der Intransparenz nur vorgetäuscht ist und deren systematisches Risiko mit der Voreingenommenheit der einzelnen Richter vergleichbar sein kann.⁹⁵ Momentan sind

89 ZHENG Xi (郑曦), Application and Regulation of Artificial Intelligence Technology in the Adjudication Process (人工智能技术在司法裁判中的运用及规制), *Peking University Law Journal (中外法学)* 2020, Nr. 3, 676 f.

90 Einzelheiten vgl. Cui Yadong (崔亚东), „Artificial Intelligence“ Makes Judicature More Just, Efficient and Authoritative—the Theoretical Analysis and Practical Exploration of “Artificial Intelligence” in Judicial Field, <https://law.stanford.edu/china-law-and-policy-association-clpa/articles/>.

91 ZHENG Xi (Fn. 89), 677.

92 WU Yiyue, in diesem Band, 209.

93 Hamann, JZ 2021, 658.

94 MA Changshan (马长山), Reshaping Effects of Judicial Artificial Intelligence and Their Limits (司法人工智能的重塑效应及其限度), *Chinese Journal of Law (法学研究)* 2020, Nr. 4, 35.

95 MA Changshan (Fn. 94), 29.

die Technologien in China noch nicht gereift, so dass faktisch Richter AI-Systeme bei einfacheren Fällen nicht brauchen und dieser Hilfestellung bei schwierigen Fällen nicht trauen.⁹⁶

IV. Fazit

Gemessen an der kurzen Zeitspanne, die dem Gesetzgeber für die Kodifikation zur Verfügung stand, ist es dem ZGB grundsätzlich gelungen, einen funktionalen Allgemeinen Teil des Schuldrechts zustande zu bringen, das Persönlichkeitsrecht zentral zu kodifizieren, das Mobiliarsicherheitsrecht zu modernisieren und das Ehevermögensrecht anzupassen. Allerdings leidet das ZGB an dem geringen Systematisierungsgrad, insbesondere wird die Mehrheit der justiziellen Auslegungen und einschlägigen Normen der Sondergesetze nicht in die Kodifikation eingegliedert. Der Rechtsanwender muss sich nach wie vor in einem Dickicht von Normen zurechtfinden. Wie bereits an einer anderen Stelle angemerkt wurde,⁹⁷ ergibt sich aus der Kodifikation der größte Gewinn wohl für die Zivilrechtslehre, die für ihre Forschungstätigkeiten mehr Aufmerksamkeit, Fördermittel und Publikationsplatz erhält. Es ist jedoch kein Grund zur Enttäuschung, da eine nachhaltige Verbesserung der Berechenbarkeit der Rechtsprechung und der Qualität der Gesetze letztendlich auch vom wissenschaftliche Erkenntnisstand mitbestimmt wird.

96 XIE Shu (谢澍), How does Artificial Intelligence Benefit Criminal Justice Without Bias-from Guidance of Evidence to Assistance of Proof (人工智能如何“无偏见”地助力刑事司法——由“证据指引”转向“证明辅助”), (法律科学) 2020, Nr. 5, 109 ff.

97 Yuanshi Bu, Hintergrund, Bestandaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB, in: dies. (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, 43.

Teil II Gesamtstruktur

Von den Allgemeinen Grundsätzen zum Allgemeinen Teil des Chinesischen Zivilgesetzbuches¹

ZHU Qingyu

I. Einleitung

Als „Eröffnungsakt“ des „Zivilgesetzbuch[es]“ (ZGB)² wurde der „Allgemeine Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China“ (im Folgenden „Allgemeiner Teil des Zivilrechts“ (ATZR)³) am 15. März 2017 zuerst in Gestalt eines eigenständigen Gesetzes verkündet und vom 1. Oktober desselben Jahres an angewandt. In der 15. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 13. Nationalen Volkskongresses (NVK) am 23. Dezember 2019 wurde der aus den einzelnen Büchern zusammengesetzte Entwurf des ZGB beraten. Der ATZR wurde einfachen Änderungen unterzogen, als allgemeiner Teil in das ZGB eingefügt und erneut beraten.

Es wäre durchaus zutreffend, den Vorgang, durch den der ATZR zum allgemeinen Teil des ZGB wurde, als „einfache Revision“ zu bezeichnen, wie kurz zusammengefasst, aus dem „Bericht des Verfassungs- und Rechtsausschusses des NVK über die Änderungen der ‚verschiedenen Teilbücher des Zivilgesetzbuches (Entwurf)‘ und der ‚Kodifikation des Zivilgesetzbuches der Volksrepublik China (Entwurf)‘“ ersichtlich wird: „In dem Entwurf des ‚allgemeinen Teils‘ wurde die Struktur des ATZR im Wesentlichen beibehalten; gleichzeitig wurden entsprechende Anpassungen gemäß den Erfordernissen der Systematisierung der Kodifikation vorgenommen, der Text einzelner Paragraphen revidiert und die ‚Ergänzende[n] Regeln“

1 Übersetzung von Anne Sophie Ortmanns.

2 LI Jianguo (李建国), Erläuterung zu dem „Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (Entwurf)“ - auf der Fünften Sitzung des Zwölften NVK, 8. März 2017 (关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上), in: HU Jihua (扈纪华) (Hrsg.), Der Entwurfsprozess des Allgemeinen Teils des Zivilrechts (民法总则起草历程), Peking 2017, S. 230; Übersetzung ins Deutsche von DING Yijie/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2020, S. 207 ff.

3 Übersetzung ins Deutsche von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pißler in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

in die Bestimmungen des letzten Teils des Zivilgesetzbuches überführt.“ Verglichen mit dem ATZR wurden im allgemeinen Teil des ZGB, der zur Beratung vorgelegt wurde, 13 Paragraphen revidiert, und zwar die Paragraphen 36, 41, 45, 52, 53, 83, 108, 111, 112, 158, 160, 205 und 206. Die Änderungen lassen sich in drei Kategorien einteilen.

Erstens handelt es sich um eine bloße Feinjustierung der sprachlichen Darstellung. So wurde beispielsweise in § 36 Abs. 1 die sich in dem Partikel 的 äüßernde Bedingungsstruktur in einen rein deskriptiven Ausdruck geändert, und die Formulierung des § 41 „vom Tag des Abbruchs des Kontakts“⁴ in „vom Tag des Abbruchs des Kontakts“ geändert⁵; die Formulierung „ist er berechtigt, von dem Vermögensverwalter zu verlangen“ in § 45 Abs. 2 wurde in die Formulierung „ist er berechtigt, von dem Vermögensverwalter zu fordern“ geändert; die Formulierung in § 52 „die Adoptionsbeziehung sei unwirksam“ wurde in „die Adoptionshandlung sei unwirksam“ geändert; die Formulierung in § 83 „der juristischen Person oder anderen Investoren einen Schaden verursacht“ wurde in „der juristischen Person oder anderen Investoren einen Schaden verursacht“⁶ geändert; die Formulierung in § 111 „jedwede Organisation und Person“ wurde in „jedwede Organisation oder Person“⁷ geändert; die Formulierung in § 112 „Verhältnissen wie etwa Ehe und Familie“ wurde in „Verhältnissen wie etwa Ehe [und] Familie“ geändert und die Formulierung in §§ 158 und 160 „gemäß seiner Natur“ wurde in „aufgrund seiner Natur“ geändert. Solche Anpassungen basieren entweder auf der Grammatik oder den Zivilrechtsbeziehungen, bezwecken Präzision und ändern das Regelwerk nicht inhaltlich.

Zweitens basiert die Feinabstimmung auf der Struktur des Kapitelsystems. So wurde beispielsweise die Formulierung „gemäß dem Erbgesetz“ in § 53 in die Formulierung „auf Grundlage des sechsten Buches dieses Gesetzes“ geändert, die Formulierung „dieses Gesetzes“ in § 108 in „dieses Buches“ und § 205 in § 1259 des Anhangs des Zivilgesetzbuches verlegt. Solche Feinjustierungen ändern ebenfalls nichts an dem materiellen Regelungsgehalt der Vorschriften.

Drittens wurde der Zeitpunkt des Inkrafttretens geändert. Konkret wurde § 206 ATZR gestrichen und der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzbuches stattdessen in § 1260 im Anhang geregelt. Natürlich ist diese Strei-

4 Wörtlich: „Verlust der Nachrichten“, Fn. 25 der Übersetzung des ZGB (Fn. 2).

5 In der chinesischen Fassung werden insoweit unterschiedliche synonyme Schriftzeichen verwendet.

6 Siehe oben Fn. 5.

7 Siehe oben Fn. 5.

chung ebenfalls nicht mit der Einführung materieller Regelungen verbunden.

Der Autor hatte erwartet, dass der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des ATZR möglicherweise offen auf die Kritik der Wissenschaft reagieren und die Gelegenheit zur erneuten Prüfung nutzen würde, den allgemeinen Teil bei der Zusammenfassung des allgemeinen und besonderen Teils zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch erneut zu revidieren. Es ist bedauernd, dass das Gesetzgebungsorgan weder die Absicht noch die Zeit zu haben schien, weitere Kontroversen aufkommen zu lassen, möglicherweise durch den Zeitpunkt, möglicherweise weil er weiterhin von der ursprünglichen Fassung des ATZR überzeugt ist; oder das Gesetzgebungsorgan hat nicht daran gedacht, auf die Kritik der Wissenschaft zu reagieren und den Allgemeinen Teil weiter zu revidieren; der ATZR wäre der ideale allgemeine Teil des ZGB gewesen.

An dieser Stelle ist es für die Kodifizierung des Gesetzbuches überflüssig, Fragen wie jene zu untersuchen, welche Gestaltung das ZGB annehmen sollte und wie der allgemeine Teil des ZGB aufgebaut sein sollte. Während sich der Vorhang für die Auslegung des Gesetzbuches öffnet, wird in diesem Artikel zunächst versucht, eine Leitfrage auf der Grundlage des Denkens des Gesetzgebers zu erkunden: Wie kam es zu dem Phänomen, dass aus den „Allgemeine[n] Grundsätze[n] des Zivilrechts (AGZR)“⁸, die ursprünglich „Kleines Zivilgesetzbuch“ genannt wurden, über den ATZR⁹, der allgemeine Teil des ZGB wurde? Welche Art von stilistischen Informationen ist darin enthalten?

II. Allgemeine Grundsätze und Allgemeiner Teil des Zivilrechts

Bei der Verkündung des ATZR kommentierte Herr PING Jiang dies in acht Zeichen: „fortgesetzte Genauigkeit, unzureichende Innovation“. Zu dieser Einschätzung gelangte er nach einem Vergleich des ATZR mit den AGZR. Das grundlegende Urteil lautete, dass der ATZR „das System, das Konzept und den grundlegenden Rahmen unserer AGZR beerbt habe“.⁹

8 Am 1.1.1987 in Kraft getreten, mit dem Inkrafttreten des CZGB aufgehoben, deutsche Übersetzung von Frank Münzel, *Chinas Recht* 12.4.86/1.

9 JIANG Ping (江平), WANG Zejian (王泽鉴), *Fragen nach dem Zivilrecht – Dialog zwischen Jiang Ping und Wang Zejian über die Kodifizierung des chinesischen Zivilgesetzbuches* (问道民法——江平、王泽鉴对话中国民法法典化), Taipei 2019, S. 110 f.

Die Diskussion über den Stil des allgemeinen Teils soll von diesem Punkt aus begonnen werden.

1. Vergleich der Strukturen

In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem ATZR und den AGZR wurden zwei offizielle, zentrale Erklärungen abgegeben.

Erstens: „In dem ATZR werden die Grundprinzipien und allgemeinen Regeln festgelegt, die bei Zivilgeschäften befolgt werden müssen [...]. Der Entwurf des ATZR basiert auf den im Jahr 1986 geregelten AGZR [...]. Die allgemein anwendbaren und führenden Bestimmungen des Zivilrechtssystems wie die das grundlegende Zivilrechtssystem betreffenden Regeln über die Grundprinzipien, die Zivilsubjekte, Zivilrechte, Zivilrechtsgeschäfte, zivile Haftung und die Klageverjährung wurden in den Entwurf aufgenommen.“¹⁰

Zweitens: „In dem Entwurf werden im Wesentlichen das grundlegende Zivilsystem der AGZR und die allgemeinen Regeln übernommen; gleichzeitig werden Ergänzungen und Verbesserungen vorgenommen. Die in den AGZR geregelten konkreten Inhalte wie jene über Verträge, Eigentums- und andere Vermögensrechte sowie die zivile Haftung müssen bei der Kodifizierung der verschiedenen Teilbücher des ZGB noch einer weiteren umfassenden Planung und systematischen Integration unterzogen werden. Dementsprechend werden die AGZR nach der Verabschiedung des Entwurfs des ATZR nicht abgeschafft.“¹¹ Die erste Erklärung bringt das Verhältnis der Nachfolge zwischen dem ATZR und den AGZR zum Ausdruck, während die zweite Erklärung weiter zu zeigen versucht, dass der ATZR die AGZR nicht vollständig abdecken kann. Wenn der ATZR der allgemeine Teil des ZGB ist, ist es selbstverständlich, dass er die AGZR nicht abdecken kann, weil die AGZR, wie amtlich festgestellt, ein „kleines Zivilgesetzbuch“ sind.¹² Dass die Frage der Aufhebung der AGZR in der Erläuterung des Entwurfs jedoch speziell Berücksichtigung fand, deutet darauf hin, dass zwischen diesen beiden ein gewisses Substitutionsverhältnis besteht.

Das aufwertende und generationsablösende Ersatzverhältnis zwischen dem ATZR und den AGZR ist weiter aus den jeweiligen Kapiteln ein-

10 Siehe oben Fn. 2.

11 Siehe oben Fn. 2, S. 235.

12 Siehe oben Fn. 2, S. 235.

schließlich der Anordnung ihrer Inhalte ersichtlich. Die AGZR bestehen aus insgesamt neun Kapiteln in der Reihenfolge Grundprinzipien, Bürger (natürliche Personen), juristische Personen, Zivilrechtshandlungen und Vertretung, Zivilrechte, zivile Haftung, Klageverjährung, Rechtsanwendung bei Zivilbeziehungen mit Auslandsberührung und ergänzende Regeln; der ATZR besteht aus elf Kapiteln in der Reihenfolge grundlegende Bestimmungen, natürliche Personen, juristische Personen, Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit, Zivilrechte, Zivilrechtsgeschäfte, Vertretung, zivile Haftung und Klageverjährung.¹³ Die hohe strukturelle Konsistenz der beiden ist offensichtlich.

Mit Blick auf die gesetzgeberischen Erläuterungen zu den bisherigen Entwürfen des ATZR (insbesondere zu der ersten und vierten Beratung) war dieser hohe Grad an struktureller Konsistenz durch den Gesetzgeber auch beabsichtigt.

Erstens: zu den grundlegenden Bestimmungen (Grundprinzipien). „Auf der Grundlage der AGZR passt sich der Entwurf der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung und den tatsächlichen Bedürfnissen bei Zivilgeschäften an und ergänzt die Grundprinzipien.“¹⁴ „Auf der Grundlage der AGZR integriert der Entwurf mehr als 30 Jahre der Zivilrechtspraxis und stellt weiter klar, dass die persönlichen Rechte, Vermögensrechte sowie andere legale Rechte und Interessen der Zivilsubjekte gesetzlich geschützt werden und durch keine Organisation oder Einzelperson verletzt werden dürfen, und legt Grundprinzipien wie das Prinzip der Gleichheit, Freiwilligkeit, Gerechtigkeit, von Treu und Glauben, Rechtstreue und Nachhaltigkeit¹⁵ fest.“¹⁶

Zweitens: zu den Zivilsubjekten. „Auf der Grundlage der AGZR sieht der Entwurf folgende Verbesserungen in dem System der natürlichen Personen vor...“¹⁷ „Es war schwierig, die Kategorisierung der juristischen Unternehmenspersonen, behördlichen juristischen Personen, juristischen

13 Die Kapitelüberschriften entsprechen der Übersetzung von Frank Münzel (Fn. 8).

14 LI Shishi (李适时), Erläuterung zu dem „Allgemeinen Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (Entwurf)“ – auf der 21. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 12. NVK am 27.6.2016 (关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上), in: HU Jihua (扈纪华) (Hrsg.), Der Entwurfsprozess des Allgemeinen Teils des Zivilrechts (民法总则起草历程), Peking 2017, S. 137.

15 Wörtlich: „das grüne Prinzip“.

16 Siehe oben Fn. 2, S. 231.

17 Siehe oben Fn. 2, S. 232.

Personen von Institutionseinheiten¹⁸ und gesellschaftlichen Körperschaften durch die AGZR an die neuen Umstände anzupassen, und es ist notwendig, Anpassungen und Verbesserungen vorzunehmen. Der Entwurf richtet sich nach den Grundgedanken der AGZR über die Kategorisierung juristischer Personen, passt sich dem Erfordernis der Reform und Entwicklung sozialer Organisationen an und unterteilt juristische Personen nach Unterschieden wie jene hinsichtlich ihrer Errichtungsziele und -funktionen in die drei Kategorien gewinnorientierte, nichtgewinnorientierte und besondere juristische Personen...¹⁹ „Die AGZR regeln natürliche und juristische Personen als zwei Arten von Zivilsubjekten. Im Zuge der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung unseres Landes, [...] geht eine große Anzahl von Organisationen, die sich nicht als juristische Personen qualifizieren lassen, in der Praxis in eigenem Namen verschiedenen Zivilgeschäften nach. Es besteht ein Konsens darüber, dass die Klärung des Zivilsubjektstatus dieser Organisationen an die tatsächlichen Bedürfnisse angepasst werden kann [...]. Dementsprechend wird ‚Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit‘ in dem Entwurf der Status eines Zivilsubjekts verliehen und für sie ein besonderes Kapitel errichtet.“²⁰

Drittens: zu den Zivilrechten. „Der Entwurf folgt der Herangehensweise der AGZR, in denen ein besonderes Kapitel zur Regelung der Arten und Inhalte der Zivilrechte geschaffen wurde.“²¹

Viertens: zu den Zivilrechtshandlungen und der Vertretung. „Auf der Grundlage der AGZR und des Vertragsgesetzes wurden in dem Entwurf im Wesentlichen die folgenden Verbesserungen im System der Zivilrechtshandlungen und der Vertretung vorgenommen...“²²

Fünftens: zur zivilen Haftung. „In dem Entwurf werden die Wege und Methoden der Hilfe bei der Verletzung ziviler Rechte weiter verbessert.“²³

Sechstens: zur Klageverjährung. „Aufgrund der Meinungen verschiedener Seiten und unter Berücksichtigung der Erfahrungen der Rechtsprechungspraxis wurde das System der Klageverjährung verbessert...“²⁴

Siebtens: zu Sonstigem. „Der Entwurf sieht zudem Bestimmungen über Inhalte wie Verschollenheitserklärungen und Todeserklärungen sowie die

18 Siehe zum Begriff der „Institutionseinheit“ Fn. 49 der Übersetzung des ZGB von DING Yijie et al. (Fn. 2).

19 Siehe oben Fn. 2, S. 232.

20 Siehe oben Fn. 14, S. 140 f.

21 Siehe oben Fn. 14, S. 141.

22 Siehe oben Fn. 14, S. 143.

23 Siehe oben Fn. 14, S. 143.

24 Siehe oben Fn. 14, S. 143.

Berechnung von Zeiträumen vor. Durch diese Bestimmungen werden nicht nur der wissenschaftliche Inhalt und das System des geltenden Zivilrechts fortgesetzt, sondern es werden auch die bewährten und guten Methoden der Rechtsprechungspraxis übernommen.²⁵

Schon aus der kurzen Erläuterung des Entwurfs, der als AGZR zu bezeichnen ist, ist der Eindruck deutlich wahrnehmbar, dass der ATZR entlang der AGZR voranschreitet. Die Bewertung von Herrn Jiang, dass der ATZR „eine präzise Anleihe sei“, stimmt durchaus. Der einzige Unterschied zwischen den beiden ist, dass dem ATZR ein Kapitel über die Rechtsanwendung bei Zivilbeziehungen mit Auslandsberührung fehlt, doch dies ist keine versehentliche Auslassung oder beabsichtigte Lücke des ATZR. Tatsächlich existieren die entsprechenden Bestimmungen der AGZR schon seit der gesonderten Umsetzung des „Gesetz[es] über das anwendbare Recht auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung“ im Jahr 2010 nur dem Namen nach, und es ist nicht notwendig, dass der ATZR und sogar das ZGB wieder Regelungen hierüber vorsehen.

2. Gegenüberstellung der Inhalte

Der ATZR ist sicherlich keineswegs eine einfache Aufwertung und Entsprechung der AGZR, da andernfalls die Aufhebung der AGZR keine Probleme hervorrufen würde. Die beiden strukturell zu vergleichen, gewährt lediglich einen Verständnisrahmen, eine genauere Betrachtung setzt eine Analyse der normativen Inhalte der beiden voraus.

Verglichen mit den AGZR werden in dem ATZR folgende vier Inhalte nicht abgedeckt: Erstens wird in dem Kapitel über natürliche Personen nicht die Partnerschaft von Einzelpersonen geregelt; zweitens wird in dem Kapitel über juristische Personen nicht der verbundene Betrieb geregelt; drittens werden in dem Kapitel über Zivilrechte nur definitorische und grundlegende Bestimmungen beibehalten, anders als die vier Abschnitte in den AGZR mit einigen konkreten Regeln über das Vermögenseigentum und zum Vermögenseigentum in Bezug stehenden Vermögensrechten, Schuldrechte, Rechte an geistigem Eigentum und Rechte der Personen (insbesondere in den ersten beiden Abschnitten). Viertens ist das Kapitel über die zivile Haftung nicht wie in den AGZR in vier Abschnitte eingeteilt und behält im Wesentlichen nur die Inhalte der beiden Abschnitte „Allgemeine Bestimmungen“ und „Die Formen, in denen zivile Haftung

25 Siehe oben Fn. 2, S. 235.

übernommen wird“ der AGZR bei; die „Zivile Haftung für Verstöße gegen Verträge“ und „Zivile Haftung für Rechtsverletzungen“ werden nicht genauer geregelt. Unter ihnen sind drittens und viertens die Hauptgründe für die in der Erläuterung des Entwurfs genannte Unzweckmäßigkeit einer Aufhebung der AGZR: „Die in den AGZR geregelten konkreten Inhalte wie jene über Verträge, Eigentums- und andere Vermögensrechte und die zivile Haftung müssen bei der Zusammenstellung der jeweiligen Teile des Zivilgesetzbuches weiter in einem Schritt umfassend geplant und systematisch integriert werden. Daher werden die AGZR nach der Verabschiedung des Entwurfs des ATZR vorübergehend nicht abgeschafft.“²⁶ Die in der Erläuterung des Entwurfs vorgebrachten Gründe dafür, dass die Aufhebung der AGZR unangebracht sei, sind tatsächlich nicht gerechtfertigt. Während der 30 Jahre der AGZR war Grundlinie für die chinesische Zivilgesetzgebung keine andere als die Bereicherung und Stärkung des Schutzes verschiedener ziviler Rechte, insbesondere der Vermögensrechte. Nach diesem Fahrplan wurden aus den AGZR nach und nach die Bestimmungen über „Vermögenseigentum und zum Vermögenseigentum in Bezug stehende Vermögensrechte“, „Schuldrechte“ und „Rechte an geistigem Eigentum“ entwickelt, und es erfolgte eine Erweiterung um verschiedene eigenständige Gesetze wie das „Sachenrechtsgesetz“, das „Vertragsgesetz“, das „Gesetz über die deliktische Haftung“, das „Urheberrechtsgesetz“, das „Markengesetz“ und das „Patentgesetz“. Darüber hinaus wurden die „Zivile Haftung für Verstöße gegen Verträge“ und die „Zivile Haftung für Rechtsverletzungen“ durch das „Vertragsgesetz“ und das „Gesetz über die deliktische Haftung“ detaillierter geregelt, sodass die entsprechenden Regelungen in den AGZR schon längst keine Anwendbarkeit mehr besaßen. Auch wenn bei der „Zusammenstellung der jeweiligen Teile des Zivilgesetzbuchs eine einschrittige umfassende Planung“ zu erfolgen hat, bedeutet diese „umfassende Planung“, ob und wie die oben genannten eigenständigen Gesetze in das Zivilgesetzbuch Eingang finden, und ist von den AGZR unabhängig.

Was den zweiten Punkt betrifft, so zeigen die Erläuterungen des Entwurfs, dass das Fehlen von Bestimmungen über den „Verbundenen Betrieb“ kein Zugeständnis des ATZR an die AGZR ist, sondern der verbundene Betrieb in ersteren absichtlich gestrichen wurde: „Dementsprechend regelt der Entwurf die Inhalte der AGZR über verbundene Betriebe nicht mehr.“²⁷

26 Siehe oben Fn. 2, S. 235.

27 Siehe oben Fn. 14, S. 140.

Das, was in dem ATZR fortlebt, ist gleichsam nur die nicht weiter bemerkenswerte Partnerschaft von Einzelpersonen. Doch selbst dieser zentrale Stützpunkt, der bei dem leichtesten Stoß umkippen würde, ist nicht wirklich stichhaltig. Da weder die Erläuterungen des Entwurfs noch die Anmerkungen zu den mehrmaligen Änderungen des Entwurfs die Partnerschaft von Einzelpersonen einschlossen, war diese Schlussforderung etwas umständlich.

Es gibt zwei Wege zur Regelung von Partnerschaften: Partnerschaften als Körperschaften (Subjekte) und als vertragliche Partnerschaften. In den AGZR wurde die „Partnerschaft von Einzelpersonen“ in dem Hauptteil, und zwar in dem Kapitel „Bürger (natürliche Personen)“ platziert, und so der erste Weg gewählt. Anschließend wurde der „Betrieb“ in der Definition des § 30 zum Element der Partnerschaft von Einzelpersonen erklärt. Offensichtlich basiert er auf der handelsrechtlichen Partnerschaft als Regelungsmodell. Dies bedeutet indes nicht, dass Partnerschaften des bürgerlichen Rechts untersagt sind. Im Gegenteil, handelsrechtliche Partnerschaften und Partnerschaften des bürgerlichen Rechts haben sich entlang verschiedener Bahnen entwickelt. Erstere haben mehr Aufmerksamkeit hervorgerufen und stehen im Fokus der Gesetzgebung. Das im Jahr 1997 erlassene „Partnerschaftsgesetz der Volksrepublik China“ markierte die Vervollkommnung der Gesetzgebung über unternehmerische Partnerschaften des Handelsrechts, und die „unternehmerischen“ Partnerschaften von Einzelpersonen in den AGZR wurden im Wesentlichen durch dieses Gesetz absorbiert, während in der im Jahr 1998 erlassenen „Vorläufige[n] Verordnung über die Registrierung und Verwaltung privater nichtunternehmerischer Einheiten“ private nichtunternehmerische Einheiten in Gestalt von Partnerschaften als ein Typ Partnerschaft des bürgerlichen Rechts angesehen wurden. Das bedeutet, dass vor dem Inkrafttreten des ATZR das bereits in den AGZR unvollständige Partnerschaftssystem im Wesentlichen durch eigenständige Gesetze ausgehöhlt wurde. Verbindend ordnet § 102 Abs. 2 ATZR Partnerschaftsunternehmen, also diese handelsrechtlichen Partnerschaften, den Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit zu. Verglichen damit scheint eine entsprechende Verbindungsvorschrift für Partnerschaften des bürgerlichen Rechts zu fehlen. Ich befürchte indes, dass dies keine Nachlässigkeit des ATZR, sondern eine entsprechende Regelung nicht notwendig ist. Denn nach dem ATZR sehen sich Partnerschaften des bürgerlichen Rechts, die sich nicht als juristische Personen qualifizieren lassen, einer Krise der Existenzrechtfertigung ausgesetzt.

Der Entwurf für die zweite Lesung des § 89 Abs. 2 ATZR aus dem Oktober des Jahres 2016 erweitert und legt die Arten nichtgewinnorientierter juristischer Personen um „Einrichtungen für soziale Dienste“ endgültig

fest. Die Gründe für die Hinzufügung regen sehr zum Nachdenken an: „Als eine Form der sozialen Organisation spielen Einrichtungen für soziale Dienste wie private, nichtunternehmerische Einheiten eine aktive Rolle für das gesellschaftliche Leben, und die Klärung ihres Status als juristische Person ist der gesunden und geordneten Entwicklung solcher sozialen Organisationen zuträglich.“²⁸ Die „Klärung des Status dieser juristischen Personen“ dient dazu, auf die ins Spiel gebrachte „aktive Rolle“ privater nichtunternehmerischer Einheiten zu reagieren sowie zu deren „gesunder und geordneter Entwicklung“ beizutragen. Dies erscheint als ein Hinweis darauf, dass private nichtunternehmerische Einheiten wie Partnerschaften, die sich nicht als juristische Personen qualifizieren lassen, ihren Existenzraum verlieren könnten.

Diese Vermutung ist nicht aus der Luft gegriffen. Im Jahr 2016 wurde das „Wohltätigkeitsgesetz der Volksrepublik China“ erlassen. Dort ist in § 8 Abs. 2 geregelt: „Wohltätigkeitsorganisationen können unter anderem die Organisationsform von Stiftungen, gesellschaftlichen Körperschaften und Einrichtungen für soziale Dienste annehmen.“ Erstmals wurden Einrichtungen für soziale Dienste an der Seite von Stiftungen und gesellschaftlichen Körperschaften als rechtliche Organisationsform gesetzlich geregelt. In demselben Jahr veröffentlichte die Abteilung für Zivilangelegenheiten den Entwurf zur Einholung öffentlicher Stellungnahmen der „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung von Einrichtungen für soziale Dienste“ (den revidierten Entwurf der „Vorläufige[n] Verordnung über die Verwaltung privater nichtunternehmerischer Einheiten“), darunter eine Erläuterung zu der Revision, die folgendes enthält: „Durch das „Wohltätigkeitsgesetz der Volksrepublik China“ werden private nichtunternehmerische Einheiten in Einrichtungen für soziale Dienste umbenannt. Um die Einheitlichkeit zu gewährleisten, werden „private nichtunternehmerische Einheiten“ in dem Entwurf zur Einholung öffentlicher Stellungnahmen in „Einrichtungen für soziale Dienste“ geändert. Noch signifikanter ist, dass § 2 des Konsultationsentwurfs Einrichtungen für soziale Dienste als „nichtgewinnorientierte juristische Personen“ definiert, und in der Erläuterung der Revision heißt es: „In dem Konsultationsentwurf

28 Bericht des Rechtsausschusses des NVK über die Revision des „Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China (Entwurf)“ der 24. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 12. NVK am 31.10.2016 (《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉修改情况的汇报》(2016年10月31日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上)), in: HU Jihua (扈纪华) (Hrsg.), Der Entwurfsprozess des „Allgemeinen Teils des Zivilrechts“ (《民法总则起草历程》), Peking 2017, S. 171.

werden die Modelle der Einzelpersonen und der Partnerschaften abgeschafft und Einrichtungen für soziale Dienste als nichtgewinnorientierte juristische Personen vereint (§ 2) [...] Für die existierenden privaten nichtgewinnorientierten Einheiten in Gestalt von Einzelpersonen und Partnerschaften kann die bestehende Kernqualifikation durch eine zweijährige Übergangsfrist geändert werden (§ 65).“ Das bedeutet, dass die Tür zur Registrierung neu errichteter privater nichtunternehmerischer Einheiten des Einzeltyps geschlossen wird, sobald die „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung von Einrichtungen für soziale Dienste“ in Kraft getreten ist und die existierenden Partnerschaften abgeschafft werden könnten, wenn sie ihre Subjektqualifikation nicht ändern können.

Die „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung von Einrichtungen für soziale Dienste“ wurde nach der Einholung öffentlicher Stellungnahmen nicht weiterverfolgt. Im Jahr 2018 veröffentlichte die Abteilung für Zivilangelegenheiten die „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung sozialer Organisationen“, welche gesellschaftliche Körperschaften, Stiftungen und Einrichtungen für soziale Dienste zusammenfasst, zur Stellungnahme und legte sie neu auf. In der Verordnung werden Einrichtungen für soziale Dienste auch als nichtgewinnorientierte juristische Personen definiert (§ 2 Abs. 4), was im Einklang mit dem zur öffentlichen Stellungnahme vorgelegten Entwurf der „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung von Einrichtungen für soziale Dienste“ steht, der ohne klaren Grund zum Erliegen kam. Die „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung sozialer Organisationen“ war in den Gesetzgebungsplan des Jahres 2019 des Staatsrats aufgenommen worden. Obwohl sie noch nicht erlassen wurde, ist der gesetzgeberische Wille deutlich wahrnehmbar, und die vorbereitenden Arbeiten für die begrüßte Verordnung wurden durch die Abteilungen für Zivilangelegenheiten landesweit ausgedehnt.²⁹ Es ist wohl nur eine Frage der Zeit, bis private nichtunternehme-

29 Am 16.10.2018 gab die Abteilung für Zivilangelegenheiten „Durchführungsmeinungen“ zur weiteren Stärkung und Verbesserung der Registrierung und Verwaltung von Einrichtungen für soziale Dienste“ heraus, in denen Abteilungen für Zivilangelegenheiten aller Ebenen aufgefordert wurden, „Anträge auf direkte Registrierung von Einrichtungen für soziale Dienste vor der Verkündung der ‚Verordnung über die Registrierung und Verwaltung sozialer Organisationen‘ und der Bekanntgabe der Kriterien zur Klassifizierung sowie der konkreten Maßnahmen durch die Abteilung für Zivilangelegenheiten allerorts streng zu erfassen“ und „die Kontrolle und Prüfung der Zielsetzung, des Geschäftsbereichs, der Eintragung, des Kapitals, der Veranstaltungsorte, des Veranstalters und ernannten Verantwortlichen der Einrichtungen für soziale Dienste praktisch zu verstärken sowie die Satzung der Einrichtungen für soziale Dienste strikt gemäß den Erfor-

rische Einheiten in Gestalt von Partnerschaften des bürgerlichen Rechts in Einrichtungen für soziale Dienste umbenannt werden, was die Transformation in eine juristische Person mit sich brächte.

Obwohl die privaten nichtunternehmerischen Einheiten in Gestalt von Partnerschaften nicht die Gesamtheit der Partnerschaften des bürgerlichen Rechts sind, waren die privaten nichtunternehmerischen Einheiten in Gestalt von Partnerschaften ursprünglich die erste oder sogar einzige Wahl, wenn Partnerschaften des bürgerlichen Rechts eingetragen werden sollten. Nachdem die zu verkündende „Verordnung über die Registrierung und Verwaltung sozialer Organisationen“ die Tür zur Registrierung von Organisationen des Partnerschaftstyps geschlossen hat, wird die neu ergänzte Vorschrift des § 103 Abs. 1 ATZR („Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit müssen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen registriert werden.“) das Überleben der Erscheinungsform der Partnerschaft des bürgerlichen Rechts zwangsläufig zumindest tatsächlich einschränken.³⁰ Bei dem zweiseitigen Angriff werden Partnerschaften des bürgerlichen Rechts, die keine Registrierung erhalten haben, immer von der „Vorläufige[n] Verord-

ernissen des „Mustertextes einer Satzung privater nichtunternehmerischer Einheiten (juristische Personen)“ zu gestatten“.

30 § 92 Abs. 1 des Entwurfs für die erste Lesung des ursprünglichen ATZR regelte ursprünglich: „Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit müssen nach dem Recht registriert werden.“ In den Meinungen zum ersten Entwurf wurde vorgebracht: Ob Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit alle registriert werden müssen, ist eine Diskussion wert. Wenn beispielsweise zivilgesellschaftliche Organisationen wie Radsportmannschaften und Hobbyvereine nicht registriert sind, wird ihre Existenz im Rechtssinne dann nicht anerkannt? In solchen losen Organisationen stellen sich oft zivilrechtliche Fragen wie jene Gefälligkeiten und Pflichten des gemeinsamen Handelns, deren genauere Regelung empfohlen wird. Ferner sollte über die Durchführbarkeit dieser Vorschrift nachgedacht werden, ob auch lose und temporäre Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit registriert werden sollten, ob dies notwendig und möglich ist. Daher wurde diese Vorschrift im zweiten Entwurf in „Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit müssen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen registriert werden“ geändert und so endgültig. Siehe Fn. 2, HU Jihua (扈纪华) (Hrsg.), S. 77. Aus dem Entwurf für die zweite Lesung und den Meinungen aus der ersten Lesung wird deutlich, dass die jetzige Fassung auf die Bedenken zu reagieren scheint, ob nicht alle Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit zu einer Registrierung gezwungen werden sollten, aber aus der sprachlichen Darstellung ist die Neuausrichtung des gesetzgeberischen Willens schwer ersichtlich, und diese Bedenken werden durch die geänderte Wortwahl nicht ausgeräumt. Darüber hinaus, selbst wenn die in den Meinungen zum ersten Entwurf klar zum Ausdruck gebrachte normative Absicht erkennbar wäre, scheint die Freistellung von der Registrierungspflicht zudem auf „lose“ und „temporäre“ Organisationen beschränkt zu sein.

nung über die Abschaffung von Nichtregierungsorganisationen“ betroffen sein.³¹ Unter dieser Struktur wird verständlich, warum der ATZR Partnerschaften des bürgerlichen Rechts keinen Raum lässt.

3. Zusammenfassung

Die AGZR müssen buchstäblich mehr abdecken als der ATZR, und da erstere als „kleines Zivilgesetzbuch“ bezeichnet werden, dürfen sie selbstverständlich nicht durch letzteren ersetzt werden. Allerdings ist der ATZR, wie oben gezeigt, sowohl in Bezug auf seine Struktur als auch seinen Inhalt eine verbesserte Version der AGZR, und seit dem Inkrafttreten des ersteren haben die schon früh reformbedürftigen AGZR keinen Anwendungsraum mehr.

Der Gesetzgeber hat die Aufhebung der AGZR nicht ausdrücklich angeordnet, weil er sich durch den Namen hat irreführen lassen und sich des konkreten Anwendungszusammenhangs nicht bewusst geworden ist; weitere Gründe mögen darin liegen, dass er den AGZR vor dem Beginn der neuen Ära des Zivilgesetzbuches eine letzte Ehre erweisen wollte oder er der Auffassung war, dass die Aufhebung der AGZR bereinigende Arbeiten an einer Reihe folgender Rechtsdokumente ausgelöst hätte und er während der intensiven Kodifikation des Zivilgesetzbuchs nicht für neue Komplikationen sorgen wollte. Schließlich mag sein, dass der Gesetzgeber sich gar keine besonderen Gedanken gemacht hat, sondern sie einfach nicht abschaffen wollte. In diesem Aufsatz geht es nicht um den tatsächlichen Grund für die Nichtaufhebung der AGZR, sondern nur um Folgendes: Warum reicht der normative Inhalt des sogenannten ATZR aus, um die AGZR zu ersetzen? Warum ist der ATZR eigentlich der allgemeine Teil des ZGB? Was bedeutet dies für den Stil der Kodifikation?

31 Ende des 19. Jahrhunderts hat der deutsche Gesetzgeber ausgehend von einer tiefgehenden Wachsamkeit gegenüber politischen, religiösen und gesellschaftlichen Körperschaften zwar nicht alle Körperschaften zu einer Registrierung gezwungen, die Registrierung war jedoch zum einen Voraussetzung für den Erwerb der Rechtsfähigkeit, zum anderen war in § 54 des Gesetzbuches geregelt: Auf nicht rechtsfähige Körperschaften werden die Bestimmungen über die Gesellschaft angewandt. Die Erteilung der Rechtsfähigkeit ist ein Anreiz für eine Registrierung, schafft aber auch Verkehrshindernisse für nichtrechtsfähige Körperschaften. Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016, Rn. 1141 f. In unserer einschlägigen Gesetzgebung ist die Registrierung kein Anreiz mehr, sondern eine Voraussetzung für die Erlangung einer rechtlichen Existenz.

III. Gemeinsame Faktoren und Loseblatt-Spiral

Wenn von einem „allgemeinen Teil“ die Rede ist, wird damit leicht eine andere Redewendung assoziiert: „Ausklammerung“. Dies ist das Erbe der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts und ist bis heute ein formales Kennzeichen des deutschen Rechtssystems. In der Erläuterung zum Entwurf des ATZR heißt es, dass in der Gesetzgebungstechnik die „Methode ‚Ausklammerung‘ angewandt wurde“.³² Dies zeigt anscheinend, dass bei dem ZGB der Volksrepublik China der Pandektenstil angewendet wurde. Ist dies tatsächlich der Fall?

1. Gemeinsame Faktoren

Der Stil des ZGB als der einer „Ausklammerung“ ist ein fast schon klischeehaftes Thema. Der gemeinsame Faktor selbst ist ein mathematisches Konzept und bezieht sich auf denselben Faktor, der in verschiedenen Summanden einer Summe enthalten ist. Konkret im Bereich des Stils des Gesetzbuches bezieht sich der sogenannte allgemeine Teil auf die Extraktion der gemeinsamen Normen der Teilbücher vor die Klammer (Ausklammerung) und deren Positionierung am Anfang eines jeden Buches. Das bedeutet, dass die gemeinsamen Faktoren keineswegs die Quelle der Normen der Teilbücher sind, sondern – im Gegenteil – die gemeinsamen Faktoren aus den konkreten Normen der einzelnen Bücher herrühren. Ihr Bildungsprozess kann mit der folgenden mathematischen Formel ausgedrückt werden: $xa+xb+xc+\dots = x (a+b+c+\dots)$; Ausdrücke wie „Extraktion“ und „vor die Klammer ziehen“ weisen alle eindeutig auf diese Handhabungsrichtung hin. Dies bedeutet auch, dass sich die sogenannten gemeinsamen Faktoren auf die allgemeingültigen Normen aller Bücher beziehen. Der Grund, warum eine bestimmte Norm zu einem gemeinsamen Faktor wird, hat mit der Wichtigkeit des Konzepts oder der Normen nichts zu tun, sondern liegt nur in ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit, sodass nach dem Entfernen der Klammern der gemeinsame Faktor auf die einzelnen Bücher zurückgeführt werden kann, und der Reduktionsprozess kann mit derselben mathematischen Formel ausgedrückt werden: $x (a+b+c+\dots) = xa+xb+xc+\dots$

Ein wichtiger Grund, warum der Gesetzbuchstil des Pandektensystems systematisch so eng verbunden angelegt ist, liegt darin, dass die Normen

32 Siehe oben Fn. 2.

der einzelnen Bücher in den Klammern nach der Extraktion eines gemeinsamen Faktors nicht mehr vollständig sind, während die Faktoren außerhalb der Klammern, da sie nur gemeinsame Teile sind, selbstverständlich unvollständig sind, wodurch eine sogenannte „doppelte Unvollständigkeit“ entsteht.³³ Je geringer der Grad der Vollständigkeit der einzelnen Bücher des Gesetzbuches ist, desto höher ist der Grad der gegenseitigen Abhängigkeit und desto stärker ist der „systematische Charakter“.

Dies wirkt sich auf das Verständnis eines wichtigen Ausdrucks in den Erläuterungen des Entwurfs aus, was sich wiederum auf die Positionierung des ATZR in dem Gesetzbuch auswirkt. In diesem Aufsatz wurden bereits mehrere Auszüge aus dieser zum Nachdenken anregenden Darstellung zitiert, aber zur Veranschaulichung ist es notwendig, sie vollständig zu zitieren:

Der ATZR ist das Eröffnungsbuch des ZGB und erfüllt eine führende Funktion in dem ZGB. Der ATZR regelt die allgemeinen Grundsätze und Regeln, die bei Zivilgeschäften zu befolgen sind, und überspannt die verschiedenen Teilbücher des ZGB; die verschiedenen Teilbücher treffen auf der Grundlage des allgemeinen Teils konkrete Bestimmungen über einzelne Punkte des zivilrechtlichen Systems. Der Entwurf des ATZR basiert auf dem Entwurf der AGZR aus dem Jahr 1986, übernimmt die Methode ‚gemeinsame Faktoren extrahieren‘ und integriert die allgemein anwendbaren und führenden Bestimmungen des Zivilrechtssystems in den Entwurf, und zwar grundlegende Bestimmungen des Zivilrechtssystems wie die Grundprinzipien des Zivilrechts, die Zivilrechtssubjekte, die zivilen Rechte, die zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte, die zivile Haftung und die Klageverjährung, die nicht nur den grundlegenden Rahmen des zivilen Rechtssystems unseres Landes bilden, sondern auch die Grundlage für die Bestimmungen der einzelnen Teilbücher gewähren.³⁴

Dieser Auszug ist eine konzentrierte Darstellung des Verhältnisses zwischen den AGZR und den verschiedenen Büchern des ZGB, aus der auch die funktionale Positionierung des ATZR durch den Gesetzgeber ersichtlich wird. Der Kern dieses Absatzes liegt in dessen letztem Satz: „Es

33 ZHU Qingyu (朱庆育), Rationalität der Kodifikation und Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (法典理性与民法总则), Peking University Law Journal (中外法学) 2010, Nr. 4, S. 494; WU Xiangxiang (吴香香), Die Systematisierung der Basis der Anspruchsgrundlagen bei der Zusammenstellung des Zivilgesetzbuches (民法典编纂中请求权基础的体系化), Social Sciences in Yunnan (云南社会科学) 2019, Nr. 5, S. 99.

34 Siehe oben Fn. 2.

wird nicht nur der grundlegende Rahmen unseres zivilen Rechtssystems festgelegt, sondern auch eine Grundlage für die Bestimmungen der einzelnen Teilbücher gewährt.“ Ersteres entspricht „allgemein“ und „universell“, letzteres drückt „übergreifend“ und „führend“ aus.

Logischerweise bedeutet die Positionierung des allgemeinen Teils am Beginn der jeweiligen Bücher jedoch nicht, dass der allgemeine Teil den von dem Gesetzgeber erhofften „übergreifenden Charakter“ hat. In dem mathematischen Ausdruck $x(a+b+c+\dots)$ ist der Grund für die Positionierung von x vor der Klammer nicht, dass x einen „übergreifenden Charakter“ besitzt, sondern wie oben festgestellt, xa , xb und xc einen „gemeinsamen Charakter“ haben und x nicht wegen seiner Relevanz vor die Klammer gestellt wurde, sondern aus Bequemlichkeit oder Gründen der formalen Ästhetik.³⁵ Dass der ATZR vor den Teilbüchern des ZGB entworfen wurde, impliziert nicht, dass man auf dieser Grundlage überzeugt davon sein kann, dass die Normen aus dem ATZR herrühren. Ein schlüssigerer Verständnisansatz ist der folgende: Dass der allgemeine Teil des ZGB zuerst entworfen werden konnte, deutet gerade darauf hin, dass die Inhalte der Teilbücher im Wesentlichen bereits ausgereift waren. Andernfalls wäre es schwierig, den gemeinsamen Faktor x genau aus der Klammer zu extrahieren. Wenn also der ATZR tatsächlich das Ergebnis der Technik der „Ausklammerung“ ist, sollte es keine Möglichkeit geben, „eine Grundlage für die Bestimmungen der Teilbücher zu bilden“, und die konkreten Bestimmungen der Teilbücher sollten nicht auf dem ATZR beruhen können.

Schließlich ergibt sich der gemeinsame Teiler aus den verschiedenen Summanden und nicht umgekehrt. Genauso besitzt der ATZR als gemeinsamer Faktor nicht die Fähigkeit, den „grundlegenden Rahmen des Zivilrechtssystems“ zu bilden, so wie es auch aus dem „Deutsche[n] Bürgerliche[n] Gesetzbuch“ ersichtlich ist.

35 Der Stil der Ausklammerung tauchte in Anfängen bereits im „Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuch“ aus dem Jahr 1812 auf. Neben den 14 einleitenden zivilrechtlichen Grundregeln (Einleitung: von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt) ist der Text in drei Bücher geteilt: das erste Buch über die Personenrechte (Von dem Recht der Personen), das zweite Buch über die Sachenrechte (Von dem Sachenrechte) und das dritte Buch mit gemeinsamen Bestimmungen für Personen- und Sachenrechte (Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte). Davon befinden sich die gemeinschaftlichen Bestimmungen (gemeinsame Faktoren) im letzten Teil.

Tatsächlich verfolgt der ATZR nicht nur die Rahmenbestimmungen der AGZR,³⁶ sondern reicht in der Tat aus, um die AGZR zu ersetzen.

Wenn man die Unkenntnis des Gesetzgebers über den „extrahierten gemeinsamen Faktor“ nicht einfach anprangern will, sondern sich um ein „mitfühlendes Verständnis“ bemüht, dann bleibt wohl nur die folgende Erklärung: Diese „Ausklammerung“ entspricht nicht „jener Ausklammerung“, dieser „allgemeine Teil des Zivilrechts“ entspricht auch nicht jenem „allgemeinen Teil des Zivilrechts“. Auf diese Weise wird die Frage „Warum ist der ‚allgemeine Teil‘, wenn er als solcher bezeichnet wird, ausreichend, um die ‚allgemeinen Grundsätze‘ zu ersetzen?“ ein wenig entschärft.

Die folgende Frage bleibt jedoch unbeantwortet: Wie ist „jener allgemeine Teil des Zivilrechts“ zu verstehen, der nicht „dieser allgemeine Teil des Zivilrechts“ ist? Da es ein Hindernis zu geben scheint, unseren ATZR mithilfe des traditionellen Konzepts des allgemeinen Teils zu verstehen, könnte es nützlich sein, den Blickwinkel auf die Frage ein wenig zu ändern: Welchen Stil verfolgt der Gesetzgeber unter dem Namen ATZR?

2. Präambel?

Aus der Erläuterung des Entwurfs des ATZR wird deutlich, dass die grundlegende Orientierung des Gesetzgebers bei dem ATZR „übergreifend“ und „allgemein“ ist, wodurch die Bedeutung und der grundlegende Charakter der Normen des allgemeinen Teils hervorgehoben werden. Diese funk-

36 Die Darstellung in der Erläuterung des Entwurfs des ATZR, „es seien Regelungen grundlegender Zivilrechtssysteme wie über die Grundprinzipien, zivilen Subjekte, zivilen Rechte, Zivilrechtsgeschäfte, zivile Haftung und Klageverjährung getroffen worden“, stimmt mit der Erläuterung des Entwurfs der AGZR von vor 30 Jahren überein: Der Grund, warum die AGZR geregelt wurden, ist: „Es fehlen noch gesetzliche Bestimmungen über einige allgemeine Fragen von Zivilgeschäften wie jene nach der rechtlichen Stellung von Bürgern und juristischen Personen, Zivilrechtsgeschäften, der zivilen Vertretung, den zivilen Rechten, der zivilen Haftung und der Verjährung“, WANG Hanbin (王汉斌), Erläuterung zu den „Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der Volksrepublik China (Entwurf)“ – 2. April 1986 auf der vierten Sitzung des Sechsten NVK (关于〈中华人民共和国民事诉讼法通则(草案)〉的说明——1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上), in: HE Qinhuā (何勤华)/LI Xiuqing (李秀清)/CHEN Yi (陈颐) (Hrsg.), Ein Überblick über den Entwurf der neuen chinesischen Zivilrechtskodifikation (erweiterte Ausgabe) (chinesischer Band) (新中国民法典草案总览(增订本)(中卷)), Peking 2017, S. 1353.

tionale Positionierung liegt weit entfernt von dem allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, dem in unserem Rechtssystem die Präambel unserer Verfassung am nächsten kommt. Tatsächlich erfolgte die Formulierung der AGZR zeitgleich mit dem Abschluss der Verfassungsänderung im Jahr 1982 und der Gesetzgeber erwog, dieses programmatische, eigenständige zivilrechtliche Gesetz „Präambel des Zivilrechts“ zu nennen. Erlebt das unerreichte Ziel einer zivilrechtlichen Präambel mit der Einführung des Zivilgesetzbuches ein Comeback? Der Stil, dass ein Gesetz mit einer Präambel beginnt, wurde erstmalig mit der Verfassung im Jahr 1949 in Gestalt des als „Vorläufige Verfassung“ bezeichneten „Gemeinsame[n] Programm[s] der Politischen Konsultativkonferenz des Chinesischen Volkes“ geschaffen, das in die Verfassung aus dem Jahr 1954 aufgenommen wurde und dem seither gefolgt wird.³⁷ „Die sogenannte ‚Präambel‘ bezieht sich auf die grundlegenden Prinzipien, die den wichtigsten Teil des Inhalts der Verfassung ausmachen und daher zur so genannten ‚grundlegenden Staatspolitik‘ gehören. Die grundlegende Staatspolitik sind die grundlegende Richtung und die Prinzipien, die die gesamte Entwicklung eines Landes bestimmen.“³⁸ Die Präambel der Verfassung mit der grundlegenden Staatspolitik ist einzigartig, und Herr Professor CHEN Xinmin bezeichnet sie als „dritte Struktur“.³⁹ In der Verfassungsgeschichte waren die meisten der Verfassungen, in die grundlegende Staatspolitiken Einzug gefunden haben, sozialistische Verfassungen,⁴⁰ deren Ursprung in der sowjetisch-russischen Verfassung aus dem Jahr 1918 lag, aber ein separates, als „Präambel“ bezeichnetes allgemeines Kapitel, war selbst in sozialistischen Ländern selten.⁴¹

37 XU Chongde (许崇德), *Geschichte der Verfassung der Volksrepublik China* (Band 1), Fujian 2005, S. 144 f., 176.

38 CHEN Xinmin (陈新民), in: ZHANG Qianfan (张千帆) (Hrsg.), *Die Verfassung (宪法)*, 2. Auflage, Peking 2012, S. 28.

39 CHEN Xinmin, Fn. 38, S. 29.

40 XU Chongde (许崇德)/HU Jinguang (胡锦涛主) (Hrsg.), *Die Verfassung*, 6. Auflage, Peking 2018, S. 16.

41 Nach der Entstehung des Verfassungsentwurfs im Jahr 1954 drückte Liu Shaoqi im Namen des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas über die sowjetische Botschaft in China die Hoffnung aus, „dass das Zentralkomitee der Kommunistischen Partei der Sowjetunion eine umfassende Stellungnahme zu dem Verfassungsentwurf der Volksrepublik China abgeben würde“. Obwohl die sowjetische Seite keine Stellungnahme im Namen des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei der Sowjetunion vorlegte, antworteten einige hochrangige sowjetische, in China ansässige Rechtsexperten getrennt darauf. In Bezug auf die Präambel gab es ein hohes Maß an Übereinstimmung und es wurde einhellig die Aufgabe der Praxis vorgeschlagen, „Präambel“ als Kapitelnamen zu verwenden.

Im Allgemeinen liegt der Schwerpunkt in den Vorschriften der Präambel der „Verfassung“ vorwiegend auf der politischen Anleitung, meist mit richtungsweisendem Charakter oder Verfassungsauftragscharakter, und sie entfalten eher weniger eine direkte normative Wirkung,⁴² sondern sind eher dazu bestimmt, einen Rahmen oder eine Grundlage für die konkrete Gesetzgebung zu bilden. Der Analyse von Herrn Professor CHEN Xinmin zufolge lassen sich die Vorschriften der Präambel der geltenden Verfassung Chinas in vier Kategorien einteilen⁴³: Erstens werden sie als politische Leitlinien betrachtet, „welche die grundlegende Staatspolitik in einem abstrakten Sinne sowie jene Inhalte umfassen, die durch Politik gestaltet werden müssen.“ Erfasst sind beispielsweise Aspekte der Staatspolitik wie das Sozialsystem, das Wirtschaftssystem und das Kultur- und Bildungswesen. Der Zweck solcher Bestimmungen besteht in einer Richtungsvorgabe für die staatliche Entwicklung, und sie sind im Wesentlichen nur von politischer Bedeutung. Ferner sind sie verfassungsrechtlicher Auftrag, dessen normative Wirkung von der aktiven Gesetzgebung des Gesetzgebers abhängt. Überdies erfordert auch die erste Kategorie politischer Bestimmungen eine aktive Gesetzgebung, um normative Wirkung zu entfalten. Die dritte Kategorie, die als institutionelle Garantie gesehen wird, und die vierte Kategorie, die als öffentliches Recht betrachtet wird, sind eben-

Darunter heißt es in dem Gutachten eines sowjetischen, in China ansässigen Rechtsexperten am detailliertesten: „Die Genauigkeit und Klarheit der Bezeichnungen von Kapiteln einer Verfassung sind für das Verfassungsdokument von großer Bedeutung. Die Bezeichnungen der Kapitel sollten den Inhalt der darin enthaltenen Bestimmungen wiedergeben.“ „Der Titel des ersten Kapitels der Verfassung der Volksrepublik China, ‚Präambel‘, kommt dieser Forderung nicht nach. Diese Bezeichnung ist vielleicht für die Präambel angemessen, aber sie ist nicht für den Titel des ersten Kapitels geeignet, das eindeutige Inhalte und konkrete Standards enthalten sollte, um das in der Volksrepublik China errichtete Gesellschaftssystem zu festigen.“ „Deshalb wäre es, wie in der sowjetischen Verfassung und nahezu allen Verfassungen von Volksdemokratien, genauer und korrekter, das erste Kapitel in „Gesellschaftssystem“ umzubenennen.“ SHEN Zhijia (沈志华) (Hrsg.), *Ausgewählte russische freigegebene Archive: Chinesisch-sowjetische Beziehungen* (Band 5) (俄罗斯解密档案选编: 中苏关系(第5卷)), Shanghai 2015, S. 29, 32, 34 f., 38, 43, 48.

- 42 Zu Beginn der Verfassungsrevision im Jahr 1982 trat auch die Mehrheit der Mitglieder des Sekretariats des Verfassungsrevisionskomitees dafür ein, den Namen der Präambel nicht mehr zu verwenden, denn „die Verfassung ist das Grundgesetz, die Summe der wichtigsten Normen und sollte sich zumindest in ihrer Form klar von den Programmen der politischen Parteien und Körperschaften unterscheiden“. Siehe oben Fn. 37, S. 355.
- 43 CHEN Xinmin, Fn. 38, S. 45 f.

falls Verfassungsaufträge. Beide betreffen Grundrechte, die systematisch unter das zweite Kapitel der Verfassung mit dem Titel „Grundrechte und -pflichten der Bürger“ gefasst werden können. In dieser Hinsicht mag die gesetzgeberische Erwartung von dem AT ZGB, „eine Grundlage für die Bestimmungen der Teilbücher zu bilden“, mitschwingen. Da gleichzeitig viele Vorschriften der Präambel direkt oder indirekt mit dem Schutz von Grundrechten verbunden sind, ist es allmählich zu einer neuen Richtung in der Verfassungsauslegung unseres Landes geworden, eine Verbindung zwischen dem allgemeinen Kapitel und dem Kapitel über die Grundrechte zu schaffen, um den normativen Charakter der Präambel zu bekräftigen,⁴⁴ was im Einklang damit steht, dass der ATZR durch den Schutz der zivilen Rechte hervorsticht. Das Anzeichen, dass der AT ZGB eine Präambel darstellt, ist vage zu erkennen.

Es ist indes nicht notwendig, das ZGB in Richtung einer Präambel im verfassungsrechtlichen Sinne auszulegen. Ein wichtiger Grund ist, dass die politische Aussagefähigkeit der Präambel der Verfassung überaus stark ist - zu stark für das Zivilrecht, das eine Entpolitisierung verfolgt. Da die Grundrechte zudem die normativen Eigenschaften der Präambel der „Verfassung“ umformen können, befinden sich diese Bemühungen genau auf dem Weg, den Stil der Präambel zu schwächen oder sogar abzuschaffen. Das Zivilrecht muss natürlich nicht gegen den Strom schwimmen und den Charakter des allgemeinen Teils als Präambel bekräftigen. Ferner hat die Aufzählung der Grundrechte in der Verfassung nicht dieselbe Bedeutung wie die Aufzählung der zivilen Rechte im Zivilrecht.

Zwar ist es nicht ratsam, sich dieser Interpretation anzuschließen, das Einführen einer vergleichenden Perspektive mit der Präambel der „Verfassung“ ist dennoch aufschlussreich. Außer der potenziellen Warnung, wichtiger noch, aus der Perspektive einer Analogie zwischen der Aufzählung der Grundrechte in der Verfassung und der Aufzählung der Zivilrechte im Zivilrecht, kann möglicherweise ein Ausweg für eine zweckmäßige Positionierung des ATZR der VR China gefunden werden.

44 WANG Liwan (王理万), Institutionalisierte Rechte: Über die Wechselwirkung zwischen der Präambel der Verfassung und den Grundrechten (制度性权利: 论宪法总纲与基本权利的交互模式), *Zhejiang Social Sciences* (浙江社会科学) 2019, Nr. 1, S. 32-40.

3. Loseblatt-Spiral

Vor den AGZR war in den amtlichen Erläuterungen zur Gesetzgebung nie bekannt, was die „Ausklammerung“ ist, und in dieser Hinsicht kann die Erläuterung dieses Entwurfs als Meilenstein bezeichnet werden. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist ein Leitbild für die Ausklammerung, und Rechtsgeschäfte sind die auffälligsten gemeinsamen Faktoren. Mit diesem Kriterium scheint die Existenz der Ausklammerung in der VR China zweifellos, da Rechtsgeschäfte im ATZR zentral geregelt sind. Ob und in welchem Sinne oder Umfang Rechtsgeschäfte eine Ausklammerung bilden, hängt jedoch nicht von dem allgemeinen Teil des ZGB selbst, sondern von der Logik ab, die dem Aufbau der Teilbücher zugrunde liegt. Zwecks weiterer Beobachtungen ist ein kurzer Rückblick auf den Kodifikationsprozess des ZGB vonnöten.

Im Mai 1982, nachdem der vierte Entwurf des Zivilrechts fertiggestellt worden war, wurde die Auflösung der Redaktionsgruppe verkündet.⁴⁵ Anschließend beschloss Peng Zhen, zu der Zeit Vorsitzender des Ständigen Ausschusses des NVK, die vorläufige Aufgabe des Zivilgesetzbuches und stattdessen ein allgemeines zivilrechtliches eigenständiges Gesetz anzustreben.⁴⁶ Dieses eigenständige Gesetz wurde schließlich als AGZR bezeichnet, und sein Inhalt basierte auf dem vierten Entwurf des Zivilrechts.⁴⁷

Bei der Durchsicht des vierten Entwurfs des Zivilrechts wird sichtbar, dass eines seiner Stilmerekmale darin besteht, dass es keinen allgemeinen Teil gibt.⁴⁸ Der vierte Entwurf des Zivilrechts ist in acht Büchern mit den folgenden Inhalten gegliedert: Das erste Buch enthält die Aufgabe des Zivilrechts und allgemeinen Grundsätze, das zweite Buch die Zivilsubjekte, das dritte Buch die Vermögens- und Eigentumsrechte, das vierte Buch den Vertrag, das fünfte Buch die Rechte an geistigem Eigentum, das sechste Buch das Erbrecht, das siebte Buch die zivile Haftung und das achte

45 Redaktionsgruppe PENG Zhenchuan (彭真传) (Band 4), Peking 2012, S. 1544 f.

46 Siehe oben Fn. 45, S. 1545-1547.

47 PENG Chong (彭冲), Rede des stellvertretenden Vorsitzenden Peng Chong auf dem nationalen Symposium über die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (Entwurf) (4.12.1985) (《彭冲副委员长在全国〈民法通则(草案)〉座谈会上的讲话》(1985年12月4日)), in: siehe oben Fn. 36, S. 1348.

48 Aus der im Jahr 1979 begonnenen dritten Ausarbeitung des Zivilrechts gingen vier Entwürfe hervor, von denen der erste und zweite Entwurf einen allgemeinen Teil und ein besonderes Kapitel mit Bestimmungen über Rechtsgeschäfte enthielten, während der dritte und vierte Entwurf keinen allgemeinen Teil enthielten und in ihnen auch der Begriff des Rechtsgeschäfts aufgegeben wurde, siehe oben Fn. 36, S. 1151-1342.

Buch drei Kapitel mit anderen Bestimmungen über Fristen, die Klageverjährung und den Anwendungsbereich.⁴⁹ Die Anordnungslogik des vierten Entwurfs des Zivilrechts ist einfach und klar: Subjekte – verschiedene Rechte – zivile Haftung (Rechtsbehelf).

In den AGZR wurden das dritte bis sechste Buch des vierten Entwurfs des Zivilrechts in einem fünften Kapitel zusammengefasst, und ein viertes Kapitel „Zivilrechtshandlungen und Vertretung“ wurde hinzugefügt. Durch die Existenz des vierten Kapitels wurden Rechtsgeschäfte bei der Auslegung immer als Inhalt des allgemeinen Teils gesehen. Es ist indes unklar, wie das künftige Zivilgesetzbuch auf der Grundlage der AGZR aufgebaut sein wird, und es ist ferner unklar, wie die Teilbücher des künftigen Zivilgesetzbuchs aufgebaut sein werden, wenn es über einen allgemeinen Teil verfügt. Die Einbeziehung von Rechtsgeschäften als Inhalt des allgemeinen Teils ist daher weniger eine Demonstration der Kenntnis unseres ZGB als vielmehr eine theoretische Vorstellung, die auf dem Gesetzbuchrahmen des deutschen Rechtssystems beruht. Die Frage besteht darin: Bewegt sich unser ZGB zwangsläufig in Richtung des Pandektensystems?

Nicht das vierte, sondern das fünfte Kapitel der AGZR hat am meisten Aufmerksamkeit und Achtung erfahren. Da die AGZR den Schutz der zivilen Rechte zum ersten Mal in Gestalt eines zivilen Grundgesetzes bestätigten sowie verschiedene Zivilrechte detailliert aufzählten, sind die AGZR bekannt als „Chinas Erklärung der Rechte“,⁵⁰ und so wurde ein auf Rechtstypen basierendes Muster der Gesetzgebung eröffnet.

Die Zeit rückte schnell bis in das Jahr 2002 vor. In diesem Jahr befasste sich der Ständige Ausschuss des NVK mit dem Entwurf des Zivilgesetzbuches, und leitete den vierten Kodifizierungsprozess des Zivilgesetzbuches ein. Möglicherweise aufgrund der Schnelligkeit dieses Vorgangs wurde nach dieser Prüfung und Diskussion nichts weiter unternommen, und sie erregte nicht viel Aufmerksamkeit. Doch tatsächlich wurden der Stil des Gesetzbuches und die Logik seiner Anordnung bereits in dem Entwurf offengelegt.

Am 20. Februar 2002 schrieb Li Peng, damals Vorsitzender des Ständigen Ausschusses des NVK, in sein Tagebuch: „Ich habe mit einem stellvertretenden Vorsitzenden gesprochen und gehofft, dass wir alle zusammenarbeiten und beenden, was begonnen wurde, damit wir die Arbeit dieser Sitzung des NVK erledigen und die verschiedenen Aufgaben erfolgreich

49 Siehe oben Fn. 36, S. 1295-1342.

50 Siehe oben Fn. 45, S. 1561.

abschließen. Ich sagte ferner, dass die Ausarbeitung des Zivilgesetzbuchs den Inhalt des Sachenrechtsgesetzes umfasst und danach gestrebt wurde, sie dem Ständigen Ausschuss des NVK zur ersten Lesung vorzulegen und dem nächsten Volkskongress zur Fertigstellung zu überlassen, womit er einverstanden war.⁵¹ Im Dezember 2002, am Vorabend des Wechsels des Volkskongresses, befasste sich der Ständige Ausschuss des Neunten NVK auf seiner 31. Sitzung mit dem Entwurf des Zivilgesetzbuches. Dieser Entwurf des Zivilgesetzbuchs wurde in neun Bücher unterteilt, der Inhalt in folgender Reihenfolge angeordnet: das erste Buch mit dem allgemeinen Teil, das zweite Buch mit dem Sachenrechtsgesetz, das dritte Buch mit dem Vertragsgesetz, das vierte Buch mit den Persönlichkeitsrechten, das fünfte Buch mit dem Eherecht, das sechste Buch mit dem Adoptionsrecht, das siebte Buch mit dem Erbrecht, das achte Buch mit dem Recht über die Haftung für unerlaubte Handlungen und das neunte Buch über die Rechtsanwendung bei Zivilrechtsbeziehungen mit Auslandsbezug.⁵² Darunter war das Buch mit dem allgemeinen Teil eine leicht geänderte Version der AGZR, das Buch mit dem Sachenrechtsgesetz war der Entwurf des Sachenrechtsgesetzes, der zu dem Zeitpunkt gerade beraten wurde, das Buch mit dem Vertragsgesetz, das Buch mit dem Eherecht, das Buch mit dem Adoptionsrecht und das Buch mit dem Erbrecht waren die zu dem Zeitpunkt in Kraft befindlichen eigenständigen Gesetze, das Buch über die Persönlichkeitsrechte, das Buch über unerlaubte Handlungen und das Buch über die Rechtsanwendung bei Zivilrechtsbeziehungen mit Auslandsbezug waren neue Entwürfe.

Vertreter der Rechtswissenschaftler begrüßten den Entwurf. In der Stellungnahme zur Prüfung und Diskussion des Entwurfs sagte „das Ausschussmitglied des Finanz- und Wirtschaftsausschusses Wang Liming, dass die größte Besonderheit des Entwurfs des Zivilgesetzes ist, dass der Schutz der Bürger und der zivilen Rechte der juristischen Personen hervorgehoben wird; es handelt sich um eine Erklärung der Rechte. [...] In dem besonderen Teil wurde ferner ein gesondertes Buch über die zivilrechtliche Haftung für unerlaubte Handlungen errichtet, das den Gesetzgebungsstil der Zivilgesetzbücher der kontinentalen Rechtssysteme durchbricht und es Bürgern und juristischen Personen ermöglicht, verschiedene Rechtsbehelfe zu ergreifen, nachdem ihre Rechte verletzt wurden.“⁵³ „Das Ausschuss-

51 LI Peng (李鹏), *Gesetzgebung und Überwachung - das NVK-Tagebuch von Li Peng (Zweiter Band) (立法与监督——李鹏人大日记 (下册))*, Peking 2006, S. 734.

52 Siehe oben Fn. 36, S. 1483-1542.

53 Siehe oben Fn. 51, S. 744.

mitglied Wang Jiafu sagte, [...] dass der Entwurf des Zivilgesetzes einige Besonderheiten aufweist: Erstens enthält er eine umfassende Aufzählung der zivilen Rechte und ist eine Erklärung der zivilen Rechte der chinesischen Bürger und juristischen Personen. Zweitens hebt er den Schutz von Persönlichkeitsrechten hervor und zeigt, dass das China des 21. Jahrhunderts die Würde und den Wert der Menschen mehr achtet. [...] Viertens, die Haftung für unerlaubte Handlungen wird als ein Buch geregelt.⁵⁴

Dementsprechend äußerte Li Peng in Bezug auf den Stil des Gesetzbuches:

Es wurden zwei Stile diskutiert, einer davon war es, einen Paragraphen nach dem anderen zu erarbeiten, insgesamt mehr als 1500 Paragraphen. Während der Diskussion hatte ich den Eindruck, dass viele konkrete Probleme nicht gut zu behandeln waren, und nachträgliche Ergänzungen und Änderungen waren nicht zweckmäßig. Der andere Stil war die Methode der unabhängigen Teilung der einzelnen Bücher, bei der jedes eigenständige Gesetz separat kodifiziert werden kann, während sie zusammen ein einheitliches System bilden. Dies ist eine Besonderheit dieses Entwurfs des Zivilgesetzes, und es ist eine innovative Besonderheit. Der Vorteil eines solchen Stils ist, dass er sich an gesellschaftliche Veränderungen anpassen kann. Der jetzige Entwurf des Zivilrechts besteht aus neun Büchern, indes sind die mit dem zivilen Leben in Beziehung stehenden eigenständigen Gesetze keineswegs nur diese neun Bücher, sondern umfassen noch sehr viele andere Inhalte. Es können weiterhin neue eigenständige Gesetze entworfen und formuliert werden und sie können, wenn sie ausgereift sind, in ein zehntes, elftes und zwölftes Buch aufgenommen werden, sodass es eine große Flexibilität bei diesem Stil der Kodifizierung gibt. Wenn ein Buch ausgereift ist, wird es hinzugefügt.⁵⁵

Dies ist bislang vielleicht die klarste Aussage, die die Verantwortlichen in Bezug auf den Stil des Gesetzbuches getroffen haben. Aus Sicht der Verantwortlichen war die sogenannte Kodifizierung des Gesetzbuches nichts anderes als die Zusammenstellung verschiedener eigenständiger Gesetze, und der Prozess hierbei wurde „offen“ oder „flexibel“ gehalten, sodass jedes eigenständige Gesetz entsprechend seiner sichtbaren Bedürfnisse in das Gesetzbuch integriert wurde. Daher gab es bei der Zusammenstellung des Gesetzbuches keine feste Anzahl, und eine feste Anzahl war auch nicht angemessen. Gleichzeitig, angesichts zweckmäßiger Ergänzungen und Änderungen, ist es nicht angebracht, dass die verschiedenen Bücher

54 Siehe oben Fn. 51, S. 745.

55 Siehe oben Fn. 51, S. 744.

des Gesetzbuches zu eng miteinander verbunden sind, und die direkte Aufspaltung der einzelnen Bücher in eigenständige Gesetze sollte möglich sein.

Offensichtlich beruht die Anordnung des Entwurfs des Zivilgesetzbuches aus dem Jahr 2002 auf folgender grundlegender Logik: Der allgemeine Teil des ZGB, der aus einer Umwandlung der AGZR hervorgegangen ist, zählte die zivilen Rechte so umfassend wie möglich auf, anschließend setzten die Teilbücher diese Rechte eins nach dem anderen um, und schließlich bildete den abschließenden Teil das Buch über die deliktische Haftung, das den Rechtsbehelf darstellte. Dies „ist eine Schöpfung“ eines Gesetzbuchstils oder was als Loseblattgesetzbuch bezeichnet werden kann. Jedes Buch des Gesetzbuchs ist ein loses Blatt, das nach Bedarf eingefügt und entfernt werden kann, ohne einen Einfluss auf die anderen losen Blätter zu haben. Jedes lose Blatt ist nicht nur unabhängig, sondern existiert zudem als Seite im Loseblattbuch, und sie bilden zusammen ein Ganzes. Bei dem Klemmring, der die losen Blätter verbindet, handelt es sich um eine Aufzählung der Typen ziviler Rechte. Obwohl die Anzahl der Seiten in dem Loseblattwerk nicht festgelegt ist, wird sie dennoch durch das Loseblatt-Spiral begrenzt, welche durch ihre maximale Kapazität begrenzt ist. Die „maximale Kapazität“ der Kodifikation ist die Anzahl der aufgezählten Rechte. Hätte man den Teil, in dem die verschiedenen zivilen Rechte aufgezählt und definiert werden, als „Bücher“ bezeichnet, könnte er eigentlich als „Buch der Präambel“ bezeichnet werden, und nach der Redensart „Beim großen Wurf öffnen sich die Löcher des Netzes.“ würden die einzelnen Bücher nacheinander miteinander verbunden. Da die „Präambel“ indes bereits mit einem unverwechselbaren Verfassungsabdruck versehen ist, ist es kein Problem, wenn der Gesetzgeber von einem „allgemeinen Teil“ spricht; man muss bei der Auslegung schlicht durch das dichte Geflecht von Ausdrücken dringen und verstehen, dass dieser „allgemeine Teil“ nicht dem anderen „allgemeinen Teil“ entspricht.

Diese Anordnungslogik hat bis heute Bestand. In einem kürzlich erschienenen Aufsatz wies Herr Professor WANG Liming deutlich darauf hin: „Der Entwurf der verschiedenen Teilbücher des Zivilgesetzbuches, der bereits öffentlich bekannt gemacht wurde, wurde mit den zivilen Rechten als Mittelpunkt errichtet, nämlich dem Sachenrecht, den vertraglichen Pflichten, den Persönlichkeitsrechten, den Rechten der Ehe und Familie (dem Verwandtschaftsrecht), dem Erbrecht sowie dem Gesetz zum Schutz der Rechte, und zwar dem Buch über die deliktische Haftung. [...] Tatsächlich sind die Teilbücher des Zivilgesetzbuches das Erbe und die Entwicklung der zivilrechtlichen Gesetzgebungstradition unseres Landes seit dem Inkrafttreten der AGZR. Dieses System ist eine gewichtige Weiterent-

wicklung des fünfgliedrigen Pandektensystems. Insbesondere die getrennte Anordnung der Persönlichkeitsrechte und der Haftung für unerlaubte Handlungen in separate Bücher ist förderlich, um den Systemfehler des Pandektensystems der ‚stärkeren Gewichtung von Sachen über Menschen‘ zu überwinden.“⁵⁶

Auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist in Bücher nach zivilen Rechten unterteilt. Abgesehen von einigen „Fragmenten“ wie der [unzulässigen] Rechtsausübung und der Selbsthilfe treffen die Rechtsnormen seines allgemeinen Teils jedoch nahezu keine Aussage über das Konzept der Rechte selbst und die Klassifizierung von Rechten. Dies liegt nicht unbedingt daran, dass der deutsche Gesetzgeber den zivilen Rechten weniger Bedeutung beimisst als wir, sondern vielmehr daran, dass die Wirkungen der statischen Rechte so weit voneinander entfernt liegen, dass es schwierig ist, gemeinsame Normen zu extrahieren, die für verschiedene Rechtstypen geeignet sind.⁵⁷ Das Rechtsgeschäft ist das einzige Element der Normen des allgemeinen Teils des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, das tatsächlich als gemeinsamer Faktor bezeichnet werden kann,⁵⁸ und aus Sicht der Rechte ist dies die Norm für dynamische Rechtsänderungen. Mit anderen Worten: Obwohl die Typen der subjektiven Rechte den roten Faden für die verschiedenen Teilbücher des deutschen BGB bilden, sind die daraus extrahierten Elemente keine Normen der subjektiven Rechte aus einer statischen Perspektive, sondern Normen von Rechtsänderungen aus einer dynamischen.

Mindestens seit dem Beginn der AGZR geht unser Verständnis des ATZR allerdings langsam in eine andere Richtung als in Deutschland. Wie oben erwähnt, wurden in dem Entwurf der AGZR die Rechtsbücher des vierten Entwurfs des Zivilrechts aus dem Jahr 1982 zu einem fünften Kapitel zusammengefasst, und seitdem hat sich die zivile Einzelgesetzgebung unseres Landes an den Rechten als Anhaltspunkt orientiert. Der Gesetzgeber vertraut darauf, dass die AGZR die Quelle der Rechte sind; je umfassender die Aufzählung der Rechte in den AGZR, desto mehr Einzel-

56 WANG Liming (王利明), Die Kodifizierung des Zivilgesetzbuches und die Entwicklung des chinesischen Zivilrechtssystems (民法典编纂与中国民法学体系的发展), *The Jurist (法学家)* 2019, Nr. 3, S. 74.

57 ZHU Qingyu (朱庆育), Eine allgemeine Übersicht über das Zivilrecht (民法总论), 2. Auflage, Peking 2016, S. 29-31.

58 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung (近代私法史——以德意志的发展为观察重点)*, übersetzt von CHEN Ai'e (陈爱娥) und HUANG Jianhui (黄建辉), Shanghai 2006, S. 466f.

gesetzgebung ging daraus hervor, was bedeutete, dass die zivilen Rechte mehr Beachtung erfuhren und der Schutz der Rechte intensiviert wurde. Wenn die Einzelgesetzgebung für Zivilsachen dazu tendiert, vollständig zu sein, werden die Bedingungen für die Festsetzung eines Zivilgesetzbuches reif sein. Als die eigenständigen Gesetze geordnet und eingruppiert wurden, entstand ein „kreatives“ Zivilgesetzbuch mit chinesischen Besonderheiten. Die AGZR, die leicht geändert und in allgemeiner Teil des ZGB umbenannt wurden, haben die große Verantwortung übernommen, dessen unaufhaltsamer Motor zu sein, und sich mit den einzelnen Büchern zusammen in die Welt der Zivilgesetzbücher einzugliedern. Anhand dieses Gedankengangs kann man verstehen, warum das Konzept des Gesetzbuches aus dem Jahr 2002 bis heute Bestand hat, warum der ATZR die wichtige Aufgabe übernimmt, „eine Grundlage für die Bestimmungen der Teilbücher zu bilden“, warum das Recht der Persönlichkeitsrechte und der deliktischen Haftung in separaten Büchern geregelt ist und einen bedeutenden Systemdurchbruch darstellt.

Der „Systemdurchbruch“ unseres ZGB zeigt sich nicht nur in der Zunahme der Anzahl der Bücher des Gesetzbuches und in der Loseblattfunktion des Gesetzbuches, sondern auch darin, dass nach der getrennten Kodifizierung des Persönlichkeitsrechts und des Deliktsrechts Rechtsgeschäfte – die seit zweihundert Jahren führende Errungenschaft des Pandektensystems – in unserem ZGB nicht mehr geeignet sind, als gemeinsamer Faktor bezeichnet zu werden, und sogar die Notwendigkeit ihrer unabhängigen Existenz ist zweifelhaft. Dies liegt darin begründet, dass die Bedeutung der Normen über Rechtsgeschäfte für das Buch über die Persönlichkeitsrechte und über die deliktische Haftung zu begrenzt ist. Der Grund dafür, dass die Rechtsgeschäfte im allgemeinen Teil belassen wurden, liegt vermutlich nur in der gesetzgeberischen Trägheit, die durch die AGZR entstanden ist. Auf diese Weise erscheint es auch nicht abwegig, auf den vierten Entwurf des Zivilgesetzes aus dem Jahr 1982 – ein eigenes Buch für die Zivilrechtssubjekte, die Rechtsgeschäfte zugehörig zu den Verträgen, die zivile Haftung als Ersatz für die jetzige deliktische Haftung, die Klageverjährung als Teil der anderen Bestimmungen – zurückzugreifen. Wenn der allgemeine Teil nicht beibehalten werden muss, ist der einzige Grund für die Existenz des allgemeinen Teils des ZGB lediglich die Aufzählung und Definition der zivilen Rechte in dem fünften Kapitel des aktuellen allgemeinen Teils. Gerade wegen des fünften Kapitels sind die von dem Gesetzgeber genannten Funktionen des allgemeinen Teils „Aufbau eines Grundrahmens für die Zivilrechtsordnung unseres Landes“ und „Schaffung einer Grundlage für die Bestimmungen der Teilbücher“ nicht mehr derart unerklärlich. Dies impliziert auch, dass sich der allgemeine Teil unseres ZGB von dem

allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches dadurch unterscheidet, dass sein Kern nicht mehr in den Rechtsgeschäften liegt, sondern in der Aufzählung ziviler Rechtstypen. Dies ist vielleicht der größte Durchbruch in dem Stil unseres ZGB.⁵⁹

Die verschiedenen Bestimmungen des Kapitels über die zivilen Rechte sind natürlich kein gemeinsamer Teiler der verschiedenen Teilbücher, und „dieser [also chinesische] allgemeine Teil des Zivilrechts“, der zivile Rechte zum Kern hat, kann überdies natürlich kein anderer [also kein deutscher] „allgemeiner Teil des Zivilrechts“ sein. In Bezug auf den Stil und die Funktion ist „dieser allgemeine Teil des Zivilrechts“ keinesfalls ein gemeinsamer Faktor im Sinne der Pandekten, sondern ein Loseblatt-Spiral im chinesischen Loseblattgesetzbuch mit zwei wesentlichen Funktionen: Eine ist, die verschiedenen Bücher durch die Aufzählung der zivilen Rechtstypen zu verbinden, die zweite ist es, die maximale Zahl der einzelnen Bücher des ZGB innerhalb der Grenzen der aufgezählten Rechtstypen festzulegen.

IV. Fazit

Die zu Beginn dieses Jahrhunderts wieder aufgenommene Kodifizierung des Zivilgesetzbuches kann nun endlich zum Ende gelangen. Während des Kodifizierungsprozesses hat es viele Kontroversen gegeben, eine davon ist die Frage nach dem Stil. Zum Nachdenken regt an, dass es bei der Frage nach der Notwendigkeit eines allgemeinen Teils keine Differenzen gab, und selbst Diskussionen darüber, welche Inhalte in dem allgemeinen Teil enthalten sein sollten, selten waren. Vordergründig konzentrierte sich die Debatte um den Stil auf die Kodifizierung des besonderen Teils, während es bei der Kodifizierung des allgemeinen Teils ruhig war. Vielmehr zögerte der Gesetzgeber nicht, die AGZR in den ATZR und dann in den allgemeinen Teil des ZGB umzuwandeln. Anscheinend realisierte der Gesetzgeber jedoch nicht, dass die Einrichtung des ATZR und dessen Inhalts keineswegs konstant sind und nicht durch den allgemeinen Teil selbst festgelegt werden, sondern die wichtigsten Einflussfaktoren gerade aus den verschiedenen Teilbüchern herrühren.

59 YE Jinqiang (叶金强), Erfolge und Fehlschläge des „Kapitels über die zivilen Rechte“ des „Allgemeinen Teils des Zivilrechts“ (〈民法总则〉“民事权利章”的得与失), *Peking University Law Journal* (中外法学) 2017, Nr. 3, S. 645 f.; ZHU Qingyu (朱庆育), Die gesetzgeberische Darstellung des Sachenrechtsgesetzes (物权法定的立法表达), *ECUPL Journal* (华东政法大学学报) 2019, Nr. 5, S. 108.

Einerseits geht das ZGB von dem allgemeinen Teil als selbstverständlicher Voraussetzung aus. Da die Persönlichkeitsrechte und die deliktische Haftung eigenständige Kapitel bilden, können die Rechtsgeschäfte, die den Kern der allgemeinen Pandektenregeln bilden, andererseits nicht mehr als gemeinsamer Faktor der Teilungsregeln qualifiziert werden, und die Bedeutung des allgemeinen Teils hat sich geändert. Wenn der Gesetzgeber die Typen von Zivilrechten als Anhaltspunkt heranzieht und sich dafür einsetzt, durch die Anreicherung der Kodifikation des Gesetzbuches die Bedeutung bestimmter Rechte zu demonstrieren sowie dies zu einem Zeichen des Systemdurchbruchs macht, wenn der Gesetzgeber von dem Allgemeinen Teil erwartet, dass er „den grundlegenden Rahmen des Zivilrechtssystems unseres Landes bildet“ und „die Grundlage für die Vorschriften der verschiedenen Teilbücher bildet“, dann wird die Aufzählung der Arten von Rechten im Allgemeinen Teil zwangsläufig die Rechtsgeschäfte als neuen Kern ersetzen und die Teilbücher des Zivilgesetzbuches werden durch die Form eines Loseblatt-Spirals miteinander verbunden sein.

Durch das dichte Geflecht aus Worten des Gesetzgebers und angesichts des Gesetzbuches selbst kann festgestellt werden, dass der „Erfindergeist“ und der „systemische Durchbruch“ unseres ZGB in dem ersten Loseblatt-Spiral liegt, der das Loseblattgesetzbuch anführt. Da dieser Stil einen allgemeinen Teil hat, unterscheidet er sich von dem Modell der Institutionen; bei dem allgemeinen Teil dieses Stils werden keine gemeinsamen Faktoren extrahiert und er unterscheidet sich daher auch von dem Pandektensystem. Daher kann der in unserem ZGB entstandene Gesetzbuchstil in Anlehnung an Herrn Professor CHEN Xinmin auch als „dritter Stil“ bezeichnet werden.

Bewertung des Zivilgesetzbuches Festlandchinas aus Sicht der Kodifikationslehre¹

SU Yeong-chin

I. Einleitung

Wir Rechtswissenschaftler widmen mehr als 90 Prozent unserer Zeit der Rechtsdogmatik, und die Frage, wie Gesetze gemacht oder revidiert werden sollten, ist Teil der Gesetzgebungslehre, die in Taiwan nie ein Wissenschaftszweig gewesen ist. Doch selbst an Orten, an denen es sie gibt, wie in Festlandchina, findet keine vergleichsweise tiefgreifende und systematische Erforschung des Gesetzbuches statt. Angesichts der großen Bedeutung des Zivilgesetzbuches in den Staaten des kontinentaleuropäischen Rechtssystems und der Überlegung, wie viel weniger kontrovers Lehrbücher und wissenschaftliche Abhandlungen sein könnten, wenn die vorgeschalteten Gesetzbücher, insbesondere das Zivilgesetzbuch, das als „Grammatikbuch“ nahezu aller Gesetze bezeichnet werden kann, ein hohes Niveau erreichen würden, habe ich immer gedacht, dass es einer systematischeren Untersuchung aus mehreren Perspektiven bedarf. Daher rührt die Verwendung des Begriffs der Kodifikationslehre², eines neuen Zweigs der Gesetzgebungswissenschaft, aus deren Perspektive das neue Zivilgesetzbuch Festlandchinas im Folgenden bewertet und ein Ausblick erfolgen wird.

1. Während der Covid-19-Pandemie entstandenes Zivilgesetzbuch

Das „Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China“ (ZGB)³ wurde am 28.5.2020 um 15.08 Uhr auf der 3. Sitzung des 13. Nationalen Volkskongresses der Volksrepublik China verabschiedet (2.879 Ja-Stimmen, zwei

1 Übersetzung des Haupttextes von Anne Sophie Ortmanns, Übersetzung des Anhangs von Yuanshi Bu.

2 Der Autor nennt in Klammern den deutschen Begriff.

3 Übersetzung ins Deutsche von DING Yijie/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2020, S. 207 ff.

Nein-Stimmen, fünf Enthaltungen), wegen Covid-19 nur zwei Monate später als vor fünf Jahren geplant. Das ZGB ist in sieben Bücher und 1.260 Paragraphen gegliedert; und zwar den Allgemeinen Teil, das Sachenrecht, das Vertragsrecht, die Persönlichkeitsrechte, Ehe und Familie, das Erbrecht, die deliktische Haftung und schließlich die ergänzenden Regeln (nur zwei Paragraphen), und tritt am 1.1.2021 in Kraft.

Auf der vierten Vollversammlung des 18. Nationalen Volkskongresses der Kommunistischen Partei Chinas im Oktober 2014 entstand die Politik der Kodifizierung des ZGB, und der Ausschuss für Gesetzgebungsangelegenheiten des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (NVK) begann seine Arbeit im März 2015. Am 4.2.2016 wurde bekanntgegeben, dass sie in zwei Schritte unterteilt wird. Im März 2017 wurde mit der Verabschiedung des „Allgemeinen Teils des Zivilrechts“ (ATZR)⁴ der erste Schritt vollzogen, gefolgt von der Regelung der anderen Teilbücher. Aus den Erläuterungen zum Entwurf des ATZR wird deutlich, dass der Allgemeine Teil der Eröffnungsakt des ZGB ist und im ZGB eine „leitende Funktion“ erfüllen soll. So wie nach dem Allgemeinen Teil „wird derzeit eine Unterteilung in die Bücher Sachenrecht, Vertragsrecht, deliktische Haftung, Ehe und Familie und Erbrecht usw. überlegt“, die mehr oder minder, aber nicht völlig festgelegt ist. Schließlich wurde auf Nachdruck der Wissenschaft nur das Buch über die Persönlichkeitsrechte hinzugefügt. In dem letzten Paragraphen des ZGB wird verkündet, dass die ursprünglichen neun eigenständigen Gesetze zeitgleich mit dem Inkrafttreten des Gesetzbuches aufgehoben werden, wodurch die auf der vierten Sitzung des 18. Nationalen Volkskongresses genannte „Kodifizierung“ umgesetzt wurde. Die meisten Inhalte dieses aus sieben Büchern bestehenden Gesetzbuches finden sich in den ursprünglichen neun Gesetzen wieder.

2. 90 Jahre seit Chinas erstem Zivilgesetzbuch

Die Vorbereitung von Chinas erstem Zivilgesetzbuch begann unmittelbar nach der Vollendung der großen Wiedervereinigung durch die Nationalregierung. Dieses Gesetzbuch wurde buchweise verabschiedet und in Kraft gesetzt, und die letzten beiden Bücher über die Verwandtschaft und das Erbrecht wurden im Jahr 1930 vollendet. Erst fast 90 Jahre später wurde das ZGB verabschiedet. Die Ausarbeitung des ersten Zivilgesetzbuches ist

4 Übersetzung ins Deutsche von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pißler in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

eines der für die Übertragung bedeutender Gesetzbücher aus Westeuropa durch ostasiatische Staaten repräsentativen Werke des 20. Jahrhunderts, die am Ende der Qing-Dynastie begann und deren zweiter Entwurf in der frühen Republik durch die Beiyang-Regierung vollendet wurde. Trotz geringfügiger Unterschiede in Inhalt oder Regelungstechnik handelte es sich dem Geiste nach um eine vollständige Übertragung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), das zu dieser Zeit als fortschrittlichstes Zivilgesetzbuch Europas anerkannt war. Seine fünfteilige Struktur ist eine vollständige Nachbildung des im Jahr 1900 in Kraft getretenen deutschen BGB, inhaltlich indes auch durch das jüngere Schweizerische Zivilgesetzbuch beeinflusst und daher zu einem gewissen Grad heterogen. Das erste Zivilgesetzbuch wurde in Taiwan seit dessen Rückgabe von Japan bis heute umgesetzt, hat sich als wichtiger Motor der Marktwirtschaft und Zivilgesellschaft erwiesen und bemerkenswerte Ergebnisse erzielt. Es handelt sich um eine andere Geschichte als die des Zivilrechts unter der Kommunistischen Partei Chinas, das erst mit der vollständigen Etablierung der sozialistischen Marktwirtschaft im Rahmen der sogenannten Reform und Öffnung begann und über einige eigenständige zivilrechtliche Gesetze verfügte, bevor das ZGB letztlich kodifiziert und fertiggestellt wurde.

3. Ausstehende internationale Bewertung eines Großereignisses der Rechtswelt

Das neue ZGB, von dem ursprünglich eine hohe internationale Aufmerksamkeit erwartet wurde, konnte aufgrund der anhaltenden Coronapandemie nicht durch Vorträge und auf Konferenzen diskutiert werden, obwohl die entsprechenden Vorbereitungen, einschließlich der Übersetzungen in verschiedene Sprachen, bereits abgeschlossen waren. Diese Einschätzungen und Dialoge können nach der Verbesserung der pandemischen Lage und der Aufhebung des Lockdowns erwartet werden. Während der Jahrhundertwende veranlassten mehrere neue Zivilgesetzbücher oder Rekodifizierungen alter Zivilgesetzbücher Zivilrechtswissenschaftler aus verschiedenen Ländern zu angeregten Diskussionen und Überlegungen über die Bedeutung ihres Zeitalters, einschließlich des letzten Jahrzehnts, in dem bedeutende neue Zivilgesetzbücher in Staaten wie den Niederlanden und Russland fertiggestellt wurden. Nach dem Eintritt in das neue Jahrhundert sind ferner an verschiedenen Orten kontinuierlich neue Zivilgesetzbücher entstanden, wie beispielsweise auf den Philippinen und in Vietnam im Fernen Osten, Israel im Nahen Osten, Québec in Nordamerika, Brasilien und Argentinien in Lateinamerika, Litauen, der Ukraine, Rumänien und der Türkei in Europa, und auch in Deutschland, Frankreich und Japan

wurde eine umfassende Revision des Schuldrechts vorgenommen. Es wird angenommen, dass das im Zuge dieser Strömung entstandene ZGB Festlandchinas angesichts der wirtschaftlichen Größe des Landes und seines Einflusses auf den weltweiten Handel mehr Aufmerksamkeit erfahren sollte. Aus welcher Perspektive und auf welcher Grundlage es zu verstehen und zu bewerten ist, könnten Zivilrechtswissenschaftler auf beiden Seiten der Formosastraße große Aufmerksamkeit schenken.

Wir müssen verstehen, dass das Zivilgesetzbuch bei einem Rückblick auf die Entwicklungen des 20. Jahrhunderts tatsächlich eher in einem schlechten Licht erschien. Insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg wurde es als überholt, dem demokratischen Trend zuwiderlaufend und so unflexibel angesehen, dass viele Probleme, wie beispielsweise jene des Verbraucherschutz- und Kreditsicherungsrechts in eigenständigen Gesetzen behandelt wurden. Es erscheint, als habe sich ein solcher Trend in verschiedenen Ländern abgezeichnet, und diese Kritik wurde sogar als Dekodifizierung bezeichnet. Man ging davon aus, dass die Bedeutung des Gesetzbuches seit ihrem Höhepunkt gegen Ende des 19. Jahrhunderts rückläufig war. Dennoch erscheinen trotz starker Kritik immer wieder neue Zivilgesetzbücher und einige alte Gesetzbücher werden nach wie vor „im großen Stil aufgebaut“. Wenn die Gesetzbücher wirklich so nutzlos und antiquiert sind, warum gehören sie dann nicht der Geschichte an? Es lohnt sich, hierüber nachzudenken.

4. Eine kleine Mahnung inmitten des Lobgesangs

Trotz der Verzögerungen in der Außenkommunikation sind die innerstaatliche Befürwortung und „Wissenschaftspopularisierung“ des ZGB nach wie vor in vollem Gange. Zu den sozialistischen Tugenden gehört, dass nach Abschluss des großen Projektes im Wesentlichen alle bisherigen Streitigkeiten ausgeräumt sind und alle nach vorne schauen. Diese Atmosphäre kann die Gesellschaft vereinen, einen optimistischen Schwebefeekt erzeugen und ihrer positiven Funktion zuträglich sein, wie es sich in den vergangenen zwei Monaten in der Rechtswelt Festlandchinas zugetragen hat. Die durch zahlreiche Analysen propagierten Bilder sind zwar meistens korrekt, aber dennoch irreführend und führen dazu, dass viele bei ihren Überlegungen und ihrer Einschätzung die grundlegendste Frage vernachlässigen: Was hat es mit dem ZGB auf sich?

Geht es lediglich um die Lösung spezifischer Probleme der Rechtsprechungs- oder Geschäftspraxis? Wenn dem so ist, warum werden dann nicht die geltenden Gesetze revidiert?

Natürlich stehen in Zukunft große Veränderungen bevor, aber wäre es nicht auch möglich, die eigenständigen Gesetze zu revidieren?

Welche besondere Bedeutung hat die Kodifizierung von neun Gesetzen, wenn auch eine Bestandsaufnahme der Probleme und Einschätzung der Zukunft vorgenommen werden könnten?

Daher hebe ich besonders die Einschätzung und den Ausblick aus der Sicht des Gesetzbuches hervor, um daran zu erinnern, dass wir uns auf die „Gestaltung“ des „Gesetzbuches“ konzentrieren, und die Kommentatoren müssen die richtigen Fragen stellen.

II. Gesetzbuch

1. Definition des Begriffs „Gesetzbuch“

Es gibt keine genaue Definition des Gesetzbuches und das Gesetz über den Standard der zentralen gesetzlichen Normen und das Gesetzgebungsgesetz Festlandchinas enthalten keine besonderen Bestimmungen über Gesetzbücher. „Gesetzbuch“ oder „Code“ ist ein wissenschaftlicher Begriff, doch in akademischen Kreisen gibt es bis dato keine genaue Definition. Daher muss ein modernes Gesetzbuch nach der Ausschlussmethode zwingend einem Rechtsgebiet entsprechen, aber es gibt keine Musterantwort auf die Frage nach der Definition eines Rechtsgebiets, so wie beispielsweise des Zivilrechts, Verwaltungsrechts und Strafprozessrechts, die alle Rechtsgebiete sind. Ein Rechtsgebiet hat vermutlich seine eigenen Leitideen, die sich in der Regel unter anderem aus mehreren Gesetzen, Rechtsverordnungen und der Rechtsprechung zusammensetzen. Ein Gesetzbuch ist etwas, das „externalisiert“ werden kann, um ein gesamtes Rechtsgebiet abzudecken, nachdem ein bestimmtes Rechtsgebiet bereits zu einem Stadium der dogmatischen Entwicklung herangereift ist. Die Rechtsgebiete unterliegen wiederum ständigen Veränderungen. So ist beispielsweise das als drittes Rechtsgebiet bezeichnete ein neues Gebiet neben dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, das sich sowohl über das öffentliche Recht als auch das Privatrecht erstreckt. Das Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialrecht, das sich in den Industrieländern Europas in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nach und nach durchsetzte, umfasste oft gleichzeitig öffentliches Recht als auch Privatrecht, verfügte aber über klare Leitideen, die über die Privatautonomie und gesetzmäßige Verwaltung hinausgingen. Nicht alle Rechtsgebiete haben ein Gesetzbuch hervorgebracht, einige nur ein halbes, die meisten noch gar keins.

Da noch keine rechtlichen Bestimmungen und allgemeingültigen Umstände vorliegen, lassen sich die Besonderheiten eines Gesetzbuches derzeit nur im Wege der Ausschlussmethode ordnen:

- verschriftlicht (> nicht verschriftlicht)
- mehrdimensional (> eigenständige Gesetze)
- Normalzustand (> Maßnahmengesetz)
- Grundsätze (> Spezialgesetze)
- Dichte (> Grundlagengesetz)
- Stärke (> Basisliniengesetz)
- integrativ (> lokales Recht)
- systematisch (> Gesetzessammlung)

2. Der Codex als historisches und gesellschaftliches Phänomen

Gesetzbücher sind ferner historisch:

Tabelle 1

Geschichte des Codex	Die Dreiteilung des Rechts des ungarischen Gelehrten Csaba Varga
Antike: Codex Hammurapi (1750 v. Chr.), Manusmriti (1280 v. Chr.)	Kompilationsmethode: z. B. Codex Iustinianus und Restatement des amerikanischen Rechts
Mittelalter: Codex Iustinianus (528 v. Chr.), Tang Codex (652 v. Chr.)	Naturrecht: z. B. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs
Neuzeit: Zivil- und Strafgesetzbücher des 18. Und 19. Jahrhunderts	revolutionär: z. B. französischer Code Civil
Moderne: verschiedene Codices ab dem 20. Jahrhundert	

Die erste Tabelle zeigt eine kurze Geschichte und Klassifizierung der Gesetzbücher. Sie umfasst die Gesetzbücher von der Antike bis zu den heutigen, darunter die chinesischen Gesetze der Tang-Dynastie und die Rechtsbücher von der Antike bis heute. Eine Art von Codex ist nach der Sammelmethode entstanden und stellt eine Zusammenstellung von Rechtsregeln dar. Im 18. und 19. Jahrhundert war das Naturrecht vorherrschend, auf das beispielsweise auch das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) gerichtet war, das heißt, es gab Naturgesetze in der Natur und in der menschlichen Gesellschaft gab es neben der Moral ebenfalls Gesetze, die denen der Natur ähnelten. Das Naturrecht wurde nicht durch den Menschen geschaffen, sondern hat sich natürlich entwickelt.

Hinter einem solchen Gesetzbuch verbirgt sich etwas, das nicht nur eine Anhäufung von gerichtlichen Anschauungen und Gewohnheitsrecht ist, sondern die Einführung von Recht, das eine Reaktion auf das Naturrecht darstellt, ohne viel Theorie darüber hinaus. Das ALR, das um 1790 verabschiedet wurde, ist ein Gesetz, in dem fast 20.000 verschiedene Gesetze in einem Gesetz gebündelt wurden. Ein anderer wichtiger Typus ist der Code Napoleon aus dem 19. Jahrhundert, der mit seiner Ideologie und seinen Idealen revolutionär war und nicht mehr auf bestehende Normen reagierte, sondern eine Reihe von Idealen in das Gesetz einführte. Was den Code Napoleon betrifft, sind dies Ideale wie die des Liberalismus, Egalitarismus und Individualismus, die in die zivilen Beziehungen eingeflossen sind und bis dahin beispiellos waren. Neben der Geschichte des Gesetzbuches kann man auch über die Rechtskultur nachdenken, das heißt, nicht nur die Oberfläche des Rechts betrachten, wie der Rechtswissenschaftler seine Arbeit verrichtet und was die Allgemeinheit von den rechtlichen Berufen und dem System erwartet. Die Rechtskultur ist die in jeder Gesellschaft existierende Summe der Verhaltensmuster und Werte, und um das Gesetzbuch zu verstehen, muss selbstverständlich auch die Perspektive der Rechtskultur eingenommen werden.

3. Gründe für die Bezeichnung des kontinentaleuropäischen Rechtssystems als „Civil Law Tradition“

Rechtsvergleicher unterscheiden aus bestimmten Blickwinkeln, insbesondere aus rechtstechnischer Sicht, zwischen dem Common Law und dem Civil Law. Das Kontinentalrecht wird „civil law“ genannt, weil das Zivilgesetzbuch so hervorstach. Im 18. und 19. Jahrhundert symbolisierte der „civil code“ die Reife des Rechts und die dahinterstehende Rechtskultur. Das Gesetzbuch selbst erkennt an, dass sich das juristische Denken vom Common Law unterscheidet. Das Common Law unterscheidet sich vom Kontinentalrecht in vielerlei Hinsicht, aber der deutlichste und am wenigsten strittige Unterschied liegt in den Rechtsquellen, denen verschiedene Denkweisen zugrunde liegen. Es wird im Einzelfall entschieden und in den kontinentalrechtlichen Ländern basieren Entscheidungen auf den Vorschriften des Zivil- und Strafrechts. In den Ländern des Common Law wird eine Entscheidung des höchsten Gerichts aus einem bestimmten Jahr zugrunde gelegt, das heißt, die Rechtsquelle ist der einzelne Fall und nicht das Gesetz; man würde niemals die Verhältnisse zwischen den einzelnen Vorschriften eines Gesetzes oder die Verhältnisse zu anderen Gesetzen ordnen, doch ein solches systematisches Denken entspricht genau der

Rechtskultur der Systeme des Civil Law. Sie ist deduktiv, und bei der Anwendung der rechtlichen Bestimmungen wird über sie im Gefüge des gesamten Rechtssystems nachgedacht. All das steht in den Lehrbüchern, und dies wird Rechtsdogmatik genannt. Im Kontinentalrecht, das heißt, wenn die gesetzlichen Bestimmungen die Hauptquelle des Rechts sind, wird der Richter bei der Anwendung des Gesetzes zwar von den Entscheidungen der höchsten Gerichte beeinflusst, letztlich wird die Entscheidung aber auf die gesetzlichen Bestimmungen zurückführbar sein. Die Logik zwischen den einzelnen Vorschriften bestimmt oft die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen und schließlich die Entscheidung, und nur so kann die Rechtsgemeinschaft davon überzeugt werden, dass die Entscheidung gerechtfertigt ist. Es ist keineswegs ausreichend, sich lediglich auf die Entscheidung des höchsten Gerichts zu stützen. Demgegenüber ist es in der Kultur des Common Law nicht hinreichend gerechtfertigt, allein auf der Grundlage des Gesetzes zu entscheiden, und es muss erläutert werden, wie in der Vergangenheit entschieden wurde. Die Entscheidung kann ausschließlich aufgrund des Vergleichs der Tatsachen vergleichbarer Fälle und nicht aufgrund des Verhältnisses der rechtlichen Bestimmungen getroffen werden. Diese werden nur herangezogen, wenn der Fall noch nie aufgetreten ist. Dies ist induktives Denken. Es ist verständlich, dass jede Rechtskultur ihren eigenen Hintergrund hat, und bezogen auf Festlandchina wurden durch den japanischen Einfluss moderne Gedanken eingebracht. Obwohl die anfangs in China ausgebildeten Rechtswissenschaftler weltweit im Ausland studierten, ist das ganze Denken nach wie vor stark von der kontinentaleuropäischen Rechtskultur beeinflusst. Dahinter existieren auch Schattierungen der traditionellen Rechtskultur. So wurden in Entscheidungen stets Gesetze statt Präjudizien zitiert.

Die Schaffung eines Zivilgesetzbuches ist nicht nur die Vollendung einer konzentrierten Kodifizierung zivilrechtlicher Normen, sondern auch die weitere Bestätigung und Stärkung einer Denkweise. Das Zivilgesetzbuch ist zum wesentlichen Gen des kontinentalen Rechtssystems geworden, weil es viele seiner Eigenheiten konkretisiert. Doch der Grund, warum das Zivilrecht besonders hervorgehoben wird, liegt in den Vorzügen des antiken römischen Privatrechts, dem humanistisch inspirierten Wissenschaftsglauben, der Zivilgesellschaft des 18. und 19. Jahrhunderts und dem öffentlichen Recht, das den Ablauf der staatlichen Domestizierung widerspiegelt und deutlich hinterherhinkt. Zivilgesetzbücher fördern entweder das System des Civil Law oder bewirken, dass sich die Rezipienten dem Common Law widersetzen und eine gemischte Jurisdiktion entsteht, so wie dies beispielsweise in dem US-amerikanischen Bundesstaat Louisiana, der kanadischen Provinz Québec, in Puerto Rico und auf

Malta der Fall ist. Nur wenige Länder, wie Schottland und Südafrika, verfügen nicht über ein Zivilgesetzbuch und werden als gemischte Rechtssysteme eingestuft, weil sie einige Merkmale beider Rechtssysteme aufweisen. Gemischte Rechtssysteme verfügen über nicht viele klare Prinzipien und Grundsätze und sind ein Produkt der Geschichte. Dennoch gibt es ein wichtiges Element, und zwar das Gesetzbuch. Der wahrscheinlichste Grund für die Entwicklung eines gemischten Rechtssystems in einer eindeutig durch das Common Law geprägten Umgebung ist die Existenz von Zivilgesetzbüchern, wie beispielsweise des französisch geprägten Zivilgesetzbuchs in Louisiana, deren rechtliche Handhabe stark von der Denkweise des Systems des Civil Law, das heißt dem systemischen Denken, geprägt ist. Hieraus ist der Einfluss der Gesetzbücher ersichtlich. Das Gesetzbuch repräsentiert das System, und obwohl die meisten Rechtsgebiete keinen Codex wie das Zivilrecht hervorgebracht haben, geht das implizite Bestreben doch in die Richtung eines Gesetzbuchs. So gibt es in Taiwan beispielsweise kein verwaltungsrechtliches Gesetzbuch, aber es gibt ein halbgeschriebenes Gesetzbuch zum Verwaltungsverfahrenrecht. Daraus ist ersichtlich, dass das Gesetzbuch eine Rechtskultur widerspiegelt, die nach Systematisierung strebt.

4. Analyse der sozialen Funktionen des Gesetzbuches

a) Funktionale Änderungen

(1) Zugang zum Gesetz

In einem Zeitalter, in dem die Informationsübertragung und der Druck noch nicht ausreichend entwickelt waren, war die augenscheinlichste Funktion des Gesetzbuches der Zugang zu Informationen. Diese Funktion kann heutzutage durch die Nutzung von Computern, Mobiltelefonen, Datenbanken und das Internet erfüllt werden und die Nutzung dieser Technologien bei der Bearbeitung rechtlicher Daten (LegalTech) wird immer üblicher, weit über die Reichweite des Gesetzbuches hinaus.

(2) Politische Integration

Früher war die politische Integration die wichtigste Funktion und das Gesetzbuch symbolisierte die Souveränität und den Zivilisationsgrad eines

Staates. Im Europa des 18. und 19. Jahrhunderts, vom Feudalismus bis zur Bildung souveräner Staaten, konnte ein Zivilgesetzbuch mit einem gerechten und fortschrittlichen Inhalt seine Legitimität, verglichen mit dem chaotischen und rückständigen territorialen Recht, definitiv in erheblicher Weise stärken. Über einen langen Zeitraum hinweg hatten aufkommende souveräne Staaten daher neben einer Verfassung zudem ein Zivilgesetzbuch. Doch auch diese Funktion gehört der Vergangenheit an, und heutzutage würde niemand mehr ein Zivilgesetzbuch zur Hervorhebung der Souveränität schaffen.

(3) Gesellschaftliche Transformation

Ferner war es das Ziel vieler Staaten, die Zivilisation ihrer Gesellschaften durch die im Gesetzbuch enthaltene Disziplinierung und Tugenden zu verbessern. In den 1960er-Jahren förderten die Vereinten Nationen ferner die von amerikanischen Wissenschaftlern vorangetriebene Bewegung „Law and Development Movement“. Eines der Projekte, die Aufmerksamkeit erregten, war die Ausarbeitung von Zivilgesetzbüchern für Entwicklungsländer in Afrika, wie beispielsweise die von dem französischen Wissenschaftler René David verfassten Zivilgesetzbücher für Äthiopien und Ruanda, die aber keine allzu guten Ergebnisse hervorbrachten. Nicht nur die nationalen Bedingungen waren unzureichend, sondern das internationale Umfeld hatte sich ebenfalls verändert.

(4) Rationalisierung des Systems

Das Zivilgesetzbuch entstand aus einer starken Orientierung am römischen Recht und einem Glauben an das Naturrecht. Das Recht der kontinentaleuropäischen Länder wurde durch die Forschungsmethode der Rechtsdogmatik allmählich systematisiert, und das Zivilgesetzbuch war sowohl das Ergebnis dieser Entwicklung als auch die am stärksten treibende Kraft der Systematisierung. Systematisches Denken und Gesetzgebung als Rechtsquelle wurden zu den Hauptmerkmalen der Systeme des Civil Law und sind heute der einzige Grund für den Fortbestand der Gesetzgebungsform des Gesetzbuches.

b) Verblässender Glanz des Zivilgesetzbuches und Fortbestand des Systems

Nicht nur benötigen souveräne Staaten nicht mehr die Legitimation ihrer Herrschaft durch das Gesetzbuch, sondern das Gesetzbuch wird durch den Einfluss der Globalisierung vielfach als hinderlich für die Anpassung des Rechts empfunden. Die Anerkennung nationaler Werte und die Gewährleistung der Menschenrechte wurden vollständig durch das öffentliche Recht übernommen, und die einst durch das Zivilgesetzbuch erfüllte individualistische und liberale Signalfunktion ist längst in den Hintergrund getreten. Mit dem einfachen Zugang zu und Austausch von Informationen durch die digitale Technologie ist der Zweck des Gesetzbuches, der in der Zusammenstellung rechtlicher Informationen bestand, offensichtlich obsolet geworden. Die einzige verbleibende Funktion des Gesetzbuches ist die Systematisierung, das heißt die Externalisierung des „inneren Systems“ eines Rechtsgebiets, was der Suche, Speicherung, Gesetzgebung und Ausbildung des Rechts zuträglich ist. Ein Gesetzbuch ist mithin keine Sammlung aller relevanten Rechtsvorschriften, sondern ein in präzisen Begriffen und logischen Regeln ausgedrückter Grundzusammenhang in der größten Ausdehnung der Normen in einem Rechtsgebiet. Die Hervorhebung der hinter diesem Grundzusammenhang stehenden wesentlichen Konzepte ist ausreichend, um mit Gesetzen jenseits des Gesetzbuches, die komplexere Zusammenhänge weiter abbilden, eine Art Verhältnis von allgemeinem Recht und Spezialrecht zu bilden. Wenn man die obigen Ansichten über Gesetzbücher bejaht, müsste man auch der Heranziehung der vier oben genannten Indikatoren zur Festlegung von Kriterien zur Bewertung des Gesetzbuches zustimmen, das heißt, ob der Grad der Systematisierung von Gesetzbüchern die Rechtsfindung im Vergleich zu früher erleichtert, dadurch mehr Rechtsnormen für den künftigen Bedarf gesichert werden können und es dadurch eine klarere Normenabgrenzung in der Gesetzgebung und ein besseres Verständnis für die in der juristischen Ausbildung zu setzenden Schwerpunkte gibt.

5. Möglichkeit der Nachbildung des Gesetzbuches mithilfe der Stadtplanung

Was Rechtsnormen mit exakt demselben Inhalt betrifft, entstehen Vorteile durch die systematische Kodifizierung, die möglicherweise durch die Planung und Verwaltung moderner Städte simuliert werden kann, welche die Errichtung von Wohnungen, Geschäftsräumen, Schulen, Straßen, Parks, Märkten etc. erfordern. Städte mit klaren Richtungen und Bewegungsabläufen sowie vernünftig gestalteten Funktionen können es mehr Menschen

ermöglichen, über mehr Raum zu verfügen und mehr Angelegenheiten mit geringeren Kosten zu erledigen. Ein Gesetzbuch, das ebenfalls nach einer solch akribischen Planung kodifiziert wurde, unterscheidet sich natürlich von einem bloßen Stapel an Gesetzen. Wenn man ein neues Gesetzbuch aus der Sicht einer Stadt bewertet, wird man seine ganze Aufmerksamkeit nicht auf die Änderung einzelner Regeln richten. Aus dieser Perspektive betrachtet, herrschte bei der Ausarbeitung des Zivilgesetzbuches unter Wissenschaftlern meist Uneinigkeit darüber, wie ein bestimmter Paragraph zu regeln ist, und bei der Verabschiedung des Zivilgesetzbuches lag der Schwerpunkt bei der Bewertung weiterhin in der Ergänzung und Streichung individueller Regeln. Wären diese Änderungen in Gestalt von Revisionen einzelner Gesetze vorgenommen worden, wäre die Bewertung nicht anders erfolgt. Der Bedeutsamkeit der Ausarbeitung des Gesetzbuches wurde offensichtlich nicht genug Beachtung geschenkt. Übertragen auf die Stadtplanung bedeutet dies, die Veränderungen in einzelnen Parks und Schulen zu beachten, ohne zu verlangen, dass sich die ganze Stadt in ihrer Funktion verändert, also die Bäume zu sehen, aber nicht den Wald. Dabei beziehe ich mich auf einen Satz des britischen Premierministers Churchill während des Wiederaufbaus des zerbombten Westminsterpalastes nach dem Zweiten Weltkrieg „Wir formen unsere Gebäude und dann formen sie uns“, um daran zu erinnern, dass nach der Verkündung des Gesetzbuches höchstens innere Reparaturen vorgenommen werden können. Möglicherweise wird eine ganze Generation von Juristen auf dieser Grundlage ein ganzes Gefüge aus zivilrechtlicher Dogmatik errichten, und die durch diese Dogmatik geschaffene Pfadabhängigkeit wird dazu führen, dass viele weitere Generationen in diesem gestapelten Gesetzbuch gefangen sind. Es gibt bereits viele ausländische Erfahrungen dieser Art, und ich werde daher keine neuen Bestimmungen oder institutionellen Reformen erwähnen, sondern den Schwerpunkt meiner Bewertung ganz auf das System legen.

III. System

1. Systemische Funktionen und systemischer Nutzen

Ich habe die systemischen Funktionen des Gesetzbuches stets aus den vier Perspektiven Rechtsfindung, Rechtsspeicherung, Gesetzgebung und Rechtsausbildung erläutert und ihren systemischen Nutzen betrachtet. Die Rechtsfindung sollte am einfachsten verständlich sein. Durch präzise Konzepte und die logische Zusammenstellung von Normen kann das System

die zwischen Regeln bestehenden Widersprüche auflösen, Schlussfolgerungen auf die Rangfolge der Regeln bei deren Anwendung erleichtern und den Such-, Vergleichs-, Abwägungs- und Dokumentationsaufwand bei der Rechtsfindung erheblich reduzieren. Die verschiedenen Regeln werden je nach Abstraktionsgrad gestapelt, und natürlich werden auf diesem Wege viele Normen gespeichert, die der Grundgerechtigkeit entsprechen und konkret anwendbar sind, was dem Zivilrecht hilft, sich an seine Funktion in einer pluralistischen und sich verändernden Gesellschaft anzupassen. Auf der Grundlage des bestehenden Systems kann sich der Gesetzgeber eine klare Vorstellung davon bilden, wie die folgende Gesetzgebung besser in das bestehende System „eingebettet“ werden kann, was noch genauer geregelt werden muss und was wesentlich weggelassen werden kann. Er kann auch besser entscheiden, ob etwas in das Gesetzbuch aufgenommen wird oder ein spezielles Gesetz als Ausnahme von dem Grundsatz entstehen soll. Wenn schließlich die grundlegende juristische Ausbildung nur die Fähigkeit des „Fischens“ vermitteln kann, statt direkt ein paar Eimer Fische zu lehren, dann muss der Schwerpunkt in den Grundgedanken des Systems liegen. Je systematischer die Rechtsmaterialien also sind, desto positiver sind die Auswirkungen auf die Berufsausbildung. Ein guter Codex ist das beste Lehrbuch.

2. Das fünfteilige System des pandektischen Zivilgesetzbuches

Wenn von Systemen die Rede ist, müssen wir mit dem Höhepunkt an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert beginnen, dem deutschen fünfteiligen Zivilgesetzbuch in der noch stärker bereinigten Version des jetzigen Gesetzbuches Taiwans (Tabelle 2).

Tabelle 2

Allgemeiner Teil { Schuldrecht { Allgemeiner Teil (Besonderer Teil) } Sachenrecht { Allgemeiner Teil (Besonderer Teil) } Verwandtschaft { Allgemeiner Teil (Besonderer Teil) } Erbrecht { Allgemeiner Teil (Besonderer Teil) } }
Spezialgesetze
Spezialgesetze der Spezialgesetze

Das obige System konzentriert sich auf das, was die Deutschen „vor die Klammer ziehen“ nennen. Mit seiner fortwährenden Nennung gemeinsamer Faktoren aus konkreten Regeln hin zu abstrakten Grundsätzen ist das BGB eine Abkehr von der Kodifikation des römischen Rechts, indem es nur die allgemeinen, nicht die öffentliche Ordnung betreffenden

Bestimmungen im BGB belässt und diejenigen, die dies tun, aus dem BGB ausnimmt. Der Verbraucherschutz beispielsweise befasst sich mit zivilrechtlichen Beziehungen, die, da sie nicht gleichberechtigt sind, nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch gehörten. Bis heute verfolgt das Zivilrecht Taiwans noch einen solchen funktionalen Ansatz, wie beispielsweise die nichtverbraucher-spezifischen AGB-Vorschriften im Zivilrecht zu belassen und Verbraucherverträge betreffende AGB-Vorschriften in einem separaten Verbraucherschutzgesetz zu regeln. Selbst das deutsche BGB folgt unter dem Einfluss des Rechtssystems der Europäischen Union nicht mehr einem solch strikten System. Wenn es um das Innere des Zivilgesetzbuches geht, geht es ebenfalls um das Verhältnis zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen. Nicht alle Zivilgesetzbücher verfügen über einen allgemeinen Teil, in Deutschland verfügte man zuerst darüber. Die Rechtsdogmatik wird bei solchen Versuchen häufig aufgegeben, bevor sie zu einem bestimmten Stadium herangereift ist. So haben beispielsweise Zivilgesetzbücher wie das österreichische, schweizerische und spanische einen schuldrechtlichen, aber keinen allgemeinen Teil, weil man der Meinung ist, dass der Schwerpunkt des allgemeinen Teils auf dem Rechtsgeschäft liegen sollte und die entsprechenden Konzepte und Regeln zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgereift genug waren. Auch die Anordnung der vier Teile nach dem allgemeinen Teil ist nicht frei von Erwägungen über das Allgemeine und Besondere. Das Schuldrecht ist im Vergleich zum Sachenrecht allgemeiner, weil es das Verhältnis zwischen beliebigen Personen abdeckt, während das Sachenrecht nur die Rechte an bestimmten Sachen regelt. Was die im zweiten Buch und dritten Buch geregelten Vermögensverhältnisse betrifft, so wird kein spezielles Personenverhältnis vorausgesetzt, weshalb es wiederum vor den Teil über die Verwandt- und Erbschaft gestellt wird. Dies ist das Pandektensystem, das von den Deutschen geschaffen wurde und in Frankreich nicht zu finden ist. Deutschland hat dennoch den liberalen, individualistischen Geist des französischen Zivilrechts beibehalten, aber ein wissenschaftliches System errichtet. Auch wegen dieser Eigenschaft hat das Zivilgesetzbuch des Pandektenmodells vielleicht nicht die meisten Länder, aber eine äußerst breite Spanne von Ideologien beeinflusst, von Ostasien bis zur sozialistischen Sowjetunion. Der Einfluss Deutschlands rührt nicht unbedingt von der Brillanz seiner Regeln her, sondern eher aus der Rationalität und bequemen Übertragbarkeit seines Systems, das auch mit völlig unterschiedlichen Ideologien gut funktioniert, weil das Zivilgesetzbuch, wie eine Maschine, seine Neutralität bewahren kann. In dem deutschen Modellzivilgesetzbuch wird Logik hervorgehoben, sodass Richter, die das Zivilgesetzbuch erlernt hatten,

selbst im Festlandchina der 1940er-Jahre gerechte, von der Allgemeinheit akzeptierte Entscheidungen treffen konnten.

Was sind die Regeln hinter dem deutschen BGB, das als systematischstes des klassischen Zivilrechts bekannt ist, und wie sind darin über 2.000 Paragraphen zusammengetragen? Auf der Grundlage der weiterhin eher unzureichenden Theorie über Zivilgesetzbücher habe ich in der Vergangenheit die folgende Ordnung vorgenommen: In Bezug auf die Form gibt es Baukasten-, Waben-, Galaxie-, Verbindungs-, Sequenz- und Modellregeln; und in Bezug auf die Entitäten gibt es Neutralitäts-, Humanitäts-, Effizienz-, Kultur-, Trojaner- und Geisterkartenregeln. An dieser Stelle kann leider nicht auf Details eingegangen werden.

3. Paradigmenwechsel und kumulative Evolution des Zivilrechts

Es soll besonders darauf hingewiesen werden, dass Untersuchungen von Zivilgesetzbüchern auch zeigen, dass die Zivilgesetzbücher der kontinentalrechtlichen Systeme eine klare historische Linie der Kumulation und Selektion aufweisen, wie etwa in Tabelle 3:

Tabelle 3

Französisches Zivilrecht (1804) → Österreichisches Zivilrecht (1811) → Niederländisches Zivilrecht (1838) → Italienisches Zivilrecht (1865) → Portugiesisches Zivilrecht (1867) → Schweizerisches Obligationenrecht (1881) → Spanisches Zivilrecht (1889) → Japanisches Zivilrecht (1890) → Deutsches Zivilrecht (1896) → Japanisches Zivilrecht (1898) → Schweizerisches Zivilrecht (1911) → Brasilianisches Zivilrecht (1916) → Sowjetisches Zivilrecht (1922) → Türkisches Zivilrecht (1926) → Chinesisches Zivilrecht (1930) → Italienisches Zivilrecht (1942) → Ägyptisches Zivilrecht (1949) → Sowjetisches Zivilrecht (1964) → Niederländisches Zivilrecht (1992) → Russisches Zivilrecht (1994) → Deutsches neues Schuldrecht (2002) → Brasilianisches Zivilrecht (2003) → Israelisches Zivilrecht (2004) → Chinesisches Zivilrecht (2020)
Die Referenzanteile des taiwanesischen (alchinesischen) Zivilrechts betragen für Deutschland 60%, die Schweiz 30% und Frankreich, Japan und die Sowjetunion 10 %.
561 der 633 Artikel des alten niederländischen Schuldrechts wurden direkt aus dem französischen Zivilrecht übersetzt. Das neue Zivilgesetzbuch nimmt in seinem Teil über die Rechtsgeschäfte zu 11 % auf das deutsche, zu 9 % auf das französische und zu 4,5 % auf das chinesische Zivilrecht Bezug. ⁵

Es wird deutlich, dass das französische und deutsche Zivilrecht jeweils 100 Jahre lang eine Vorreiterrolle gespielt haben, und ihr Einfluss ist

5 Jacob Hijma, Foundations of and trends in the new Civil Code of The Netherlands, in: WANG Weiguo (王卫国) (Hrsg.), Dutch Experience and Re-Codification of Civil Law (荷兰经验与民法再法典化), Peking 2007, S. 23.

beispiellos. Jedoch ist das Zivilgesetzbuch keines Landes zu einhundert Prozent originell und die meisten Konzepte und Regeln sind anderen entlehnt. Der Schwerpunkt liegt in der Geschicklichkeit und Innovation des Entlehnens, und dieser, der Übergabe bei einem Fackellauf ähnelnde Prozess findet in allen Ecken der Welt statt. So eiferte beispielsweise das in den letzten Jahren hochgelobte niederländische Zivilrecht zunächst blind dem französischen nach, bevor es nach dem Erscheinen des deutschen Zivilrechts dieses adaptierte. Die beiden unterschiedlichen Konzepte der Vermögensrechte wurden darin reibungslos integriert. Ende des letzten Jahrhunderts führten die Niederlande ein völlig neues Zivilgesetzbuch ein, was eine weitere bemerkenswerte systemische Neuerung darstellt. Das Zivilgesetzbuch ist ein Prozess konstanter Akkumulation und Innovation.

4. Ausschließliche Erklärung der ideologischen Spannweite durch die Stärke des Systems

Die ideologische Spannweite des Pandektensystems wurde bereits erwähnt. Im Gegensatz dazu war die Übertragung des französischen, spanischen, portugiesischen und italienischen Zivilgesetzbuches hauptsächlich auf deren Kolonien gerichtet. Der Name des deutschen BGB erweckt zwar den Eindruck von Liberalismus und selbst Franz Wieacker, der berühmteste deutsche Rechtshistoriker, hält es für ein liberales, sozialökonomisches Modell eines Zivilgesetzbuches. Spätestens mit der Weimarer Verfassung von 1919 hat sich der Zeitgeist deutlich in Richtung Sozialdemokratie verschoben. Es hieß, es bestehe ein hohes Spannungsverhältnis zwischen dem Zivilgesetzbuch und der Verfassung, was tatsächlich nicht der Fall war. Durch die Rechtsordnung des Nationalsozialismus und das bewusst sozial- und wirtschaftspolitisch neutrale westdeutsche Grundgesetz hat sich das Zivilgesetzbuch trotz hunderter kleiner Revisionen nicht wesentlich verändert. Betrachtet man die weitere Anwendung dieses Zivilgesetzbuches im sozialistischen Ostdeutschland, so haben seine Struktur und Grundprinzipien die Schweiz und die Niederlande in Europa bis hin zu völlig anderen Kulturkreisen wie Griechenland, der Türkei, Thailand und ostasiatischen Ländern und sogar verfassungsrechtlich inkompatible Länder wie die Sowjetunion beeinflusst. Es ist offenkundig, dass die Überwindung von Ideologie das wahre Kennzeichen des Zivilgesetzbuchs nach dem Pandektenmodell ist. Dessen sind sich die Deutschen möglicherweise selbst nicht bewusst.

5. Angenommener Grundsatz politischer Neutralität durch den Gesetzgeber des Gesetzbuches

Der namhafteste Kritiker des deutschen BGB während dessen Entstehungszeit war der für seine Organtheorie berühmte Otto von Gierke, der darauf hinwies, dass das deutsche BGB eine „individualistische und einseitig kapitalistische Tendenz reinsten Manchestertums“⁶ repräsentiere und eine „gemeinschaftsfeindliche, auf die Stärkung des Starken gegenüber dem Schwachen zielende, in Wahrheit antisociale Richtung“⁷ aufweise. Angesichts dieser scharfen Kritik entgegnete der Richter Gottlieb Planck, der an beiden Entwürfen mitgewirkt hatte und von Franz Wieacker gleichsam als Vater des BGB geschätzt wurde, in aller Deutlichkeit: „Eine bestimmte sociale Aufgabe in diesem Sinne hat das bürgerliche Gesetzbuch nicht. Freilich gibt es im Gebiete des Privatrechts der Frage genug, bei welchen die hervorgehobenen speciellen Interessen in Betracht kommen. Das bürgerliche Gesetzbuch darf aber niemals das Interesse der einen oder anderen Klasse vorzugsweise berücksichtigen, sondern muß unter Abwägung aller in Frage kommenden Interessen die dem Wohl des Ganzen am besten entsprechende Bestimmung treffen. [...] Sociale Neuerungen sind [...] der Specialgesetzgebung des Reiches oder der einzelnen Bundesstaaten zu überlassen.“⁸

Die Flexibilität dieses Gesetzbuchmodells im Lichte drastischer Veränderungen in der *public policy* kann auch am Beispiel Taiwans aufgezeigt werden. Nehmen wir als Beispiel das Bodenrecht. Nachdem die Regierung 1949 nach Taiwan übergesiedelt war, förderte sie sofort eine groß angelegte Landreform. Neben dem Bodengesetz wurden das Spezialgesetz zur Pachtreduzierung sowie das Spezialgesetz zu „Land in Bauernhand“ erlassen. Dadurch wurden nahezu alle Bestimmungen des Sachenrechtsbuches wie jene über Pachtverträge des Schuldrechtsbuches durch Spezialgesetze sowie deren Spezialgesetze betreffend den Gegenstand, Preis oder andere Inhalte des Agrarhandels ersetzt. In den 1970er Jahren begann der allmähliche Wechsel vom Agrarhandel zur Leichtindustrie, zur technologischen Verarbeitung und zu Dienstleistungen. Landwirtschaftliche Flächen waren nicht mehr das Lebenselixier der Volkswirtschaft, die Bodenpolitik wurde liberalisiert, Spezialrecht wurde nach und nach revidiert oder auf-

6 Otto von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 2 ff.

7 Siehe oben Fn. 6.

8 Gottlieb Planck, Zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, in: Archiv für die civilistische Praxis 1889, S. 327, 405 ff.

gehoben, und Grundstücksgeschäfte fielen wieder unter die allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs.

IV. Zivilgesetzbuch Festlandchinas und sektorielles Zivilrecht⁹

1. Eine weitere Möglichkeit der Systematisierung – das sektorielle Zivilrecht

Trotz des herausragenden Beitrags des Pandektenmodells zur Systematisierung kann nicht von dieser als der einzigen Methode der Systematisierung die Rede sein. Die vertikale Strukturierung aller zivilrechtlichen Normen gemäß dem *lex specialis*-Verhältnis ist in der Tat ein relativ groß angelegtes Projekt und wird den Erfordernissen eines jeden Landes unter verschiedenen historischen Bedingungen möglicherweise nicht immer bestmöglich gerecht. Eine andere, etwas einfachere Option ist es, schon entwickelte, ähnliche Zivilrechtssysteme zu systematisieren, sie also getrennt zu systematisieren und in einem eigenständigen Gesetz zu kodifizieren - ebenfalls in einem *lex specialis*-Verhältnis. Was seinen Umfang betrifft, erscheint es nicht notwendig, jene Vorschriften, die das Produkt einer speziellen Politik sind, in Spezialgesetzen zu regeln, und Rechtssuchende könnten von einem solchen Einzelgesetz, das die Systematisierung auf einem kleinen zivilrechtlichen Gebiet vervollständigt, auch vernünftigerweise erwarten, dass dieses alle relevanten Bestimmungen abdeckt. Durch dieses Nebeneinander kleiner Zivilrechtssysteme entsteht im Wesentlichen eine horizontale Kodifikationsstruktur und die weitere Zusammenstellung in einem Gesetzbuch wäre nur von formaler Bedeutung.

Abbildung 1: Zwei Formen der Systematisierung des Zivilrechts

Modell des sektoriellen Zivilrechts

Gesetz A	Gesetz B	Gesetz C
----------	----------	----------

Modell des Zivilgesetzbuchs

Gesetzbuch
Spezialgesetze
Spezialgesetze der Spezialgesetze

9 Mit dem Begriff „sektorielles Zivilrecht“ ist eine Aufteilung des Zivilrechts nach Rechtsgebieten gemeint.

Abbildung 2: Die beiden Übergänge vom Gebietszivilrecht zum Zivilgesetzbuch



Mithin gibt es zwei grundlegende Unterschiede in der Systematisierung des vertikal und des horizontal aufgebauten Zivilgesetzbuches: Die Besonderheit der ersteren liegt in der Extraktion gemeinsamer Faktoren, die ausreicht, um alle zivilrechtlichen Normen in ein vollständiges System zu integrieren, im Gegensatz zu letzterem, das im Grunde nur in den verschiedenen Gebieten über ein vollständig abschließendes System verfügt. Ferner setzt erstere die Positionierung des Gesetzbuches als allgemeines Recht um und schließt Normen, die nicht wegen der Intervention der öffentlichen Ordnung nicht rein zivilrechtliche sind, aus, während letztere keine so strenge Unterscheidung zwischen den einzelnen Gebieten vornimmt. In dem System der Aufteilung nach Rechtsgebieten werden in Bezug auf die einzelnen Gebiete immer noch die gemeinsamen Faktoren extrahiert, und der wesentliche Unterschied zum Pandektensystem besteht darin, dass es keine horizontalen Integrationsbemühungen vornimmt, sodass die Gesetze der einzelnen Gebiete im Wesentlichen nebeneinander bestehen. Deshalb heißt es, in solchen Fällen mache es keinen wesentlichen Unterschied, ob eine weitere Kodifizierung vorgenommen werde oder nicht. Welche dieser beiden Richtungen der Systematisierung effizienter ist, wird weiter unten erläutert, aber der Gesamtunterschied in der Funktionsweise übersteigt möglicherweise die allgemeine Vorstellungskraft. Ich habe in der Vergangenheit Tabelle 4 verwendet, um ihn zu erläutern, und kann an dieser Stelle nicht weiter darauf eingehen.

Tabelle 4

Merkmale des Gesetzgebungsmodells	Der Codex nach dem Pandektenmodell	Gebietszivilrecht (eventuell Gesetzbuch)
Systematischer Pfad	vertikale Stapelung – Stapelung nach allgemein und speziell	horizontales Nebeneinander - getrennte parallele Gesetzgebung nach Gebieten
Denkstile	abstraktes, regelbasiertes Denken – individuelle Perspektive	konkretes, regulatorisches Denken – ganzheitliche Perspektive
Leitidee	Autonomie	Integration von Selbstverwaltung und Regulierung
Zusammentreffen von Öffentlichem und Privatem	externe Verbindung mit einigen Verweisungsbestimmungen wie §§ 134, 817, 823 ff., 903 BGB	integriertes Recht - öffentlichrechtliche und zivilrechtliche Bestimmungen in einem Gesetz
Normierungsgebiete	Gebiete neutral	Branchen, Gebietsausrichtung
Normierungsakteure	abstrakte Geschäftssubjekte wie Dienstverpflichtete und Käufer	spezifische sozioökonomische Akteure wie Arbeitnehmer und Verbraucher
Regelungsadressat	Richter als Regelungsadressaten, keine Notwendigkeit, das Recht zu popularisieren	das Volk als Regelungsadressat, es bedarf einer Popularisierung des Rechts
Regelungsstil	Präferenz für Präzision und Logik	Präferenz für Allgemeinverständlichkeit und Erfahrung
Häufigkeit der Revisionen	keine häufigen Revisionen notwendig	laufende Anpassung an die politischen Erfordernisse
bildende Funktion	Codex als grundlegendes fachliches Lehrmaterial	keine vergleichbare grammatikalische Funktion des Codex
Kontrolle durch die Verfassung	Systemgerechtigkeit	Gleichheitsgrundsatz, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sozioökonomische Verfassung

2. Übernahme des Rechtsgebietsmodells in das Zivilgesetzbuch Festlandchinas

Schon aus den Erläuterungen zum Entwurf des „Allgemeinen Teils des Zivilrechts“ (ATZR) aus dem Jahr 2017 entsteht der Eindruck, dass der Gesetzgeber nicht nur die Erstellung eines Sammelwerks intendierte. Das sogenannte „inhaltlich abgestimmte und streng wissenschaftlich gegliederte“ Gesetzbuch deutet auf die Absicht hin, die verschiedenen Gesetze, die zuvor als Reaktion auf die bestehenden Umstände erlassen wurden und die in Struktur und Stil nicht einheitlich waren, im Wesentlichen zu integrieren. Wenn der ATZR gemäß der sogenannten Ausklammerungsmethode entworfen wurde und die anderen Teilbücher dadurch angeleitet wurden, wenn die anderen Teilbücher im Gefüge des gesamten Rechtssys-

tems keine grundlegende Stellung innehaben und wenn ihr Abstraktionsgrad relativ hoch ist, wie können sie dem ATZR dann logischerweise als Grundlage für die Extraktion gemeinsamer Faktoren dienen? Ohne das allgemeine Recht zu nennen, liegt die Orientierung am allgemeinen Recht auf der Hand. Rechtsvergleichende Studien zeigen ebenfalls sehr deutlich, dass das Fehlen eines allgemeinen Teils nicht zwingend bedeutet, dass dieses Gesetzbuch sicher keine Positionierung als allgemeines Recht besitzt (Beispielsweise gibt es im schweizerischen und niederländischen Zivilrecht keinen allgemeinen Teil, weil man der Auffassung ist, es können nicht genug Vorschriften extrahiert werden, um ein eigenständiges Buch zu errichten.). Doch wenn ein allgemeiner Teil errichtet wird, kommt dies einer Positionierung des Zivilgesetzbuches als allgemeinem Recht gleich. Es ist ernüchternd festzustellen, dass das letztlich verabschiedete Zivilgesetzbuch, wenn man den allgemeinen Teil beiseitelässt, zu 100 Prozent das Rechtsgebietsmodell bleibt. Die gemeinsamen Nenner, die durch den allgemeinen Teil abstrahiert worden sind, jedoch die entsprechenden Stufen überspringen, ragen wie wurzellose Orchideen auf, was im Rechtsvergleich einzigartig ist.

a) Struktur der auf den Allgemeinen Teil folgenden Teilbücher

In den Erläuterungen des Entwurfs des ATZR wurde darauf hingewiesen, dass der ATZR der Eröffnungsakt des ZGB ist. Um eine „leitende Funktion“ in dem Zivilgesetzbuch zu erfüllen, wird nach dem allgemeinen Teil „derzeit eine Unterteilung in die Bücher Sachenrecht, Vertragsrecht, Deliktshaftung, Ehe und Familie, Erbrecht usw. erwogen“. Jedoch schien es damals noch bis zu einem gewissen Grad offen, in welche Bücher eine Unterteilung, wie die Verknüpfung mit geltenden Gesetzen und wie die Systematisierung erfolgen sollten. Allerdings war klar, dass eine qualitätsvolle Integration unter dem Zeitdruck, die Kodifikation im Jahr 2020 abzuschließen, schwierig würde, und letztlich erfolgte tatsächlich eine Sammlung bestehender Gesetze, wobei nur ein inhaltlich gänzlich neues Buch über Persönlichkeitsrechte hinzugefügt wurde. So gibt es trotz des stark am Pandektenstil ausgerichteten allgemeinen Teils mit dem Fokus auf den Rechtsgeschäften keinerlei *lex specialis*-Verhältnis zwischen den übrigen sechs Büchern und dem allgemeinen Teil. In Zukunft werden die Rechtsfindung, die Gesetzgebung und sogar die Rechtsausbildung unendlich kompliziert und auch die Rechtsdogmatik wird unnötigerweise um ein Vielfaches komplizierter sein. Der Grad der Systematisierung ist deutlich geringer als beispielsweise jener der 120jährigen deutschen,

schweizerischen und österreichischen Zivilgesetzbücher. Was die Entwicklung der Rechtsdogmatik dieser Länder betrifft, hat dieses äußere System nicht einmal annähernd mit dem inneren System Schritt gehalten, das in Lehrbüchern und Lehrplänen juristischer Institute herangereift ist. Offen gestanden stellt der Systematisierungsgrad tatsächlich einen gewichtigen Rückschritt dar (vgl. Tabelle 5).

Tabelle 5: Struktur des Zivilgesetzbuches Festlandchinas

Allgemeiner Teil
Sachenrecht
Vertragsrecht
Persönlichkeitsrechte
Ehe und Familie
Erbrecht
Deliktshaftung

b) Integration des Allgemeinen Teil des Schuldrechts in das Vertragsrecht

Was beispielsweise die allgemeinen Regeln über Forderungen, die Gegenleistungsansprüche aus Vertrag und die Rückforderungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung betrifft, so stellen sich zum Teil gemeinsame Fragen. Da die gemeinsamen Faktoren der schuldrechtlichen Regeln nicht extrahiert wurden, werden diese Fragen jedoch alle in dem Buch über das Vertragsrecht behandelt. Dennoch ist in § 468 ZGB geregelt: „Auf Verhältnisse von Forderungen und Verbindlichkeiten, die nicht durch Verträge entstanden sind, werden die betreffenden Bestimmungen in Gesetzen zu diesen Verhältnissen von Forderungen und Verbindlichkeiten angewandt; gibt es keine Bestimmungen, werden die betreffenden Bestimmungen der Allgemeinen Grundsätze dieses Buchs angewandt, es sei denn, dass diese aufgrund ihrer Natur nicht angewandt werden können.“¹⁰ Vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse werden gerade noch so integriert, aber das Vertragsrechtsbuch basierte seit jeher auf den acht Kapiteln. Jetzt erstreckt es sich von der „Erfüllung“ im vierten Kapitel auf alle Schuldverhältnisse, und in diesen fünf Kapiteln kann nur anhand der Anwendung der Begriffe „Partei“ oder „Gläubiger“ und „Schuldner“ in den Vorschriften beurteilt werden, welche Bestimmungen nur auf Verträge

10 Siehe oben Fn. 3, S. 283.

und welche auf alle Arten von Schuldverhältnissen anzuwenden sind. Was den Stil des ZGB betrifft, so besteht die äußerste Schicht aus dem allgemeinen Teil ganz vorne, die Teilbücher befinden sich hinten. Es ist schon paradox genug, dass in dem Vertragsbuch der Vertrag, dem seinem Wesen nach besondere Bestimmungen zugrunde liegen, an erster Stelle steht, und die abstrakte Schuld dahinter. So befasst sich das vierte Kapitel, das die Erfüllung von Verträgen regelt, in den §§ 509 bis 513 mit Verträgen, die §§ 514 bis 521 befassen sich mit den Zielen und einem Großteil der Gegenstände von Schuldverhältnissen und sind eindeutig nicht auf Verträge beschränkt. Die §§ 522 und 523, die sich mit der Zahlung an oder durch Dritte befassen, sind wiederum auf Vertragsschulden beschränkt, und § 524, der sich mit dem Forderungsübergang auf Dritte befasst, erstreckt sich auf alle Schuldverhältnisse. Nach den §§ 525 bis 528 geht es zurück zu den synallagmatischen Verträgen, während sich §§ 529 bis 531 auf alle Schuldverhältnisse erstrecken und §§ 532 bis 534 wieder nur auf Vertragsverhältnisse anwendbar sind. Das ganze Kapitel steckt voller Windungen. Nehmen wir als weiteres Beispiel das sechste Kapitel über die Änderung und Übertragung von Verträgen. In den ersten beiden Paragraphen geht es um die Änderung von Verträgen, ab § 545 geht es um den allgemeinen Forderungsübergang, und in den §§ 555 und 556 erfolgt dann plötzlich eine Beschränkung auf die Vertragsübernahme. Das Verhältnis von allgemeinen und speziellen Regeln wird mit so unbeholfenen Worten und in einer so verworrenen Logik behandelt, dass die Paragraphen wie ein Zwirn verdreht sind. Die Rechtsfindung und Rechtsausbildung sowie die Rechtsdogmatik werden in Zukunft um ein Vielfaches komplizierter sein.

c) Geringes Niveau der horizontalen Verbindungsarbeit

Die Systematisierung des Pandektenmodells bedient sich häufig Verbindungsregeln, die in systematischer Hinsicht in verschiedene Konzepte unterteilt sind. In den juristischen Berufen weiß man aufgrund der Ausbildung, wie man Verbindungsregeln im Einzelfall findet und zwischen verschiedenen Anspruchsgrundlagen wählen kann. Der Gesetzgeber geht nicht davon aus, dass der Rechtsanwender über keine zivilrechtliche Bildung verfügt und dasselbe Rechtskonzept für unterschiedliche Situationen wiederholt normiert werden muss. Hier unterscheidet sich dieses systemische Modell von dem Rechtsgebietsmodell, da das hochspezialisierte deutsche BGB nur unter ganz besonderen Umständen sogenannte klärende Regelungen vorsieht. Daher ist es sehr wichtig, gemäß den Verbindungsregeln Dopplungen bei der Integration von eigenständigen Gesetzen, die

nach Rechtsgebieten verabschiedet wurden, in ein Gesetzbuch zu vermeiden. In der Erläuterung des ATZR werden besonders der „wissenschaftliche Stil, der stringente Aufbau, die vernünftigen Normen und der kohärente Inhalt des Gesetzbuches“ hervorgehoben, das auch auf diese Weise ausgelegt werden kann. Andernfalls werde er nur unendlich viele Probleme in der Rechtsdogmatik hervorrufen. Jedoch werden die Bestimmungen der verschiedenen Teilbücher des ZGB nach wie vor aus den ursprünglich eigenständigen Gesetzen übernommen, nicht wissend, dass sie bei ihrer Gesetzgebung eigene „kleine, aber umfassende“ Erfordernisse hatten. Bei der Aufnahme in das Gesetzbuch können hierdurch Überschneidungen oder Inkonsistenzen auftreten.

Ein Beispiel ist das enge Verhältnis zwischen dem Schuld- und Sachenrecht. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein Schuldverhältnis, der Lebenssachverhalt kann indes sowohl ein schuld- als auch ein sachenrechtliches Verhältnis beinhalten, wobei das Schuldverhältnis mit einer unerlaubten Handlung und der Geschäftsführung ohne Auftrag verbunden sein kann. Ein und derselbe Lebenssachverhalt kann sich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen beziehen, wodurch das Problem der konkurrierenden Anspruchsgrundlagen entsteht. Der Gesetzgeber erlaubt es den Anspruchsgrundlagen, eine Art Ergänzung und Verbindung zu bilden, ohne doppelte Bestimmungen für einen Sachverhalt zu schaffen. Beispielsweise ist das Auffinden von Fundsachen im Sachenrecht geregelt, und es ist umstritten, ob die von einer Person gefundenen Sachen herausgegeben werden müssen und wie mit den zuvor entstandenen Aufbewahrungskosten umzugehen ist. Wenn die Sache schließlich an den Eigentümer herausgegeben wird, stellt sich die Frage, was von ihm verlangt werden kann. Diese Fragen umfassen sowohl das Sachen- als auch das Schuldrecht. Der sachenrechtliche Teil ist eine Frage des Eigentumsrechts, der schuldrechtliche Teil ist eine Frage der Geschäftsführung ohne Auftrag. In dem Fundrechtsteil des Sachenrechtsbuchs wird die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht nochmals geregelt. Wenn in diesem System eine erneute Regelung erfolgen würde, würde dies den Nutzern nicht gerecht und könnte zu Normwidersprüchen führen. Ein anderes Beispiel ist, dass es im Sachenrechtsbuch ein spezielles Kapitel zum Schutz dinglicher Rechte gibt. Zusätzlich zu den sachenrechtlichen Ansprüchen des Sachenrechtsgesetzes, die sich auf absolute Rechte beziehen, verbleibt ein deliktsrechtlicher Schutz des Sachenrechts. Doch als das Sachenrechtsgesetz entworfen wurde, gab es das Gesetz über die Deliktshaftung noch nicht, und als es das Gesetz über die Deliktshaftung gab, wurden die Bestimmungen (im Sachenrecht) offensichtlich redundant. Nachdem alle Gesetze Eingang in das Gesetzbuch gefunden hatten, sollte das Buch über die Deliktshaftung

die Abhilfe bei der Verletzung aller zivilen Rechte und Interessen abdecken, aber nach der Methode der Systematisierung nach Rechtsgebieten umfasst der Schutz dinglicher Rechte die deliktische Haftung, während das Persönlichkeitsrecht den Schutz von Persönlichkeitsrechten enthält. Wenn es in Zukunft leichte Diskrepanzen in den Voraussetzungen und der Wortwahl zwischen den einzelnen Gebieten gibt, ist zu befürchten, dass dies nur noch mehr Probleme für Wissenschaftler generieren wird, die wegen nichts Autorenhonorare verursachen. Diese Aufteilung nach Rechtsgebieten hat bei der Rechtsfindung zu zahlreichen Schwierigkeiten geführt, die aus Sicht des Pandektenmodells in der unzureichenden Systematisierung liegen.

d) Die vertikale Arbeitsaufteilung nach allgemein und besonders ist noch entscheidender

Wie bereits erwähnt, ist das wichtigste Merkmal des Pandektensystems die Beibehaltung des Status des Gesetzbuches als allgemeinem Recht, wobei alle Bestimmungen, die private Beziehungen auf der Grundlage von Erwägungen der öffentlichen Ordnung regeln, dem Spezialrecht überlassen werden. Die Methode der sektoriellen Systematisierung wird indes durch die jeweiligen Gebiete begrenzt, und alle Bestimmungen werden gemeinsam in das Gesetz aufgenommen, die sich auf zivile Verhältnisse beziehen, einschließlich der Bestimmungen des öffentlichen Rechts, die einen konditionalen Charakter aufweisen, oder der Ausnahmen zum Schutz der Schwächeren, bei denen Rechte, Pflichten, Verantwortlichkeiten und Risiken unterschiedlich verteilt werden. Wenn ein neues Gesetzbuch verabschiedet wird, muss man sich daher nur die im sektoriellen Zivilrecht sichtbare Beibehaltung dieser Bestimmungen ansehen, um zu wissen, ob der sogenannte „wissenschaftliche Stil und der stringente Aufbau“ tatsächlich umgesetzt wurden. Im Ergebnis ist das hochgradig öffentlich-rechtliche und sogar verfassungsrechtliche Sachenrechtsbuch völlig unabgestimmt, und es gibt hier und da einige neu hinzugefügte öffentlich-rechtliche Bestimmungen, wie beispielsweise in § 1254 Abs. 3, der nach der Beratung durch den Nationalen Volkskongress hinzugefügt wurde: „Treten die im Absatz 1 dieses Paragraphen bestimmten Umstände ein, müssen die Polizei [und] andere Behörden nach dem Recht unverzüglich ermitteln, [um] die Haftenden zu ermitteln.“¹¹ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber des Ge-

11 Siehe oben Fn. 3, S. 414.

setzbuches schon nicht mehr dieselbe Vorstellung über die Beibehaltung einer gemeinrechtlichen Prägung hatte wie die Väter des deutschen BGB vor 120 Jahren. Bei der Rechtsfindung in Zukunft ist unvermeidlich, dass die Klärung des Verhältnisses von allgemeinem und besonderem Recht umstritten sein wird. Auch ist nicht völlig ausgeschlossen, dass das Zivilgesetzbuch wegen der Anpassung von Regulierungsmaßnahmen sogar revidiert werden muss. Öffentliches und Privates, Autonomie und Regulierung werden verquickt, und die ursprüngliche Funktion, die Privatautonomie abzubilden, gibt es nicht mehr, sondern es wird eine unendliche Zahl an Sondergesetzen aufgelistet. Das Gesetzbuch ist weder äußerlich noch innerlich ein Gesetzbuch – wie kann das sein?

Abbildung 2: Die beiden Übergänge vom Gebietszivilrecht zum Zivilgesetzbuch



e) *Separates Buch über Persönlichkeitsrechte als hinreichende Begründung eines neuen Modells?*

Wie schon erwähnt, soll keine Zeit damit verbracht werden, den Inhalt des Gesetzbuches zu diskutieren, und im Großen und Ganzen kann nur gesagt werden, dass die große Mehrheit der Anpassungen lediglich in technischen Verbesserungen besteht. Wie im Falle der Revision des taiwanesischen Vermögensrechts (Schuldrechts- und Sachenrechtsbuch), die Ende des letzten Jahrhunderts fast 20 Jahre dauerte, wurde vielleicht die Hälfte der Paragraphen geändert, aber niemand glaubte, dass das ursprüngliche Gesetzbuch umgestaltet wurde (sogenannte „Rekodifizierung“). Vielmehr waren die Änderungen des Personenrechts (Verwandtschafts- und Erbrechtsbuch) grundlegender, obwohl auch sie nicht über die Kategorie der „Revision“ hinausgingen. Der Inhalt des ZGB Festlandchinas hat im Vergleich zu

den neun eigenständigen Gesetzen noch weniger das erfahren, was man als grundsätzliche Änderung bezeichnen kann, auch wenn einige der Änderungen zahlreiche Diskussionen befeuert haben, wie beispielsweise das Auflösungsrecht der vertragsverletzenden Partei, das Wohnungsrecht und die Haftung für Rechtsverletzungen im Internet. Die einzige Stelle, an der das ZGB tatsächlich über die neun Gesetze hinausgeht, ist das gesonderte Buch über Persönlichkeitsrechte, aber selbst die Rolle dieser „chinesischen Besonderheit“ wirkt hinsichtlich seiner theoretischen Innovation als auch seines praktischen Einflusses übertrieben.

Die Persönlichkeitsrechte unterscheiden sich von anderen absoluten Rechten dadurch, dass sie weder rechtsgeschäftlich noch gesetzlich entstehen, sondern nur eine natürlich vorkommende Norm in der Gesellschaft darstellen. Was die Entstehung dieser Rechte betrifft, so bedürfen diese daher nicht einmal der Publizitätsakte, und man kann sagen, dass es sich um absolute Rechte mit keinerlei sozialen Kosten handelt. Die Existenz und der Schutzbereich eines Persönlichkeitsrechts werden nur durch das Wissen und Gewissen bestimmt, und es kann daher theoretisch nur deklaratorisch, aber nicht konstitutiv sein. Ich habe den Eindruck, dass diese Sichtweise in der Debatte nicht angemessen dargestellt wird, obwohl die Argumentation im Grunde sehr klar ist: Der wichtigste Unterschied zwischen Persönlichkeitsrechten und dinglichen Rechten sowie Rechten des geistigen Eigentums ist, dass sie über gesellschaftliche Anerkennung entstanden sind. Mit anderen Worten sind die Persönlichkeitsrechte absolute Rechte, auf die jeder gleichermaßen Anspruch hat und die eine direkte Übersetzung aus der Sozialethik in die Rechtsnormen darstellen und daher ohne öffentliche Verkündung selbstverständlich sind. Lässt sich aus diesem Wesen ableiten, dass die Persönlichkeitsrechte notwendigerweise dazu neigen, konservativ zu sein und sich nur mit der gesellschaftlichen Entwicklung bilden können? Angenommen, die Mehrheit der Gesellschaft legt keinen Wert auf das Recht auf Privatsphäre, wie sollen die Gerichte dann Entscheidungen zum Schutz der Privatsphäre treffen, ohne soziales Chaos hervorzurufen? Die Persönlichkeitsrechte werden oft als Schutz der Menschenrechte missverstanden, aber der verfassungsrechtliche Katalog der Menschenrechte hat einen idealistischen Charakter und durch den Abschluss internationaler Konventionen zusätzlich die Bedeutung, die Weiterentwicklung der menschlichen Zivilisation zu leiten. Daher spiegelt er nicht einfach den gesellschaftlichen Konsens wider, so wie die privatrechtlichen Persönlichkeitsrechte. Der Hauptunterschied liegt darin, dass die Grundrechte nur die öffentliche Gewalt des Staates einschränken und der verpflichtete Staat eine hohe Lernfähigkeit aufweisen soll, sodass es sinnvoll ist, über den Status quo hinauszugehen. In das ZGB, das die grundle-

genden privatrechtlichen Beziehungen regelt, kann der Gesetzgeber indes nur solche Regelungen einführen, die die tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnisse widerspiegeln oder deren Lernkosten nicht hoch sind. Absolute Rechte wie die Persönlichkeitsrechte, die alle Personen binden, sind für eine vorausschauende Gesetzgebung erst recht ungeeignet (Dass Persönlichkeitsrechte, welche die Moral und Gebräuche wandeln, nur mit in hohem Maße allgemeinen Bestimmungen in einem Spezialgesetz festgelegt werden können, ist eine andere Frage.). Ferner sind die Persönlichkeitsrechte, verglichen mit anderen absoluten dinglichen Rechten, relativ nah am reinen Eigentumsrecht, das nur äußerliche, aber keine inneren Beziehungen hat und sich deutlich von beschränkten dinglichen Rechten unterscheidet, deren normativer Schwerpunkt eher innerlich ist. Bei den Rechten des geistigen Eigentums liegt der Fokus, wie der Name schon sagt, auf der Neuheit des Inhalts des Rechts, sodass der normative Schwerpunkt eher in der Bestätigung und Publizität der Rechte liegt, im Gegensatz zu den natürlich vorkommenden Persönlichkeitsrechten, die nicht der gesetzlichen Anerkennung und Publizität unterliegen. Zudem sind die Persönlichkeitsrechte grundsätzlich nicht übertragbar, während bei den beiden anderen Rechten genau das Gegenteil der Fall ist. Ein Vergleich der drei kann erklären, warum die Persönlichkeitsrechte im Zivilrecht immer relativ spärlich geregelt waren, was keine Wertdiskriminierung darstellt, sondern eine ganz natürliche Folge des geringen normativen Bedarfs ist. Bei der Ausarbeitung des ZGB Festlandchinas war fortwährend die größte Kontroverse, ob ein gesondertes Buch über Persönlichkeitsrechte geschaffen werden sollte, und am Ende setzten sich diejenigen durch, die ein gesondertes Buch befürworteten. Neben den speziell aufgelisteten Persönlichkeitsrechten gibt es auch allgemeine Persönlichkeitsrechte, und die Persönlichkeitsrechte umfassen insgesamt 51 Paragraphen. Wenn es in den Zivilgesetzbüchern Bestimmungen gibt, befinden sie sich entweder im Deliktsrecht oder dem Allgemeinen Teil, und es gibt kein gesondertes Buch. Dies ist im Vergleich bemerkenswert. Nach dem Abzug der Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die das Buch über die Deliktshaftung komplett vorsehen soll, bestünde der Inhalt indes größtenteils aus der Nennung verschiedener Persönlichkeitsrechte. Dies gleicht einer Sammlung unvollständiger Rechtssätze, und es ist keine wesentliche Neuerung erkennbar. Aus systemischer Sicht verstärkt die Platzierung dieser „gemeinsamen Faktoren“, die man größtenteils als Bestimmungen des allgemeinen Teils hätte extrahieren können, an das Ende des Vermögensrechts und vor das Personenrecht nur die Aufteilung nach Rechtsgebieten.

f) Rekodifizierung in einem anderen Sinne?

Möglicherweise ist diese Kritik zu harsch. Selbst wenn die grobe Richtung der Systematisierung nicht auf eine echte Kodifikation hinausläuft, ist der Gesamtbeitrag des ZGB nicht gering zu schätzen, wenn man die Fortschrittlichkeit anerkennt, die sich in vielen Teilen des Gesetzbuches zeigt. Die hier erwähnten Neuerungen erfordern natürlich Zeit, um sie eine nach der anderen zu sortieren, und man kann nicht vorschnell schlussfolgern, dass die neun Gesetze, die ersetzt wurden (Ehegesetz, Erbgesetz, AGZ¹², Adoptionsgesetz, Sicherheitengesetz, Vertragsgesetz, Sachenrechtsgesetz, Deliktshaftungsgesetz und ATZR) keine Neuerungen erfahren haben, nur weil sie 1.347 Paragraphen enthalten, was einen Unterschied von weniger als 100 Paragraphen im Vergleich zu den 1.260 Paragraphen des neuen ZGB ausmacht. Wissenschaftler des Gesetzbuches differenzieren zwischen einer Revision und einer paradigmenerändernden Rekodifizierung und heben so hervor, dass die Bewertung sich nicht an der Quantität, sondern an der Qualität zu orientieren hat. Die sogenannte Qualität wird nicht nach dem Grad der Verbesserung einzelner Regelungen beurteilt, sondern nach dem Paradigmenwechsel, der das Ganze vorantreibt. In Deutschland beispielsweise wird das BGB durchschnittlich einmal im Jahr geändert, meist sind es kleine Änderungen, manchmal mit dutzenden Änderungen, aber niemand hält dies für eine Rekodifizierung; und ich fürchte, das einzige Mal erfolgte eine Rekodifizierung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002. Es stellt sich daher die Frage, ob die Ergänzungen und Streichungen in vielen Teilen des neuen Gesetzbuches auf die ein oder andere Art zu einem neuen Konzept zusammengeführt werden können, das ausreicht, um eine neue Rechtsordnung zu schaffen und den Bereich der Rekodifizierung (in einem weiten Sinne) zu erreichen. Meines Erachtens hat der Erlass des ZGB Festlandchinas das Konzept und System des Zivilrechts, das durch die Summe der ursprünglichen neun Gesetze gebildet wurde, nicht wirklich verändert. Dies hängt natürlich damit zusammen, dass die entsprechenden Gesetze vor nicht allzu langer Zeit erlassen wurden. Daher wird im Folgenden der Hintergrund der beiden Systematisierungsansätze analysiert, und es erfolgt eine Gesamtbewertung der Vor- und Nachteile.

12 Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (AGZ), am 1.1987 in Kraft getreten, deutsche Übersetzung von Frank Münzel, *Chinas Recht* 12.4.86/1.

V. *Vorzüge der zwei Systematisierungsarten*

Wie bereits erwähnt, weist bei einem Vergleich der beiden Systematisierungsmodelle der vertikalen Stapelung und der horizontalen Nebeneinanderstellung, erstere zwei Hauptmerkmale auf: die Extraktion gemeinsamer Faktoren und die gemeinrechtliche Orientierung. Das erste Merkmal stellt einen deutlichen Vorzug bei der Rechtsfindung und -speicherung dar, das zweite wiederum bei der Gesetzgebung und Rechtsausbildung. Daher ist das Gebietszivilrecht, wenn man andere Faktoren außen vor lässt, in seinem systemischen Nutzen augenscheinlich unterlegen. Betrachtet man jedoch das neue ZGB Festlandchinas und die fast zehnjährigen Bemühungen zur Systematisierung des europäischen Zivilrechts, das denselben Weg beschritten und die Pandekten zugunsten eines Gebietszivilrechts aufgegeben hat, kann ein tiefes Verständnis für den hohen Grad an Pragmatismus erzielt werden, der nach wie vor hinter den nach Gebieten aufgeteilten Zivilgesetzbüchern steht. Abgesehen davon, dass es politisch praktikabler ist, kann ein nach Gebieten strukturiertes Zivilrecht unter bestimmten Voraussetzungen tatsächlich größere systemische Vorteile haben. Bei der vertikalen Stapelung sehe ich die besondere Entstehungsgeschichte des ZGB in Festlandchina, bei der horizontalen Nebeneinanderstellung den enormen Einfluss von supranationalen Organisationen wie der Europäischen Union auf die nationalen Rechtssysteme. Beginnen wir mit dem europäischen Zivilrecht.

1. *Gründe für die Tendenz des europäischen Zivilrechts zur sektoriellen Systematisierung nach 25 Jahren*

Die Kontroverse darüber, ob das europäische Zivilrecht kodifiziert werden soll, existiert schon lange. Obwohl der Draft Common Frame of Reference (DCFR) bereits im Jahr 2009 unter gemeinsamer Anstrengung von Wissenschaftlern und offiziellen Stellen fertiggestellt wurde, hat der Widerstand nie aufgehört und die Kontroverse wird viel intensiver als die Debatte zwischen Thibaut und Savigny geführt, als sich Deutschland im späten 19. Jahrhundert in Richtung Kodifizierung bewegte. Der wesentliche Grund hierfür ist die Starrheit eines Gesetzbuches. Es kann bis zu zehn Jahre dauern, um einen Konsens aller Länder über die Korrektur eines Gesetzesfehlers zu erreichen, und aus gesetzgebungstechnischer Sicht muss ein Gesetzbuch fast immer abschnittsweise vervollständigt werden, was zu unendlichen Anpassungsproblemen zwischen dem neuen und den nicht geänderten Abschnitten führt. Dies ist im Falle eines Landes tolerierbar,

aber ein solches Durcheinander in 20 oder 30 Ländern gleichzeitig wäre zu kostspielig. Daher wurde die Systematisierung des Zivilrechts nicht, wie erwartet, durch den DCFR beschleunigt. Die vertikale Verwaltung der Organe der EU erfolgt nach wie vor in einem sektoriellen Rahmen, und in dem Rechtsprechungsstil des Europäischen Gerichtshofs sind keine über den Einzelfall hinausgehenden Ambitionen einer Systematisierung erkennbar. Allmählich zeigt sich sogar Deutschland, das stets die höchsten Ideale für die Systematisierung des Zivilrechts vertreten hat, besorgt und gespalten über die Richtung, die das europäische Zivilrecht einschlagen wird. Die „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht“ (ZeuP), die sich die Förderung der Lehre über das europäische Privatrecht zum Ziel gesetzt hat, feierte im Jahr 2018 ihr 25jähriges Bestehen mit einer Sonderausgabe, die zwei pointierte Aufsätze zweier führender Wissenschaftler enthielt. Professor Thomas Ackermann, Rechtswissenschaftler mittleren Alters, stellte tief betroffen fest: „Das größte Hindernis bei der Bewältigung [der] Aufgabe [der Systematisierung des europäischen Privatrechts] ist allerdings nicht die Zersplitterung des Privatrechts in eine Vielzahl von Sondermaterien, sondern die historisch bedingte Abkapselung des Privatrechts von der Gesamtrechtsordnung.“¹³ Professor Jürgen Basedow, inzwischen im Ruhestand, ist nach wie vor überzeugt: „Für das EU-Privatrecht wesentlich ist die Einsicht, dass es neben der in den Verträgen angelegten vertikalen Systematik ein unabwiesbares Bedürfnis nach horizontaler Systematik gibt.“¹⁴ Kurzum plädiert Ackermann dafür, dass sich die europäischen Zivilrechtswissenschaftler und insbesondere seine Landsleute den Schwierigkeiten der mehrstufigen europäischen Regulierung und der Pfadabhängigkeit zwischen den alten Zivilgesetzbüchern stellen, sich stattdessen für die Integration des Zivilrechts und der übergeordneten EU-Richtlinien einsetzen und den panoptischen DCFR zugunsten einer sektoriellen Integration vergessen sollten. Basedow, der die Ansichten der älteren Generation besser vertritt, glaubt, dass die vertikale Systematisierung durch Verträge, welche die EU-Normen und die zivilen Vorschriften eines jeden souveränen Mitgliedstaates bereinigt, und die weitere Förderung einer horizontalen Harmonisierung der grundlegenden zivilrechtlichen Normen auf der Grundlage des DCFR der richtige Weg bleiben, von dem nicht abgewichen werden

13 Thomas Ackermann, Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2018, S. 741, S. 744.

14 Jürgen Basedow, Sektorielle Politiken und allgemeine Privatrechtssystematik Privatrechtssystematik in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2018, S. 782, S. 787.

kann. Offensichtlich spielt sich in Europa ein Wettstreit zwischen zwei Richtungen der Systematisierung ab.

2. *Das dreißigjährige Schwanken Festlandchinas zwischen einem Zivilgesetzbuch und einem sektoriellen Zivilrecht*

Der Grund, warum das europäische Zivilrecht das Gesetzbuch zugunsten eines sektoriellen Zivilrechts aufgegeben hat, entspricht jedoch keineswegs den aktuellen Umständen in Festlandchina. Die Kodifizierung des Zivilrechts in Festlandchina hat, verglichen mit Europa, zwei große Vorteile: den Vorteil des Nachzüglers und der Selbstbestimmung. Für den Nachzügler Festlandchina ist es viel einfacher, über jede Systematisierung hinauszugehen, ohne der Pfadabhängigkeit alter Gesetzbücher und Rechtsdogmatik ausgesetzt zu sein. China, das nicht mit dem babylonischen Fluch belegt wurde und seit mehr als zweitausend Jahren „dieselbe Schrift und dieselbe Bahn“ verfolgt, ist unter dem System der einstufigen staatlichen Verwaltung zudem völlig frei von den komplexen Beziehungen, wie sie zwischen der EU und den souveränen Mitgliedstaaten bestehen.

Der aktuelle Stand der sektoriellen Entwicklung kann mit dem Pragmatismus erklärt werden, der seinen Ursprung in der Geschichte Festlandchinas hat. Das Ende des Jahrhunderts verkündete Vertragsgesetz hätte von der gesetzgeberischen Intention und dem normativen Stil der Abstraktion nach Gebieten her (unter Bezugnahme auf die drei bestehenden Gebietsvertragsgesetze) als der eigentliche Eröffnungsakt des Zivilgesetzbuches gelten können. Doch das Sachenrechtsgesetz aus dem Jahr 2007 und das Gesetz über die deliktische Haftung aus dem Jahr 2010 verwässerten nicht nur die Erwartung der Einführung eines Gesetzbuches in „Unterabschnitten“ im Laufe der Zeit. Auf der anderen Seite haben sich nach dem Vertragsrecht die Zeiten geändert und die Funktion der sozialen Stabilität wurde auf die anderen beiden Vermögensgesetze verlagert, die ursprünglich nur als „allgemeines Recht“ gedacht waren, sodass natürlich zu dem gesetzgeberischen Stil „eines ausgereift, eines geregelt“ zurückgekehrt wurde. Die verschiedenen Gesetze haben ferner ein höheres Bedürfnis nach vollständigen Normen, und die Bestimmungen des Sachenrechtsgesetzes über das Grundstückseigentum, von der Verfassung bis zum Landverwaltungsgesetz, dem Gesetz der Volksrepublik China über die Übernahme und Bewirtschaftung von Land in ländlichen Gebieten, der Verordnung über die Enteignung von Häusern auf staatlichem Boden und eine entsprechende Entschädigung, dem städtischen Immobilienverwaltungsgesetz

bis zu dem Gesetz über die Stadt- und Landplanung etc., wurden alle aus Spezialgesetzen extrahiert und kopiert oder sogar vollständig zitiert und untergraben seinen ursprünglich Status als allgemeines Recht. In dem Gesetz über die deliktische Haftung gibt es unter anderem eine besondere Haftung für Verkehrsunfälle mit Kraftfahrzeugen, medizinische Schäden, Umweltverschmutzungen und die Tierhaltung, und es enthält zudem Verwaltungsvorschriften, die sich von dem allgemeinrechtlichen Stil des Vertragsrechts, das nur die zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse regelt, entfernt hat. Viele erkennen die sektorielle Systematisierung auch unter dem Gesichtspunkt der systemischen Effizienz an. Im Falle des Sachenrechtsgesetzes beispielsweise erfolgt eine systematische Anordnung aufgrund der Definitionen des Anwendungsbereiches, die sich von der Fairness des Handels über die Marktteilnehmer (Subjekte) als Voraussetzung für den Handel und die anfängliche Allokation von Ressourcen als Ziel des Handels sogar bis hin zu der Kontrolle bestimmter Transaktionen aufgrund von Erwägungen der öffentlichen Ordnung erstrecken. Soweit möglich wird ein einziges Gesetz verwendet, um alle relevanten Fragen zu klären und die behördliche Durchsetzung des Rechts, die Rechtspflege und die Anwendung und Einhaltung des Rechts durch die Justiz und die Allgemeinheit zu erleichtern.

3. Bestenfalls kurzfristig gute, langfristig schlechte Aussichten eines sektoriell strukturierten Zivilgesetzbuches

Leider ist dies bestenfalls das Ergebnis einer kurzfristigen Analyse. Auf lange Sicht werden parallele, aber nicht integrierte, sektorielle Gesetze oder Kodifikationen unweigerlich zu zahlreichen Problemen der technischen Verbindung und der politischen Koordination zwischen den einzelnen Gesetzen oder Kodifikationen führen, die mitunter Probleme bei der Anwendung von Gesetz A lösen, aber potenziell mehr Probleme mit den Gesetzen B, C und D schaffen, weil es weniger systematische Regelungen über die einzelnen Gesetze hinweg gibt. Die Grenzkosten für eine externe Anpassung könnten mit zunehmender Komplexität des Marktes schwer tragbar werden. Da das sektorielle ZGB bereits bestimmte politische Eingriffe in die Privatrechtsautonomie vorgenommen hat, wie beispielsweise in Gestalt des Schutzes der Arbeitnehmer, Verbraucher oder Mieter von Immobilien, und wenn der Einwand des unzureichenden Schutzes erhoben wird, kann nicht mehr eine Verteidigung dahingehend erfolgen, dass dies nicht die Aufgabe des Zivilgesetzbuches ist, so wie Richter Planck es oben getan hat. Im Ergebnis wird das ZGB möglicherweise

vor dem Dilemma stehen, fortwährend geändert werden zu müssen und dennoch die Notwendigkeit von Spezialrecht nicht umgehen zu können, und der Rechtssuchende kann nicht einmal sicher wissen, ob bei der Wahl zwischen dem Gesetzbuch und dem eigenständigen Gesetz (zum Beispiel im Falle eines normativen Konflikts zwischen dem Buch über die Deliktshaftung und dem Medizinrecht) nach wie vor der Grundsatz der vorrangigen Anwendung des Spezialgesetzes gegenüber dem allgemeinen Gesetz greift oder die Wahl nur durch den Grundsatz der vorrangigen Anwendung des späteren Gesetzes gegenüber dem früheren bestimmt wird. Was das deutsche Modellzivilgesetzbuch betrifft, so kann es wegen seines allgemeinrechtlichen Charakters als reines Recht für Richter (mit Richtern als Normadressaten) ausgestaltet werden, und den Staat trifft nicht die Notwendigkeit und die Last der „Verbreitung von Rechtskenntnissen“ für die besonders Geschützten. Dies alles wird vorkommen. Aus dieser Perspektive gibt es zwar Gründe dafür, dass das Zivilrecht des 21. Jahrhunderts sowohl in Kontinentaleuropa als auch Festlandchina jeweils zu einer sektoriellen Systematisierung übergegangen ist, aber tatsächlich sind die Kodifizierungsbemühungen in Festlandchina nicht den unüberwindbaren Hindernissen der Pfadabhängigkeit und mehrstufigen Regulierung Europas ausgesetzt, sodass die Kluft zwischen Pragmatismus und Idealismus nicht so groß ist wie gedacht. Wäre die Kodifizierung in einer wissenschaftlicheren Richtung verlaufen, hätte es zwar möglicherweise länger gedauert, zu diskutieren und einen Konsens zu finden, aber die ursprünglich neun eigenständigen zivilrechtlichen Gesetze hätten weiter gelten können, und inhaltliche Änderungen hätten individuell vorgenommen werden können (beispielsweise die Hinzufügung einer Ausnahme für das im Vertragsgesetz geregelte Auflösungsrecht durch die vertragsbrüchige Partei oder die Hinzufügung eines Wohnungsrechts zum Sachenrecht). Es besteht nicht die Notwendigkeit, sie übereilt in einem sektoriellen Gesetzbuch zusammenzufassen, sodass 20 oder 30 Jahre später die gesamte Zivilrechtsdogmatik in einem komplizierten und schwer auflösbaren Abhängigkeitspfad gefangen und man gezwungen ist, das größere Projekt der Rekodifizierung zu beginnen. Dies ist, so fürchte ich, der Preis, der für das Verpassen des Kodifizierungszeitpunkts zu zahlen ist.

VI. Raum für Fortschritt in dem Pandektenmodell

1. Im Angesicht des einmal im Jahrhundert vorkommenden Kodifizierungsmoments

Die obige Kritik an dem neuen Gesetzbuch basiert nach wie vor hauptsächlich auf der Perspektive der systemischen Effizienz. Es wird argumentiert, dass das Pandektenmodell, das durch die fünf Bücher des deutschen BGB repräsentiert wird, nach wie vor eine relativ überlegene Art der Systematisierung ist, während das neue ZGB Festlandchinas wegen des Fehlens allgemeiner schuldrechtlicher Regeln und der fehlenden guten vertikalen und horizontalen Integration der Inhalte der Teilbücher „rückschrittlich“ ist. Dies führt dazu, dass auch die Orientierung am allgemeinen Recht des Gesetzbuches eher vage ist. Doch selbst wenn all diese Aufgaben nachgeholt würden, wäre dies in Wirklichkeit nur eine annähernde Rückkehr zu dem Systematisierungsniveau, das es in Deutschland vor 120 Jahren gab, und die überzeugendste Begründung hierfür wäre nur, dass dies am ehesten dem Status quo der Zivilrechtsdogmatik Festlandchinas entspräche. Man könnte sogar noch weitergehen und fragen, ob diese Zivilrechtsdogmatik, die die Pandektenwissenschaft aus der Zeit der Ausarbeitung des deutschen BGB nachbildet, nach 120 Jahren enormen gesellschaftlichen Wandels überhaupt noch Raum für Verbesserungen hat. Obwohl die meisten deutschen Wissenschaftler heute der Auffassung sind, dass es noch nicht an der Zeit ist, abzureißen und wiederaufzubauen, bedeutet dies keinesfalls, dass Deutschland sich für einen unveränderten Zustand entscheiden würde, wenn man sich der Pfadabhängigkeit entledigen könnte, um strukturelle Änderungen vorzunehmen (die Lehrbücher über das Vermögensrecht müssten nahezu alle neu geschrieben werden). Der Punkt ist, dass es für Festlandchina, egal wie kodifiziert, nach wie vor das erste Mal ist und es eine maximale interne Legitimität und maximale Außenerwartungen geben sollte, um einige Durchbrüche auf der Grundlage des etablierten Pandektenmodells zu bewirken. Ich persönlich habe einige Ansichten zu diesem Punkt und wollte ursprünglich mehr Zeit aufwenden, um die Möglichkeiten der Überwindung des Status quo aufzuzeigen. Letztes Semester bot ich in Zusammenarbeit mit der Universität Zhejiang und dem Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Nanjing einen Kurs zu dem Thema „Das große Zivilgesetzbuch - Vorstellungen der Rechtswissenschaft-Reihe“ an dem Rechtswissenschaftlichen Institut der Chengchi-Nationaluniversität an. Anschließend lud die Zhejiang Universität mehr als ein Dutzend herausragender Wissenschaftler jungen und mittleren Alters des chinesischen Festlandes ein, um die Diskussion über dieses Thema

fortzusetzen. Die detaillierteren Inhalte werden diesem Aufsatz als Anhang beigelegt.

2. *Einige grundlegende Gedanken über das große Zivilgesetzbuch*

Die Rede ist definitiv nicht von einem großen Zivilgesetzbuch, das nur die Zunahme an Problemen berücksichtigt. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Pandektenmodell und dem Kompilationsmodell des römischen Rechts liegt darin, dass es nicht topisch denkt. Um angesichts einer pluralistischen und sich stetig wandelnden modernen Gesellschaft so viele zivilrechtliche Fragen wie möglich für künftige Generationen zu behandeln, muss das Zivilgesetzbuch als Grundlage des Zivilrechts folgende Probleme durchdringen: 1. die Erweiterung von Begriffen, wie beispielsweise die der Rechtsgeschäfte, 2. die Reduktion von Schwellen, wie beispielsweise die Vereinfachung der Registrierung, 3. die Ergänzung von Dimensionen, wie beispielsweise die Einbeziehung von Trusts in das Eigentumskonzept und 4. die Eröffnung von Optionen, wie beispielsweise die Eröffnung der Sachenrechte für eine freie Errichtung, sodass der Raum für Geschäfte der Allgemeinheit und für die staatliche Regulierung größer wird. Das fünfteilige deutsche BGB weist in diesen Bereichen strukturelle Defizite auf, die nicht von Anfang an bestanden, sondern erst langsam im Laufe einer jahrhundertelangen, vielseitigen Entwicklung aufgetreten sind, insbesondere durch die spektakulären Errungenschaften der Informations- und Kommunikationstechnologie im späten 20. Jahrhundert. Eines der Hauptprobleme liegt darin, dass das Prinzip des Numerus Clausus der Sachenrechte und die getrennte Behandlung des Schuld- und Sachenrechts die Rolle der Sachenrechte bei geschäftlichen Transaktionen und bei der staatlichen Regulierung marginalisiert hat. Diese beiden Punkte sind keineswegs nur juristische Gedankenspiele, wie manche Kritiker behaupten. In der Tat, wenn man die Geschichte des deutschen Zivilrechts betrachtet, weiß man, dass die Rechtsdogmatik Savignys, die in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts eine dominierende Kraft war, den Bedürfnissen der wirtschaftlichen Entwicklung des 19. Jahrhunderts entsprach. Der Lehre Savignys von der Trennung von Schuld- und Sachenrecht wurde im Lichte der industriellen und kommerziellen Entwicklung in ganz Europa mehr Wohlwollen als der französischen Einheitslehre entgegengebracht, die an der Oberfläche eher dem Rechtsgefühl der Allgemeinheit entsprach. Der Grund für letzteres liegt darin, dass die einfachen und schnellen schuldrechtlichen Beziehungen den meisten Geschäften offensichtlich gerecht werden und zu komplizierte sachenrechtliche

Beziehungen sich demgegenüber dem Bedenken ausgesetzt sehen, bei wirtschaftlichen Transaktionen eine Belastung darzustellen. Es ist kein Wunder, dass die deutsche Zivilrechtstheorie und die Wirtschaftspraxis zufällig in ihrem Streben übereinstimmen, die schuldrechtlichen Freiheiten zu stärken und die sachenrechtlichen Freiheiten zu unterdrücken. Doch die Praxis des 20. Jahrhunderts hat letztlich das Problem einer hohen Asymmetrie zwischen den beiden Zweigen des Vermögensrechts offenbart - die Aufblähung des Schuldrechts und die Ausdünnung des Sachenrechts. Die Vermeidung der hohen Kosten für die dingliche Publizität war die einzige Rechtfertigung für den Numerus-Clausus-Grundsatz der Sachenrechte. Wenn also die Technologie diese Kosten im Wesentlichen so weit reduziert hat, dass es schwierig wird, einen Grundsatz zu legitimieren, der die Vertragsfreiheit erheblich einschränkt, ist es nur eine Frage der Zeit, bis eine Reform erfolgen wird. An diesem Punkt sind wir auch bereit, uns mit den theoretischen blinden Flecken auseinanderzusetzen, die in der sogenannten Savigny'schen 4A-Dogmatik (d.h. Autonomie, Autarkie, Absolutheit und Abstraktheit des Sachenrechts) verborgen sind, wie beispielsweise die „Derelationalisierung“ der beschränkten dinglichen Rechte, die dazu führt, dass dingliche Rechte und Forderungen als wesentliche Transaktionsoptionen konzeptionell nicht auf derselben Basis vergleichbar gemacht werden und zu einem zu engen Begriff der Gegenstände von Sachenrechten führen; ganz zu schweigen von der Tatsache, dass für den Numerus-Clausus-Grundsatz des Sachenrechts keine hinreichende Begründung aufgezeigt wurde. Daher besteht die neue Agenda der Zivilrechtsdogmatik, die sich in dem großen Zivilgesetzbuch entfaltet, darin, dass sich jeder ehrlich mit diesen Mängeln der traditionellen Struktur des zivilen Vermögensrechts auseinandersetzt und Schritt für Schritt über den Aufbau einer neuen, theoretisch konsistenten Struktur nachdenkt. Ich persönlich glaube, dass nach einer Rückbesinnung auf das Wesen der Vermögensverhältnisse, die den dinglichen Rechten und Forderungen gemeinsam sind, und nach der Bestätigung, dass die Kosten für die Publizität dinglicher Rechte durch die neuen Technologien erheblich gesenkt werden können, eine offene Gestaltung der Arten und Inhalte der dinglichen Rechte der Weg ist, den das zivile Vermögensrecht einschlagen muss, um den normativen Erfordernissen des neuen Zeitalters zu entsprechen. Wenn der Begriff des Sachenrechts von der Herrschaft und der Zuordnung auch auf das mit dem Recht entstehende und übertragene Schuldverhältnis (dingliche Obligation) ausgedehnt werden kann, werden die beiden Rechte, die immer für selbstverständlich gehalten wurden, noch makelloser miteinander verbunden und sogar die Dichotomie des Rechtsgeschäfts Verpflichtung – Verfügung kann klarer definiert werden. Ganz zu schweigen davon, dass

der Begriff der Sache aus einem höheren gemeinsamen Faktor als dem der beweglichen und unbeweglichen Sachen extrahiert werden kann: nicht eintragungsfähiges / eintragungsfähiges Eigentum, wobei wichtige Vermögensverhältnisse wie Rechte an geistigem Eigentum gemeinsam kodifiziert werden können. Der aus dem römischen Recht abgeleitete Eigentumsbegriff ist nach der Abspaltung von beweglichen und unbeweglichen Sachen offensichtlich zu eng und kann ohne Weiteres durch die Änderung in den Begriff „den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte der Vermögensinteressen“¹⁵ abgedeckt werden, sodass dem privatisierten öffentlichen Vermögensinteresse unter einem hohen Grad an Verquickung von öffentlichem Recht und Privatrecht ein gewisser Quasi-Eigentumsstatus verliehen und so ein Beitrag zur bestmöglichen Nutzung von Ressourcen geleistet würde. Dies ist insbesondere für Festlandchina von großer Bedeutung, wo es verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist, Boden durch Privatpersonen zu erwerben, Privateigentum zu errichten und auf dieser Grundlage weitere Verfügungen zu treffen.

3. Eine sechsteilige Hauptstruktur auf der Grundlage der Trennung rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Verhältnisse

Durch ein neues Modell gemäß den zuvor erläuterten Galaxieregeln erfolgt, vereinfacht ausgedrückt, eine Kombination aus Schuld- und Sachenrecht im Gegensatz zu der zuvor bestehenden Hauptstruktur der Trennung von Schuld- und Sachenrecht, um verschiedene Optionen klarer darzustellen. Die zuvor bestehende Struktur wird durch eine Hauptstruktur der Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verhältnissen ersetzt, die jeweils persönliche und dingliche Rechtsverhältnisse regeln. Sodann werden mithilfe der Ausklammerungstechnik allgemeine Regeln über die gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Verhältnisse geschaffen. Diese allgemeinen Regeln werden hinter dem allgemeinen Teil platziert und erfüllen ähnliche Funktionen wie die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts in dem Modell mit fünf Büchern, nur mit einem größeren Umfang, da sie auch sachenrechtliche Normen beinhalten, die durch den allgemeinen Teil des Schuldrechts nicht erfasst werden. Ende des letzten Jahrhunderts wurde das Zivilrecht vieler rechtswissenschaftli-

15 Gemeint sind die dinglichen befristeten Landnutzungsrechte (Anm. durch die Übersetzerin). Einzelheiten dazu vgl. Yuanshi Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl., München, 2017, § 14 Rn. 57.

cher Fakultäten bereits so unterrichtet und bringt den Grundsatz der Privatautonomie, der das Zivilgesetzbuch stets durchzogen hat, klarer zum Ausdruck. Die Funktion des modernen Zivilgesetzbuches ist es nicht, Menschen zu Verhaltensänderungen zu zwingen oder sie dabei anzuleiten oder durch die Zuteilung von Rechten, Pflichten, Risiken und Verantwortung die Starken zu unterdrücken und die Schwachen zu unterstützen oder sogar Ressourcen direkt umzuverteilen. Alle Regulierungsfunktionen sind Spezialgesetzen vorbehalten, einschließlich spezieller Zivilgesetze oder zivilrechtliche Bestimmungen des öffentlichen Rechts. Als allgemeines Recht besteht die Hauptfunktion eines Zivilgesetzbuchs lediglich in der Unterstützung Privater bei der gerechten und effizienten eigenen Bestimmung privater Beziehungen. Dies erfolgt einerseits durch die Zurverfügungstellung von Instrumenten der Privatautonomie, wobei die Normen des allgemeinen Teils des ZGB und allgemeine vermögensrechtliche Regelungen diese Funktionen hauptsächlich erfüllen sollen. Andererseits erfolgt dies durch Vorlagen der Privatautonomie, wobei diese Funktion hauptsächlich die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte erfüllen sollen. Die Bestimmungen über gesetzliche Verhältnisse verfolgen keinerlei regulatorische Absicht und sind lediglich Billigkeitsnormen zur Vervollkommnung der Privatautonomie. Mit anderen Worten sollen die „immanenten Grenzen“ der Privatautonomie zentral systematisch neu geordnet werden. Im Anschluss an die vier Teile, die Personenverhältnisse nicht voraussetzen, wie der allgemeine Teil, allgemeine Vermögensregeln, rechtsgeschäftliche und gesetzliche Verhältnisse, folgen der fünfte Teil über das Ehe- und Familienrecht und der sechste Teil über das Erbrecht, die beide Personenverhältnisse regeln, deren Inhalt aber dennoch dem Grundsatz der Privatautonomie entspricht. Die besondere Intervention des Staates, wie die Prävention häuslicher Gewalt oder Sozialhilfe sind Spezialgesetzen vorbehalten. Daher werden die Bücher über das Schuld- und Sachenrecht im Vergleich zu dem deutschen Modell der fünf Bücher durch ein Buch über rechtsgeschäftliche und gesetzliche Verhältnisse ersetzt. Unterhalb des allgemeinen Teils und oberhalb dieser zwei neuen Bücher werden allgemeine Regeln über das Vermögen ergänzt und das Personenrecht bleibt unverändert. Daher folgt das Gesetzbuch einem Modell mit sechs Büchern:

Tabelle 6: Struktur des großen Zivilgesetzbuches

Allgemeiner Teil
Allgemeine Regeln des Vermögens
Rechtsgeschäftliche Verhältnisse

Gesetzliche Verhältnisse
Ehe und Familie
Erbrecht

Mit einer solchen Umstrukturierung würde die Gesamtwirksamkeit des BGB die 120 Jahre alten deutschen fünf Kompilationen in Bezug auf die Rechtsfindung, Rechtsspeicherung, die Gesetzgebung und die Gesetzesübertragung zweifelsfrei übertreffen, ganz zu schweigen von dem gerade in Festlandchina verabschiedeten, äußerst sektoriellen Zivilgesetzbuch.

VII. *Schlussbemerkungen*

Während einer verhältnismäßig langen Zeit wurde die Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches als eine Angelegenheit von nationaler Bedeutung angesehen, heute gibt es eine solche Assoziation nicht mehr. Die kontinentalrechtlichen Länder neigen nach wie vor dazu, bei der Ausformulierung vor allem die Ergebnisse der Verknüpfung von Rechtswissenschaft und Rechtsprechungspraxis widerzuspiegeln, die sogenannte Rechtsdogmatik, das heißt, die systematische Handhabung und Erforschung des Inhalts des Zivilrechts. Sobald ein gewisses Reifestadium erreicht ist, gibt es einen Anstoß, ein solches System zu externalisieren, was den unterschiedlichsten und fortwährenden Aspekt der Zivilrechtskodifikation im Vergleich zu der meisten anderen Gesetzgebung darstellt. Wie bei der meisten Gesetzgebung wird eine Zukunftsorientierung durch eine Innovation der Konzepte angestrebt, indem neue, zukünftige Bedürfnisse antizipiert werden. Für nachziehende Staaten, die rechtstechnisch das Stadium der Anleihe noch nicht verlassen haben, ist es natürlich wichtig, zu bedenken, dass es hier nicht nur um die Innovation einzelner Regeln, sondern vor allem um die Innovation des Systems geht und ein hohes Maß an Veränderung ohne Akkumulation von Theorie und rechtswissenschaftlichem Konsens mit einem hohen Risiko verbunden ist. Daher wurde die im Jahr 2002 begonnene Diskussion über die Kodifizierung in Festlandchina, die von einem drastischen gesellschaftlichen Wandel begleitet wurde, im Wesentlichen 2011 beendet, als der Nationale Volkskongress verkündete, das Rechtssystem sei grundsätzlich vollständig. Im Wesentlichen war dies eine pragmatische Entscheidung, um diese Politik abzuschließen. Im Jahr 2014 erfolgte auf der vierten Generalversammlung des 18. Nationalen Volkskongresses der Kommunistischen Partei Chinas plötzlich ein Kurswechsel, und man nahm die Entscheidung über die Kodifikation eines Zivilgesetzbuchs unter den Titel Vertiefung der Verrechtlichung der Wirtschaft auf. Dies erfolgte

offenbar aufgrund der politischen Einschätzung, dass das bestehende Zivilrecht dem hohen Regelungsbedarf angesichts der rasanten Entwicklung des Landes zur größten Volkswirtschaft der Welt nicht gewachsen sei, was durchaus zutreffend ist. Die Ausarbeitung des ZGB wurde sofort in die politische Agenda aufgenommen und es wurde vereinbart, dass das gesamte Projekt im März 2020 vollendet werden soll. In meinen Augen gibt es drei Hauptprobleme, die dazu geführt haben, dass der Aufbau des System eher Rückschritte gemacht hat: erstens die Dauer, die die Kodifizierung in Anspruch genommen hat; zweitens die falsche Zuweisung politischer und fachlicher Entscheidungsbefugnisse; drittens fehlende Kenntnisse über die Tradition der Zivilgesetzbücher, die im kontinentaleuropäischen Rechtssystem aus einer gemeinsamen Akkumulation und getrennten Innovation bestehen, sodass die dogmatische Sukzession willkürlich unterbrochen und die Innovation des Systems vernachlässigt wurde. Was den ersten Punkt betrifft, so muss man in Festlandchina zwar nicht wie in den Niederlanden nahezu ein halbes Jahrhundert damit verbringen, über ein neues System nachzudenken, aber es ist auch nicht notwendig, so wie in dem 2011 gefundenen Konsens, die Fertigstellung der Kodifikation von Grund auf innerhalb von fünf Jahren auf der Grundlage der bestehenden neun Gesetze so sehr zu beschränken, dass jede Absicht, strukturelle Änderungen vorzunehmen, unter Zeitdruck aufgegeben werden muss. Was den zweiten Punkt betrifft, so waren sich die Machthaber des hochtechnischen Charakters des ZGB nicht bewusst und teilten die Entscheidungsgewalt nicht so zu, dass politische Entscheidungen im Wesentlichen dichotom waren, so wie es in Ländern mit einer ausgereiften Entwicklung des Zivilrechts der Fall ist, während bei Entscheidungen, einschließlich jener über die wesentliche Struktur des Gesetzbuches, grundsätzlich die Meinung von Experten respektiert wird. Man kann sagen, dass die hoch abstrakte Rechtsgeschäftslehre, die den Kern des allgemeinen Teils bildet, noch nicht von allen Ländern des kontinentaleuropäischen Rechtssystems akzeptiert wurde. Allerdings bestand schon im frühen 20. Jahrhundert ein Konsens über die Extraktion des gemeinsamen Teils des Schuldrechts in einen allgemeinen Teil des Schuldrechts. Auch wenn in wenigen Ländern konservativ an dem Alten festgehalten wird und dies in ihren Gesetzbüchern weiterhin nicht zum Ausdruck kommt, wird dies dogmatisch nicht mehr gelehrt und es ist schwer verständlich, warum in dem neuen ZGB Festlandchinas auf eine solche Extraktion verzichtet wurde. Was den Konsens in Bezug auf die Dogmatik betrifft, so wird das Schuldrecht in den Lehrbüchern und Lehrplänen der Hochschulen im Allgemeinen anerkannt, und in einem Buch mit gesammelten zivilrechtlichen Fragen ist erkennbar, dass selbst in den beiden Lagern in der Frage des Persönlich-

keitsrechtsbuches nahezu alle die Regelung eines allgemeinen Teils des Schuldrechts befürworteten und es kaum jemanden gibt, der ausdrücklich gegen ein allgemeines Schuldrecht Position bezieht. Dennoch entschieden sich die Machthaber gegen eine Änderung, und die Wissenschaftler zogen es vor, sich gegenseitig anlässlich der weniger einflussreichen Kodifizierung der Persönlichkeitsrechte zu denunzieren und in Bezug auf die Frage nach einem allgemeinen Teil des Schuldrechts zu schweigen. Dies hatte unweigerlich einen systemischen Rückschritt zur Folge und zeigt, wie gravierend die Auswirkungen der Kompetenzzuteilung sind. Das dritte Problem wird de facto durch die ersten beiden Probleme verursacht, über die Entwicklung eines Zivilgesetzbuches als beste Möglichkeit, sich der Pfadabhängigkeit zu entledigen, haben die Wissenschaftler jedoch offenbar nicht vertieft nachgedacht. Während die Machthaber erkannt haben, dass die künftige Wirtschaft bessere juristische Werkzeuge braucht, um die Reformen zu vertiefen, haben die Zivilrechtswissenschaftler die Gelegenheit nicht genutzt, das bestehende, bisher systematisch effizienteste fünfteilige Zivilgesetzbuch zu prüfen. Verdeckt man einen Flecken, lugt ein anderer in der Theorie hervor, und obwohl die Idee eines neuen, ersetzenden Systems noch nicht in Sicht ist, hat es in der Diskussion Durchbrüche an mehreren Punkten gegeben. Wie diese Gedanken zu integrieren sind, sollte die beste Gelegenheit für Festlandchina als Nachzügler sein, sich der Welt zurückzumelden. Von der pragmatischen und konservativen Entscheidung im Jahr 2011 bis zu der tatkräftigen Veränderung im Jahr 2014 ist das Resultat, dass angesichts der drängenden Zeit und unklaren Kompetenzzuweisung der Rückzug angeordnet wurde, was zeigt, dass eine Bewegung nicht zwangsläufig besser als keine ist – wie können wir nicht darüber seufzen!

Mit Blick auf die Zukunft muss nach dem Inkrafttreten des Gesetzbuches das Verassen dogmatischer Werke aus diesem Anlass an Fahrt aufnehmen. Ich hoffe nach wie vor, dass meine Kollegen in Festlandchina das Zivilgesetzbuch ernst nehmen, sich wieder auf systemische Fragen konzentrieren und sich auf dem Weg zu der nächsten Kodifizierungswelle umfassendere Gedanken machen. Dies ist die große Verantwortung, welche die Zeit den Zivilrechtswissenschaftlern auf beiden Seiten der Formosastraße auferlegt.

Blaupause des zweiten, dritten und vierten Buches des großen Zivilgesetzbuches

- 2. Allgemeine Regeln des Vermögens
 - 2.1. Vermögensrechte
 - 2.1.1. Forderung (Recht einer bestimmten Person, von einer anderen bestimmten Person eine Leistung zu fordern)
 - 2.1.2. Rechte der Vermögensinteressen (Recht gegenüber jedermann, ein bestimmtes Vermögensinteresse auszuüben)
 - 2.1.2.1. Typen
 - 2.1.2.1.1. Den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte der Vermögensinteressen
 - 2.1.2.1.1.1. Eigentum
 - 2.1.2.1.1.2. Aus öffentlich-rechtlichen Vermögensinteressen umgewandelte Privatrechte (wie Wasserrecht, Minenrecht, Recht an Rundfunkfrequenzen oder von staatseigenen Grundstücken zum umfassenden Gebrauch verliehenes Recht)
 - 2.1.2.1.1.2. Beschränkte Rechte der Vermögensinteressen (bestimmte an fremdem Vermögensinteresse zustehende Kompetenz der Nutzung, Sicherheit oder des Erwerbs oder Forderung, die mit dem Vermögensinteresse entsteht, untergeht oder übergeht (gemeint ist Realobligation)).
 - 2.1.2.1.2.1. Beschränkte Sachenrechte
 - 2.1.2.1.2.2. Geistige Eigentumsrechte
 - 2.1.2.1.2.3. Sonstige beschränkte Rechte der Vermögensinteressen
 - 2.1.2.1.2.3. Sonstige beschränkte Rechte der Vermögensinteressen
 - 2.1.2.2. Gegenstand (Bestimmtheitsprinzip)
 - 2.1.2.2.1. Vermögensinteresse (deckt Sachen, Rechte und andere kontrollierbare Vermögensinteressen ab)
 - 2.1.2.2.1.1. Nichteintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 2.1.2.2.1.2. Eintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 2.1.2.2.2. Sachen
 - 2.1.2.2.2.1. Bewegliche Sachen
 - 2.1.2.2.2.2. Unbewegliche Sachen
 - 2.1.2.2.3. Rechte (Forderungsrechte, Sachenrechte, geistige Eigentumsrechte und gesetzlich als verkehrsfähig vorgesehene öffentliche Rechte wie Kontingente, Kennziffer usw.)
 - 2.1.2.2.4. Sonstige kontrollierbare Vermögensinteressen (wie Raum, Rangfolge, Daten usw.)
 - 2.1.3. Besitz (nicht geltend zu machende Vermögensinteressen)
 - 2.2. Vermögensverhältnisse
 - 2.2.1. Schuldrechtliche Verhältnisse (reine Schuldverhältnisse zwischen bestimmten Personen)
 - 2.2.1.1. Prinzip der Willensfreiheit
 - 2.2.1.2. Ausnahmen der gesetzlichen Schuldverhältnisse
 - 2.2.2. Rechts- und Pflichtverhältnisse an bestimmten Vermögensinteressen (dingliche Verhältnisse, nicht beschränkt auf Sachenrechtsverhältnisse)

- 2.2.2.1. Freie rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung
 - 2.2.2.1.1. Den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte der Vermögensinteressen an eintragungsfähigem Vermögensinteresse
 - 2.2.2.1.1.1. Gewöhnliches Gemeinschaftseigentum (Teilungsvereinbarung ist eine Verbindlichkeit am Vermögensinteresse, bei der sowohl der Schuldner als auch der Gegenstand der Schuld an einem Anteil angehaftet sind)
 - 2.2.2.1.1.2. Wohnungseigentum (Satzung ist eine Verbindlichkeit an einer Wohnung, bei der sowohl der Schuldner als auch der Gegenstand der Schuld an einem Anteil angehaftet sind)
 - 2.2.2.1.1.3. Trust (Verwaltungs- und Begünstigungsverhältnis am Eigentum zu einem bestimmten Zweck)
 - 2.2.2.1.2. Beschränkte Rechte der Vermögensinteressen am eintragungsfähigen Vermögensinteresse
 - 2.2.2.1.2.1. Subjektiv-persönliche und objektiv-dingliche beschränkte Rechte der Vermögensinteressen
 - 2.2.2.1.2.2. Subjektiv-dingliche und objektiv-dingliche beschränkte Rechte der Vermögensinteressen
 - 2.2.2.1.2.3. Schuld an Vermögensinteressen
 - 2.2.2.1.2.3.1. Subjektiv-dingliche und objektiv-persönliche Forderungen
 - 2.2.2.1.2.3.2. Subjektiv-persönliche und objektiv-dingliche Forderungen
 - 2.2.2.1.2.3.3. Subjektiv-dingliche und objektiv-dingliche Forderungen
- 2.2.2.2. Gesetzliche Bestimmungen
 - 2.2.2.2.1. Rechte der Vermögensinteressen am nichteintragungsfähigen Vermögensinteresse
 - 2.2.2.2.2. Den Rechtsrahmen ausschöpfende Rechte der Vermögensinteressen an eintragungsfähigem Vermögensinteresse (beschränkt auf Gesamthandseigentum, dessen Vermögensverhältnis durch das Gesamthandsverhältnis bestimmt wird)
 - 2.2.2.2.3. Eintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 2.2.2.2.3.1. Beschränkt dingliche Rechte
 - 2.2.2.2.3.2. Geistige Eigentumsrechte
- 2.3. Rechtsausübung und Erfüllungspflicht (einschließlich schuldrechtlicher Forderungen und Rechte der Vermögensinteressen)
 - 2.3.1. Allgemeine Bestimmungen (Grundsatz von Treu und Glauben, Grundsatz des Verbots des Rechtsmissbrauchs, Grundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, Grundsätze der Handelsgeschäfte)
 - 2.3.2. Erfüllung der Schuld (einschließlich reiner Schuld und Schuld der Vermögensinteressen)
 - 2.3.2.1. Leistungsgegenstand
 - 2.3.2.2. Wirkung der Schuld

- 2.3.2.2.1. Schuldnerverzug
- 2.3.2.2.2. Gläubigerverzug
- 2.3.2.3. Sonderfragen der allgemeinen Geschäftsbedingungen
- 2.3.2.4. Schuld der Vermögensinteressen
- 2.3.3. Schutzansprüche der Rechte der Vermögensinteressen
 - 2.3.3.1. Vindikationsanspruch auf Vermögensinteresse im Besitz
 - 2.3.3.1.1. Sachenrechte
 - 2.3.3.1.2. Geistige Eigentumsrechte
 - 2.3.3.2. Beseitigung der Beeinträchtigung von Rechten der Vermögensinteressen
 - 2.3.3.2.1. Sachenrechte
 - 2.3.3.2.2. Geistige Eigentumsrechte
 - 2.3.3.3. Vorbeugung der Beeinträchtigung von Rechten der Vermögensinteressen
 - 2.3.3.3.1. Sachenrechte
 - 2.3.3.3.2. Geistige Eigentumsrechte
- 2.4. Mehrheit von Rechtsinhabern und Pflichtigen
 - 2.4.1. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern
 - 2.4.1.1. Allgemeine Bestimmungen
 - 2.4.1.2. Schuld an Vermögensinteressen
 - 2.4.2. Mehrheit von Rechtsinhabern der Vermögensinteressen und Störern
- 2.5. Übergang des Vermögensverhältnisses
 - 2.5.1. Übergang von Schuld
 - 2.5.1.1. Allgemeine Bestimmungen
 - 2.5.1.2. Schuld an Vermögensinteressen
 - 2.5.2. Übergang der Verhältnisse an Vermögensinteressen
- 2.6. Erlöschen der Vermögensverhältnisse
 - 2.6.1. Erlöschen der Schuldverhältnisse
 - 2.6.1.1. Erfüllung
 - 2.6.1.2. Hinterlegung
 - 2.6.1.3. Aufrechnung
 - 2.6.1.4. Erlass
 - 2.6.1.5. Konfusion
 - 2.6.2. Erlöschen des Vermögensinteresses
 - 2.6.2.1. Fristablauf
 - 2.6.2.2. Kündigung und Aufhebung
 - 2.6.2.2.1. Zerstörung und Untergang
 - 2.6.2.2.2. Aufgabe
- 3. Rechtsgeschäftliche Beziehung
 - 3.1. Entstehung der rechtsgeschäftlichen Beziehung
 - 3.1.1. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft
 - 3.1.1.1. Verpflichtungsgeschäft (folgt dem Konsens- und Formfreiheitsprinzip)
 - 3.1.1.2. Verfügungsgeschäft (folgt dem Publizitäts- und Abstraktionsprinzip)
 - 3.1.1.2.1. Verfügungsbefugnis
 - 3.1.1.2.2. Verfügung ohne Verfügungsmacht
 - 3.1.1.2.3. Gutgläubiger Erwerb
 - 3.1.1.3. Unabhängige Schuld an Vermögensinteressen (Verfügung zum Zweck der Verpflichtung)
 - 3.1.2. Einseitige Handlung und Vertrag
 - 3.1.2.1. Einseitige Handlung (Typ- und Inhaltszwang)
 - 3.1.2.2. Vertrag
 - 3.1.2.2.1. Schuldrechtlicher Vertrag

- 3.1.2.2.2. Vertrag über Vermögensinteressen
 - 3.1.2.2.2.1. Einigung über die Verfügung (Abtretung und Errichtung von Rechten an Vermögensinteressen)
 - 3.1.2.2.2.1.1. Eintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 3.1.2.2.2.1.2. Nichteintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 3.1.2.2.2.2. Barkauf
 - 3.1.2.2.2.3. Gutgläubiger Erwerb
 - 3.1.2.2.2.3.1. Eintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 3.1.2.2.2.3.2. Nichteintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 3.1.2.3. Begleitschuldverhältnisse
- 3.2. Typen der rechtsgeschäftlichen Beziehung
 - 3.2.1. Abtretung von Vermögensrechten
 - 3.2.1.1. Kauf
 - 3.2.1.1.1. Vorkauf
 - 3.2.1.1.1.1. Vorkaufsschuld, Vormerkung
 - 3.2.1.1.1.2. Subjektiv-dinglich und objektiv-dinglich
 - 3.2.1.1.1.3. Eigentümvorkauf
 - 3.2.1.1.2. Rückkauf, Dian
 - 3.2.1.1.3. Versteigerung
 - 3.2.1.1.4. Lieferung von Strom, Wasser, Gas und Wärme
 - 3.2.1.1.5. Vermögensrecht an Daten
 - 3.2.1.2. Tausch
 - 3.2.1.3. Schenkung
 - 3.2.2. Nutzungsüberlassung
 - 3.2.2.1. Miete
 - 3.2.2.1.1. Unbewegliche Sachen und sonstige eintragungsfähige Vermögensinteressen
 - 3.2.2.1.1.1. Nutzungsform der Schuld
 - 3.2.2.1.1.2. Nutzungsform der Vermögensinteressen
 - 3.2.2.1.1.2.1. Nutzungsrecht an unbeweglichen Sachen (Bewirtschaftungsrecht)
 - 3.2.2.1.1.2.2. Erbbaurecht (das Recht zur Nutzung von Bauland und Nutzungsrecht an Heimstättenland)
 - 3.2.1.1.1.2.2.1. Gewöhnliches Erbbaurecht
 - 3.2.1.1.1.2.2.2. Erbbaurecht für Wohnungseigentum
 - 3.2.2.1.1.2.3. Agrarzuchtrecht (das Recht zur Übernahme und Bewirtschaftung von Land)
 - 3.2.2.1.1.2.4. Wohnrecht
 - 3.2.2.1.1.2.5. Sonstige Nutzungsrechte an eintragungsfähigen Vermögensinteressen
 - 3.2.2.1.2. Nutzungsrechte an nicht-eintragungsfähigen Vermögensinteressen
 - 3.2.2.2. Beschränkte Grunddienstbarkeit und beschränkte Personaldienstbarkeit
 - 3.2.2.2.1. Beschränkte Grunddienstbarkeit (einschließlich Eigentümergrunddienstbarkeit)
 - 3.2.2.2.2. Beschränkte Personaldienstbarkeit
 - 3.2.2.3. Darlehen
 - 3.2.2.4. Verbrauchsdarlehen
 - 3.2.3. Dienstleistung
 - 3.2.3.1. Arbeitsleistung
 - 3.2.3.1.1. Gewöhnliche Arbeitsleistung
 - 3.2.3.1.2. Medizinische Dienstleistung

- 4.1.1.2. Ansprüche aus dem Recht am Vermögensinteresse
 - 4.1.1.2.1. Anwendungsgegenstand (sämtliche absolute Rechte)
 - 4.1.1.2.2. Vindikation
 - 4.1.1.2.3. Beeinträchtigung der Rechtsausübung
 - 4.1.1.2.4. Drohende Beeinträchtigung der Rechtsausübung
 - 4.1.1.3. Deliktshandlung
 - 4.1.1.4. Ungerechtfertigte Bereicherung
- 4.1.2. Änderung von Gesetzes wegen
 - 4.1.2.1. Ersitzung kraft des Registereintrags
 - 4.1.2.2. accessio
 - 4.1.2.2.1. Verbindung und Vermischung
 - 4.1.2.2.2. Verarbeitung von beweglichen Sachen
 - 4.1.2.3. Herrenlose Sache
 - 4.1.2.4. Schatzfund
 - 4.1.2.5. Nachbarschaftliche Verhältnisse
 - 4.1.2.5.1. Grundnachbarschaftliche Verhältnisse (Grunddienstbarkeit und Entschädigungsanspruch)
 - 4.1.2.5.2. Hausnachbarschaftliche Verhältnisse (Grunddienstbarkeit und Entschädigungsanspruch)
 - 4.1.2.5.3. Verhältnisse zwischen Haus und Boden (Grunddienstbarkeit und Vorkaufsrecht)
 - 4.1.2.6. Zwangslizenz von geistigen Eigentumsrechten
 - 4.1.2.7. Zurückbehaltungsrecht

Teil III Einzelfragen

Die Vertragserrichtung im Internet in der Volksrepublik China

Anne Sophie Ortmanns

I. Einleitung

Jenseits geografischer Grenzen bilden elektronische Verträge die rechtliche Grundlage für den in der Volksrepublik China florierenden E-Commerce-Markt¹ und der damit einhergehenden Vernetzung der Gesellschaft. Der chinesische Gesetzgeber hat diese Entwicklung nicht erst seit Erlass des am 28.5.2020 verabschiedeten und am 1.1.2021 in Kraft getretenen Zivilgesetzbuches der Volksrepublik China (ZGB)² im Blick und in den letzten Jahren immer wieder mit dem Erlass von Rechtsnormen auf sie reagiert. Da im Internet geschlossene Verträge sich von herkömmlichen im Wesentlichen nur durch den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und die dadurch entstehende Anonymität der Parteien unterscheiden, liegen ihnen neben speziellen auch die allgemeinen, den Vertragsschluss betreffenden Vorschriften zugrunde, die in dem folgenden Beitrag somit ebenfalls Berücksichtigung finden. Ein besonderes Augenmerk liegt neben den Vorschriften des ZGB auf jenen des am 31.8.2018 verabschiedeten und am 1.1.2019 in Kraft getretenen Gesetzes über den E-Commerce der Volksrepublik China (ECG)³, die der Gesetzgeber bei der Kodifizierung des ZGB teils übernommen hat.

In einem ersten Schritt erfolgt eine grundlegende begriffliche Klärung der für die Thematik relevanten Terminologie. Es folgen Ausführungen über die in ZGB und ECG geschaffenen Regelungen über den Errichtungszeitpunkt im Internet geschlossener Verträge sowie das Verhältnis

-
- 1 Mit einem Umsatz von 1.343,5 Milliarden US-Dollar im Jahr 2020 ist die VR China der weltweit führende E-Commerce-Markt. Eine Fortsetzung dieses Trends in den kommenden Jahren ist zu erwarten, vgl. hierzu den E-Commerce-Report der Statistikdatenbank *statista*, <https://www.statista.com/study/42335/ecommerce-report/>, zuletzt eingesehen am 2.8.2021.
 - 2 Übersetzung ins Deutsche von DING Yijie/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler, in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2020, Nr. 3-4, S. 207 ff.
 - 3 Übersetzung ins Deutsche von Anne Sophie Ortmanns, in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2020, Nr. 2, S. 153 ff.

dieser Regelungen zueinander. Anschließend wird der Zugang elektronischer Willenserklärungen als gängige Voraussetzung für die Vertragserrichtung im Internet beleuchtet. Dargestellt werden die Zugangskriterien sowie die Verteilung des Übermittlungsrisikos bei dem Austausch elektronischer Willenserklärungen. Hierauf folgen Ausführungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die untrennbar mit spezifischen digitalen Errichtungsformen verbunden sind, insbesondere sogenannten Click- und Browse-Wrap-Verträgen. Im Fokus stehen dabei die vor dem Hintergrund der Informationsasymmetrie zwischen AGB-Verwender und Vertragspartner geschaffenen Hinweis- und Erklärungspflichten des AGB-Verwenders, die im E-Commerce aufgrund der fehlenden haptischen Wahrnehmbarkeit der Vertragsgegenstände von besonderer Bedeutung sind. Sodann wird untersucht, welche rechtlichen Folgen sich aus dem praktisch relevanten Fall ergeben, dass Preise auf einer E-Commerce-Plattform falsch ausgewiesen werden. Anschließend wird eine Einordnung der elektronischen Form in das Gefüge zivilrechtlicher Formerfordernisse vorgenommen, bevor abschließend ein wertendes Resümee der herausgearbeiteten Ergebnisse erfolgt.

Da es sich bei den in diesem Beitrag im Fokus stehenden Vorschriften überwiegend um noch junge Regelungen handelt, die weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung eine umfassende Aufarbeitung erfahren haben, kann dieser Beitrag dem Rechtsanwender keine die Thematik erschöpfende und insofern vollends verlässliche Orientierungshilfe bieten. Vielmehr liegt das Ziel in der Erschließung und Auswertung bestehender Quellen als Momentaufnahme für den deutschsprachigen Leser, deren Gestalt sich in Zukunft durch weitere Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur mutmaßlich noch wandeln wird.

II. Der Vertragsschluss im Internet in der Volksrepublik China

Eine eindeutige gesetzliche Definition des elektronischen Vertrages existiert im chinesischen Recht nicht.⁴ Im Schrifttum werden elektronische Verträge definiert als Verträge, die von Parteien durch das Internet im We-

4 XU Dongjin (许东瑾), Bestimmung der Zivilgeschäftsfähigkeit Minderjähriger zum Abschluss elektronischer Verträge (未成年人订立电子合同的民事行为能力认定), *Modern Economic Information* (现代经济信息) 2020, Nr. 1, S. 152, 152; LÜ Zushan (吕组善)/PENG Sen (彭森)/YIN Zhongqing (尹中卿) (Hrsg.), Erläuterung des E-Commerce-Gesetzes (中华人民共和国电子商务法条文释义), Peking, 2018, S. 142.

ge eines elektronischen Datenaustausches (EDI) oder elektronischer Post (E-Mail) geschlossen werden.⁵ Da im Internet errichtete Verträge sich von herkömmlichen mithin lediglich durch den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln unterscheiden, gelten die grundlegenden Begriffsbestimmungen des ZGB über Verträge auch insoweit.⁶ Definiert wird ein Vertrag in § 464 ZGB als eine rechtliche Vereinbarung, die zwischen Zivilrechtssubjekten getroffen, geändert und beendet wird.⁷ Gemäß § 471 ZGB können die Parteien Vertragsbeziehungen im Wege des Austausches von Angebot und Annahme oder auf anderem Wege eingehen.⁸ Gegenüber § 13 Vertragsgesetz (VG)⁹ wurde der Passus „auf anderem Wege“ neu hinzugefügt. Auf anderem Wege geschlossene Verträge sind unter anderem elektronische Verträge.¹⁰

1. Errichtungszeitpunkt nach § 491 Abs. 2 ZGB und § 49 Abs. 1 ECG

Während ohne eine vertragliche Grundlage nur ein auf Ersatz des negativen Interesses gerichteter Anspruch aus *culpa in contrahendo*¹¹ oder deliktische Ansprüche greifen, zieht die Bindung an einen Vertrag weitreichendere Rechtsfolgen nach sich, und die Frage nach dem Errichtungszeitpunkt

-
- 5 WANG Liming (王利明), Studie über das E-Commerce-Recht (电子商务法研究), Peking, 2003, S. 77; ZHENG Ning (郑宁), Einfluss und Reaktion des Zivilgesetzbuches auf die Medienbranche (民法典对传媒行业的影响及应对), China Publishing Journal (中国出版) 2020, Nr. 17, S. 5, 9.
 - 6 Kommentierung des OVG zum Vertragsrechtsbuch des ZGB, Kleine Führungsgruppe zur Implementierungsarbeit des Zivilgesetzbuches des OVG (Hrsg.) (最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编), Verständnis und Anwendung des Zivilgesetzbuches (中华人民共和国民法典理解与适用), Peking 2020, S. 206.
 - 7 Dies entspricht im Wesentlichen § 2 Vertragsgesetz (VG), in dem Zivilsubjekte konkret als Bürger, juristische Personen und andere Organisationen definiert werden. Gemäß § 1260 ZGB wurde das Vertragsgesetz mit Inkrafttreten des ZGB aufgehoben.
 - 8 In § 13 VG heißt es: „Zur Vertragserrichtung verwenden die Parteien Angebot und Annahme.“
 - 9 Übersetzung ins Deutsche von Frank Münzel, Chinas Recht 15.3.1999/1.
 - 10 Knut Benjamin Pißler, Das ZGB der VR China im Spiegel einer Kommentierung des OVG, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2021, Nr. 2, S. 85, 93.
 - 11 WANG Liming (王利明), Untersuchung des Vertragsrechts (合同法研究), Band 1, 2. Aufl. 2011, S. 366 ff., vgl. auch Yuanshi Bu, Genehmigungspflicht und zwingende Rechtsnormen im chinesischen Vertragsrecht, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 2014, Nr. 9, S. 549, 550.

ist insofern von zentraler Bedeutung.¹² Nach § 483 ZGB kommt ein Vertrag mit Wirksamwerden der Annahme zustande, im Hinblick auf das Zustandekommen elektronischer Verträge sind darüber hinaus die §§ 491 Abs. 2 ZGB und § 49 Abs. 1 ECG hinsichtlich des Errichtungszeitpunktes zu berücksichtigen. Gemäß § 49 Abs. 1 ECG ist ein Vertrag errichtet, wenn die durch die E-Commerce-Betreiber bekannt gemachten Informationen über Waren oder Dienstleistungen den Bedingungen für ein Angebot entsprechen und ein Nutzer die Ware oder Dienstleistung ausgewählt und seine Bestellung erfolgreich abgegeben hat. Die Parteien können hiervon gemäß § 49 Abs. 1 S. 2 ECG abweichende Vereinbarungen treffen. Diese Regelungen hat der Gesetzgeber in § 491 Abs. 2 ZGB aufgenommen¹³ und die Frage nach einer vorrangigen Anwendung des § 49 Abs. 1 ECG als *lex specialis* erübrigt sich insofern.¹⁴ Diese Frage stellte sich in Bezug auf die Entwurfsfassung, deren § 283 Abs. 2 ZGB-E anders als § 491 ZGB noch vorsah, dass ein abweichender Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach der Verkehrssitte erlaubt sein sollte.¹⁵ Der Gesetzgeber entschied sich für die geltende Fassung, weil er befürchtete, dass andernfalls beispielsweise der Zeitpunkt des Zugangs der Bestellbestätigung in der Praxis als Verkehrssitte hätte angesehen und dies dem Verbraucherschützenden Hintergrund des § 49 Abs. 1 ECG hätte zuwiderlaufen können.¹⁶

Mit der Schaffung des § 49 Abs. 1 ECG und dessen Übernahme in § 491 Abs. 2 ZGB hat der Gesetzgeber die für den Zeitpunkt des Zustandekommens des elektronischen Vertrages zentrale Frage geregelt, zu welchem

-
- 12 So auch SUN Lianguo (孙良国), Bestimmung des Errichtungszeitpunktes von Verträgen und Werturteil des Vertragsrechts am Beispiel von *XIA Wei* gegen *Amazon Excellence* wegen der unbefugten Löschung einer Bestellung (合同成立时点的确定与合同法的价值判断—以“夏伟诉亚马逊卓越擅自删除订单案”为例), *ECUPL Journal* (华东政法大学学报) 2018, Nr. 2, S. 120, 124.
 - 13 Die Definition des ZGB unterscheidet sich aber insoweit von der des ECG, als das ZGB keine Bereichsausnahme wie die des § 2 Abs. 3 S. 2 ECG vorsieht. Diese gilt für Finanzprodukte und -dienstleistungen sowie Dienstleistungen wie jene in Bezug auf Nachrichten, Audio- und Videoprogramme, Verlags- und Kulturprodukte, die durch Informationsnetzwerke zur Verfügung gestellt werden.
 - 14 Aus § 92 Gesetzgebungsgesetz der VR China, chinesisch-deutsch in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2015, Nr. 3, S. 259 ff., ergibt sich, dass der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* grundsätzlich auch im chinesischen Recht gilt. Siehe hierzu auch Yuanshi Bu, Normenkollisionen und Normenkontrolle in China, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2015, Nr. 12, S. 781, 786.
 - 15 Yuanshi Bu, Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB - mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus, in: Yuanshi Bu (Hrsg.), *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, Tübingen 2019, S. 12.
 - 16 Yuanshi Bu (Fn. 15), S. 12 m.w.N.

Zeitpunkt das reziproke Einverständnis der Parteien als gegeben angesehen wird, die Parteien mithin an den Vertrag gebunden sind.¹⁷ Im Schrifttum wird der Hintergrund der Regelung des § 49 Abs. 1 ECG und des Vertragsschlusses im Zeitpunkt der Abgabe der Bestellung in der Orientierung des Gesetzgebers an tatsächlichen Gegebenheiten gesehen. So bestehe auf E-Commerce-Plattformen wie *Jingdong* die Möglichkeit, einen Artikel mehrere Tage lang in einem digitalen Warenkorb zu platzieren, ohne dass der Kunde zu Vertragsschluss oder Zahlung aufgefordert wird, und bis zur Aufgabe der Bestellung könne dieser Vorgang durch beide Seiten ohne Weiteres technisch rückgängig gemacht werden.¹⁸

a) Die Bedingungen für ein Angebot i.S.v. § 491 Abs. 2 ZGB und § 49 Abs. 1 ECG

Vor Erlass des § 49 Abs. 1 ECG und des § 491 Abs. 2 ZGB war umstritten, ob die Präsentation einer Ware oder Dienstleistung auf einer E-Commerce-Plattform als Angebot oder als *invitatio ad offerendum* zu klassifizieren war.¹⁹ In der Regel wurde sie als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes, mithin als *invitatio ad offerendum* i.S.v. § 15 S. 1 VG²⁰ gesehen.²¹ Ein Angebot lag sodann in der Aufgabe der Bestellung, und die Bestellbestätigung, die der auf der E-Commerce-Plattform tätige Betreiber anschließend versendet, enthielt in der Regel die Klarstellung, dass dieser in dem Stadium noch nicht gebunden sei und die Annahme erst durch Zusendung der Versandbestätigung erfolge.²² In der Bestellbestätigung lag nur ausnahmsweise eine Annahme, so beispielsweise wenn es in ihr hieß, die Ware wer-

17 XUE Jun (薛军), Analyse der Probleme bei der Errichtung elektronischer Verträge (电子合同成立问题探析), *Journal of Law Application (法律适用)* 2021, Nr. 3, S. 25, 26.

18 WANG Hongliang (王洪亮), Analyse und Einschätzung sowie Struktur der Regelungen zur Errichtung elektronischer Verträge (电子合同订立新规则的评析与构建), *Law Science Magazine (法学杂志)* 2018, Nr. 4, S. 32, 36.

19 Urteil des Dritten Mittleren Volksgerichts Beijing über die vorvertragliche Haftung der *Beijing Century Excellence Information Technology Co., Ltd.* gegenüber *LI Shanghai* aufgrund einer falschen Preisauszeichnung, (2017) Jing 03 Min Zhong Nr. 1140.

20 Diese Regelung entspricht der des § 473 S. 1 ZGB.

21 Siehe nur WU Jinyu (吴瑾瑜), Über die rechtlichen Auswirkungen falsch ausgewiesener Preise auf Internetseiten (论网站标价错误之法律效力), *The Taiwan Law Review (月旦法学杂志)* 2010, Nr. 1, S. 39, 55.

22 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 37.

de so schnell wie möglich versendet oder die Lieferung sei bereits vorbereitet.²³ Seit Inkrafttreten der Neuregelungen der §§ 49 Abs. 1 ECG und 491 Abs. 2 ZGB, die den Zeitpunkt der Vertragserrichtung explizit für den Zeitpunkt der Abgabe der Bestellung vorsehen, stellt sich fortan die Frage, wann Informationen, die auf einer Webseite präsentiert werden, ein Angebot im Rechtssinne darstellen.²⁴ Hierzu ist auf die gesetzliche Definition des Angebots in § 472 ZGB abzustellen, demzufolge ein Angebot eine Willenserklärung ist, die in der Absicht abgegeben wird, mit einem anderen einen Vertrag zu errichten.²⁵ Der Inhalt des Angebotes muss gemäß § 472 Nr. 1 ZGB konkret festgelegt sein und drückt aus, dass mit der Annahme durch den Empfänger des Angebots der Anbietende an seine Willenserklärung gebunden wird. Ob der Inhalt konkret i.S.v. § 472 Nr. 1 ZGB festgelegt ist, sei bei im Internet errichteten Verträgen anhand der für den E-Commerce spezifischen Charakteristika zu bestimmen. Dabei seien auch neuere Erscheinungsformen wie Live-Streamings zu berücksichtigen, unabhängig von der Art der Informationsvermittlung sei es jedoch in jedem Fall notwendig, die Gesamtschau der während der Veranstaltung präsentierten Inhalte ins Blickfeld zu nehmen. Hinsichtlich der Frage, welche Inhalte ein Vertrag in der Regel enthält, wird ferner auf § 470 ZGB rekurriert, der indes lediglich eine Orientierungshilfe bietet und eine Gesamtbe-

23 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 38. Für eine ausführliche Darstellung des Streits siehe SUN Lianguo (Fn. 12), S. 122 ff., der sich für den Zeitpunkt der Vertragserrichtung bei Versendung der Ware ausspricht und kritisiert, dass eine differenzierte Interessenabwägung in Bezug auf den Zeitpunkt der Vertragserrichtung in der Rechtsprechung oftmals ausbleibe. Beispielhaft sei hierfür das Urteil *Xia Wei* gegen *Amazon Excellence* des Volksgerichtes Chaoyang, Beijing, (2013) Chao Min Chu Zi Nr. 2145, in dem das Gericht davon ausging, dass der Vertrag trotz der AGB von *Amazon* über die Zusendung der Versandbestätigung als Errichtungszeitpunkt bereits im Zeitpunkt der Bestellung des Käufers zustande gekommen sei. *Amazon* sei der Hinweispflicht nicht in hinreichender Weise nachgekommen, da die AGB nur durch das Anklicken eines nicht leicht erkennbaren Links für Verbraucher einsehbar gewesen seien. Bei der Überprüfung der Bestellung habe *Amazon* Informationen über das Produkt, die Bestellmenge, die Lieferadresse und die Zahlungsmethode in fettgedruckter Schrift angezeigt, die AGB jedoch nur in normaler, farblich schlecht gesättigter Schrift am unteren Seitenrand.

24 Vgl. LÜ Zushan/PENG Sen/YIN Zhongqing (Hrsg.) (Fn. 4), S. 148 f., die es ablehnen, auf Internetseiten präsentierte Waren oder Dienstleistungen nunmehr kategorisch als Angebot zu klassifizieren. Vielmehr liege die entscheidende Frage nun darin, wann die Präsentation die Bedingungen für ein Angebot i.S.v. § 49 Abs. 1 S. 1 ECG erfüllt.

25 Kommentierung des OVG zum Vertragsrechtsbuch des ZGB (Fn. 6), S. 206.

trachtung der präsentierten Waren und Dienstleistungen nicht ersetze.²⁶ Die Formulierung in § 472 Nr. 1 ZGB, der Inhalt sei bestimmt, sei so zu verstehen, dass der Inhalt bestimmbar sein muss. Eine Vertragspartei sei konkret und bestimmt i.S.v. § 472 Nr. 1 ZGB, wenn sie mit entsprechenden Hintergrundinformationen identifizierbar sei. Dies werde besonders bei Hybridplattformen relevant, die sowohl durch den Plattformbetreiber selbst betrieben als auch durch Drittanbieter genutzt werden. Der Vertragsgegenstand und Preis seien konkret und bestimmt i.S.v. § 472 Nr. 1 ZGB, wenn es ein objektives und ex ante klar festgelegtes Kriterium oder eine solche Regel zur Bestimmung gebe.²⁷

Für die Frage, wann die Bedingungen für ein Angebot erfüllt sind, ist ferner der angesichts seiner inhaltlichen Zirkularität²⁸ allerdings wenig aussagekräftige § 472 Nr. 2 ZGB relevant, der voraussetzt, dass der Anbietende in dem Angebot deutlich macht, mit der Annahme durch den Empfänger des Angebots an diese Willenserklärung gebunden zu sein. Was die konkrete Form betrifft, so kann das „Deutlichmachen“, das in § 472 Nr. 2 ZGB genannt wird, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.²⁹

b) *Möglichkeit der abweichenden Vereinbarung des § 491 Abs. 2 a. E. ZGB und § 49 Abs. 1 S. 2 ECG*

Indem der Gesetzgeber den Parteien die Möglichkeit der abweichenden Vereinbarung einräumt, trägt er der Privatautonomie Rechnung.³⁰ Wenn

26 XUE Jun (Fn. 17), S. 26; LÜ Zushan/PENG Sen/YIN Zhongqing (Hrsg.) (Fn. 4), S. 148 f., verweisen in Bezug auf § 49 Abs. 1 ECG ebenfalls auf die §§ 14 ff. VG, die im Einzelnen festlegen, wann ein Angebot und wann eine *invitatio ad offerendum* vorliegen. Hervorgehoben wird allerdings auch, dass im E-Commerce-Gesetz diesbezüglich gerade keine genaue Aussage getroffen wird und die Frage, ob ein Angebot vorliegt, nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden sei. Es liege hierbei an der Rechtsprechung, bei der Entscheidung von Einzelfällen allgemeingültige Kriterien für die Beantwortung dieser Frage zu entwickeln.

27 XUE Jun (Fn. 17), S. 27.

28 So auch XUE Jun (Fn. 17), S. 27.

29 XUE Jun (Fn. 17), S. 27. Erfolge das Deutlichmachen stillschweigend, müsse aus den präsentierten Informationen vernünftigerweise abgeleitet werden können, dass es sich um ein Angebot im Rechtssinne handelt. Dabei sei der Beurteilungsmaßstab eines objektiven Dritten zugrunde zu legen, die Erklärung müsse mithin nach der allgemeinen gesellschaftlichen Auffassung vernünftigerweise als Angebot verstanden werden können.

30 Kommentierung des OVG zum Vertragsrechtsbuch des ZGB (Fn. 6), S. 206. XUE Jun (Fn. 17), S. 27. Die Privatautonomie wird in der Zwischenzeit als legitimes

die Parteien mithin objektiv so handeln, als würden sie ein Angebot abgeben, sie aber durch besondere Vereinbarung ausdrücklich ausschließen, dass ihr Verhalten als rechtliches Angebot definiert wird, wird aus dem rechtlichen Verhalten grundsätzlich eine unverbindliche *invitatio ad offerendum*.³¹ In diesem Fall stellt in der Regel die Abgabe der Bestellung ein verbindliches Angebot dar, vorrangig gilt aber auch insoweit die Vereinbarung der Parteien.³² Die Möglichkeit der abweichenden Vereinbarung über den Errichtungszeitpunkt ist angesichts der Quantität der im Internet durch ein- und denselben Händler abgeschlossenen Verträge und der Tatsache, dass es den Parteien vor dem Zustandekommen des Vertrages in diesen Fällen in der Regel nicht möglich sein wird, sich darüber zu verständigen, ob ihre Handlungen ein Angebot oder eine *invitatio ad offerendum* darstellen, allerdings praktisch überwiegend dann von Bedeutung, wenn die Möglichkeit abweichender Vereinbarungen jene in Form von AGB einschließt.³³ Neben diesem eher praktischen Argument spricht für die Möglichkeit der Vereinbarung durch AGB zudem der Gesetzeswortlaut, der keine besondere Formulierung für „individualvertraglich“ (个别商议的) enthält.

c) § 49 Abs. 2 ECG

Die während des Gesetzgebungsverfahrens des ECG sehr umstrittene³⁴ Vorschrift des § 49 Abs. 2 ECG hat im Gegensatz zu § 49 Abs. 1 ECG keinen Niederschlag in der Zivilrechtskodifikation gefunden. § 49 Abs. 2 ECG sieht vor, dass E-Commerce-Betreiber nicht durch Geschäftsbedin-

gesetzgeberisches Ziel angesehen, während sie zu Zeiten der Kulturrevolution noch als Symbol des Kapitalismus abgelehnt wurde, vgl. Jörg Binding/Sophia Kurz, Formulklauseln im chinesischen Zivilrecht, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 2013, Nr. 7, S. 424, 425. Teils wird vertreten, eine abweichende Vereinbarung über den Errichtungszeitpunkt sei der Natur der Sache nach gar nicht möglich, da ein Vertrag immer im Zeitpunkt der Einigung zustande komme und die Parteien hierüber nichts Abweichendes vereinbaren könnten, vgl. SUN Liangguo (Fn. 12), S. 128.

31 XUE Jun (Fn. 17), S. 27.

32 XUE Jun (Fn. 17), S. 27.

33 Dafür, dass abweichende Vereinbarungen jene in Gestalt von AGB umfassen, vgl. die Kommentierung des OVG zum Vertragsrechtsbuch des ZGB (Fn. 6), S. 207; XUE Jun (Fn. 17), S. 27; LÜ Zushan/PENG Sen/YIN Zhongqing (Hrsg.) (Fn. 4), S. 149.

34 XUE Jun (Fn. 17), S. 29.

gungen oder in anderer Form vereinbaren dürfen, dass ein Vertrag nach Zahlung durch einen Verbraucher nicht zustande kommt; falls Geschäftsbedingungen etc. einen solchen Inhalt enthalten, ist dieser unwirksam. Legislativer Beweggrund für den Erlass dieser Vorschrift war im Wesentlichen die Eindämmung des Phänomens, dass E-Commerce-Betreiber Verbraucher dazu verleiten, ihre Waren oder Dienstleistungen zu einem vergünstigten Preis zu bestellen und ihren Antrag sodann stornieren, wodurch Käufern Möglichkeiten des Erwerbs bei anderen Betreibern im Rahmen groß angelegter Werbeaktionen und E-Commerce-Betreibern Handelsmöglichkeiten entgehen.³⁵ Anders als zum Teil in der Rechtsprechung heißt es in der Literatur, § 49 Abs. 2 ECG mache inhaltlich wenig Sinn, lege man die Vorschrift wörtlich aus und unterstelle, dass sie Fälle erfasst, in denen die Parteien im Wege von AGB vereinbart haben, dass ein Vertrag nicht zustande kommt, nachdem ein Verbraucher seine Zahlung geleistet hat.³⁶ Daher wird die Vorschrift teleologisch dahingehend ausgelegt, dass sie Vereinbarungen darüber erfasst, was ein Angebot und was eine *invitatio ad offerendum* darstellt.³⁷ Gleichwohl werde auch bei Zugrundelegung dieses Verständnisses das dogmatische Grundgerüst des Vertrages erschüttert, das auf der Annahme einer Trennung der Stadien der Vertragserrichtung und Vertragserfüllung fuße. Entscheidend für die Frage, ob ein Vertrag geschlossen ist, könne lediglich die Existenz einer Vereinbarung zwischen den Parteien sein, nicht aber die Frage, ob eine Partei ihre vertraglich geschuldete Leistung erbracht hat oder nicht.³⁸

Aus praktischer Perspektive wird ferner hervorgehoben, dass die Verknüpfung der Vertragserrichtung und Vertragserfüllung in § 49 Abs. 2 ECG im Hinblick auf spezielle Geschäftsmodelle Probleme verursache.

35 XUE Jun (Fn. 17), S. 29. Im Chinesischen ist die Rede von 砍单, wörtlich: „Abschlagen der Bestellung“.

36 So auch XUE Jun (Fn. 17), S. 29. Wörtlich und ohne lange Erläuterung wendet die Vorschrift aber beispielsweise das Internetgericht Beijing in seinem Urteil vom 5.3.2021 an, (2020) Jing 0491 Min Chu Nr. 24956.

37 XUE Jun (Fn. 17), S. 29, ähnlich LÜ Zushan/PENG Sen/YIN Zhongqing (Hrsg.) (Fn. 4) S. 150, die ohne genauere Erklärung unterstellen, dass § 49 Abs. 2 ECG die Frage regelt, ob E-Commerce-Betreiber und Verbraucher eine abweichende Vereinbarung über die Bindungswirkung der durch die Verbraucher abgegebenen Bestellung treffen können.

38 XUE Jun (Fn. 17), S. 29, hebt hervor, dass dem mit der Vorschrift anvisierten Ziel des Verbraucherschutzes durch andere Instrumentarien wie beispielsweise einer Einbeziehungskontrolle Rechnung zu tragen sei. Für die Unerheblichkeit der die Erfüllung des Vertrages betreffenden Fragen im Hinblick auf dessen Zustandekommen siehe auch SUN Liangguo (Fn. 12), S. 22.

Dies gelte unter anderem für das Modell des sogenannten Gruppenkaufs (拼团模式), bei dem eine bestimmte Anzahl von Personen teilnehmen muss, damit die Verträge mit den Teilnehmern zu einem bestimmten Gruppenpreis zustande kommen. Dieses bei Verbrauchern durchaus beliebte Geschäftsmodell lasse sich vor dem Hintergrund des § 49 Abs. 2 ECG im Grunde nicht mehr verwirklichen. Ein ähnliches Problem stelle sich bei dem Vertragsmodell der sogenannten Blitzangebote (创购模式), bei denen ein Händler eine begrenzte Anzahl von Waren zu einem bestimmten vergünstigten Preis anbietet und die Interessenten den Kaufpreis im Voraus zahlen. Anschließend entscheide der Anbieter beispielsweise im Wege einer Auslosung, wer den Artikel zu einem vergünstigten Preis erhält. Nur mit dieser Person komme der Vertrag dann auch zustande. Praktisch zweifelhaft sei ferner, dass im Dunkeln bleibe, wann die Zahlung durch einen Verbraucher als erfolgt gilt.³⁹ Wenn die Zahlung mithilfe eines Drittanbieters wie *Alipay* getätigt wird, stelle sich die Frage, ob der Eingang der Zahlung auf dem *Alipay*-Konto entscheidend ist oder die Zahlung erst berücksichtigt wird, nachdem der Käufer die Zahlung endgültig bestätigt hat.

Dem eingangs umrissenen Phänomen stornierter Anträge zu begegnen, indem die dem Vertragsschluss zugrunde liegende Logik geändert wird, erscheine daher fragwürdig und stelle einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Privatautonomie der Parteien dar. Dieser Eingriff sei auch nicht notwendig, da in diesen Fällen Schadensersatz nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* zu leisten sei, gestützt darauf, dass der Abschluss des Vertrags als Vorwand genutzt wurde, um böswillig zu verhandeln, § 500 Nr. 1 ZGB. Es sei überdies Aufgabe des Plattformbetreibers und der Marktaufsichtsbehörden, dieses Phänomen durch Regulierungsmaßnahmen effektiv zu steuern.⁴⁰ Es wird resümiert, dass die Vorschrift des § 49 Abs. 2 ECG rechtswissenschaftlich unhaltbar sowie wertungsmäßig unausgewogen und der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 49 Abs. 2 ECG über das Ziel des Verbraucherschutzes daher weit hinausgeschossen sei.⁴¹

39 XUE Jun (Fn. 17), S. 29 f.

40 Vgl. XUE Jun (Fn. 17), S. 30.

41 XUE Jun (Fn. 17), S. 30, a.A. LÜ Zushan/PENG Sen/YIN Zhongqing (Hrsg.) (Fn. 4), S. 150, die § 49 Abs. 2 ECG in den meisten Fällen für eine dem Verbraucherschutz zuträgliche Beschränkung der Privatautonomie des E-Commerce-Betreibers halten.

d) Verhältnis zwischen § 491 ZGB und § 49 Abs. 2 ECG

Da bei der Kodifizierung des ZGB auf das ECG Bezug genommen wurde und § 491 Abs. 2 ZGB der Regelung des § 49 Abs. 1 ECG abgesehen von geringfügigen begrifflichen Unterschieden entspricht, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die terminologisch und inhaltlich fragwürdige Bestimmung des § 49 Abs. 2 ECG bewusst nicht in das ZGB aufgenommen hat oder es sich um ein Versehen handelt. Da es sich bei § 49 Abs. 1 und Abs. 2 ECG um eine Vorschrift handelt, erscheint unwahrscheinlich, dass dem Gesetzgeber ein Versehen unterlaufen ist.⁴² Neben der Tatsache, dass es sich bei der Kodifizierung des ZGB um einen Prozess des „Nehmens und Gebens“ gehandelt habe, wird in der Literatur für diese Ansicht formaljuristisch vorgebracht, dass es sich bei dem ZGB um das jüngere Gesetz handle, dem daher der Vorrang einzuräumen sei.⁴³ Konzidiert wird indes, dass für die vorrangige Anwendung des ECG im Lichte des § 11 ZGB, der die vorrangige Anwendung spezieller Vorschriften regelt, der Charakter des § 49 Abs. 2 ECG als *lex specialis* gegenüber den Vorschriften des ZGB vorgebracht werden könne.⁴⁴ Dies sei umso wichtiger, als es sich bei § 49 Abs. 2 ECG um eine speziell verbraucherschützende Vorschrift handle. Angesichts der Tatsache, dass die Kodifizierung des ZGB nicht darauf abziele, alle bisherigen Rechtsvorschriften in das ZGB aufzunehmen, sei es jedoch unangemessen, § 11 ZGB dahingehend auszulegen, alle Vorschriften in bestehenden Gesetzen, die nicht ausdrücklich aufgehoben wurden, als *leges speciales* im Verhältnis zum ZGB anzusehen.⁴⁵ Diese Herangehensweise an die Rechtsanwendung würde das Potenzial für eine im Rahmen des Kodifizierungsprozesses stattfindende Erneuerung in signifikanter

42 So auch XUE Jun (Fn. 17), S. 31. Ferner ergibt sich aus der Kommentierung des OVG zum Vertragsrechtsbuch des ZGB, dass auch das OVG von der Anwendbarkeit der Vorschrift ausgeht (Fn. 6), S. 207.

43 XUE Jun (Fn. 17), S. 31 f.

44 Siehe zur Geltung des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* schon oben, Fn. 14. Siehe zu dem Verhältnis zwischen ECG und ZGB im Allgemeinen auch LI Xiaocao (李小草), Untersuchung der Anwendung des Rechtssystems der E-Commerce-Plattform zum Schutz des geistigen Eigentums gemäß dem E-Commerce-Gesetz (《电子商务法》电商平台知识产权保护规定的法体系适用研究), Journal of Law Application (法律适用) 2020, Nr. 13, S. 124 ff. Auch das OVG unterstellt in seiner Kommentierung zum Vertragsrechtsbuch des ZGB in Bezug auf § 49 Abs. 2 ECG dessen vorrangige Anwendbarkeit gegenüber dem ZGB als *lex specialis* (Fn. 6), S. 208.

45 XUE Jun (Fn. 17), S. 32.

Weise verringern.⁴⁶ Vielmehr sei im Einzelfall zu prüfen, ob der Grundsatz der vorrangigen Anwendung des spezielleren Gesetzes vor dem ZGB zu materiell gerechten Ergebnissen führt oder eine Anwendung der Regeln des ZGB zu einem erheblichen Interessenungleichgewicht führen würde. Nur wenn dies der Fall ist, sei § 11 ZGB einschlägig und dem spezielleren Gesetz der Vorrang einzuräumen. Angesichts der regelungstechnischen Probleme des § 49 Abs. 2 ECG und dem daraus resultierenden Interessenungleichgewicht sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich bei der Kodifizierung des ZGB bewusst gegen die Übernahme des § 49 Abs. 2 ECG entschieden habe.⁴⁷

e) *Zwischenergebnis*

Hinsichtlich der zentralen Frage nach dem Errichtungszeitpunkt elektronischer Verträge und den in § 491 Abs. 2 ZGB und § 49 ECG insofern getroffenen Regelungen ist festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit der Auffassung des Obersten Volksgerichts (OVG) neben der Anwendbarkeit der inhaltsgleichen §§ 491 Abs. 2 ZGB und 49 Abs. 1 ECG auch § 49 Abs. 2 ECG weiterhin praktisch relevant bleiben wird. Dies gilt, obgleich methodisch überzeugende Argumente gegen die Fortgeltung des § 49 Abs. 2 ECG sprechen.

2. *Zugang elektronischer Willenserklärungen*

Neben den Vorschriften über den Errichtungszeitpunkt ist für das Zustandekommen im Internet errichteter Verträge entscheidend, dass die von den Vertragsparteien abgegebenen Willenserklärungen⁴⁸ einander zugehen. Das ZGB differenziert im Rahmen der empfangsbedürftigen Willenserklärungen insoweit zwischen Willenserklärungen, die in einem Gespräch abgegeben, und jenen, die nicht in einem Gespräch abgegeben wer-

46 Vgl. WANG Liming (王利明), Bei der korrekten Anwendung des Zivilgesetzbuches sind drei Arten von Beziehungen zu handhaben (正确适用民法典应处理好三种关系), *Modern Law Science* (现代法学) 2020, Nr. 6, S. 3, 10.

47 XUE Jun (Fn. 17), S. 32.

48 Dass der Begriff der Willenserklärung explizit genannt und geregelt wird, wird als wesentlicher Fortschritt der Neuregelungen des ZGB gesehen, Yuanshi Bu, Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches - ausgewählte Fragen, in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2017, Nr. 3, S. 183, 191.

den, vgl. § 137 Abs. 1 ZGB⁴⁹. Relevant ist diese Unterscheidung auch im Hinblick auf den Zugang elektronischer Willenserklärungen.⁵⁰ Eine Willenserklärung in Form eines elektronischen Datenschriftstücks ist eine nicht in einem Gespräch abgegebene Willenserklärung, vgl. § 137 Abs. 2 ZGB.⁵¹ Definiert werden elektronische Datenschriftstücke als Informationen, die auf elektronischem, optischem, magnetischem oder ähnlichem Wege erzeugt, gesendet, empfangen oder gespeichert werden und erst nach dem Übertragungsprozess sichtbar Gestalt annehmen.⁵²

a) Zugangskriterien

Eine in einem Gespräch abgegebene Willenserklärung wird in dem Moment wirksam, in dem das Gegenüber von ihrem Inhalt Kenntnis erlangt, § 137 Abs. 1 ZGB, während eine nicht in einem Gespräch abgegebene Willenserklärung in dem Moment wirksam wird, in dem sie dem Gegenüber zugeht, § 137 Abs. 2 S. 1 ZGB. Gesetzlich nicht definiert wird der Begriff des Zugangs. In der Literatur heißt es, der Zugang sei erfolgt, wenn die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser die Möglichkeit hat, von ihrem Inhalt Kenntnis zu erlangen.⁵³ Die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger sei keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sodass dieser den Zeitpunkt des Zugangs einer bereits in seinem Machtbereich befindlichen Willenserklärung nicht durch vorsätzliches Nichtwissen kontrollieren könne.⁵⁴ Da Vertragsschlüsse im Internet in der Regel durch den Austausch nicht in einem Gespräch abgegebener Willenserklärungen erfolgen, muss die Annahme nach § 481 Abs. 2

49 Die Regelung des § 137 ZGB ersetzt ab Inkrafttreten des ZGB am 1.1.2021 die gleichlautende Vorschrift des § 137 Allgemeiner Teil des Zivilrechts der VR China, vgl. § 1260 ZGB.

50 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 33.

51 Vgl. hierzu auch die Übersicht von Yuanshi Bu (Fn. 48), S. 191.

52 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 33.

53 SHEN Deyong (沈德咏) (Hrsg.), *Verständnis und Anwendung des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China* (中华人民共和国民法总条文理解与适用(下)), Peking, 2017, S. 922; Yuanshi Bu, *Chinese Civil Code - The General Part* -, Baden-Baden 2019, S. 107 m.w.N.; dies entspricht der im deutschen Recht allgemein anerkannten Definition des Zugangs, nach der eine Willenserklärung dann zugegangen ist, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat, MüKoBGB/Einsele, 9. Auflage 2021, § 130 Rn. 16 m.w.N.

54 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 33.

Nr. 2 ZGB⁵⁵ innerhalb einer vernünftigen Frist zugehen. Bei elektronischen Willenserklärungen wird hier regelmäßig von einer Frist von einem Tag ausgegangen.⁵⁶

Speziell in Bezug auf elektronische Willenserklärungen wird in § 137 Abs. 2 ZGB wie in § 16 S. 2 VG danach differenziert, ob der Empfänger ein bestimmtes Computersystem zum Empfang elektronischer Willenserklärungen explizit benannt hat. § 16 S. 2 VG sah indes noch vor, dass ein elektronisches Schriftstück als dem Empfänger zu der Zeit zugegangen gilt, zu der das Schriftstück erstmals in irgendein Computersystem des Empfängers gelangt. Diese Bestimmung wurde in der Literatur als unzureichend kritisiert, da sie voraussetze, dass der Empfänger seine E-Mails oder sein Computersystem ständig überprüfe und dem Erklärenden so der Raum genommen werde, von seiner Willenserklärung wieder Abstand zu nehmen.⁵⁷ Im Schrifttum wird dies als Hintergrund der Neuregelung des § 137 Abs. 2 S. 3 ZGB⁵⁸ gesehen, der nunmehr festlegt, dass die Willenserklärung vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung der Parteien wirksam wird, wenn der Empfänger weiß oder wissen muss, dass das elektronische Datenschriftstück in sein Computersystem gelangt ist. Dies entspreche den herkömmlichen Kriterien, denen zufolge eine Willenserklärung dann zugegangen ist, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Bei der Bestimmung des Zugangszeitpunktes sei zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu differenzieren, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten davon ausgehen können, dass der Empfänger weiß oder wissen müsste, dass die Willenserklärung in seine elektronische Empfangsvorrichtung gelangt ist. Bei Verbrauchern könne nach der Verkehrssitte wie bei einem herkömmlichen Briefkasten nur davon ausgegangen werden, dass das elektronische Postfach einmal täglich überprüft wird, und zwar gewöhnlich gegen Abend. Außerhalb der Arbeitszeiten sei davon auszugehen, dass der Computer ausgeschaltet ist. Bei Unternehmern könne nur während der Betriebszeiten zwei Mal täglich, morgens und abends, erwartet werden, dass der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.⁵⁹ Da Ver-

55 Dies entspricht § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VG.

56 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 38.

57 ZHU Qingyu (朱庆育), Allgemeine Übersicht über das Zivilrecht (民法总论), Peking 2016, S. 205.

58 Die Ausführungen Wangs beziehen sich unmittelbar auf die inhaltsgleiche Regelung des § 137 Abs. 2 S. 3 ATZR; siehe zum Verhältnis von ZGB und ATZR schon oben, Fn. 49.

59 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 33 f.

braucher in der VR China heutzutage häufig über Handyapps Waren bestellen und instantan über neue Nachrichten in Kenntnis gesetzt werden, erscheint zweifelhaft, ob dieses Zugangsverständnis noch zeitgemäß ist.

b) Verteilung des Übermittlungsrisikos

Auch für elektronische Willenserklärungen gilt, dass der Erklärende und der Empfänger grundsätzlich das Risiko des Verlustes und der Verzögerung bei der Übermittlung von Willenserklärungen jeweils für ihren Machtbereich übernehmen.⁶⁰

(1) Zeitraum von der Abgabe der Willenserklärung bis zur Speicherung in dem Empfängersystem

Gesetzlich geregelt ist nicht, wer das Übermittlungsrisiko in dem Zeitraum von der Abgabe der elektronischen Willenserklärung bis zur Speicherung in dem Empfängersystem trägt. Das Übermittlungsrisiko umfasst den Verlust und das Abfangen der Willenserklärung während des Übermittlungsvorgangs mit der Folge, dass diese den Empfänger nicht erreicht.⁶¹ In der Literatur heißt es, in diesem Zeitraum trage der Erklärende das Übermittlungsrisiko, da er die Übermittlungsmethode wähle. Beispielfallhaft sei der Fall zu nennen, dass die Willenserklärung den Rechner des Empfängers nicht erreicht, es zu einer Störung der Internetverbindung, zu einem Zusammenbruch des Systems oder dazu kommt, dass die Willenserklärung durch das System gefiltert wird. Demgegenüber trage der Empfänger das Übermittlungsrisiko, wenn die Empfangsvorrichtung defekt ist oder der Empfänger die Tatsache, dass sich die Willenserklärung nicht zustellen lässt, anderweitig zu verantworten hat. Wenn der Empfänger sein elektronisches Postfach fahrlässig nicht leert und dadurch keine neuen E-Mails empfangen kann, werde dem Erklärenden das Recht eingeräumt, von dem Empfänger die unverzügliche Erklärung über den Zugang zu fordern, sodass der unterbliebene Zugang keine Verspätung darstelle.⁶² In dieser Situation könne vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden, dass der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat,

60 Vgl. WANG Hongliang (Fn. 18), S. 34.

61 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 34.

62 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 34.

sodass die Willenserklärung vor der Erklärung nicht zugegangen und der Erklärende nicht an sie gebunden sei; der Empfänger trage insoweit das Empfangsrisiko.⁶³

(2) Zeitraum von der Speicherung der Willenserklärung in dem Empfängersystem bis zur Kenntnisnahme durch den Empfänger

Gesetzlich nicht geregelt ist ferner, wer das Übermittlungsrisiko trägt, wenn eine elektronische Willenserklärung in der Empfangsvorrichtung des Empfängers gespeichert wurde, sie jedoch anschließend zu einem Zeitpunkt, zu dem für gewöhnlich mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann, durch einen Defekt des Rechners vernichtet wird. Nach den eingangs genannten Zugangskriterien, nach denen die Zuteilung des Risikos mit dem Machtbereich der Parteien zusammenhängt, wird das Übermittlungsrisiko im Schrifttum in diesem Falle dem Empfänger zugeordnet, da sich die Willenserklärung nach der Speicherung bereits in seinem Machtbereich befinde und innerhalb eines bestimmten Zeitraums mit dessen Kenntnisnahme gerechnet werden könne. Wenn die Willenserklärung auf dem Zielrechner gespeichert wird, jedoch aufgrund eines technischen Defekts nicht zu einem Zeitpunkt, zu dem regelmäßig damit gerechnet werden kann, dass sie heruntergeladen wird, könne nach der Verkehrssitte gleichwohl vernünftigerweise mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger gerechnet werden. Begründet liege dies wiederum in dem Umstand, dass der Empfänger selbst die entsprechenden Maßnahmen zur Möglichkeit der Kenntnisnahme von Willenserklärungen zu ergreifen habe, die in seinen Machtbereich gelangt sind. Schließlich gehe die Willenserklärung auch in dem Fall zu, dass sie auf dem Rechner des Empfängers gespeichert wird, jedoch durch ein Virus oder die versehentliche Löschung durch den Empfänger oder einen Dritten zu einem Zeitpunkt verschwindet oder unlesbar wird, in dem mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann, da sie den Machtbereich des Empfängers auch in diesem Fall erreicht habe.⁶⁴

63 ZHU Qingyu (Fn. 57), S. 340.

64 WANG Hongliang (Fn. 18), S. 34.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen bei im Internet errichteten Verträgen

AGB⁶⁵ sind ein zumeist zentraler Bestandteil im Internet errichteter Verträge und werden in § 496 Abs. 1 ZGB legaldefiniert als Klauseln, die von einer Partei zur wiederholten Verwendung vorweg entworfen und nicht bei der Errichtung des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden.⁶⁶ So hat der Nutzer in der Regel keine Möglichkeit zur Verhandlung, sondern nur die Wahl, den einseitig gestellten AGB zuzustimmen oder diese abzulehnen. Als Beweggrund für die Nutzung von AGB wird auch in der chinesischen rechtswissenschaftlichen Literatur die Reduktion von Transaktionskosten gesehen, was Verbrauchern mittelbar durch günstigere Produkte und Dienstleistungen zugutekomme. Einher gehe mit der Nutzung von AGB durch die fehlende Möglichkeit der Einflussnahme der Vertragspartner des Verwenders während der Vertragsverhandlungen indes auch eine asymmetrische Machtverteilung, die sich zum einen in einer unzureichenden Information des Vertragspartners über Angelegenheiten der Vertragserrichtung oder Vertragsinhalte, zum anderen in dem Stellen unangemessener Klauseln äußern und so zu einer ungerechtfertigten Geltendmachung unternehmerischer Interessen führen könne.⁶⁷

a) Wege der Integration allgemeiner Geschäftsbedingungen bei im Internet errichteten Verträgen

Die eingangs beschriebene Gefahr einer unangemessenen Interessenverteilung durch AGB besteht bei im Internet errichteten Verträgen in besonderer Weise, da diese in der Regel in Gestalt sogenannter Click-Wrap- und Browse-Wrap-Verträge in Erscheinung treten. Bei einem Click-Wrap-Vertrag handelt es sich um die am weitesten verbreitete Art von im Internet geschlossenen Verträgen, bei der der Nutzer sich zwecks einer effizienteren

65 格式条款; wörtlich: „Formularklauseln“; diese sind von „Geschäftsbedingungen“ (交易条件) wie etwa der Gewährleistung der Qualität und angemessenen Preisen abzugrenzen, siehe hierzu Anmerkung 8 der deutschen Übersetzung des Verbraucherschutzgesetzes der VR China von Alexander Gresbrand/Madeleine Martinek/Thomas Odom et al., in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2014, Nr. 1, S. 69, 71.

66 Dies entspricht der Begriffsbestimmung des § 39 S. 2 VG.

67 XIA Qingfeng (夏庆锋), Regeln zur Korrektur unangemessener allgemeiner Geschäftsbedingungen in Internetverträgen (网络合同中不正当格式条款的纠正规则), Jianghuai Tribune (江淮论坛) 2020, Nr. 2, S. 134, 134.

Vertragsgestaltung mit sämtlichen AGB durch den Klick auf die Schaltfläche „Ich stimme zu“ einverstanden erklärt, wodurch eine rechtliche Beziehung zwischen dem Internetnutzer und dem Verwender der AGB entsteht.⁶⁸ Dabei wird im Schrifttum besonders auf die Gefahr hingewiesen, dass Nutzern bei dieser Abschlussform nicht alle Vertragsinhalte angezeigt werden und die Verwender sie nicht hinreichend auf die durch die AGB entstehenden Rechte und Pflichten aufmerksam machen. Nutzern könnten auf diesem Wege in den Vertrag integrierte AGB zum Nachteil erreichen; vor allem dadurch, dass der Verwender eine für den Vertragspartner unverständliche Fachsprache verwendet, sich unklar ausdrückt, versteckte Klauseln in den Vertrag integriert oder der Inhalt zu umfangreich ist. Dies führe dazu, dass Nutzer die AGB oftmals nicht verstehen oder gar nicht erst zur Kenntnis nehmen und E-Commerce-Betreiber dies zur Verwendung unangemessener AGB nutzen.⁶⁹

Sogenannte Browse-Wrap-Verträge werden ebenfalls im Internet geschlossen und auch hier werden AGB einseitig durch den Verwender gestellt.⁷⁰ Anders als bei Click-Wrap-Verträgen wird bei Browse-Wrap-Verträgen für die Vertragserrichtung nicht vorausgesetzt, dass der Nutzer den durch den Verwender gestellten AGB zustimmt, indem er aktiv auf eine Schaltfläche „Ich stimme zu“ klickt; vielmehr stimmt der Nutzer den AGB durch die bloße Nutzung der Webseite zu.⁷¹ Anerkanntes Ziel auch dieser Methode ist die Förderung des E-Commerce durch die Bereitstellung einer komfortablen Methode des Vertragsschlusses.⁷² Befürchtet wird, dass die ohnehin schon geringe Bedeutung, die der tatsächlichen Zustimmung des Nutzers zukommt, durch das Durchbrowsen des Vertrages weiter reduziert werde und verstärkt die Gefahr unangemessener und rechtsmissbräuchlicher Klauseln bestehe. Ferner bestehe das Risiko, dass die Anerkennung von Rechtswirkungen durch Browse-Wrap-Verträge dazu führen könnte, dass Anbieter von Netzdienstleistungen Nutzer durch ein Programm dazu zwingen, auf der Seite mit den AGB zu verweilen und diesen so entgegen ihrem tatsächlichen Willen zustimmen. Da die Errichtung und Wirksamkeit von Browse-Wrap-Verträgen weder eine Mitteilung an den Empfänger

68 Cheryl B. Preston/Eli W. McCann, Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps, and Browsewraps: How the Law Went Wrong from Horse Traders to the Law of the Horse, in: Brigham Young University Journal of Public Law 2012, Nr. 1, S. 1, 17.

69 XIA Qingfeng (Fn. 67), S. 135.

70 Cheryl B. Preston/Eli W. McCann (Fn. 68), S. 18.

71 Cheryl B. Preston/Eli W. McCann (Fn. 68), S. 18.

72 XIA Qingfeng (Fn. 67), S. 136.

noch dessen ausdrückliche Zustimmung voraussetze, bestehe für Nutzer ein besonders großes Risiko ungewollter vertraglicher Verpflichtungen.⁷³

b) Hinweis- und Erklärungspflichten des AGB-Verwenders

Der chinesische Gesetzgeber hat im Lichte dieser Gefahren sowohl speziell gegenüber Verbrauchern als auch allgemeine, unabhängig von der Verbrauchereigenschaft des Vertragspartners einzuhaltende Hinweis- und Erklärungspflichten geschaffen. Die Hinweis- und Erklärungspflichten gegenüber Verbrauchern wurden im Zuge der Revision des chinesischen Verbraucherschutzrechts, deren Höhepunkt der Erlass des Verbraucherschutzgesetzes (VSG)⁷⁴ in seiner Fassung vom 25.10.2013 darstellt, erweitert.⁷⁵ Im Vergleich zu § 39 VG sind in § 26 Abs. 1 VSG eine deutlich weitergehende Hinweis- und Erklärungspflicht geregelt, die sich im Gegensatz zu § 39 S. 1 VG nicht auf haftungsbeschränkende- und ausschließende Klauseln beschränken. Von der gegenüber allen Nutzern geltenden Regelung des § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB unterscheidet sich diese verbraucher-spezifische Regelung im Wesentlichen dadurch, dass der Inhalt der Hinweis- und Erklärungspflicht durch die beispielhafte Nennung von Inhalten, auf die sie sich bezieht, deutlich wird.

(1) Inhalt der Hinweis- und Erklärungspflichten des § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB im Einzelnen und Beweislastverteilung

Im Einzelnen sieht § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB wie § 39 S. 1 VG vor, dass AGB-Verwender die andere Partei auf eine angemessene Art und Weise auf jene Klauseln hinweisen müssen, durch die die Haftung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, sowie Klauseln auf Nachfrage der anderen Partei hin erklären müssen. Insoweit kann als Orientierungshilfe vorerst weiterhin § 6 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II)⁷⁶ dienen.⁷⁷ Hier-

73 XIA Qingfeng (Fn. 67), S. 136.

74 Übersetzung ins Deutsche von Alexander Gresbrand et al. (Fn. 65).

75 WANG Jianyi, Das revidierte Verbraucherschutzgesetz der Volksrepublik China, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2014, Nr. 5, S. 265, 267.

76 Übersetzung ins Deutsche von Knut Benjamin Pißler, in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2009, Nr. 3, S. 288 ff.

77 Ulrike Glück/Michael Munziger/SHI Lei, „Overview on Key Issues of the Contract Part of China’s First Civil Code“, S. 9, <<https://perma.cc/MFT5-4GHZ>>.

nach wird davon ausgegangen, dass der Verwender seiner Hinweispflicht auf eine angemessene Art und Weise nachgekommen ist, wenn er die haftungsbeschränkenden oder haftungsausschließenden Klauseln durch besondere Worte, Symbole oder eine besondere Schriftart bei der Vertragserrichtung hervorhebt, um die Aufmerksamkeit der anderen Vertragspartei zu erzielen, und Erklärungen jener Klauseln vornimmt, die von der Vertragspartei genannt werden.⁷⁸ Erweitert hat der Gesetzgeber die Hinweis- und Erklärungspflicht in § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB gegenüber § 39 S. 1 VG insoweit, als sie sich nunmehr neben haftungsausschließenden und -beschränkenden Klauseln auch auf andere Klauseln bezieht, die in einer zur anderen Seite schwerwiegend nützlichen oder schädlichen Beziehung stehen.⁷⁹ Diese offen gehaltene Formulierung des § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB stellt eine Annäherung an § 26 Abs. 1 VSG dar und belässt dem Rechtsanwender einen Ermessensspielraum zulasten der Rechtssicherheit⁸⁰, der eine flexible Reaktion im Einzelfall ermöglicht. Zur Beantwortung der Frage, welche Klauseln in einer zur anderen Seite schwerwiegend nützlichen oder schädlichen Beziehung stehen, verweist das OVG auf die in § 470 ZGB genannten Hauptvertragsinhalte. Diese fielen in der Regel unter § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB.⁸¹

vermuten den Erlass einer ähnlichen justiziellen Auslegung zum ZGB. In seiner Kommentierung des ZGB zum Vertragsrechtsbuch verweist das OVG ebenfalls auf § 6 Abs. 2 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II) (Fn. 6), S. 246.

- 78 Ferner zu berücksichtigen waren in Bezug auf den konkreten Inhalt der Hinweis- und Erklärungspflichten vor Inkrafttreten des ZGB eine Auslegung des OVG aus dem Jahr 2009 (最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二); chinesisch-englische Fassung abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.3.116926), zuletzt eingesehen am 5.8.2021, sowie eine große Anzahl an Vorschriften, die durch lokale Volkskongresse und durch lokale Industrie- und Handelsbehörden verabschiedet wurden, Yuanshi Bu, Das chinesische Vertragsrecht - Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektive, in: Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung 2014, Nr. 6, S. 261, 264. Siehe hierzu auch schon oben, Fn. 23.
- 79 Bereits vor Inkrafttreten des ZGB wurde in Teilen der Literatur vertreten, § 39 S. 1 VG sei so auszulegen, dass der AGB-Verwender die andere Seite angemessen auf alle Klauseln hinzuweisen habe und diese andernfalls nicht Vertragsbestandteil würden, LIU Lu (刘璐)/GAO Shengping (高圣平), Untersuchung der Regelungen über die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag (格式条款之订入合同规则研究), Guangxi Social Sciences (广西社会科学) 2005, Nr. 2, S. 72, 72 f.
- 80 So auch LI Yu (李宇), Zehn Kritikpunkte an dem Entwurf des Besonderen Teils des Zivilgesetzbuches (十评民法典分则草案), Chinese Journal of Maritime Law (中国海商法研究) 2018, Nr. 3, S. 3, 6.
- 81 Kommentierung des OVG zum Vertragsrechtsbuch des ZGB (Fn. 6), S. 246.

Hinsichtlich der Frage nach der Beweislastverteilung im Kontext der Hinweis- und Erklärungspflichten ist das Urteil des Höheren Volksgerichts Shanghais⁸² aufschlussreich. Im Einzelnen lag dem Urteil ein elektronisch abgeschlossener Vermögensverwaltungsvertrag zugrunde. Schwerpunkt der Entscheidung war, ob eine durch die Beklagte einseitig in Gestalt von AGB gestellte Schiedsklausel wirksam in den Vertrag einbezogen worden war sowie deren inhaltliche Wirksamkeit. Der Kläger machte gemäß § 496 Abs. 2 S. 2 ZGB geltend, die Klausel sei kein Vertragsbestandteil geworden, da die Beklagte ihre Erklärungspflicht nicht erfüllt habe. Da der Kläger indes nicht beweisen konnte, dass er die Erklärung wie in § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB vorausgesetzt von der Beklagten verlangt hatte, unterstützte das Gericht die Auffassung des Klägers insoweit nicht. Die Beweislast für das Verlangen der Erklärung liegt mithin nicht bei dem AGB-Verwender.⁸³ Neben § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB berief sich das Gericht auf § 31 der „Erläuterungen des OVG zur Anwendung des ‚Zivilprozessgesetzes der Volksrepublik China‘“⁸⁴ über die Form von Gerichtsstandsklauseln bei Verbraucherverträgen. § 31 besagt ebenfalls, dass nur jene Zuständigkeitsvereinbarungen unwirksam sind, auf die der Verbraucher nicht in angemessener Weise hingewiesen wurde. Das Gericht befand mithin, dass die Schiedsklausel wirksam in den Vertrag einbezogen wurde. Auch stellte es klar, dass es sich bei der Hinweispflicht des § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB um eine „aktive Pflicht“ handle, während es sich bei der Erklärungspflicht des § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB um eine „passive Pflicht“ handle. Diese Auslegung des Gerichts stimmt mit dem Wortlaut des § 496 Abs. 2 S. 2 ZGB überein, der das „Verlangen der anderen Partei“ vorsieht, damit die Erklärungspflicht greift.⁸⁵

Während die Beweislast für das Verlangen der Erklärung bei dem Vertragspartner liegt, trägt der AGB-Verwender die Beweislast für das Vorliegen der Erklärung i.S.v. § 496 Abs. 2 ZGB. In dem Urteil des Höheren Volksgerichts Shandong⁸⁶ stellte sich die Frage, ob die beklagte Versicherungsgesellschaft ihre Erklärungspflicht i.S.v. § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB erfüllt

82 Urteil des Höheren Volksgerichts Shanghai über die Hinweis- und Erklärungspflicht des AGB-Verwenders *LU Jinchun* gegen *Shanghai Gefei Asset Management Co., Ltd.*, (2021) Hu Min Shen Nr. 711.

83 Das Gericht stützt sich hierbei in der Sache auf § 6 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II).

84 Übersetzung ins Deutsche von Knut Benjamin Pißler, in: Handbuch des chinesischen Zivilprozessrechts, Tübingen 2018, S. 619 ff.

85 Auch das OVG bezeichnet die Erklärungspflicht als „passive Pflicht“ (Fn. 6), S. 242.

86 Urteil des Höheren Volksgerichts Shandong über die Erklärungspflicht des AGB-Verwenders *Yanwo Zhenbao Fastfood Restaurant* gegen *CHEN Zhengao* und *Dongy-*

hatte. Der Kläger machte geltend, die Versicherungsgesellschaft habe nicht beweisen können, dass sie ihrer Hinweis- und Erklärungspflicht hinreichend nachgekommen sei. Das Gericht befand, dass diese Pflichten erfüllt worden seien, da der Versicherungsnehmer eine Klausel mit dem Inhalt gestempelt habe: „Der Versicherer hat den Inhalt und die Rechtsfolgen der Ausschlussklausel deutlich erklärt.“ Damit sei bewiesen, dass die Pflicht erfüllt wurde. Freilich entsteht durch die Verwendung solcher vorformulierten Klauseln zu Beweis Zwecken die Gefahr, dass die Erklärungspflicht zu einer leeren Hülse verkommt.

(2) Rechte von Nutzern im Falle der Nichterfüllung der Hinweis- oder Erklärungspflichten

Vor Inkrafttreten des ZGB wurden AGB-Klauseln nicht etwa nicht einbezogen, wenn ein AGB-Verwender seiner Hinweis- oder Erklärungspflicht nicht nachkam, sondern es bestand nach § 9 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II) die Möglichkeit der Anfechtung.⁸⁷ Der Grund für das Einräumen einer Anfechtungsmöglichkeit statt einer unterbliebenen Einbeziehung wurde im Schrifttum darin gesehen, dass in einem solchen Fall vom Vorliegen eines anfechtbaren Irrtums ausgegangen worden sei.⁸⁸ Dem wurde entgegengehalten, dass eine Partei mangels Kenntnis der entsprechenden Punkte keinem diesbezüglichen Irrtum unterliegen und insofern auch kein Fehlurteil bilden könne. Der Irrtum über die Existenz einer Vertragsklausel sei kein Irrtum im Rechtssinne. Im Umkehrschluss aus § 10 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II) sei aber zu folgern gewesen, dass die betroffene Klausel auch dann Inhalt des Vertrages werden kann, wenn die Hinweis- und Erklärungspflicht nicht erfüllt wurden. Der Grund dafür, dass der Gesetzgeber des Vertragsgesetzes auf die Regelung einer Einbeziehungskontrolle verzichtet hatte, habe darin gelegen, dass man vermutlich von einem hinreichenden Schutz der Gegenseite durch die Inhaltskontrolle ausgegangen sei.⁸⁹

ing Central Branch of Yongan Property and Casualty Insurance Co., Ltd. und Dongying Shunxing Automobile Sales Co., Ltd., (2020) Lu Min Shen Nr. 9431.

87 Yuanshi Bu (Fn. 78), S. 265. Dies legt § 9 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II) fest.

88 So TAN Zhenya (谭振亚)/HU Jian (胡建), Die Einbeziehung und Wirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen, *Journal of Yunnan Finance & Economics University* (云南财经大学学报) 2012, Nr. 1, S. 127, 142.

89 Yuanshi Bu (Fn. 78), S. 265.

§ 496 Abs. 2 S. 2 ZGB lässt eine neue Richtung erkennen: Kommt der Verwender seiner Hinweis- oder Erklärungspflicht nicht nach und nimmt die andere Partei dadurch Klauseln, an denen sie ein großes materielles Interesse hat, nicht wahr oder versteht sie nicht, kann sie gemäß § 496 Abs. 2 S. 2 ZGB geltend machen, dass diese Klauseln kein Bestandteil des Vertrages geworden sind. Erforderlich ist ab Inkrafttreten des ZGB nicht mehr die Anfechtung vor einem Volksgericht, was dem Nutzer insoweit gegenüber der Fassung des § 9 der Auslegung zum Vertragsgesetz (Teil II) zuteilkommt.⁹⁰ Durch die Regelung des § 496 Abs. 2 S. 2 ZGB wurde nach langem Ringen während des Gesetzgebungsverfahrens erstmals eine Einbeziehungskontrolle eingeführt.⁹¹ Abzuwarten bleibt, ob die klare Trennung zwischen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle fortan auch in der Rechtsprechungspraxis beherzigt wird. So ist in dem Urteil des Höheren Volksgerichts Shanghai⁹² zwar der Sache nach eine zweistufige Vorgehensweise des Gerichts erkennbar, indem es zunächst prüfte, ob die Hinweis- und Erklärungspflichten eingehalten wurden. Sodann wurde die Klausel einer inhaltlichen Prüfung unterzogen, bei der das Gericht feststellte, dass sie die Haftung des Verwenders nicht in unangemessener Weise ausschließe oder reduziere, die der anderen Partei erhöhe oder deren wesentliche Rechte einschränke.⁹³ Jedoch wirkt es terminologisch unsauber, dass im Kontext

90 Glück, Ulrike/Munziger, Michael/SHI Lei (Fn. 77), S. 9; so auch das OVG in seiner Kommentierung zum Vertragsrechtsbuch des ZGB (Fn. 6), S. 8.

91 Vgl. Yuanshi Bu (Fn. 15), S. 13; zu den Voraussetzungen der wirksamen Einbeziehung von AGB nach dem ZGB siehe auch ZHAO Jin, Systematische Reform des chinesischen AGB-Rechts und seine Anwendung auf Arbeitsverträge - mit vergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts, 2021, S. 16 ff, abrufbar unter <<https://edoc.hu-berlin.de/handle/18452/23128>>, zuletzt eingesehen am 5.8.2021.

92 Siehe hierzu auch oben unter II. 3. b) (1).

93 So auch das Vierte Mittlere Volksgericht Beijing, (2020) Jing 04 Min Te Nr. 780. In diesem Urteil ging es um die wirksame Einbeziehung einer Schiedsklausel in Gestalt von AGB in einen Verbraucherdarlehensvertrag sowie um deren inhaltliche Wirksamkeit. Bevor das Gericht die Wirksamkeit der Einbeziehung und die inhaltliche Wirksamkeit prüfte, stellte es zunächst fest, dass es gemäß § 16 Schiedsgerichtsgesetz der VR China (chinesisch-englische Fassung abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.301395), zuletzt eingesehen am 13.8.2021, grundsätzlich möglich sei, eine Schiedsklausel in AGB festzulegen. Die Klausel sei auch wirksam in den Vertrag einbezogen worden, da der Darlehensgeber die beiden Darlehensnehmer dazu veranlasst habe, den Vertragsinhalt zur Kenntnis zu nehmen, was diese durch ihre Unterschrift auch bestätigt hätten. Hinsichtlich der inhaltlichen Wirksamkeit erkannte das Gericht, dass die Schiedsklausel keine ungültige Klausel i.S.v. §§ 40 VG i.V.m. 52f. sei, da Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren beide ihre Vor- und Nachteile hätten, die alle Vertragsparteien gleichermaßen beträfen. Gegen-

der Hinweis- und Erklärungspflichten von der „Wirksamkeit“ der Klausel die Rede ist.⁹⁴

4. Schadensersatzhaftung nach falscher Preisauszeichnung

Nicht selten kommt es in der Praxis vor, dass Preise auf E-Commerce-Plattformen falsch ausgewiesen werden. Beteiligte des dem Urteil des Dritten Mittleren Volksgerichts Beijing⁹⁵ zugrunde liegenden Rechtsstreits waren der Verbraucher *LI Shanghui*, Berufungskläger und Beklagter im Ausgangsverfahren, und die *Beijing Century Excellence Information Technology Co., Ltd. (Ltd.)*, Berufungsbeklagte und Klägerin im Ausgangsverfahren. Die Berufungsbeklagte wies auf der E-Commerce-Plattform *Amazon* einen Staubsauger mit Sonderfunktionen zu einem üblichen Marktpreis von 949 Yuan mit einem Kaufpreis von 94 Yuan aus. *LI Shanghui* bestellte drei Geräte und stimmte vorab den während des gesamten Bestellvorgangs über einen Hyperlink aufrufbaren AGB zu, in denen unter anderem klargestellt wurde, dass es sich bei den auf der Plattform präsentierten Informationen nicht um ein verbindliches Angebot, sondern lediglich um die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots handle. In den AGB wurde ferner darauf hingewiesen, dass es zur Ausweisung falscher Preise kommen könne und die Plattform sich für den Fall, dass ein zu niedriger Preis ausgewiesen wurde, das Recht vorbehalte, den Käufer vor dem Versand zu kontaktieren oder die Bestellung zu stornieren und den Käufer darüber zu informieren. Daraufhin erhielt er eine E-Mail der *Ltd.*, in der diese den Eingang der Bestellung bestätigte und dabei nochmals darauf hinwies, dass die Ware nur versandt werde, solange der Vorrat reicht. Bei der Nachricht handle es sich nicht um eine Annahme, sondern lediglich um eine Empfangsbestätigung, und der Vertrag komme erst bei Versendung der Versandbestätigung zustande. Die Ware wurde jedoch nicht versandt und die von *LI Shanghui* getätigte Zahlung an ihn zurücküberwiesen. *LI Shanghui* verlangte von der *Ltd.* die Lieferung der bestellten Ware und alternativ Zahlung

über Gerichtsverfahren hätten Schiedsverfahren zudem den Vorteil, effizient zu sein und eine endgültige Entscheidung herbeizuführen.

94 Die Vermischung von Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle in der Rechtsprechungspraxis moniert auch HE Xuxu, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) und AGB-Klauselgestaltung im Bankgeschäft, München 2011, S. 17 f.

95 Siehe Fn. 19.

von Schadensersatz in Höhe der Preisdifferenz zwischen dem ausgewiesenen Preis und dem Marktpreis.

Das erstinstanzliche Gericht sah einen der Schwerpunkte des Falles in der Frage, ob zwischen der *Ltd.* und *LI Shanghai* ein Vertrag zustande gekommen war. Angesichts der AGB der Plattform, die den Vertragsschluss für den Zeitpunkt der Versendung der Versandbestätigung vorsahen, verneinte es dies.⁹⁶ Sodann stellte das Gericht die Frage, ob die *Ltd.* wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht Schadensersatz aus § 42 VG⁹⁷ an *LI Shanghai* zu zahlen habe. § 42 VG regelt die Haftung aus *culpa in contrahendo*. Nach § 42 Nr. 2 VG hat eine Partei Schadensersatz zu leisten, wenn sie vorsätzlich in Bezug auf die Vertragserrichtung wichtige Tatsachen verheimlicht oder zu Umständen falsche Angaben macht, sodass der anderen Partei ein Schaden entsteht. Eine Pflichtverletzung sah das Gericht in dem vorliegenden Fall darin, dass die *Ltd.* die Bestellung *LI Shanghai*s bestätigte und ihn sodann nicht über das Versehen informierte sowie seine Zahlung verhinderte, sondern die Bestellung einseitig stornierte. Aus der zwischen Onlinehändler und Verbraucher bestehenden Informationsasymmetrie folge, dass es für den Verbraucher nicht erkennbar gewesen sei, ob es sich bei dem niedrigen Preis um eine möglicherweise sogar böswillige Marketing-Maßnahme handelte. Die Plattform sei überdies so zu organisieren, dass ein reibungsloser Ablauf gewährleistet wird, indem der verbleibende Lagerbestand angezeigt und verhindert wird, dass Bestellungen aufgegeben werden, wenn keine Ware mehr vorhanden ist. *LI Shanghai* sei die Möglichkeit des Erwerbs der Staubsauger zu einem Preis von je 94 Yuan entgangen. Beide Gerichte sprachen *LI Shanghai* neben der Erstattung der aufgewendeten Anwaltskosten Schadensersatz in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem üblichen Marktpreis und dem ausgewiesenen Kaufpreis zu, was dem Erfüllungsinteresse entspricht. Dies erstaunt insofern, als der Schadensersatz aus *culpa in contrahendo* auch im chinesischen Recht auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet ist.⁹⁸ Augenfällig ist zudem, dass die AGB *Amazons* über irrtümlich vorgenommene falsche Preisauszeichnungen keiner Wirksamkeitsprüfung unterzogen wurden.

96 Wäre das Gericht demgegenüber zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, wäre der *Ltd.* lediglich die Möglichkeit der Anfechtung nach § 147 ZGB geblieben, die einen schwerwiegenden Irrtum voraussetzt.

97 Diese Regelung wurde mit leichten terminologischen Unterschieden in § 500 ZGB übernommen.

98 Siehe Fn. 11.

5. Die elektronische Form als Schriftform

Gemäß § 469 Abs. 1 ZGB können Parteien einen Vertrag in Schriftform, mündlicher Form oder anderen Formen abschließen. Eine Regelung dieses Inhalts enthielt bereits § 10 S. 1 VG. In § 469 Abs. 2 ZGB wird genauer definiert, was unter der Schriftform zu verstehen ist. Hiernach ist diese eine Form, in der der Vertragsinhalt körperlich ausgedrückt werden kann, wie etwa bei Vertragsurkunden, Briefen, Telegrammen, Fernschreiben und Faxen. In § 469 Abs. 3 ZGB hat der Gesetzgeber die Fiktion für elektronische Datenschriftstücke des § 4 E-Signaturgesetz der Volksrepublik China (E-SigG)⁹⁹ aufgenommen, die besagt, dass elektronische Datenschriftstücke in Formen wie etwa des Austausches elektronischer Daten und E-Mails, bei denen der Inhalt körperlich ausgedrückt werden kann und die jederzeit eingesehen und überprüft werden können, als Schriftform gelten. In § 3 Abs. 2 E-SigG wird ergänzend klargestellt, dass Rechtsurkunden, in denen die Parteien die Verwendung elektronischer Signaturen und elektronischer Dokumente vereinbart haben, die rechtliche Wirksamkeit nicht allein deshalb abgesprochen werden darf, weil elektronische Signaturen oder elektronische Dokumente verwendet wurden. Der Inhalt des § 469 Abs. 2 ZGB entspricht im Wesentlichen dem des § 11 VG mit dem Unterschied, dass der Gesetzgeber die in § 11 VG genannten elektronischen Datenschriftstücke in § 469 Abs. 3 ZGB eigenständig aufgeführt hat. Besteht für einen Vertrag ein Schriftformerfordernis, wie beispielsweise für den Hypothekenvertrag, § 400 ZGB, oder nunmehr, wenn auch dispositiv, den Darlehensvertrag, § 668 Abs. 1 ZGB, so ist diesem mithin auch dann Genüge getan, wenn der Abschluss auf elektronischem Wege erfolgt. Ein Beispiel für einen elektronisch errichteten Darlehensvertrag liegt dem auf einen Rechtsstreit über die Eigenschaft als Darlehensnehmer folgenden Urteil des Mittleren Volksgerichts Xiamen¹⁰⁰ zugrunde. Das Gericht stellte die Wirksamkeit des in Rede stehenden neuen papierlosen Finanzierungsproduktes für Klein- und Kleinstunternehmen fest, bei dem das Internet als Medium genutzt wird, um den gesamten Prozess der Vertragserrichtung, Darlehensvergabe und Darlehensrückforderung online durchzuführen. Eine Unterschrift auf dem Vertragsdokument ist bei diesem Modell

99 Übersetzung ins Deutsche von Simon Werthwein, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2005, Nr. 2, S. 142 ff.

100 Urteil des Mittleren Volksgerichts Xiamen über die Wirksamkeit eines Darlehensvertrages *ZHENG Chuanjun und Guan Tong Electronics Co., Ltd.* gegen den *Xiamen Xiang'an Zweig der Agricultural Bank of China Co., Ltd.*, (2021) Min 02 Min Zhong Nr. 899.

nicht erforderlich, der Wille zum Vertragsschluss wird aus dem Anklicken der Schaltfläche „Zustimmen“ nach hervorgehobenem Hinweis auf die daraus resultierenden Rechtsfolgen in dem Onlinebanking-System der Bank deutlich. Der so errichtete Vertrag hat keine generell fixierte, greifbare Erscheinungsform, und nur die Vertragsparteien haben ein Recht auf Einsicht durch ihre Mobiltelefone oder ihren Computer. Während die Möglichkeit der Einsichtnahme der Parteien unabhängig voneinander der Beweisfunktion dient, darf angezweifelt werden, ob der Warnfunktion durch diese Art der Vertragserrichtung gleichermaßen Genüge getan wird wie durch eine händische Unterschrift.¹⁰¹

III. Resümee

Der chinesische Gesetzgeber hat auf die tatsächliche Entwicklung der Zunahme im Internet errichteter Verträge rechtlich reagiert. Mit Erlass der Vorschriften über den Errichtungszeitpunkt elektronischer Verträge in § 491 Abs. 2 ZGB und § 49 Abs. 1 ECG, die festlegen, dass ein elektronischer Vertrag mit Abgabe der Bestellung zustande kommt, hat der Gesetzgeber das zuvor herrschende Verständnis der Präsentation der Waren oder Dienstleistungen im Internet als *invitatio ad offerendum* in Frage gestellt. Letztlich stellen diese Regelungen in der Sache indes keine große Neuerung dar, da vorausgesetzt wird, dass die über das Internet bekannt gemachten Informationen die Bedingungen für ein Angebot i.S.v. 491 Abs. 2 ZGB und § 49 Abs. 1 ECG erfüllen. Dies ist nur dann gegeben, wenn sie den allgemeinen Anforderungen an ein Angebot i.S.v. § 472 ZGB gerecht werden, welche jenen entsprechen, die schon § 14 VG vorsah. Mit der Möglichkeit der hiervon abweichenden Vereinbarung nach § 491 Abs. 2 ZGB und § 49 Abs. 1 S. 2 ECG trägt der Gesetzgeber der Privatautonomie der Parteien Rechnung. Dafür, dass die rechtsdogmatisch und praktisch Fragen aufwerfende, bereits während des Gesetzgebungsverfahrens des E-Commerce-Gesetzes sehr umstrittene Regelung des § 49 Abs. 2 ECG demgegenüber bewusst nicht in das ZGB aufgenommen wurde, sprechen gewichtige Argumente, die das OVG jedenfalls in seiner Kommentierung zum Vertragsrechtsbuch des ZGB jedoch nicht teilt. Von der Fortgeltung des § 49 Abs. 2 ECG ist daher auszugehen.

101 Vgl. hierzu auch oben unter II. 3. a) bezüglich der Gefahren sogenannter Click-Wrap-Verträge.

Elektronische Willenserklärungen werden als nicht in einem Gespräch abgegebene Willenserklärungen in dem Moment wirksam, in dem sie in das durch den Empfänger benannte Empfangssystem gelangen, dem Empfänger mithin zugehen, vgl. § 137 Abs. 2 S. 2 ZGB. Mit dem Kriterium des Zugangs in dem Moment, in dem die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat, wird auch im chinesischen Zivilrecht auf dasselbe Kriterium für den Zugang elektronischer Willenserklärungen wie für den Zugang herkömmlicher Willenserklärungen rekurriert. Besonders hervorzuheben ist die Neuerung des § 137 Abs. 2 S. 3 ZGB gegenüber § 16 S. 2 VG zur Regelung der Situation, dass ein Empfänger über mehrere Empfangssysteme zum Erhalt elektronischer Willenserklärungen verfügt und keines davon benannt hat. Abgestellt wird für den Zugang nunmehr nicht auf den Zeitpunkt, in dem die Willenserklärung erstmals in irgendein Computersystem des Empfängers gelangt, sondern auf den Zeitpunkt, ab dem der Empfänger hiervon weiß oder wissen müsste. Dies entspricht den Kriterien für den Zugang herkömmlicher Willenserklärungen. Angesichts der dem Empfänger so verbleibenden Entscheidungsfreiheit darüber, bestimmte, durch ihn eingerichtete Empfangssysteme nicht zu Zwecken der Vertragserrichtung zu nutzen, ist dies zu begrüßen. Die Gefahr der Übermittlung ist ebenfalls an den verschiedenen Machtbereichen orientiert und stellt insofern eine ausgeglichene Risikoverteilung dar.

Beweggrund für die Verwendung von AGB ist auch im chinesischen Zivilrecht die Steigerung der Effizienz des Vertragsschlusses. Vertragspartnern von AGB-Verwendern kommt dies durch die Reduktion von Transaktionskosten einerseits zugute, andererseits befinden sie sich durch das so entstehende informationelle und technische Machtgefälle in einer schwächeren und insofern besonders schutzwürdigen Position. Dies gilt für Browse-Wrap- sowie für die weiter verbreiteten Click-Wrap-Verträge. Der chinesische Gesetzgeber hat hierauf sowohl durch die Schaffung der gegenüber Verbrauchern geltenden Hinweis- und Erklärungspflicht des § 26 VSG als auch im Zuge des Erlasses des ZGB reagiert, indem er die bereits zuvor in § 39 S. 1 VG geregelte Hinweis- und Erklärungspflicht in § 496 Abs. 2 S. 1 ZGB aufgenommen und erweitert hat. Die generalklauselartige Erweiterung dieser Pflichten auf jene Klauseln, die mit materiellen Interessen der Vertragspartei in Verbindung stehen, zeugt von einem Gespür des Gesetzgebers für die Vielfalt der für den Vertragspartner potenziell bedeutsamen Klauseln, die nicht auf haftungsbeschränkende und -ausschließende Klauseln begrenzt und einer abschließenden Regelung unzugänglich sind. Ermöglicht wird eine flexible Handhabung im Einzelfall, die durch den so geschaffenen Ermessensspielraum auf Kosten der Rechtssicherheit geht.

Hinsichtlich der Rechte von Internetnutzern und Verbrauchern für den Fall der Nichterfüllung der zuvor genannten Pflichten ist die durch § 496 Abs. 2 S. 2 ZGB geschaffene, dem chinesischen Recht zuvor noch fremde Einbeziehungskontrolle besonders hervorhebungswürdig. Prozessual stellt sie eine Erleichterung für Nutzer dar, da sie sich auf die Unwirksamkeit von Klauseln berufen können, ohne dies zuvor gerichtlich geltend gemacht zu haben.

Für den praktisch relevanten Fall, dass Preise auf E-Commerce-Plattformen falsch ausgewiesen werden, stellt sich die Frage, ob bereits ein Vertrag geschlossen wurde, der sodann angefochten werden kann. Ist dem nicht so, droht eine Haftung aus *culpa in contrahendo*, wenn der Verbraucher nicht über das Versehen in Kenntnis gesetzt, sondern die Bestellung einseitig durch den auf der Plattform tätigen Betreiber storniert wird.

Mit der gesetzlichen Fiktion in § 469 Abs. 3 ZGB darüber, dass elektronische Datenschriftstücke als Schriftform gelten, hat der Gesetzgeber zuvor bereits im VG und E-SigG existierende Regelungen in das ZGB aufgenommen und ihre Geltung damit bekräftigt. Die Regelung kann als Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Möglichkeit einer flexiblen und effizienten Vertragserrichtung verstanden werden, welche die Bedeutung der dem Schriftformerfordernis inhärenten Warnfunktion schmälert.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Vertragserrichtung im Internet in der VR China seit Erlass des ZGB eine rechtliche Aufwertung erfahren hat, deren Ausmaß sich angesichts der Übernahme einiger bereits zuvor existierender Regelungen jedoch in Grenzen hält.

Typisierung der Dienstvertretung im Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China

CHI Ying

Mit § 170 des Zivilgesetzbuchs der Volksrepublik China (ZGB)¹ hat der chinesische Gesetzgeber das Rechtsinstitut der Dienstvertretung gesetzlich geregelt. Nach der h.L. wird die Handelsvertretung des zivilrechtlichen Systems mit der Kodifizierung der Dienstvertretung in das ZGB aufgenommen, welches ein Kennzeichen dafür ist, dass das ZGB das Zivilrecht und Handelsrecht einheitlich regelt.² Jedoch bezeichnet § 170 ZGB einerseits zu viele und andererseits zu wenige handelsrechtliche Merkmale, weil der Gesetzgeber die Besonderheiten der Handelsregelungen nicht genug berücksichtigt hat.³ Es wird deshalb vorgeschlagen, die Dienstvertretung solle angesichts ihres handelsrechtlichen Charakters durch die Allgemeinen Grundsätze des Handelsrechts geregelt werden.⁴ Wegen der Langwierigkeit und Ungewissheit des Gesetzgebungsverfahrens bei der Kodifizierung der Allgemeinen Grundsätze des Handelsrechts ist dies jedoch unrealistisch. Stattdessen sollte eine Konkretisierung und Typisierung des § 170 ZGB nach den Prinzipien des Handelsrechts erfolgen, indem die Tatbestandmerkmale und Rechtsfolgen des § 170 ZGB klarer dargestellt werden.

-
- 1 中华人民共和国民法典 v. 28.05.2020, Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报) 2020, Nr. 1, S. 1 ff.; deutsche Übersetzung in: Yijie DING/Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pißler, German Journal of Chinese Law (ZChinR), Vol. 27, No. 3 & 4, S. 207-417.
 - 2 YANG Qiuyu (杨秋宇), Integration von Zivil- und Handelsrecht: Konstitutionslogik und die normative Konstitution der Dienstvertretung (融贯民商：职务代理的构造逻辑与规范表达), Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law) (法律科学 (西北政法大学学报)) 2020 Nr. 1, S. 101; NIE Weifeng (聂卫锋), Normativer Ansatz und gesetzliche Formulierung der Dienstvertretung Kommentierung zu Artikel 170 der "Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts" (职权代理的规范理路与法律表达——〈民法总则〉第 170 条评析), Northern Legal Science (北方法学) 2018, Nr. 2, S. 63.
 - 3 YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 106.
 - 4 ZHANG Gu (张谷), Reflexion über die heutige Kodifikation des Zivilrechts (对当前民法典编纂的反思), ECUPL Journal (华东政法大学学报) 2016 Nr. 1, S. 5; YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 108 ff.

Es wird vertreten, dass die §§ 48 ff. des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB)⁵ bei der Auslegung des § 170 ZGB als Vorbild gelten sollen und die Dienstvertretung in China anhand der deutschen Prokura und Handlungsvollmacht zu typisieren sei.⁶ Dieser Ansicht ist sich anzuschließen. Auf dieser Grundlage werden im Folgenden die Einordnung, der Begriff und die Tatbestandsmerkmale der Dienstvertretung, die Erteilung, der Umfang und die Grenzen der Dienstvertretungsmacht sowie die Rechtsfolgen der Vertretung ohne Vertretungsmacht und der Überschreitung der Grenzen im Innenverhältnis rechtsvergleichend unter Berücksichtigung der chinesischen Literatur und Rechtsprechung einerseits und der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Dogmatik des deutschen Handelsrechts andererseits analysiert und kommentiert. Letztlich sollen die Schnelligkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs gefördert und gleichzeitig die Interessen des Vertretenen gewährleistet werden. Auch soll diese Arbeit dem chinesischen Obersten Volksgericht eine theoretische Grundlage und eine rechtsvergleichende Ansicht für die mögliche Auslegung des § 170 ZGB durch die Rechtsprechung bieten.

1. Begriff, Einordnung und Tatbestandsmerkmale der Dienstvertretung

1. Einordnung der Dienstvertretung

Die Dienstvertretung wird in der chinesischen Literatur entweder als gesetzliche Vertretung, rechtsgeschäftliche Vertretung oder gemischte Vertretung eingeordnet.

-
- 5 Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 12. 12. 2019 (BGBl. I S. 2637) geändert worden ist.
 - 6 ZHANG Gu (张谷), Zum Verständnis und zur Anwendung der "Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts" aus Sicht des Verhältnisses zwischen Zivilrecht und Handelsrecht (从民商关系角度谈《民法总则》的理解与适用), *China Review of Administration and Justice* (中国应用法学) 2017 Nr. 4, S. 156.

a) Gesetzliche Vertretung

Die diese Ansicht vertretenden Autoren sind der Meinung, die Dienstvertretung sei im Kapitel der juristischen Personen im ZGB zu regeln.⁷ Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Obwohl § 43 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZR)⁸ keinen Unterschied zwischen gesetzlichen Repräsentanten und Vertretungen durch sonstige Mitarbeiter macht, hat der Gesetzgeber des ZGB immerhin den gesetzlichen Repräsentanten im Kapitel der juristischen Personen und die Dienstvertretung im Kapitel über die Stellvertretung separat geregelt.

Nach § 61 Abs. 1 ZGB kann der gesetzliche Repräsentant der juristischen Person im Namen von juristischen Personen rechtsgeschäftlich handeln. Folglich handelt es sich um eine gesetzliche Vertretungsmacht des gesetzlichen Repräsentanten.⁹ Darüber hinaus bestimmt § 13 Gesellschaftsgesetz (GG),¹⁰ dass der Vorstandsvorsitzende, Geschäftsführer oder Manager als gesetzlicher Repräsentant berufen werden kann. In diesem Sinne ist der gesetzliche Repräsentant vergleichbar mit dem gesetzlichen Vertreter. Hingegen ist nach § 170 ZGB weder die Dienstvertretungsmacht eine gesetzliche Vertretungsmacht noch wird der Dienstvertreter von Gesetzes wegen hierzu berufen, weshalb die Dienstvertretung nicht als gesetzliche Vertretung einzuordnen ist. Wahrscheinlich ist dies auch der Grund, warum der Dienstvertreter gesondert von dem gesetzlichen Repräsentanten geregelt wurde.

7 XIE Hongfei (谢鸿飞), *Rechtsgrundlage und wichtige Rechtsinstitute der Gesetzgebung über die Stellvertretung (代理部分立法的基本理念和重要制度)*, ECUPL Journal (华东政法大学学报) 2016, Nr. 5, S. 66.

8 中华人民共和国民法通则 v. 12.4.1986, *Gesetzsammlung (法规汇编)* 1986, S. 1 ff.; deutsche Übersetzung in: Frank Münzel (Hrsg.), *Chinas Recht III*, 7, 12.4.86/1. Es ist am 1.1.2021 außer Kraft getreten.

9 LIU Junhai (刘俊海), *Modernes Gesellschaftsrecht (现代公司法)*, 3. Auflage, Beijing 2015, S. 612.

10 中华人民共和国公司法 v. 27.10.2005, revidiert am 28.12.2013, nochmals revidiert am 26.10.2018, *Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报)* 2018, Nr. 6, S. 789 ff.; englische Übersetzung in: <www.lawinfochina.com> eingesehen am 6.6.2021.

b) *Gemischte Vertretung*

Nach dieser Theorie ist die Dienstvertretung sowohl als gesetzliche als auch als rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einzuordnen,¹¹ weil der Umfang der Dienstvertretungsmacht vom Gesetz bestimmt und die Vollmacht vom Vollmachtgeber nach seinem Willen erteilt wird.¹² Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Die gesetzliche Bestimmung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht dient nur dazu, den Umfang der Dienstvertretungsmacht bekanntzumachen, damit der Vertragspartner sich ihrer nicht rückzuversichern braucht. Die Bevollmächtigung ist eine Willenserklärung des Vollmachtgebers aufgrund der Privatautonomie. Darüber hinaus kann der Vollmachtgeber den Umfang der Dienstvertretung nach den gesetzlichen Regelungen rechtsgeschäftlich erweitern.

c) *Rechtsgeschäftliche Vertretung*

Nach der h.M. ist die Dienstvertretung eine besondere Art der rechtsgeschäftlichen Vertretung (Vollmacht), obwohl die Dienstvertretung einige von der Vollmacht abweichende Merkmale aufweist.¹³ Diese Ansicht ist überzeugend. Denn das ZGB hat die Dienstvertretung unter dem Titel der rechtsgeschäftlichen Vertretung aufgenommen, wobei sich die Besonderheiten der Dienstvertretung im Vergleich zur Vollmacht in zweierlei Hinsicht zeigen: Zum einen ist der Dienstvertreter gleichzeitig auch der Mitarbeiter des Vertretenen und zum anderen wird der Umfang der Dienstvertretung vom Gesetz bestimmt.

11 ZHAO Wanyi (赵万一), Unternehmensmanager und Prokura (公司经理与经理权), Beijing 2013, S. 61; YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 102.

12 YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 102.

13 WANG Liming (王利明), Untersuchung zu den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts (民法总则研究), 3. Auflage, Beijing 2018, S. 613; LI Shishi (李适时), Auslegung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China (中华人民共和国民法总则释义), Beijing 2017, S. 528; MA Junju (马俊驹)/YU Yanman (余延满), Grundsätze des Zivilrechts (民法原论), Auflage 4, Beijing 2010, S. 224-225; YANG Lixin (杨立新), Geschichten und Probleme hinter den Paragraphen (条文背后的故事与难题), Beijing 2017, S. 431; ZHANG Xinbao (张新宝), Auslegung der Allgemeinen Grundsätze des "Zivilrechts der Volksrepublik China" (<中华人民共和国民法总则>释义), Beijing 2017, S. 368; YIN Fei (尹飞), Quelle der Vollmacht aus der Sicht der Systematisierung (体系化视角下的意定代理权来源), Faxue Yanjiu (法学研究) 2016, Nr. 6, S. 51; ZHANG Gu (Fn. 6), S. 155; YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 102.

d) Handelsvertretung

Vor dem Erlass des ZGB wurde vertreten, dass die AGZR zwar die Dienstvertretung des gesetzlichen Repräsentanten und des sonstigen Mitarbeiters separat geregelt hätten, aber keine Regelung zur Handelsvertretung wie die Prokura oder Handlungsvollmacht beinhalteten.¹⁴ Diese Ansicht ist nicht überzeugend. Wäre die Dienstvertretung keine Handelsvertretung, dann wäre sie nicht gesondert geregelt worden, weil die zivilrechtliche Stellvertretung hierfür ausreicht. Vereinzelt wird darauf hingewiesen, dass sie durch die Rechtsinstitute der rechtsgeschäftlichen Vertretung und Anscheinsvollmacht gedeckt sei.¹⁵ Dagegen ist der h.M. zuzustimmen, dass die Dienstvertretung eine Art der Handelsvertretung darstellt und mit ihrer Regelung im ZGB die Handelsvertretung ein Teil des Stellvertretungsrechts geworden ist.¹⁶ Insofern hat die Kodifizierung der Dienstvertretung deutlich gemacht, dass das ZGB zum Teil auch handelsrechtliche Rechtsinstitute regelt.

In Wirklichkeit gibt es zwei Arten der Handelsvertretung, nämlich die Dienstvertretung und die sonstige von selbständigen gewerbetreibenden Handelsvertretern unternommene Handelsvertretung (Handelsvertretung nicht kraft des Amtes), wovon das ZGB aber nur erstere geregelt hat. Die Dienstvertretung ähnelt der Prokura und Handlungsvollmacht (§ 48 ff. HGB), während die Handelsvertretung nicht kraft des Amtes Ähnlichkeiten zur Handelsvertretung (§ 84 ff. HGB) im deutschen Recht aufweist.

Zusammenfassend ist die Dienstvertretung als eine Handelsvertretung einzuordnen und unterscheidet sich von dem gesetzlichen Repräsentanten und der rechtsgeschäftlichen Vertretung. Im Folgenden werden Begriff und Tatbestandsmerkmale der Dienstvertretung analysiert.

2. Begriff und Tatbestandsmerkmale der Dienstvertretung

Nach der h.L. entsteht die Dienstvertretung aufgrund des Arbeitsverhältnisses zwischen Vertreter und Dienstherrn, ohne dass separat eine Voll-

14 JIANG Daxing (蒋大兴)/WANG Shoujie (王首杰), Anpassung der Handelsvertretung in den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts (论民法总则对商事代理的调整), *Social Sciences in Guangdong* (广东社会科学) 2016 Nr. 1, S. 231.

15 NIE Weifeng (Fn. 2), S. 64.

16 RAN Keping (冉克平), Zur Handelsvertretung und deren Systemstruktur (论商事职务代理及其体系构造), *Studies in Law and Business* (法商研究) 2021, Nr. 1, S. 140.

macht erteilt werden muss (Einheitstheorie).¹⁷ Dieser Theorie ist nicht zuzustimmen, weil sie keinen Unterschied zwischen Innenverhältnis und Vollmachtserteilung macht und der Wille des Vertretenen nicht berücksichtigt wird. Sie verstößt gegen das Prinzip der Privatautonomie, da der Vertretene sonst das von einem nicht bevollmächtigten Mitarbeiter getätigte Rechtsgeschäft für oder gegen sich gelten lassen müsste.

Dagegen ist der Trennungstheorie¹⁸ zuzustimmen, wonach nur eine separate Bevollmächtigung den Mitarbeiter berechtigt, im Namen des Vertretenen als Dienstvertreter aufzutreten. Aus dem Arbeitsvertrag zwischen dem Vertretenen und dem Mitarbeiter hingegen ist keine Vertretungsmacht abzuleiten, da dieser bloß die Stellung des Mitarbeiters bestimmt. In der Rechtsprechung haben einige Gerichte hierzu entschieden, dass die Dienstvertretung ohne Bevollmächtigung eine Vertretung ohne Vertretungsmacht darstellt mit der Folge, dass eine separate Vollmachtserteilung für die Dienstvertretung unverzichtbar ist.¹⁹

Der Dienstvertreter muss grundsätzlich im Namen des Vertretenen handeln. Jedoch gilt ein nicht im Namen des Vertretenen geschlossenes Rechtsgeschäft auch dann als Dienstvertretung, wenn die betreffende Handlung im Geschäftsraum des Vertretenen stattgefunden hat und offensichtlich keine Privatangelegenheit ist.²⁰ Wenn der Dienstvertreter irrtümlich nicht im Namen des Vertretenen handelt, ist dieser Irrtum unter Berücksichtigung der Verkehrssicherheit nicht anfechtbar. Hierzu wird rechtsvergleichend auf die Gesetzesregelung des § 164 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)²¹ zurückgegriffen, die auch für die Prokura gilt.²² In der chinesischen Rechtsprechung haben einige Gerichte etwa eine

-
- 17 JIANG Ping (江平)/ZHANG Peilin (张佩霖), Lehrbuch des Zivilrechts, Beijing 1986, S. 95; WANG Liming (Fn. 13), S. 613; LI Shishi (Fn. 13), S. 527; WANG Xiaohua (汪晓华), Gedankenlogik der gerichtlichen Entscheidung zur Dienstvertretung des Zivilrechts (民事职务行为司法判定的逻辑理路), Hebei Law Science (河北法学) 2019, Nr. 3, S. 118; RAN Keping (Fn. 16), S. 141.
 - 18 XU Shencheng (徐深澄), Systematische Auslegung der Dienstvertretung der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts“ (<民法总则>职务代理规则的体系化阐释), The Jurist (法学家) 2019, Nr. 2, S. 100.
 - 19 Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Nanchong, Provinz Sichuan (2018) Chuan 13 Min Zhong 2436; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Liaocheng, Provinz Shandong (2018) Lu 15 Min Zhong 3272.
 - 20 Peter Krebs, in: Ingo Drescher/Holger Fleischer/Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 5. Auflage, München 2021, vor § 48 Rn. 48.
 - 21 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 4. Mai 2021 (BGBl. I S. 882) geändert worden ist.
 - 22 Klaus Hofmann, Der Prokurist, 7. Auflage, Heidelberg 1996, S. 101.

Dienstvertretung abgelehnt, wenn der Dienstvertreter die Zahlung des Kaufpreises nicht im Namen des Vertretenen angenommen hat.²³ Solche Entscheidungen sind nicht überzeugend, da dadurch die Verkehrssicherheit stark gefährdet wird. Die Dienstvertretungsmacht soll auch die Annahme des Kaufpreises decken, ohne dass der Vertragspartner zu bestätigen braucht, dass der Dienstvertreter im Namen des Vertretenen den Kaufpreis annimmt. Für die Dienstvertretung muss es bereits ausreichen, wenn der Dienstvertreter im Namen des Vertretenen den Vertrag schließt.

II. Typen und Erteilung der Dienstvertretungsmacht

1. Typen der Dienstvertretungsmacht

Die Typisierung der Dienstvertretungsmacht wurde als eine allgemeine Gesetzgebungstechnik in vielen Ländern mit kontinentaleuropäischer Rechtstradition vollzogen. Die Typisierung der Dienstvertretungsmacht ist nicht nur eine Anforderung der Privatautonomie, sondern auch eine wichtige Maßnahme zur Förderung der Verkehrssicherheit.²⁴ Mit der gesetzlichen Typisierung der Dienstvertretungsmacht braucht der Vertragspartner den Umfang der Dienstvertretungsmacht nicht umfassend zu überprüfen.²⁵ Darüber hinaus dient die Typisierung auch als eine Beschränkung der Dienstvertretungsmacht, die die Interessen des Vertretenen schützt. Die Prokura und die Handlungsvollmacht sind zwei wichtige Typen der Dienstvertretungsmacht im deutschen HGB. Da die Bestimmungen des § 170 ZGB sehr allgemein formuliert und die Sicherheit und Schnelligkeit des Handelsgeschäfts hierdurch nicht gewährleistet werden können, ist es erforderlich, die Dienstvertretung in China parallel wie im deutschen HGB in Prokura und Handlungsvollmacht zu typisieren.

23 Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Deyang, Provinz Sichuan (2020) Chuan 06 Min Zai 13; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Guangan, Provinz Sichuan (2020) Chuan 16 Min Zhong 406.

24 XU Shencheng (Fn. 18), S. 102 ff.

25 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, vor § 48 Rn. 33; CHEN Ziqiang (陈自强), Zwischen Vollmacht und Prokura – Einheit und Trennung von Zivil- und Handelsrecht (代理权与经理权之间——民商合一与民商分立), Beijing 2008, S. 131.

a) *Prokurist*

Der Manager im Sinne des GG ist kein Prokurist im Handelsverkehr. Nach § 49 GG hat der Manager nur die Befugnis zur Ausführung der inneren Aufgaben der Gesellschaft und keine Vertretungsmacht nach außen.²⁶ Nur mit einer separaten Bevollmächtigung vom Vorstand nach § 49 Abs. 8 GG kann der Manager die Gesellschaft nach außen vertreten.²⁷ Darüber hinaus kann der Manager nach § 13 GG auch der gesetzliche Repräsentant der Gesellschaft sein, dessen Vertretungsmacht vom Gesetz bestimmt wird. Wenn der Manager zugleich der gesetzliche Repräsentant ist, kann er zwar die Gesellschaft nach außen vertreten, aber dies nur als gesetzlicher Repräsentant (wie die Vorstandsvertretung im deutschen Recht) und nicht als Prokurist. Um Prokurist zu sein, muss ihm vielmehr eine separate Prokura erteilt worden sein.

Da der Begriff des Prokuristen im chinesischen Recht nicht eindeutig ist, ist es notwendig, diesen Begriff in Zusammenhang mit dem deutschen Recht zu verdeutlichen. Der Prokurist im Sinne des deutschen HGB ist das zweite Ich des Geschäftsinhabers und kann Geschäfte jedweder Art schließen; kurzum ersetzt er den Geschäftsherrn im geschäftlichen Verkehr und im Rechtsverkehr.²⁸ Danach ist die Prokura eine vom Handelsgewerbe erteilte umfangreiche Vollmacht im Handelsverkehr. Mit der Typisierung der Dienstvertretung ist der Begriff des Prokuristen auch im chinesischen Recht zu übernehmen.

b) *Handlungsvollmacht*

Manche Autoren sind der Auffassung, dass die Handlungsvollmacht in der chinesischen Rechtsprechung abhängig von der Arbeitsstelle in Vertriebs-

26 RAN Keping (Fn. 16), S. 140.

27 GAN Peizhong (甘培忠), *Untersuchung der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht* (公司代理制度论略), *China Legal Science* (中国法学) 1997, Nr. 6, S. 73; FAN Jian (范建)/JIANG Daxing (蒋大兴), *Vergleichende Untersuchung zu den Rechtsfragen der Prokura im Gesellschaftsrecht* (公司经理权法律问题比较研究), *Journal of Nanjing University* (Philosophy, Humanities and Social Sciences) (南京大学学报/哲学·人文·社会科学) 1998, Nr. 3, S. 147.

28 Reimar Spitzbarth, *Vollmachten im modernen Management: Handlungsvollmacht, Prokura, Generalvollmacht*, Berlin 1970, S. 57; Klaus Hofmann (Fn. 22), S. 13.

manager, Projektmanager etc. zu unterteilen ist.²⁹ Jedoch gibt es in der chinesischen Literatur kaum Erläuterungen zum Begriff der Handlungsvollmacht, sodass hierzu § 54 HGB herangezogen werden muss: Danach ist die Handlungsvollmacht eine Vollmacht, die dem Bevollmächtigten zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte bevollmächtigt, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Im Vergleich zur Prokura beschränkt sich die Handlungsvollmacht auf gewöhnliche Geschäfte des Handelsgewerbes.

2. Erteilung der Dienstvertretungsmacht

a) Geschäftsherr

Nach § 170 ZGB gehören zum Kreis des Geschäftsherrn juristische Personen oder Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit. Hinsichtlich juristischer Personen ist zwischen gewinnorientierten juristischen Personen (§ 76 ZGB), nicht gewinnorientierten juristischen Personen (§ 87 ZGB) und besonderen juristischen Personen (§ 96 ZGB) zu unterscheiden. Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit sind unter anderem Einzelunternehmen, Partnerschaftsunternehmen sowie Einrichtungen für professionelle Dienstleistungen ohne Rechtspersönlichkeit (§ 102 ZGB). Daher fallen nicht nur Handelsgewerbe, sondern auch solche, die kein Handelsgewerbe sind, unter § 170 ZGB. Es wird kritisiert, dass der Begriff des Geschäftsherrn in § 170 ZGB zu weitgehend und deshalb einschränkend auszulegen sei, sodass nur ein Handelsgewerbe eine Dienstvertretungsmacht erteilen dürfe.³⁰ Dieser Ansicht ist beizutreten. Wie bereits gesehen stellt die Dienstvertretung eine Art der Handelsvertretung dar. Somit sollte der Geschäftsherr des Dienstvertreters ein Kaufmann sein, da auch rechtsvergleichend im deutschen HGB der Geschäftsherr der Prokura und Handlungsvollmacht ein Kaufmann ist. Meiner Ansicht nach können nur ge-

29 RAN Keping (冉克平)/QU Yanni (瞿燕妮), Untersuchung der Handelsvertretung und ihre Verbesserung – Eine Analyse von Artikel 170 der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts“ (论我国的商事职务代理制度及其完善——兼析<民法总则>第 170 条), *Journal of Hubei University of Police* (湖北警官学院学报) 2019, Nr. 4, S. 73.

30 ZHANG Gu (Fn. 4), S. 155.

winnorientierte juristische Personen, juristische Personen der städtischen und ländlichen genossenschaftlichen Wirtschaftsorganisation und juristische Personen des ländlichen Kollektivwirtschaftsverbandes als besondere juristischen Personen, sowie Einzelunternehmen und Partnerschaftsunternehmen als Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit im chinesischen Recht eine Dienstvertretungsmacht erteilen. Dagegen sind nicht gewinnorientierte juristische Personen (Institutionseinheiten, gesellschaftliche Körperschaften, Stiftungen und Einrichtungen für soziale Dienste), behördliche juristische Personen, juristische Personen der Basisorganisationen der Selbstverwaltung sowie Einrichtungen für professionelle Dienstleistungen als Organisation ohne Rechtspersönlichkeit keine Kaufleute. Für solche nicht-kaufmännischen juristischen Personen sind der gesetzliche Repräsentant und die zivilrechtliche Vollmacht als ausreichend anzusehen.

b) Bevollmächtigte

Wie oben erläutert gelten Dienstvertretung und Handelsvertretung nicht kraft des Amtes als zwei Arten der Handelsvertretung. Für eine Dienstvertretung muss zwischen Bevollmächtigtem und dem Handelsgewerbe ein Arbeitsverhältnis bestehen. Es ist in der Literatur auch allgemein anerkannt, dass der Bevollmächtigte bei der Dienstvertretung vom Geschäftsherrn beschäftigt sein sollte, entweder als regulärer Mitarbeiter oder als Personal der Arbeitsabfertigung.³¹ Dagegen sind Rechtsanwälte, Makler oder Sublieferanten, die nicht in einem Arbeitsverhältnis mit dem Geschäftsherrn stehen, keine Dienstvertreter, weil sie keine Arbeitsstelle im Handelsgewebe innehaben und keinen Dienst ausführen. In der Rechtsprechung ist ebenfalls anerkannt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Dienstvertreter und dem Geschäftsherrn eines der Tatbestandsmerkmale der Dienstvertretung darstellt,³² auch wenn ein einzelnes Gericht geurteilt

31 YIN Fei (Fn. 13), S. 60; YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 105; LI Shishi (Fn. 13), S. 527.

32 Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Qingdao, Provinz Shandong (2020) Lu 02 Min Zhong 9352; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Deyang, Provinz Sichuan (2020) Chuan 06 Min Zai 13; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Qingdao, Provinz Shandong (2020) Lu 02 Min Zhong 6426; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Jiujiang, Provinz Jiangxi (2020) Gan 04 Min Zhong 1090.

hat, dass der Sublieferant angesichts seiner engen Beziehung mit der Gesellschaft als Dienstvertreter der Gesellschaft gilt.³³

Angesichts des nötigen persönlichen Vertrauens zwischen dem Geschäftsherrn und Bevollmächtigten kann nur eine natürliche Person mit voller Handlungsfähigkeit Dienstvertreter sein. Daher kann ein Handelsgewerbe selbst kein Dienstvertreter sein, weil es an dem nötigen persönlichen Vertrauen aufgrund häufiger Änderung des gesetzlichen Repräsentanten oder Geschäftsführers des Handelsgewerbes fehlt. Um für klare Rechtsverhältnisse zu sorgen, kann der gesetzliche Repräsentant der juristischen Person nach der h.M. auch nicht gleichzeitig Dienstvertreter sein.³⁴ Dagegen kann der Geschäftsführer des Handelsgewebes ohne Rechtspersönlichkeit mangels einer gesetzlichen Regelung Dienstvertreter i. S. v. § 170 ZGB sein,³⁵ weil § 61 ZGB sich nur auf den gesetzlichen Repräsentanten einer juristischen Person bezieht.

c) Erteilung der Dienstvertretungsmacht

(1) Erteilung der Prokura

Die Erteilung der Prokura ist eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung. Die Prokura kann nur durch den Geschäftsinhaber, dessen gesetzlichen Vertreter oder den gesetzlichen Repräsentanten der juristischen Person sowie durch den Geschäftsinhaber oder dessen gesetzlichen Vertreter von Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit erteilt werden. Der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte ist selbst nicht in der Lage, eine weitere Prokura zu erteilen. Die Prokura kann nur ausdrücklich erteilt werden, weil der Umfang der Prokura sehr weit und für den Vollmachtgeber von großer Bedeutung ist.³⁶ Darüber hinaus sind Duldungsvollmacht oder Anscheinsvollmacht bei der Prokura im Prinzip nicht anzuerkennen.

33 Zivilurteil des Ersten Mittleren Volksgerichts der Stadt Shanghai (2020) Hu 13 Min Zhong 9270.

34 WANG Liming (Fn. 13), S. 641; WANG Xiaohua (Fn. 17), S. 117; NIE Weifeng (Fn. 2), S. 60.

35 CHEN Su (陈甦), Kommentar zu den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts, Beijing 2017, S. 1207; NIE Weifeng (Fn. 2), S. 61.

36 XU Shencheng (Fn. 18), S. 101; CHEN Ziqiang (Fn. 25), S. 125.

Es wird in der chinesischen Literatur vorgeschlagen, dass die Erteilung der Prokura wie im deutschen Recht³⁷ in die Geschäftslizenz (ähnlich wie das Handelsregister im deutschen Recht) eingetragen werden sollte, um Rechtsklarheit zu gewährleisten und Verwirrung und Missverständnisse bezüglich der Prokura zu vermeiden.³⁸ Dieser Ansicht ist sich anzuschließen, da eine Eintragung der Prokura in die Geschäftslizenz und ihre Veröffentlichung auf einer Plattform zur Offenlegung von Unternehmensinformationen der öffentlichen Bekanntmachung der Prokura und dadurch der Verkehrssicherheit dienen würde.

Darüber hinaus sollte die Prokura wie im deutschen Recht³⁹ als Gesamtprokura erteilt werden, um einen Missbrauch der Prokura zu vermeiden. In der deutschen Handelspraxis wird angesichts der kaum zu beschränkenden Prokura die Gesamtprokura ziemlich weit angewendet.⁴⁰ Im chinesischen Recht ist die von § 166 ZGB bestimmte Gesamtvollmacht entsprechend auch für die Prokura anzuwenden.

(2) Erteilung der Handlungsvollmacht

Bezüglich der Erteilung der Handlungsvollmacht kann das deutsche Recht als Vorbild herangezogen werden, weil eine Regelung über die Handlungsvollmacht im chinesischen Recht nicht vorhanden ist und kaum über die Erteilung der Handlungsvollmacht in der chinesischen Literatur diskutiert wird. Parallel wie im deutschen Recht sollte die Handlungsvollmacht nicht nur von dem Inhaber, dem gesetzlichen Vertreter oder dem gesetzlichen Repräsentanten des Unternehmens, sondern auch von einem Prokuristen erteilt werden, weil der Umfang der Prokura umfassend ist und der Prokurist dazu bevollmächtigt ist. Die Handlungsvollmacht sollte auch stillschweigend erteilt werden können,⁴¹ z. B. durch die Zuweisung

37 § 53 Abs. 1 S. 1 HGB bestimmt: “Die Erteilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.“

38 JIANG Daxing/WANG Shoujie (Fn. 14), S. 232; RAN Keping (Fn. 16), S. 142; RAN Keping/QU Yanni (Fn. 29), S. 73.

39 § 48 Abs. 2 HGB bestimmt: “Die Erteilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen.“

40 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 48 Rn. 71.

41 MüKoHGB, § 54 Rn. 35; XU Shencheng (Fn. 18), S. 101; RAN Keping (Fn. 16), S. 143.

einer Aufgabe, für deren Ausführung normalerweise eine Handlungsvollmacht erforderlich ist.⁴²

Anders als bei der Prokura ist eine Eintragung der Handlungsvollmacht nicht als erforderlich zu erachten, weil die Handlungsvollmacht nicht so umfangreich wie die Prokura ist und deshalb in das Recht des Geschäftsherrn nicht so tief eingreift wie die Prokura.

III. Umfang der Dienstvertretungsmacht und deren Beschränkung

Zugunsten der Verkehrssicherheit und zum Schutz des Bevollmächtigten sollte der Umfang der Dienstvertretung vom Gesetz bestimmt werden, um dem Vertragspartner Rückfragen hinsichtlich des Umfangs im Einzelfall zu ersparen. Gleichzeitig braucht dann auch der mit Dienstvertretungsmacht handelnde Bevollmächtigte nicht zu befürchten, dass er als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch genommen wird. Dem wird jedoch durch die Regelung des § 170 ZGB nicht Genüge getan, da es sich um eine allgemeine und ungenaue Bestimmung handelt, die von Anfang an kaum praktische Bedeutung aufweist. Dem Vorschlag, die spezifischen und leicht zu identifizierenden Kriterien zur Beurteilung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht unter Anwendung der Grundnormen zur Vollmacht und Anscheinsvollmacht durch eine Typisierung der Fälle in der Rechtsprechung herauszuarbeiten,⁴³ ist nicht beizutreten, da dies sonst den Wert der Dienstvertretung als ein selbstständiges Rechtsinstitut ignoriert. Dagegen ist der h.M. zuzustimmen, wonach der Umfang der Dienstvertretungsmacht direkt vom Gesetz bestimmt werden sollte und der Dienstvertreter einzutragen sei.⁴⁴ In dieser Hinsicht erweisen sich die Regelungen der §§ 48 ff. HGB als inspirierend, in der der Umfang der Prokura und der Handlungsvollmacht gesetzlich bestimmt und die Eintragung der Prokura vom Gesetz ausdrücklich geregelt sind. Im Folgenden wird der Umfang der Dienstvertretungsmacht im chinesischen Recht unter Berücksichtigung des deutschen Rechts bestimmt.

42 BGH NJW 2014, 2790 (2788); BGH NJW 2015, 2584 (2588).

43 NIE Weifeng (Fn. 2), S. 62 ff; YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 101.

44 YIN Fei (Fn. 13), S. 69; ZHANG Gu (Fn. 6), S. 156.

1. Umfang der Dienstvertretungsmacht und deren gesetzliche Beschränkung

a) Die chinesische Rechtslage

Über den Umfang der Dienstvertretungsmacht wird gestritten. Auf der einen Seite wird vorgeschlagen, der Umfang der Dienstvertretung sei nach der Arbeitsstellung des Dienstvertreters zu bestimmen.⁴⁵ Auf der anderen Seite wird vertreten, der Umfang der Dienstvertretung sollte aufgrund der Typisierung des Dienstvertreters gesetzlich geregelt werden.⁴⁶ Die erste Ansicht ist fragwürdig, da die Arbeitsstellung des Dienstvertreters vielfältig ist und es daher fast unmöglich ist, einheitliche Abgrenzungskriterien zu schaffen. Deshalb birgt die Bestimmung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht nach der Arbeitsstellung nicht nur für den Vertretenen, sondern auch für den Vertragspartner eine große Gefahr.⁴⁷ Denn für den Vertragspartner kann es sich als schwierig gestalten, nur aufgrund der Arbeitsstellung den Umfang der Dienstvertretungsmacht genau zu beurteilen, wenn die Grenzen zwischen der Dienstvertretungsmacht und der Arbeitsstellung unklar sind. Daher ist der zweiten Ansicht zuzustimmen und der Umfang von Prokura und Handlungsvollmacht durch die Rechtsprechung zu klären. Die Bestimmung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht anhand ihres Typus (Prokura und Handlungsvollmacht) durch die Rechtsprechung wird die Anwendung des § 170 ZGB vereinfachen und verdeutlichen. Eine solche Bestimmung würde als Bekanntmachung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht dienen, damit der Vertragspartner die inneren Verhältnisse zwischen dem Dienstvertreter und Vertretenen nicht zu prüfen braucht. Gleichzeitig könnten dadurch Handelsverkehrskosten gespart und die Verkehrseffizienz erhöht werden.⁴⁸

b) Umfang der Prokura und deren gesetzliche Beschränkung

Eine Regelung über den Umfang der Prokura ist im ZGB nicht vorhanden. Es wird in der chinesischen Literatur vorgeschlagen, dass der Prokurist alle Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften außer

45 WANG Liming (Fn. 13), S. 640; RAN Keping/QU Yanni (Fn. 29), S. 64; ZHANG Xinbao (Fn. 13), S. 368.

46 YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 102.

47 YIN Fei (Fn. 13), S. 60.

48 YIN Fei (Fn. 13), S. 55.

der Veräußerung und Belastung von Grundstücken, Kreditvergabe oder Garantiegewähr an Dritten unternehmen kann.⁴⁹ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da derjenige, der zu dem Prokuristen in Beziehung tritt, sich darauf verlassen muss, dass er so gestellt wird, als ob der Geschäftsherr ihm gegenüberstünde.⁵⁰ Außerdem stellt das Betriebsgrundstück oftmals den bedeutendsten Vermögenswert des Unternehmens dar und der Unternehmensinhaber soll hinsichtlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken besonders geschützt werden.⁵¹ Ein Blick auf § 49 Abs. 1 HGB zeigt, dass dort der Prokurist ebenfalls Grundstücke des Kaufmanns nicht ohne eine besondere Vollmachtserteilung veräußern oder belasten darf.

Weiterhin wird vorgeschlagen, dass Grundlagengeschäfte ebenfalls nicht vom Prokuristen zu unternehmen sind wie etwa die Kapitalbeschaffung und -herabsetzung, ein Auflösungsbeschluss, die Bestellung von Abwicklern, eine Verschmelzung, eine Spaltung und ein Formwechsel sowie die Vermögensübertragung.⁵² Diese Ansicht ist vertretbar, denn die Grundlagengeschäfte sind aufgrund ihrer einschneidenden Wirkung für das Unternehmen so bedeutsam und gefährlich, dass sie nur vom Inhaber bzw. gesetzlichen Vertreter oder Mitglied des Vertretungsorgans wirksam getätigt werden dürfen.⁵³

Darüber hinaus müssen die Geschäfte sich auf den Betrieb des Unternehmens beziehen. Privatgeschäfte und höchstpersönliche Geschäfte dienen nicht dem Betrieb des Unternehmens und sind deshalb nicht von der Prokura umfasst.⁵⁴

Hinsichtlich einer Beschränkung des Umfangs der Prokura enthält das ZGB ebenfalls keine Regelungen. Einzig § 148 GG bestimmt, dass die Vorstandsmitglieder und leitenden Angestellten der Gesellschaft ohne die Zustimmung der Hauptversammlung oder einen Vorstandsbeschluss keinen Kredit an Dritte vergeben, Dritten keine Garantie gewähren oder keine In-sichgeschäfte unternehmen dürfen. Wenn der Prokurist zugleich ein Vorstandsmitglied oder ein leitender Angestellter der Gesellschaft ist, gilt die Bestimmung des § 148 GG auch für den Prokuristen. Wenn das Vorstandsmitglied oder der leitende Angestellte solche Geschäfte nicht unternehmen darf, gilt dies gleichermaßen auch für den einfachen Prokuristen.

49 GAN Peizhong (Fn. 27), S. 76; FAN Jian/JIANG Daxing (Fn. 27), S. 147.

50 Klaus Hofmann (Fn. 22), S. 14.

51 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 49 Rn. 36 f.

52 RAN Keping (Fn. 16), S. 142.

53 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 49 Rn. 5; Klaus Hofmann (Fn. 22), S. 69.

54 Klaus Hofmann (Fn. 22), S. 70.

2. Rechtsgeschäftliche Beschränkung

Nach dem Grundsatz der Privatautonomie kann der Vollmachtgeber selbstverständlich den Umfang der Vollmacht bei der Vollmachterteilung ohne weiteres bestimmen und diese durch ein Rechtsgeschäft beschränken. Deshalb wird in der chinesischen Literatur vorgeschlagen, dass die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Dienstvertretungsmacht durch eine Eintragung im Handelsregister möglich sei.⁵⁵ Jedoch ist diese Ansicht fragwürdig, wenn die besonderen Erfordernisse der Sicherheit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs berücksichtigt werden sollen. Im Folgenden sind die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Prokura und Handlungsvollmacht jeweils aus rechtsvergleichender Sicht zu betrachten.

a) Rechtsgeschäftliche Beschränkung der Prokura

Im HGB ist die Regelung über den Umfang der Prokura eine zwingende gesetzliche Regelung.⁵⁶ Nach § 50 Abs. 1 HGB ist eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Prokura nicht möglich, sodass Wirksamkeit sowie Umfang der Prokura dadurch nicht beeinträchtigt werden können.⁵⁷ Auch ist die Eintragung einer Beschränkung im Handelsregister Dritten gegenüber grundsätzlich unwirksam, es sei denn, es liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor.⁵⁸ Diese Regelung dient der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs und betont die Trennung zwischen Vertretung und zugrunde liegendem Rechtsverhältnis, welches frei regelbar bleibt.⁵⁹ Die Erfahrung und Erkenntnisse des deutschen Rechts können vom chinesischen Recht rezipiert werden.

b) Rechtsgeschäftliche Beschränkung der Handlungsvollmacht

Anders als bei der Prokura ist der Umfang der Handlungsvollmacht im deutschen Recht zwar gesetzlich bestimmt, aber abdingbar.⁶⁰ Die Handlungsvollmacht kann zwar durch Rechtsgeschäft beschränkt werden, je-

55 YIN Fei (Fn. 13), S. 64.

56 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 54 Rn. 5.

57 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 50 Rn. 1.

58 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 50 Rn. 6.

59 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 50 Rn. 1.

60 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 54 Rn. 5.

doch gelten solche Beschränkungen nach § 54 Abs. 3 HGB nur dann einem Dritten gegenüber, wenn er sie kennt oder kennen muss. Eine ähnliche Vorschrift findet sich auch in § 170 Abs. 2 ZGB, sodass im chinesischen Recht genauso eine Möglichkeit bestehen sollte, die Handlungsvollmacht durch Rechtsgeschäft beschränken zu können. Hinsichtlich des „Kennenmüssens“ ist nach der h.L. im deutschen Recht für den gesamten Gutgläubensschutz im kaufmännischen Vertretungsrecht der Maßstab der groben Fahrlässigkeit bei der Beurteilung des Kennenmüssens des Dritten zu übernehmen, weil den Geschäftspartner keine allgemeine Nachforschungspflicht trifft.⁶¹ Den Geschäftspartner sollte daher in China ebenso zugunsten der Sicherheit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs keine allgemeine Nachforschungspflicht treffen, es sei denn, der Vertragspartner verdient keinen Schutz.

3. Die Beschränkung durch die zugrunde liegenden Verhältnisse

Die Beschränkung der Dienstvertretung durch einen Arbeitsvertrag oder andere innere Bestimmungen ist eine Beschränkung im Innenverhältnis, ähnlich wie die Beschränkung des Bevollmächtigten durch den Auftrag im Fall der Vollmacht. Der Dienstvertreter ist nach den inneren Beschränkungen verpflichtet, bestimmte Regelungen, Abläufe oder Anweisungen des Vertretenen zu befolgen, etwa nur Rechtsgeschäfte zu unternehmen, deren Wert unter einer Million RMB liegen. Solche inneren Beschränkungen sind den Dritten nicht ersichtlich. Nach dem Gesetz unterliegt der Dritte keiner Nachforschungspflicht.⁶² Der Verkehrssicherheit halber sollen solche inneren Beschränkungen keine Wirkung nach außen entfalten. Das Abstraktionsprinzip der Vollmacht gilt auch für die Dienstvertretung, weil die Rechtsklarheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs bei der Handelsvertretung besonders wichtig sind. Der Vertragspartner kann dadurch auf die Dienstvertretungsmacht vertrauen und braucht nicht die inneren Verhältnisse zwischen dem Dienstvertreter und dem Vertretenen zu erforschen. Beispielsweise stellt nach der chinesischen Rechtsprechung der Ablauf des Verkaufs einer Wohnung eine innere Bestimmung dar, sodass der

61 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 54 Rn. 44.

62 YANG Qiuyu (Fn. 2), S. 108; RAN Keping (Fn. 16), S. 148.

Geschäftspartner zur Nachforschung einer solchen inneren Bestimmung nicht verpflichtet ist.⁶³

In der chinesischen Literatur wird das Abstraktionsprinzip der Vollmacht von der h.M. zum Teil abgelehnt, weil der arglistige Vertragspartner dadurch auch geschützt und das Interesse des Vertretenen geschädigt wird.⁶⁴ Danach sollte das die innere Beschränkung überschreitende Vertretergeschäft dem Vertretenen gegenüber wirksam sein, auch wenn der Vertragspartner diese Überschreitung kennt oder kennen müsste. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, weil dieses Problem durch das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht beseitigt werden kann. Der Missbrauch der Vertretungsmacht ist von der deutschen Rechtsprechung zur Überwindung des Mangels des Abstraktionsprinzips der Vollmacht entwickelt worden. Danach gilt das Abstraktionsprinzip der Vollmacht dann nicht, wenn der Vertragspartner den Missbrauch kennt oder er so offensichtlich ist, dass er ihn hätte kennen müssen.⁶⁵ Daher dient der Missbrauch der Vertretungsmacht als Grenze des Abstraktionsprinzips der Vollmacht.⁶⁶ Eine ähnliche Auffassung wird auch noch für den Fall vertreten, dass der Dienstvertreter angesichts der Art des Geschäfts, des Betrags oder der Handelsgewohnheiten offensichtlich die Vertretungsmacht missbraucht und der Vertragspartner berechtigte Bedenken hat. Dann sei der Vertragspartner zur Nachforschung der möglichen inneren Beschränkung verpflichtet.⁶⁷

Bei den inneren Verhältnissen stehen meistens Geschäftsgeheimnisse des Vertretenen auf dem Spiel, die nicht offenbart werden dürfen. Daher ist der Vertragspartner grundsätzlich nicht zu Nachforschungen solcher inneren Verhältnisse verpflichtet. Nur wenn der Vertragspartner die Überschreitung der inneren Verhältnisse des Dienstvertreters kennt oder wegen ihrer Offensichtlichkeit kennen müsste, liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor und der Vertretene braucht das vom Vertreter unternommene Rechtsgeschäft nicht gegen sich gelten zu lassen. Daher dient

63 Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Zhunyi, Provinz Guizhou (2020) Qian 03 Min Zhong 2886.

64 RAN Keping (Fn. 16), S. 145; YE Jinqiang (叶金强), Zur Kausalität der Vollmachtserteilung (论代理权授予行为的有因构造), *Tribune of Political Science and Law (政法论坛)* 2010, Nr. 1, S. 112.

65 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 50 Rn. 16.

66 CHI Ying (迟颖), Theorie des Missbrauchs der Vertretungsmacht im deutschen Recht und sein Referenzwert zum chinesischen Vertretungsrecht (德国法上的禁止代理权滥用理论及其对我代理法的启示), *Hebei Law Science (河北法学)* 2020, Nr. 11, S. 64 ff.

67 RAN Keping (Fn. 16), S. 150.

die Zusammenwirkung des Abstraktionsprinzips der Vollmacht und des Missbrauchs der Vertretungsmacht dazu, nicht nur den Handelsverkehr, sondern auch die Interessen des Vertretenen zu schützen.

IV. Rechtsfolge der Überschreitung der Dienstvertretungsmacht oder der inneren Beschränkung

Nach § 170 Abs. 2 ZGB hat die Beschränkung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung. Diese Regelung macht keinen Unterschied zwischen gesetzlichen Beschränkungen, rechtsgeschäftlichen Beschränkungen oder inneren Beschränkungen. Darüber hinaus sind in § 170 Abs. 2 ZGB die Rechtsfolgen der Überschreitung der Beschränkung bei einem bösgläubigen Vertragspartner nicht statuiert. Diese Mängel des § 170 Abs. 2 ZGB haben dazu geführt, dass die Gerichte keiner konkreten Regelung folgen können und daher unterschiedliche Entscheidungen für ähnliche Fälle gefällt wurden. Deshalb ist es notwendig, die Rechtsfolgen bei der Überschreitung der Dienstvertretungsmacht im Wege der Auslegung der gesetzlichen Regelung des § 170 Abs. 2 ZGB zu verdeutlichen.

1. Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts bei der Überschreitung der gesetzlichen Beschränkung der Dienstvertretungsmacht

Über die Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts bei der Überschreitung der gesetzlichen Beschränkung der Dienstvertretungsmacht wird gestritten. Auf der einen Seite wird vertreten, dass es für die Wirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäfts auf die Gutgläubigkeit des Vertragspartners ankommt.⁶⁸ Nach dieser Ansicht ist § 170 Abs. 2 ZGB auch auf den Fall der Überschreitung der gesetzlichen Beschränkung der Dienstvertretungsmacht anzuwenden. Auf der anderen Seite wird die Auffassung vertreten, dass das die gesetzliche Beschränkung überschreitende Rechtsgeschäft als Vertretung ohne Vertretungsmacht gilt und es nicht auf die Gutgläubigkeit des Vertragspartners ankommt.⁶⁹ Daher findet nach dieser Auffassung § 170 Abs. 2 ZGB im Fall der Überschreitung der gesetzlichen Beschränkung der Dienstvertretungsmacht keine Anwendung. Der zweiten Auffas-

68 RAN Keping (Fn. 16), S. 143.

69 WANG Xiaohua (Fn. 17), S. 116.

sung ist zuzustimmen. Der Vertragspartner muss die gesetzliche Beschränkung der Dienstvertretungsmacht kennen und ist verpflichtet, sich nach dem Vorhandensein der Dienstvertretungsmacht im Fall der möglichen Überschreitung der gesetzlichen Beschränkung der Dienstvertretungsmacht zu erkundigen.⁷⁰ Wenn er dies nicht tut, darf er sich nicht auf § 170 Abs. 2 ZGB berufen und das Rechtsgeschäft dem Vertretenen gegenüber geltend machen. Vielmehr ist hier die Regelung über die Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 171 ZGB) anzuwenden. Im deutschen Recht gilt das von dem Prokuristen unternommene und die gesetzlichen Beschränkungen überschreitende Rechtsgeschäft auch als Vertretung ohne Vertretungsmacht und § 179 BGB ist anzuwenden.⁷¹

Wenn der Prokurist ohne Erteilung einer besonderen Prokura Grundstücke veräußert oder belastet, an Dritte Kredite vergibt oder Garantien gewährt oder Grundlagengeschäfte, Privatgeschäfte, höchstpersönliche Geschäfte oder ein Insichgeschäft unternimmt, gelten solche Rechtsgeschäfte als Vertretung ohne Vertretungsmacht. Zusätzlich zu den obengenannten Rechtsgeschäften sind die vom Handlungsbevollmächtigten unternommenen Rechtsgeschäfte zur Aufnahme von Darlehen oder zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten auch als Vertretung ohne Vertretungsmacht zu behandeln.

2. *Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts bei der Überschreitung der rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Dienstvertretungsmacht und der inneren Beschränkung*

a) *Wirksamkeit*

§ 170 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass die Beschränkung des Umfangs der Dienstvertretungsmacht dem gutgläubigen Vertragspartner gegenüber keine Wirkung entfaltet. Es wird vertreten, dass dies eine den Verkehr und den gutgläubigen Dritten schützende Sonderregelung der Anscheinsvollmacht darstellt.⁷² Die Anscheinsvollmacht ist eine Unterart der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Wenn der Vertragspartner seine Gutgläubigkeit nicht beweisen kann, ist das Rechtsgeschäft ohne die Genehmigung des Vertretenen schwebend unwirksam. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten,

70 RAN Keping/QU Yanni (Fn. 29), S. 71.

71 MüKoHGB/Krebs, 5. Auflage 2021, § 49 Rn. 64; Klaus Hofmann (Fn. 22), S. 99.

72 RAN Keping/QU Yanni (Fn. 29), S. 70.

da die Verkehrssicherheit dadurch nicht genügend geschützt wird. Die Regelung, dass die innere Beschränkung keine Wirkung nach außen hat, zielt im Gegenteil darauf ab, die Verkehrssicherheit zu schützen, und ist daher anders als die Anscheinsvollmacht.⁷³ Vielmehr unterliegt § 170 Abs. 2 ZGB dem Grundsatz der Trennung von Vollmacht und zugrundeliegendem Rechtsverhältnis.⁷⁴ Dieser Ansicht ist zwar zuzustimmen, aber nur der Trennungsgrundsatz allein ist für den Verkehrsschutz nicht ausreichend, sondern es ist zusätzlich das Abstraktionsprinzip für die Auslegung des § 170 Abs. 2 ZGB anzuwenden. Danach ist das die innere Beschränkung überschreitende Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam und der Vertragspartner braucht nicht seine Gutgläubigkeit zu beweisen.

Wie oben schon erläutert, ist die Dienstvertretungsmacht (Prokura und Handlungsvollmacht) nicht rechtsgeschäftlich zu beschränken:

Eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Prokura hat grundsätzlich keine Wirkung nach außen mit der Folge, dass ein die rechtsgeschäftliche Beschränkung überschreitendes Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam ist, es sei denn, es handelt sich um einen Fall des Missbrauches der Vertretungsmacht. Eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Handlungsvollmacht wirkt nur dem Vertragspartner gegenüber, wenn er die Beschränkung kennt oder kennen muss.

Auch ist ein die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Handlungsvollmacht überschreitendes Rechtsgeschäft wirksam. Nach dem Abstraktionsprinzip der Vollmacht hat die innere Beschränkung des Dienstvertreters grundsätzlich keine Wirkung auf den Umfang der Dienstvertretungsmacht. Nur wenn die Überschreitung der inneren Beschränkung als Missbrauch der Vertretungsmacht gilt oder der Vertragspartner die Beschränkung kennt oder kennen muss, ist die Wirksamkeit des die innere Beschränkung überschreitenden Rechtsgeschäfts fragwürdig. Entsprechend ist § 170 Abs. 2 ZGB nach dem Abstraktionsprinzip der Vollmacht erweiternd auszulegen, da mit „Beschränkung der Dienstvertretungsmacht“ in § 170 Abs. 2 ZGB nicht nur die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Dienstvertretungsmacht, sondern auch die innere Beschränkung gemeint ist.

73 ZHU Guangxin (朱广新), *Das Vertrauensschutzprinzip und seine Konstitution im Zivilrecht (信赖保护原则及其在民法中的构造)*, Beijing 2013, S. 158.

74 CHEN Su (Fn. 35), S. 1207.

b) *Schwebende Unwirksamkeit*

Es wird in der chinesischen Literatur allgemein vertreten, dass ein die Dienstvertretungsmacht überschreitendes Rechtsgeschäft grundsätzlich als Vertretung ohne Vertretungsmacht gilt, wenn der Vertragspartner nicht gutgläubig ist.⁷⁵ Dieser h.M. ist nicht zu folgen. Vielmehr ist „der gutgläubige Vertragspartner“ i.S.d. § 170 Abs. 2 ZGB einschränkend auszulegen, weil diese Regelung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Fall der Überschreitung der rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Prokura oder der inneren Beschränkung unangemessen einschränkt. In der Rechtsprechung⁷⁶ und in der Literatur⁷⁷ wird vielfach versucht, § 170 Abs. 2 ZGB nur bei positiver „Kenntnis“ von der Überschreitung durch den Vertragspartner anzuwenden.

Dies kann auch für den Fall der Überschreitung der rechtsgeschäftlichen Beschränkung bei der Handlungsvollmacht gelten. Das vom Handlungsbevollmächtigten unternommene und die rechtsgeschäftlichen Beschränkungen überschreitende Rechtsgeschäft ist danach schwebend unwirksam, wenn der Vertragspartner die Beschränkung kennt oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt.

Für den Fall der Überschreitung der rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Prokura oder der Überschreitung der inneren Beschränkung soll § 170 Abs. 2 ZGB eng ausgelegt werden. Entsprechend ist vorzuschlagen, dass der Anwendung des Missbrauchs der Vertretungsmacht Vorrang gewährt werden muss gegenüber dem Schutz des Vertragspartners als gutgläubigen Dritten, weil die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs der Vertretungsmacht im Vergleich zur „Gutgläubigkeit des Vertragspartners“ viel strenger sind. Nur wenn der Prokurist die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Dienstvertretungsmacht oder der Prokura oder wenn der Handlungsbevollmächtigte die innere Beschränkung vorsätzlich überschreitet und der Vertragspartner die Überschreitung kennt oder die Überschreitung so offensichtlich ist, dass der Vertragspartner sie kennen muss, gilt das von einem solchen Dienstvertreter unternommene Rechtsgeschäft als eine Ver-

75 CHEN Su (Fn. 35), S. 1211; WANG Liming (Fn. 13), S. 640; LI Shishi (Fn. 13), S. 528.

76 Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Quzhou, Provinz Zhejiang (2020) Zhe 08 Min Zhong 785; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Dali Baizu Zizhizhou, Provinz Yunnan (2020) Yun 29 Min Zhong 18; Zivilurteil des Mittleren Volksgerichts der Stadt Deyang, Provinz Sichuan (2020) Chuan 06 Min Zhong 1059.

77 CHEN Su (Fn. 35), S. 1208.

vertretung ohne Vertretungsmacht.⁷⁸ Somit ist ein von dem Prokuristen unternommenes und die rechtsgeschäftlichen Beschränkungen überschreitendes Rechtsgeschäft oder ein von dem Prokuristen und dem Handlungsbevollmächtigten unternommenes und die inneren Beschränkungen überschreitendes Rechtsgeschäft nur ausnahmsweise als Vertretung ohne Vertretungsmacht einzustufen. Im Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht ist das Rechtsgeschäft wie die Vertretung ohne Vertretungsmacht schwebend unwirksam, kann aber durch die Genehmigung des Vertretenen zur endgültigen Wirksamkeit gelangen.

Mit der obigen Auslegung des § 170 Abs. 2 ZGB ist ein vom Prokuristen unternommenes und die rechtsgeschäftlichen Beschränkungen überschreitendes Rechtsgeschäft oder ein vom Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten unternommenes und die inneren Beschränkungen überschreitendes Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam, es sei denn, es liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor. Im Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht gilt das Rechtsgeschäft als Vertretung ohne Vertretungsmacht i. S. d. § 171 ZGB. Danach kann der Vertretene es genehmigen.

3. Haftung bei der Überschreitung der Dienstvertretungsmacht oder der inneren Beschränkung

a) Haftung des Dienstvertreters bei Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts

Wenn das die Dienstvertretungsmacht oder die innere Beschränkung überschreitende Rechtsgeschäft wirksam ist, ist der Vertretene Vertragspartei und zur Erfüllung des Rechtsgeschäfts verpflichtet. Der Dienstvertreter haftet nicht dem Vertragspartner gegenüber. Jedoch haftet der Dienstvertreter dem Vertretenen gegenüber aufgrund seines Arbeitsverhältnisses bzw. durch die gesetzlichen Regelungen des Auftrags (§ 929 Abs. 2 ZGB) auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der inneren Pflicht. Darüber hinaus kann der Vertretene dem Dienstvertreter auf Grundlage des Arbeitsvertrags oder aus arbeitsrechtlichen Gründen kündigen.

78 CHI Ying (Fn. 66), S. 64 ff.

b) Haftung des Dienstvertreters bei Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts

§ 171 Abs. 3 ZGB bestimmt, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht nach Wahl des gutgläubigen Vertragspartners entweder den Vertrag erfüllen oder Schadensersatz leisten soll. Danach hat nur der gutgläubige Vertragspartner einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Vertretung ohne Vertretungsmacht. Dagegen bestimmt § 171 Abs. 4 ZGB, dass der Dienstvertreter dem Vertragspartner gegenüber nach seinem Verschulden zu Schadensersatz verpflichtet ist, auch wenn der Vertragspartner nicht gutgläubig ist. Danach kann der Dienstvertreter von der Haftung für eine Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht wegen einer fehlenden Gutgläubigkeit des Vertragspartners entlassen werden. Die Regelung der § 171 Abs. 4 ZGB ist aber fragwürdig, weil sie in Widerspruch zum § 171 Abs. 3 ZGB steht. Denn die Haftung des Vertreters dient bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht dem Schutz des gutgläubigen Vertragspartners. Wenn der Vertragspartner nicht gutgläubig ist, verdient er keinen Schutz. Im deutschen Recht haftet der Vertreter auch nicht, wenn der Vertragspartner nicht gutgläubig ist.⁷⁹ Kennt der Vertragspartner die Überschreitung der Dienstvertretungsmacht und den Missbrauch der Vertretungsmacht oder sind diese so offensichtlich, dass der Vertragspartner sie kennen muss, haftet der Dienstvertreter dem Vertragspartner gegenüber nicht.

V. Zusammenfassung

Die Dienstvertretung ist eine rechtsgeschäftliche Handelsvertretung, bei der ein Mitarbeiter (kein gesetzlicher Repräsentant) des Vertretenen als Dienstvertreter in dessen Namen ein für oder gegen ihn geltendes Rechtsgeschäft unternimmt. Sie unterscheidet sich von dem gesetzlichen Repräsentanten und der Vollmacht. Die Dienstvertretungsmacht im chinesischen Recht ist nach deutschem Vorbild durch Gesetzesauslegung als Prokura und Handlungsvollmacht zu typisieren. Mit solch einer Typisierung ist der Umfang der Dienstvertretungsmacht gesetzlich festgelegt und dessen Beschränkung offenkundig. Die Typisierung der Dienstvertretungsmacht dient vor allem der Sicherheit und Einfachheit des Handelsverkehrs, aber auch den Interessen des Vertretenen und Vertreters. Der Vertragspartner braucht sich nicht um die Vertretungsmacht des Dienst-

79 Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, S. 909.

vertreter beim Geschäftsherrn zu vergewissern und der Dienstvertreter braucht nicht zu befürchten, dass er als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt.

Der vom Gesetz festgelegte Umfang der Prokura und der Handlungsvollmacht ist nicht zu überschreiten. Das vom Dienstvertreter unternommene, den gesetzlichen Umfang überschreitende Rechtsgeschäft gilt als Vertretung ohne Vertretungsmacht i. S. v. § 171 ZGB. Die Regelung über die Anscheinsvollmacht (§ 170 Abs. 2 ZGB) findet hier keine Anwendung. Dagegen ist ein die rechtsgeschäftliche Beschränkung oder die innere Beschränkung überschreitendes Rechtsgeschäft nach § 170 Abs. 1 ZGB grundsätzlich wirksam, es sei denn, es handelt sich um einen Fall des § 170 Abs. 2 ZGB.

Wenn das die Dienstvertretungsmacht oder die innere Beschränkung überschreitende Rechtsgeschäft wirksam ist, haftet der Dienstvertreter nicht dem Vertragspartner gegenüber. Jedoch kann er wegen Verletzung seiner Pflichten aus dem Arbeitsvertrag oder wegen Verletzung der Vorschriften des Auftragsrechts (§ 929 Abs. 2 ZGB) auf Schadenersatz gegenüber dem Geschäftsherrn haften. Wenn das die Dienstvertretungsmacht oder die innere Beschränkung überschreitende Rechtsgeschäft nichtig ist, haftet der Dienstvertreter dem Vertragspartner gegenüber auch dann nicht, wenn der Vertragspartner die Überschreitung der Dienstvertretungsmacht kennt oder sie bei deren Offensichtlichkeit kennen muss.

Der zivilrechtliche Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im chinesischen ZGB

ZHAO Jin

I. Fragestellung

Nach jüngeren Studien passiert es zurzeit in China nicht selten, dass ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin am Arbeitsplatz sexuell belästigt wird. Dies trifft insbesondere junge Arbeitnehmerinnen, die gerade ins Berufsleben eingestiegen sind. Auf Druck der Gesellschaft hin ist § 1010 ins Buch des Persönlichkeitsrechts des ZGB eingeführt worden. § 1010 ZGB lautet: Wird eine sexuelle Belästigung entgegen dem Willen einer anderen Person, etwa durch Worte, Texte, Bilder, körperliche Handlungen begangen, ist das Opfer berechtigt, nach dem Recht zu fordern, dass der Täter zivilrechtlich haftet. Institutionen, Unternehmen und Schulen haben angemessene Maßnahmen, wie Vorbeugungsmaßnahmen, Entgegennahme von Beschwerden, Untersuchungen und Sanktionen, zu ergreifen, sodass sexuelle Belästigungen, insbesondere durch Ausnutzung von Macht, vorbeugend verhindert werden. Im Vergleich zu § 11 Frauenschutzgesetz und § 11 der speziellen Verordnung über Arbeitsschutz der Arbeitnehmerinnen werden nicht nur Frauen, sondern alle natürlichen Personen vor sexueller Belästigung geschützt. Darunter fällt selbstverständlich der Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Unklar bleiben aber noch die Fragen, welches Verhalten am Arbeitsplatz als sexuelle Belästigung klassifiziert werden kann und wie der Arbeitgeber bei sexueller Belästigung haftet.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die rechtswissenschaftliche Diskussion in Literatur und Rechtsprechung. Die zwei oben genannten Fragen werden erörtert und anschließend kritisch bewertet.

II. Wann liegt eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vor?

1. Soziale Etikette als Beurteilungskriterium?

Aus § 1010 S. 1 ZGB ergibt sich, dass die Worte „Entgegen dem Willen des anderen“ das Kernstück sexueller Belästigung bilden. Das Vorliegen einer

sexuellen Belästigung hängt somit davon ab, ob das in Frage stehende Verhalten gegen den Willen des Betroffenen verstößt. Zu der Bedeutung dieses elementaren Begriffs steht dessen wissenschaftliche Behandlung in einem Missverhältnis. In China sind wissenschaftliche Untersuchungen zu der Formulierung „Entgegen dem Willen des anderen“ selten.

Vor dem Inkrafttreten des ZGB beurteilte ein Teil der Rechtsprechung das Vorliegen sexueller Benachteiligung nach „allgemeiner sozialer Etikette“. Zum Beispiel hat das Chengdu Wuhou Volksgericht das Vorliegen einer sexuellen Belästigung mit der Begründung anerkannt, dass das Verhalten des Beklagten von der allgemeinen sozialen Etikette abgewichen ist, indem der Beklagte mit einer Umarmung und Berührung nicht aufhörte, obwohl dies von der Klägerin erkennbar abgelehnt wurde.¹

Die Frage, die sich nunmehr stellt, lautet: Eignet sich die allgemeine soziale Etikette als Beurteilungsmaßstab, um das Vorliegen einer sexuellen Belästigung zu klassifizieren? Dies setzt zunächst voraus, dass Einigkeit über die allgemeine soziale Etikette bei sexuellem Verhalten besteht, sodass Rechtsunsicherheit vermieden werden kann. In einer vielfältigen Gesellschaft ist es aber schwer zu beurteilen, welche bestimmten Verhaltensweise von der sozialen Etikette abweichen. Für manche Chinesen, die von der westlichen Kultur beeinflusst werden, ist eine freundliche Umarmung nur eine Form der Begrüßung. Andere halten diese für taktlos und unakzeptabel. Unterschiedlich ist ebenfalls die Bewertung einiger Verhaltensweisen, wie etwa Bemerkungen sexuellen Inhalts oder Verlangen nach privaten Fotos. Während manche solche Verhaltensweisen für scherzhaft oder lustig halten, werden solche Verhaltensweisen teilweise als Verstoß gegen die soziale Etikette angesehen.² Diese Kontroversen werden eben-

-
- 1 Urteil des Volksgerichts Chengdu Wuhou im Rechtsstreit um die sexuelle Belästigung Xu gegen Liu, (2019), Chuan 0107 Min Chu Nr. 1407. Sachverhalt: Die Klägerin und der Beklagte arbeiteten zusammen in einer NGO. Eines Tages bot der Beklagte eine Umarmung an, die normalerweise als ein Ausdruck von Trösten in der NGO angesehen wird. Nach der ersten Umarmung umarmte der Beklagte die Klägerin fest. Da die Klägerin sich unwohl fühlte, schob sie den Beklagten weg. Doch der Beklagte legte seinen Arm um ihre Taille. Die Klägerin legte beim Volksgericht im Wuhou Distrikt in Chengdu Klage gegen den Beklagten ein, um Schadensersatz wegen sexueller Belästigung zu verlangen.
 - 2 WU Fan (吴帆)/ ZHOU Ziyao (周子垚), Der aktuelle Stand und Toleranz sexueller Belästigung im Bereich der sozialen Arbeit (社会工作职场性骚扰与容忍度研究), *Journal of Chinese Women's Studies (妇女研究论丛)*, 2020, Nr. 5, S. 71, 76 ff.

falls durch die jüngere Rechtsprechung bestätigt.³ Während mehrmalige SMS mit dem Inhalt „Vermisse dich“ und „Ich mag dich“ vom Mittleren Volksgericht Zhongshan als sexuelle Belästigung eingestuft wurden,⁴ lehnte das Mittlere Volksgericht Nanjing das Vorliegen sexueller Belästigung ab, obwohl der Beklagte die Klägerin dazu nötigte, mit einem Kunden zu schlafen.⁵ Daraus kann man schließen, dass „soziale Etikette“ keinen objektiv nachprüfbaren Maßstab setzen kann. Ein weiteres Problem bei „sozialer Etikette“ besteht darin, dass es auf ein ideales Opferverhalten abstellt, was zu einer sekundären Verletzung des Opfers führen könnte.

2. Unerwünscht als Kriterium?

Unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts wird von einem Teil der Literatur vorgeschlagen, den Begriff „unerwünscht (unwelcome)“ im chinesischen Recht einzuordnen, was eine große Rolle in der Beurteilung des Vorliegens einer sexuellen Belästigung im US-amerikanischen Recht spielt.⁶ Sodann soll „Entgegen dem Willen des anderen“ im Sinne von § 1010 ZGB als „unerwünscht (unwelcome)“ interpretiert werden.⁷ Dies spiegelt sich in der Anleitung für Prävention und Bekämpfung der sexuellen Belästigung⁸ wider. Diese Anleitung definiert sexuelle Belästigung als sexuelle unerlaubte Handlung im Deliktsrecht, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten entgegen dem Willen einer anderen Person begangen wird, durch das ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Er-

3 WANG Tianyu (王天玉), Logik in der Rechtsprechung über die verbale sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (言辞型职场性骚扰的司法裁判逻辑), *Journal of Chinese Women's Studies* (妇女研究论丛), 2020, Nr. 5, S. 60, 62.

4 Urteil des Mittleren Volksgerichts Zhongshan im Rechtsstreit über sexuelle Belästigung, (2016), Yue 20 Min Zhong Nr. 3456.

5 Urteil des Volksgerichts Suzhou Gongyeyuan im Rechtsstreit über sexuelle Belästigung, (2016), Su 0591 Min Zhong Nr. 9774.

6 Vgl. YANG Mao (杨茂), Die eigenständige Haftung des Arbeitgebers bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (论职场性骚扰行为用人单位的独立责任), *Qian Yan* (前沿), 2011, Nr. 11, S. 93, 94.; LU Jiefeng (卢杰峰), Die Haftung des Arbeitgebers bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (职场性骚扰的用人单位责任), *Journal of Chinese Women's Studies* (妇女研究论丛), 2020, Nr. 5, S. 87, 93; SHAN Chun (单纯), Die Rechtentwicklung über die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in den USA (论美国反性骚扰的法治化进程), *Journal of CUPL* (中国政法大学学报), 2020, Nr. 4, S. 15 ff.

7 LU Jiefeng (Fn. 6), S. 92.

8 深圳市防治性骚扰行为指南, v. 15. 3. 2021, Shen Fu Tong (2021), Nr. 1. (深妇通[2021]1号).

niedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Außer Acht gelassen wird jedoch die genaue Bedeutung von „unerwünscht“. In diesem Zusammenhang ist es sinnvoll, auf die konkrete Bedeutung von „unerwünscht“ und den zugrundeliegenden Grundgedanken im US-amerikanischen Recht einzugehen.

In den USA wird der Begriff „unerwünscht“ vor allem von einer Opferbezogenen Sichtweise geprägt.⁹ Dabei spielt es keine Rolle, ob der Betroffene sich in einer ausdrücklichen Weise gegen den angeblich Belästigenden wehrt. In Bezug auf Geschlechtsverkehr kann auf die Erwünschtheit nicht geschlossen werden, selbst wenn die betroffene Person dem Geschlechtsverkehr mit dem angeblich Belästigendem zugestimmt hat. So ließ sich in einem Fall das Opfer auf den Geschlechtsverkehr nur ein, weil es Angst vor beruflichen Nachteilen im Falle einer Ablehnung hatte.¹⁰ Dies folgt aus dem ursprünglichen Grundgedanken, dass hierarchische Geschlechterverhältnisse in der Arbeitswelt und dem Alltagsleben bestehen, innerhalb denen ein Geschlecht (Mann) über das andere Geschlecht (Frau) gestellt wird. Eine solche Geschlechterhierarchie spiegelt sich wiederum in der Realität sexueller Belästigungen wider. So sind Frauen als Opfer sexueller Belästigungen wesentlich häufiger betroffen als Männer.¹¹ Dies trifft insbesondere auf berufstätige Frauen zu, deren Vorgesetzte Männer sind. In einem hierarchischen Verhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen ist es für den Untergebenen schwierig, die sexuelle Aufforderung des Vorgesetzten erfolgreich abzulehnen. Denn das Opfer muss mit möglichen beruflichen Nachteilen rechnen, die sich negativ auf den Lebensstandard des Opfers auswirken könnten.¹² Ebenfalls spiegelt sich eine solche Ungleichheit in Geschlechterstereotypen wider. Werden Frauen als schüchtern oder passiv beim Geschlechtsverkehr angesehen, könnte ein „Nein“ auch als „Ja“ verstanden werden, obwohl das sexuelle Verhalten eigentlich nicht von der betroffenen Arbeitnehmerin erwünscht ist.¹³ Zur Lösung dieses Problems muss Frauen ein Recht auf Selbstbestimmung

9 Susanne Baer, *Würde oder Gleichheit?*, 1. Auflage, Baden-Baden 1995, S. 256.

10 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, Supreme Court of the United States (June 19th, 1986).

11 Vgl. European Commission, *Sexual Harassment at the Workplace in the European Union*, Luxembourg 1999.

12 Catharine Mackinnon, *Sexual harassment of working women*, New Haven and London, Yale University Press, S. 39, 47.

13 Catharine Mackinnon (Fn. 12), S. 181.

gewährt werden, sodass die Frauen als Opfer selbst definieren, was sexuelle Belästigung ist.¹⁴

Zusammenfassend ist zu sagen, dass „unerwünscht“ als Beurteilungskriterium besser ermöglicht, die durch Machtausübung begangene sexuelle Belästigung zu verhindern. Denn das Opfer braucht nicht nachzuweisen, dass es das in Rede stehende Verhalten ausdrücklich abgelehnt hat. Gerade aus diesem Grund wird der Begriff von „unerwünscht“ auch in der EU bzw. in Deutschland (§ 3 Abs. 4 AGG) verwendet. Meines Erachtens könnte der Begriff „unerwünscht“ und seine konkrete Bedeutung ins chinesische Recht übernommen werden. Demnach soll die Person, die ein sexuelles Verhalten ausübt, mit einem solchen Verhalten aufhören, soweit die betroffene Person schweigt oder weggeht. Begeht sie die Handlung weiter, verstößt sie gegen den Willen der anderen Person i. S. v. § 1010 ZGB. Die Handlung stellt dann eine sexuelle Belästigung dar.

III. Verletzung der Pflichten im Sinne von § 1010 S. 2 ZGB

§ 1010 S. 2 ZGB regelt, dass der Arbeitgeber angemessene Maßnahmen zu treffen hat, um die Begehung sexueller Belästigungen durch Ausnutzung etwa von Zugehörigkeitsverhältnissen zu verhindern oder zu unterbinden. Zu den Maßnahmen gehören präventive Maßnahmen, die Entgegennahme von Beschwerden, Untersuchungen und Sanktionen. Im Einzelfall bleibt es einem Arbeitnehmer aber unklar, welche konkreten Maßnahmen zur Verhinderung von sexueller Belästigung er von seinem Arbeitgeber fordern kann. Meines Erachtens könnten konkrete Maßnahmen, zu denen der Arbeitgeber nach US-amerikanischen und deutschen Regelungen verpflichtet ist, im Wege der Auslegung von chinesischen Gerichten entwickelt werden. Zur Prävention sexueller Belästigung sollte der Arbeitgeber durch betriebsinterne Richtlinien oder entsprechende Schulungen informieren, welches Verhalten als sexuelle Belästigung nicht tolerierbar ist und was Arbeitnehmer dagegen tun können. Weiter ist zu verlangen, dass für belästigte Beschäftigte Beschwerdewege eingerichtet werden und die Beschwerden in einer angemessenen Weise behandelt werden.

Zur Feststellung der Pflichtverletzung müssen aber die Umstände im chinesischen Arbeitsleben berücksichtigt werden. Unzweifelhaft liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn der Geschäftsführer oder gesetzliche Vertreter des Arbeitgebers unerwünschte sexuelle Handlungen vornehmen. Wird

14 Catharine Mackinnon (Fn. 12), S. 181.

der betroffene Arbeitnehmer durch Vorgesetzte oder Kollegen sexuell belästigt, liegt eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers vor, wenn er die Pflichten i. S. v. § 1010 S. 2 ZGB nicht erfüllt hat. Die Pflicht zur Prävention soll jedoch nicht so streng sein wie im US-amerikanischen oder deutschen Recht. Gemäß § 12 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Beschwerdestelle für alle betroffenen Beschäftigten einzurichten. Daneben muss der Arbeitgeber alle betroffenen Beschäftigten durch Schulungen darüber informieren, welches Verhalten als sexuelle Belästigung klassifiziert wird und nicht tolerierbar ist. Eine solche Schulung bedarf aber professioneller Trainer und qualifizierte Fachkräfte, da es nicht einfach ist, über sexuelle Belästigung, die als ein sensibles Thema angesehen wird, in einer angemessenen Weise vor Publikum zu sprechen. Zurzeit stehen den Unternehmen in China nicht genügend Fachkräfte oder Trainer zur Verfügung. Daher ist eine große Anzahl chinesischer Arbeitgeber nicht in der Lage, solche Schulungsprogramme anzubieten. Vor diesem Hintergrund eignet es sich nicht, das Fehlen an der Schulung als Pflichtverletzung im chinesischen Kontext zu klassifizieren. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Arbeitgeber keine angemessene Maßnahme ergriffen hat, obwohl sich der betroffene Arbeitnehmer schon bei dem Arbeitgeber über sexuelle Belästigung beschwert hat. Dies trifft insbesondere auf die Fälle zu, in denen der Arbeitgeber die Beschwerde ignoriert oder der Arbeitgeber das Opfer die Situation ertragen lässt, sodass der betroffene Arbeitnehmer wiederholt sexuell belästigt wird.

IV. Deliktsrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei Belästigung durch Dritte

Genauso wie das deutsche Recht bezweckt auch das chinesische Deliktsrecht den Schutz der Rechtsgüter einer Person. Wie oben dargelegt, wird der Schutz vor sexueller Belästigung ins Buch des Persönlichkeitsrechts eingeordnet. Daher ist davon auszugehen, dass sexuelle Belästigung als eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts klassifiziert wird. Sodann greift zunächst § 1165 ZGB¹⁵ ein, wonach der Verletzte dem Geschädigten den erheblichen immateriellen Schaden ersetzen soll, der durch die Verlet-

15 § 1165 [Verschuldenshaftung; Verschuldensvermutung] Fügt ein Handelnder einem anderen durch eine schuldhaft Verletzung der zivilen Rechte und Interessen eine Schädigung zu, haftet er für die Verletzung von Rechten. Wird auf Grundlage von gesetzlichen Bestimmungen vermutet, dass das Verschulden beim Handelnden vorliegt, haftet er für die Verletzung von Rechten, wenn er nicht

zung der persönlichen Rechte oder Interessen herbeigeführt wird. In der Praxis geht sexuelle Belästigung oftmals nicht vom Arbeitgeber selbst, sondern von Vorgesetzten des Opfers oder von gleichrangigen Kollegen aus. Nun soll die Rechtsfolge untersucht werden, wenn der Arbeitgeber die Pflicht im Sinne von § 1010 S. 2 ZGB verletzt und ein Arbeitnehmer sexuell belästigt wird. Sodann kommt zunächst ein Anspruch des Arbeitnehmers aus Deliktsrecht in Betracht. Zugleich könnten die Regelungen aus dem Vertragsrecht und Arbeitsvertragsrecht anwendbar sein.

1. Unterschiedliche Verschuldensvoraussetzungen je nach der Art der sexuellen Belästigung?

In der Praxis geht sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz meistens nicht vom Arbeitgeber selbst, sondern von Vorgesetzten des Opfers oder von gleichrangigen Kollegen aus. Dann stellt sich die Frage, wann eine deliktsrechtliche Ersatzpflicht den Arbeitgeber trifft. Dies kommt darauf an, wie das Handeln des belästigenden Vorgesetzten oder Kollegen dem Arbeitgeber zuzurechnen ist.

Teilweise wird vertreten, dass sich das Verschulden des Arbeitgebers an den Haftungsregeln des US-amerikanischen Rechts orientieren könne.¹⁶ Im US-amerikanischen Recht hängt die Haftung des Arbeitgebers von der Art der sexuellen Belästigung ab. Für „Quid pro quo harassment“-Belästigungen gilt die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers. Ist die belästigende Handlung eines Vorgesetzten z. B. eine sexuelle Forderung, die mit beruflichen Vor- und Nachteilen verknüpft ist, und führt diese zu einer signifikanten negativen Änderung der Arbeitsbedingungen

nachweisen kann, dass bei ihm kein Verschulden vorliegt. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207, 399.

- 16 Vgl. CAO Yanchun (曹艳春), Eine ökonomische Analyse der Haftung des Arbeitgebers bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (职场性骚扰雇主责任的法经济学分析), *Contemporary Law Review* (当代法学), 2008, Nr. 9, S. 95, 96 ff.; ZHANG Xinbao (张新宝)/GAO Yanzhu (高燕竹), Die Hauptfragen beim Gesetz gegen sexuelle Belästigung, : “性骚扰法律规制的主要问题”, *The Jurist* (法学家), 2006, Nr. 4, S. 65;72; ZHOU Yingjiang (周应江), Anwendung der Arbeitgeber's Haftung auf sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (论雇主责任在职场性骚扰行为上的适用), *Journal of Chinese Women's Studie* (妇女研究论丛), 2010, Nr. 5, S. 20, 25.; LU Jiefeng (Fn. 6), S. 92; WANG YiChun (王毅纯), Mögliche Regelungsmodelle für sexuelle Belästigung im Buch des Persönlichkeitsrechts des ZGB(民法典人格权编对性骚扰的规制路径和规则设计), *Henan Social Sciences* (河南社会科学), 2019, Nr. 7, S. 49, 55.

für das Opfer - wie z. B. eine Entlassung oder eine gescheiterte Beförderung, haftet das Unternehmen automatisch für die Handlungen des Vorgesetzten. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber überhaupt von den Vorfällen Kenntnis hatte oder hätte haben müssen.¹⁷ Unerheblich hierfür ist zudem, ob der Arbeitgeber Maßnahmen gegen sexuelle Belästigung ergriffen hat.¹⁸ Für „Hostile environment harassment“¹⁹ gilt das Prinzip der verschuldensabhängigen Haftung. Der Arbeitgeber haftet nur, wenn er von den Belästigungsvorfällen Kenntnis hatte oder hätte haben müssen und trotzdem keine angemessenen Maßnahmen dagegen ergriffen hat.²⁰ Zu beachten ist, dass nicht jede von einem Vorgesetzten begangene sexuelle Belästigung als „Quid pro quo harassment“ klassifiziert wird. Führt die in Rede stehende Belästigung zu keiner negativen Änderung der Arbeitsbedingungen, wird eine solche Belästigung als „Hostile environment harassment“ definiert.

Obwohl die Voraussetzungen für die zwei oben genannten Haftungen unterschiedlich sind, haben die betroffenen Arbeitnehmer/innen den Anspruch auf Ausgleich aller durch die sexuelle Belästigung entstandenen Vermögensschäden und immateriellen Schäden. In der Tat sind diejenigen, die sich für die Übertragung US-amerikanischer Regelungen ins chinesische Recht einsetzen, eher an der Rechtsfolge für den Arbeitgeber interessiert als an den Tatbeständen bzw. dem Anwendungsbereich von den entsprechenden Haftungen. Denn die verschuldensunabhängige Haftung stelle einen Anreiz für den Arbeitgeber dar, nur geeignete und zuverlässige Personen in eine Position als Vorgesetzten einzustellen und die angemessenen Maßnahmen rechtzeitig zu ergreifen²¹. Aufgrund dessen schlugen sie

-
- 17 Henson v. City of Dundee, 682 F. 2d 897, 909 (11th Cir. 1982); Miller v. Bank of America, 600 F.2d 211, 213 (9th Cir. 1979); Sparks b. Regional Medical Center Board, 792 F. Supp. 735, 743 (N.D. Ala. 1992).
- 18 Kotcher v. Rosa and Sullivan Appliance Center Inc., 957 F. 2d 59, 62 (2nd Cir. 1992).
- 19 Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson, 477 U.S. 57, Supreme Court of the United States (June 19th, 1986).
- 20 Henson v. City of Dundee, 682 F. 2d 897, 910 (11th Cir. 1982); Rabidue v. Osceola Refining Co., 805 F. 2d 611, 621 (6th Cir. 1986); Katz v. Dole, 709 F.2d 251, 256 (4th Cir. 1983).
- 21 CAO Yanchun (Fn. 16), S. 97; ZHANG Xinbao/GAO Yanzhu (Fn. 16); LU Jiefeng (卢杰峰), Die Analyse der US-amerikanischen Rechtsprechung für die Haftung des Arbeitgebers bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (美国职场性骚扰雇主责任的判例法分析), Journal of Chinese Women's Studies (妇女研究论丛), 2016, Nr. 2, S. 71, 77 ff.

vor, auf § 1191 S. 1 ZGB (vgl. § 34 S. 1 HaftpflichtG)²² als unterstützende Rechtsgrundlage die Haftung für „Quid pro quo harassment“ und § 1198 ZGB (vgl. § 37 HaftpflichtG)²³ als unterstützende Rechtsgrundlage die Haftung für „Hostile environment harassment“ zu begründen.

2. Keine Notwendigkeit der Übertragung der Haftungsregel für „Quid pro quo harassment“

Die Übertragung der Haftungsregel für „Quid pro quo harassment“ wird aber kritisch gesehen, wenn man auf die Theorie der Rechtsvergleichung zurückgreift. Demnach sind alle Länder mit ähnlichen zu bewältigenden Problemen im Zusammenleben konfrontiert, deren Lösungen nicht unbedingt in gleichen Rechtsinstituten zu finden sind.²⁴ Wenn eine konkrete Regelung aus dem US-amerikanischen Recht in China fehlt, heißt das nicht unbedingt, dass diese Regelung ins chinesische Recht umgesetzt werden muss. Eine solche Umsetzung wird erst dann notwendig, wenn die gleichen oder ähnlichen Probleme entweder nicht durch andere Rechtsinstitute oder durch andere Mechanismen gelöst werden können.²⁵ In diesem Zusammenhang muss zunächst geklärt werden, was für ein Problem durch den Begriff „Quid pro quo harassment“ und die damit verbundene

22 § 1191 [Arbeitsverhältnisse, Leiharbeit; vgl. § 34 HaftpflichtG1063] Schädigt ein Mitarbeiter einer Arbeitgebereinheit einen anderen durch die Ausführung der Arbeitsaufgaben, haftet die Arbeitgebereinheit für die Verletzung von Rechten. Nachdem die Arbeitgebereinheit für die Verletzung. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207, 402.

23 § 1198 [Sorgfaltspflichten auf Betriebsplätzen oder öffentlichen Plätzen;] Ist der Betreiber [oder] der Verwalter der Betriebsplätze [oder] öffentlicher Plätze wie etwa Hotels, Kaufhäuser, Banken, Bahnstationen, Flughäfen, Sportstadien [und] Vergnügungsstätten oder der Organisator von Massenaktivitäten der Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit nicht vollständig nachgekommen, sodass andere geschädigt werden, haftet er für die Verletzung von Rechten. Wird ein anderer durch die Handlung eines Dritten geschädigt, haftet der Dritte für die Verletzung von Rechten; ist der Betreiber, der Verwalter oder der Organisator der Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit nicht vollständig nachgekommen, haftet er entsprechend ergänzend. Nachdem der Betreiber, der Verwalter oder der Organisator ergänzend gehaftet hat, kann er vom Dritten Ausgleich verlangen. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207, 404.

24 Konrad Zweigert / Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Thübingen 1996, S. 33.

25 Konrad Zweigert / Hein Kötz (Fn. 24), S. 34 ff.

verschuldensunabhängige Haftung im US-amerikanischen Rechtsrahmen bewältigt wird.

Anders als das deutsche oder das chinesische Arbeitsvertragsrecht ist das US-amerikanische Arbeitsrecht von dem Grundsatz „employment at will“ geprägt. Dies bedeutet: Grundsätzlich kann sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis mit oder ohne Grund beenden.²⁶ Somit könnte eine Mitarbeiterin durch das Arbeitsvertragsrecht auch dann nicht vor der Kündigung oder Versetzung geschützt werden, wenn die Kündigung eng mit einer sexuellen Belästigung verbunden ist. Unzulässig ist aber eine Kündigung aufgrund der Rasse, des Geschlechts oder der Religion etc. Eine solche Kündigung stellt eine Diskriminierung dar. Um dieses Problem zu bewältigen, strebten feministische Juristen in den USA (insbesondere Catharine A. MacKinnon) an, eine Kündigung oder Versetzung, die im Zusammenhang mit sexueller Belästigung steht, als Diskriminierung im Sinne von Titel VII des Civil Rights Act zu interpretieren.²⁷ Demnach stellt eine Diskriminierung eine unerlaubte Handlung im Rahmen des Deliktsrechts dar. In diesem Zusammenhang kommt „*relationship – based strict liability*“ erst in Betracht.

Im Vergleich zu dem Arbeitsrecht der USA verlangt das chinesische Arbeitsvertragsgesetz für jede Kündigung seitens des Arbeitgebers das Vorliegen eines gesetzlichen Kündigungsgrunds. Mögliche Gründe sind z. B. die fehlende Fähigkeit zur Erfüllung der Arbeitspflicht, ein erheblicher Verstoß gegen betriebsinterne Regelungen, eine erhebliche Vernachlässigung der Aufgaben, welche den Interessen des Arbeitgebers substantiell geschadet hat. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen der Ablehnung einer sexuellen Belästigung, ist eine solche Kündigung unwirksam. Somit hat der betroffene Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen der Klage auf Wiedereinstellung oder auf die verdoppelte gesetzliche Abfindung (§ 87 ArbVG²⁸). Ebenfalls eingeschränkt wird das Versetzungsrecht des Arbeitgebers. Gemäß § 35 ArbVG²⁹ ist eine Änderung des Arbeitsvertrags nur

26 Peggie R. Smith, Ann C. Hodges, Susan J. Stabile, Rafael Gely, *Principle of Employment Law*, West, 2009, S. 23.

27 Catharine Mackinnon (Fn. 12), S. 215.

28 § 87 ArbVG, Wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag entgegen diesem Gesetz kündigt oder beendet, muss er dem Arbeitenden eine Entschädigung in Höhe des Doppelten der wirtschaftlichen Abfindung nach § 47 zahlen, ZChinR, 2008, 2.

29 § 35 ArbVG, Arbeitgeber und Arbeitender können eine Änderung des vereinbarten Inhalts des Arbeitsvertrags aushandeln. Die Änderung eines Arbeitsvertrags bedarf der Schriftform. Arbeitgeber und Arbeitender behalten je ein Exemplar der Arbeitsvertragsurkunde nach der Änderung. ZChinR, 2008, 2.

zulässig, wenn eine Vereinbarung durch beide Vertragsparteien getroffen wird. Eine Versetzungsklausel, wonach der Arbeitgeber das Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit einseitig ändern kann, ist in der Rechtspraxis anerkannt, deren Ausübung unterliegt aber einer Billigkeitskontrolle. So schreibt die Beantwortung einiger Fragen über arbeitsrechtliche Streitigkeiten (*Höheres Volksgericht Shanghai*)³⁰ vor, dass eine einseitige Versetzung aus sachlichen Gründen erfolgen soll. Zudem sollen die Arbeitsbedingungen, einschließlich der Arbeitsvergütung, nicht durch die Versetzung verschlechtert werden. Schließlich ist es verboten, eine Versetzung als ein vergeltendes oder beleidigendes Mittel zu nutzen. Kündigt der Arbeitnehmer wegen einer vergeltenden oder beleidigenden Versetzung einseitig das Arbeitsverhältnis, hat er einen Anspruch auf die verdoppelte gesetzliche Abfindung (§ 87 ArbVG), was als Sanktion gegen den Arbeitgeber dient. Für „*Quid pro quo harassment*“ lässt sich daraus ableiten, dass eine vergeltende und beleidigende Versetzung gerade vorliegt, wenn die in Rede stehende Versetzung an eine sexuelle Belästigung anknüpft.

Ein weiterer Grund für die Ablehnung der Übertragung liegt darin, dass § 1191 ZGB kaum geeignet ist, die Haftung des Arbeitgebers zu begründen. Demnach kommt eine Haftung des Arbeitgebers in Betracht, wenn sein Arbeitnehmer in Ausführung der Verrichtung eine tatbestandsmäßige unerlaubte Handlung begangen hat. Anders als bei § 831 Abs. 1 BGB kann sich der Arbeitgeber nicht von der Haftung befreien, auch dann nicht, wenn er bei der Auswahl und Überwachung der Hilfsperson die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen. Die Anwendung des § 1191 ZGB setzt also

30 Höheres Volksgericht Shanghai: Beantwortung der einigen Fragen über arbeitsrechtliche Streitigkeiten (上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答), Hugaofa Min 1 (2006), Nr. 17(沪高法民一[2006]17号). Dem folgt das Höhere Volksgericht Jiangsu (江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南, v. 17.5.2010), Höheres Volksgericht Guangdong und Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten Guangdong; Gesprächsnotizen über einige Fragen der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要, Yuegaofa [2012] Nr. 284.), Höheres Volksgericht Sichuan: Mittelung über Drucksache der Beantwortung über einige Fragen der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, (四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》的通知, Chuangaofa Min 1 (2016), Nr. 1), Höheres Volksgericht Beijing und Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten Beijing: Beantwortung einiger Fragen über arbeitsrechtliche Streitigkeiten (北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答, v. 24.04.2017) und Chongqing: Gesprächsnotizen der Rechtsanwendung im Bereich der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (重庆市六部门劳动争议案件适用法律问题专题座谈会纪要(二), v. 11.9.2017).

zunächst voraus, dass nicht der Arbeitgeber selbst, sondern sein Mitarbeiter (Gehilfe) die unerlaubte Handlung begangen hat. Für „Quid pro quo harassment“ besteht die unerlaubte Handlung aber in der Kündigung oder Versetzung. Nach dem Verständnis des chinesischen Arbeitsrechts können Kündigung oder Versetzung, welche als Beendigung oder Änderung des Arbeitsverhältnisses verstanden werden, nur durch die Vertragsparteien erfolgen.³¹ Daraus lässt sich ableiten, dass der Schädiger bei „Quid pro quo harassment“ der Arbeitgeber selbst ist. In diesem Fall findet § 1191 ZGB keine Anwendung.³² Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Schutz vor den meisten ungerechtfertigten beruflichen Nachteilen schon durch das chinesische Arbeitsvertragsrecht gewährleistet wird. Die Eröffnung der Haftungsregeln im Deliktsrecht ist deshalb unnötig.

3. Für „Hostile environment harassment“: § 1191 und § 1198 ZGB (vgl. §§ 34, 37 HaftpflichtG)

In vielen repräsentativen Fällen, in denen der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Schadenersatz verlangt, wird einer solcher Anspruch des Arbeitnehmers verneint. Begründet wird dies damit, dass der Arbeitgeber die unerlaubte Handlung (sexuelle Belästigung) nicht begangen hat.³³ Dies ist unberechtigt. In Bezug auf „Hostile environment harassment“ wird der Schaden des betroffenen Arbeitnehmers nicht lediglich durch die unwillkommenen sexuellen Handlungen selbst herbeigeführt. Vielmehr spielt die Unterlassung des Arbeitgebers eine elementare Rolle. Dies liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber das in Frage stehende Verhalten nicht als sexuelle Belästigung einstuft und nichts unternimmt. Damit wird dem Täter ein Anreiz geschaffen, wiederholte und erhebliche sexuelle Handlungen zu begehen. In dieser Situation ist die Kausalität zwischen dem Unterlassen des Arbeitgebers und dem Schaden des Arbeitnehmers

31 LIU Jun (刘俊), Arbeits- und Sozialrecht (劳动与社会保障法), Beijing 2018, S. 100.

32 Ähnlicher Ansicht WANG Xianyong (王显勇), Rechtsinstitute gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in der Zeit des ZGB (民法典时代工作场所性骚扰的法律规制), Law of Science (法学), 2020, Nr. 1, S. 133, 140.; XIA Limin (夏利民) / GUO Hui (郭辉), Kritik gegen die Anwendung der Haftung für den Verichtungsgehilfen auf sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz(职场性骚扰雇主替代责任说质疑), Hebei Faxue (河北法学), März, 2012, S. 29, 34.

33 Urteil des Volksgerichts Chengdu Wuhou im Rechtsstreit über die sexuelle Belästigung Xu gegen Liu, (2019), Chuan 0107 Min Chu Nr. 1407.

unzweifelhaft. In diesem Zusammenhang verdient der Vorschlag der oben genannten Literaturansicht³⁴ Zustimmung. Demnach haftet der Arbeitgeber bei „Hostile environment harassment“ verschuldensabhängig. Das Verschulden des Arbeitgebers liegt also nicht vor, wenn er mit vernünftiger Sorgfalt alle Maßnahmen ergriffen hat, um sexuell belästigendes Verhalten zu verhindern und zu ahnden oder sich der betroffene Arbeitnehmer unvernünftigerweise dieser Mechanismen nicht bedient hat. Einerseits wird der Arbeitgeber dafür belohnt, alle entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen. Andererseits muss sich der betroffene Arbeitnehmer auch um eine Schadensminderung kümmern.³⁵

Nun ist es fraglich, welche gesetzlichen Vorschriften eine solche Haftung stützen könnten. Im Bereich des Deliktsrechts denkt man zunächst an § 1191 ZGB. Eine Haftung des Arbeitgebers nach dieser Vorschrift kommt in Betracht, wenn ein Mitarbeiter einen anderen bei der Ausführung von Arbeitsaufgaben schädigt. Vor dem Erlass des ZGB orientierte sich die Feststellung, ob ein Schaden „durch Ausführung der Arbeitsaufgaben“ vorlag, an einem objektiven Maßstab.³⁶ Gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 Auslegung zu Entschädigung des persönlichen Schadens (a. F.)³⁷ wurde eine schädigende Handlung dem Arbeitgeber zugerechnet, soweit die Handlung im Rahmen der Anweisungen oder mit Genehmigung des Arbeitgebers begangen wurde. Unter „durch Ausführung der Arbeitsaufgaben“ gehörten auch die Handlungen, die zwar außerhalb des Bereichs der Anweisungen oder der Genehmigung lagen, aber mit den ausführenden Arbeitsaufgaben in einem inneren Zusammenhang standen oder den Anschein erweckten, dass der Schädiger sein Arbeitsaufgabe ausführte (§ 9 Abs. 2 S. 2, Auslegung zu Entschädigung des persönlichen Schadens). Diese Vorschrift wurde im Dezember 2020 vom Obersten Volksgericht gestrichen.³⁸

34 Vgl. LU Jiefeng (Fn. 6), S. 92 ff.; CAO Yanchun (Fn. 16), S. 95.; WANG YiChun (Fn. 16), S. 54.

35 Faragher v. City of Boca Raton, 118 S. Ct. 2275, 2293; Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 118 S. Ct. 2257, 2270.

36 WANG Liming (王利明), Forschung zum Deliktshaftungsgesetz (Band II) (侵权责任法研究(下卷)), Beijing 2011, S. 99. CHENG Xiao (程啸), Deliktshaftungsrecht (侵权责任法), Beijing 2021, S. 467.

37 Auslegung des OVG zu einigen Fragen für die Fälle über persönliche Schäden, erlassen am 4. 12. 2003 (最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释).

38 OVG: Beschluss über die Änderung der justiziellen Auslegungen im Bereich des Zivilrechts, Fashi (2020) Nr. 17. (最高人民法院关于修改《最高人民法院关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》等二十七件民事类司法解释的决定).

Nach Auslegung des ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses ist § 1191 ZGB anwendbar, wenn die schädigende Handlung im Rahmen der Anweisungen oder Genehmigungen liegt.³⁹

Für die Fälle sexueller Belästigung am Arbeitsplatz lässt sich daraus folgendes ableiten: Ordnet der Arbeitgeber einem Vorgesetzten an, einen großen Auftrag um jeden Preis zu gewinnen, ohne moralische Regeln zu berücksichtigen und nötigt der Vorgesetzte dann eine Arbeitnehmerin dazu, bei den Verhandlungen mit dem Geschäftspartner zu schlafen, ist die belästigende Handlung des Vorgesetzten dem Arbeitgeber zurechnen. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer die Belästigung ertragen lassen hat, obwohl der betroffene Arbeitnehmer diese meldete. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, wenn die Belästigenden Handlungen nicht vom Arbeitgeber angewiesen oder genehmigt werden. CHENG Xiao ist der Auffassung, dass die Zurechnung eines schädigendes Verhaltens voraussetzt, dass zwischen dem Verhalten und die Durchführung der Arbeitsaufgaben ein innerer Zusammenhang steht.⁴⁰ Maßgeblich für die Beurteilung des inneren Zusammenhangs sei vor allem, ob die schädigenden Handlung ein Risiko darstelle, welches hauptsächlich durch Ausführung einer Arbeitsaufgabe entstehe oder nur ein allgemeines Risiko darstelle.⁴¹ Meines Erachtens könnte sich dieses Kriterium auf die Fälle sexueller Belästigung übertragen lassen. Wenn der Arbeitgeber eine Person in seinem Unternehmen als Vorgesetzten einstellt, verschafft er dieser Person auch die Möglichkeit, Direktionsrechte auszuüben. Die Untergebenen sind verpflichtet, den Anordnungen des Vorgesetzten über die Einzelheiten der Arbeitsleistung Folge zu leisten. Zum einen ermöglicht ein solch hierarchisches Verhältnis dem Vorgesetzten, mit seinen Untergebenen unter vier Augen zu sprechen, was das Risiko eines unerwünschten körperlichen Berührens oder einer unerwünschten sexuellen Aufforderung erhöht. Zum anderen fällt es einem Untergeordneten schwer, die mögliche bevorstehende sexuelle Belästigung abzuwenden. Eine Arbeitnehmerin kann normalerweise nicht eine angeordnete Dienstreise ablehnen, auch wenn sie weißt, dass sie während der Dienstreise von ihrem Vorgesetzten sexuell belästigt werden könnte. Angesichts dessen sollten die belästigenden

39 HUANG Wei (Hrsg.) (黄薇), Auslegung zum Buch: Haftung für die Verletzung von Rechten, ZGB (中华人民共和国民法典侵权责任编释义), Beijing 2020, S. 85.

40 CHENG Xiao (Fn. 36), S. 467.

41 CHENG Xiao (Fn. 36), S. 467; Ähnlicher Ansicht CAO Yanchun (曹艳春), Der Umfang der Ausführung der Arbeitsaufgaben in der Haftung für den Verrichtungsgehilfen (雇主替代责任的雇佣范围之考量), Law Science Magazine (法学杂志), 2008. Nr. 4, S. 30, 62.

Handlungen, die von einem Vorgesetzten durch Macht begangen werden, dem Arbeitgeber zugerechnet werden. Dagegen stehen die Belästigungen durch gleichrangige Kollegen nicht im Zusammenhang mit relevanten Maßnahmen, die nur ein Vorgesetzter durch Macht ergreifen kann. Ein Arbeitnehmer kann auch die möglichen bevorstehenden Belästigungen verhindern. Folglich sollten belästigende Handlungen durch gleichrangige Kollegen nicht dem Arbeitgeber zugerechnet werden.

Somit greift § 1191 ZGB dann ein, wenn ein Vorgesetzter seinen Untergebenen sexuell belästigt. Der Arbeitgeber muss den durch sexuelle Belästigung entstandenen Schaden ersetzen, auch wenn der Arbeitgeber mit vernünftiger Sorgfalt alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat. Eine solche Rechtsfolge könnte vielleicht nicht geeignet sind, das oben genannte Problem zu lösen. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass sich der Arbeitgeber die Motivation verlieren würde, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, wenn man ihm die Möglichkeit verwehrt, sich von der Haftung zu befreien.⁴² Dies ist jedoch ein Trugschluss, denn gerade eine strengere Haftung dazu führen würde, dass der Arbeitgeber versuchen wird, die Entstehung der Schadensfälle möglichst zu vermeiden.

Stellt man zunächst die Anwendung von § 1191 ZGB dahin, wäre zu prüfen, welche Vorschriften noch anwendbar sein könnten, wenn eine sexuelle Belästigung im Sinne von „Hostile Environment harassment“ durch einen gleichrangigen Kollegen begangen wird. Im US-amerikanischen Recht haftet der Arbeitgeber bei einer solchen Belästigung für alle Schadensfolgen. Sofern diese Rechtsfolge im chinesischen Rechtsrahmen verwirklicht werden soll, kommen zunächst §§ 1168⁴³ und 1169 S. 1 ZGB⁴⁴ als mögliche Rechtsgrundlage in Betracht, wonach alle, die an der unerlaubten Handlung beteiligt waren, als Gesamtschuldner für die Schadensfolge haften sollen. Gemäß §§ 1168, 1169 ZGB kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Schadenersatz verlangen, soweit der Arbeitgeber als Mitäter (§ 1168 ZGB), Anstifter oder Gehilfe (§ 1169 ZGB) an der unerlaubten Handlung mitgewirkt hat. Dies verlangt aber eine Kommunikation

42 CAO Yanchun (Fn. 16), S. 97.

43 § 1168 [Gemeinschaftliches Delikt] Haben mehrere Personen gemeinsam eine rechtsverletzende Handlung vorgenommen [und] dadurch einen anderen geschädigt, haften sie als Gesamtschuldner. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207, 399.

44 § 1169 [Anstiftung und Beihilfe; vgl. § 9 HaftpflichtG] Wer einen anderen zur Vornahme einer rechtsverletzenden Handlung anstiftet [oder] ihm dabei hilft, haftet mit dem Handelnden als Gesamtschuldner. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207, 399.

zwischen Täter und dem Arbeitgeber⁴⁵, an der es bei einer sexuellen Belästigung durch Dritte normalerweise fehlt. Denn der Arbeitgeber hat normalerweise keine Absicht, mit dem Täter den betroffenen Arbeitnehmer zusammen sexuell zu belästigen. Daraus kann man schließen, dass das chinesische Deliktsrecht keine gesetzliche Regelung als Rechtsgrundlage bietet, wonach der Arbeitgeber für alle Schadensfolgen haften soll.

Denkbar wäre auch eine Teilschuldnerschaft. Würde der Arbeitgeber wegen Verletzung der Pflichten i. S. v. § 1010 ZGB einen Teil der durch die Belästigung verursachten Schäden ersetzen, würde auch für ihn ein Anreiz geschaffen, angemessene Maßnahmen gegen sexuelle Belästigung zu ergreifen. Als mögliche Rechtsgrundlage könnte man an § 1198 ZGB denken (Ergänzende Haftung wegen Verletzung der Verkehrspflicht). Diese Vorschrift regelt den Ersatz des durch den Dritten verursachten Schadens in Fällen, in denen die Verkehrssicherungspflichten nicht vollständig erfüllt werden. Zu den Personen, die gemäß § 1198 ZGB Verkehrssicherungspflichten treffen, gehören die Betreiber und Verwalter von Betriebsplätzen oder öffentlichen Plätzen, wie etwa Hotels, Kaufhäuser, Banken, Bahnstationen, Flughäfen und Sportsstadien oder Organisatoren von Massenaktivitäten. Fraglich ist es jedoch, ob ein Unternehmen gemäß § 1198 ZGB verpflichtet ist, die Rechtsgüter seiner Beschäftigten zu schützen. Eine solche Pflicht wurde im Fall „Li vs. General Fushi“⁴⁶, der als repräsentativer Fall im Amtsblatt des OVG veröffentlicht wurde, bejaht. Begründet wurde dies damit, dass die Beklagte, die die Arbeitsmittel stellte und die Praktikanten bei der Arbeit anwies, auch den Leib und die Gesundheit der Praktikanten schützen solle. Somit wurde der Anwendungsbereich des § 1198 ZGB erweitert.⁴⁷ In diesem Sinn ist der Arbeitgeber gemäß § 1198 ZGB verpflichtet, seine Beschäftigten, einschließlich seiner Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, vor sexueller Belästigung zu schützen. Hat der Arbeitgeber bei sexueller Belästigung keine Maßnahme i. S. v. § 1010 S. 2 ZGB ergriffen, stellt dies die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht i. S. v. § 1198 ZGB dar. In dieser Situation haftet der Täter als Hauptersatzpflichtiger und der Arbeitgeber als Nebenersatzpflichtiger.

45 CHENG Xiao (Fn. 36), S. 385.

46 Urteil des Zweiten Mittleren Volksgerichts Shanghai im Rechtsstreit um die Verkehrssicherungspflicht Li Shuaishuai gegen Shanghai General Fushi Co., (2015), Hu Er Min Yi Min 0107 Min Zhong Nr. 187/Amtsblatt des OVG, 2015, Nr. 12.

47 Eine solche Erweiterung wird auch in der Literatur anerkannt. Vgl. CHENG Xiao (Fn. 36), S. 520.

V. Vertraglicher Anspruch bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

1. Verstoß gegen § 1010 S. 2 ZGB als positive Vertragsverletzung

Liegt eine Verletzung einer Vertragspflicht vor, wenn der Arbeitgeber keine Maßnahmen ergriffen hat, obwohl er von einer sexuellen Belästigung erfahren hat? Zur Beantwortung dieser Frage muss zunächst geklärt werden, welche Pflichten der Arbeitgeber bei der Erfüllung des Arbeitsvertrags hat. Wie im deutschen Recht besteht die Hauptpflicht des Arbeitgebers darin, dem Arbeitnehmer eine Vergütung für seine Arbeitsleistung zu zahlen (§ 30 Abs. 1 ArbVG⁴⁸). Eine Regelung, die Schutzpflichten im Schuldverhältnis bzw. Arbeitsverhältnis ausdrücklich vorsieht, wie etwa § 241 Abs. 2 und § 618 BGB, existiert im chinesischen Zivilrecht noch nicht. Allgemein anerkannt ist aber, dass der Arbeitgeber auf den Leib, die Gesundheit und die Würde des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen muss.⁴⁹ Meines Erachtens könnte sich eine solche Schutzpflicht auch aus § 509 ZGB⁵⁰ ergeben. Die darin normierte Nebenpflicht, die die Vertragsparteien bei der Vertragserfüllung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erfüllen müssen, sollte auch die Rücksichtnahme der Rechtsgüter und Interessen der jeweils anderen Parteien umfassen.⁵¹ Da eine sexuelle Belästi-

48 § 30 ArbVG, Der Arbeitgeber muss gemäß dem im Arbeitsvertrag Vereinbarten und gemäß den staatlichen Vorschriften den Arbeitenden unverzüglich das volle Arbeitsentgelt zahlen. ZChinR 2008, 2.

49 YUAN Zhonghua (袁中华), *Anspruchsgrundlage im Arbeitsrecht (劳动法上请求权体系之建构)*, Global Law Review (环球法律评论), 2020, Nr. 6, S. 88, 94.

50 § 509 [Vertragspflichten und Nebenpflichten] Die Parteien müssen nach der Vereinbarung ihre Pflichten in vollem Umfang erfüllen Die Parteien müssen unter Wahrung des Grundsatzes von Treu und Glauben aufgrund der Natur [und] des Zwecks des Vertrags und der geschäftlichen Gebräuche die Pflichten zu Mitteilungen, zur [gegenseitigen] Unterstützung, zur Geheimhaltung und anderem erfüllen. Die Parteien müssen im Verlauf der Vertragserfüllung vermeiden, Ressourcen zu verschwenden, die Umwelt zu verschmutzen und die Ökologie zu zerstören. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 207, 290.

51 Vgl. CUI Jianyuan (崔建远), *Allgemeinteil des Vertragsrechts (Band I)*, (合同法总论 (上卷)), Beijing 2011, S. 239; HAN Shiyuan (韩世远), *Allgemeinteil des Vertragsrechts (合同法总论)*, Beijing 2011, S. 250; YIN Zhiqiang (尹志强), *Die Legitimität und der Anwendungsbereich des immateriellen Schadenersatzes wegen Pflichtverletzung (论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围)*, Journal of CUPL (中国政法大学学报), 2014, Nr. 6, S. 109, 115; CHI Ying (迟颖), *Forschung über Nebenpflichten im chinesischen Vertragsgesetz (我国合同法上附随义务之正本清源 — 以德国法上的保护义务为参照)*, Political Science and Law (政治与法律), 2011, Nr. 7, S. 128, 129.

gung das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzt, ist der Arbeitgeber gemäß § 509 ZGB verpflichtet, den Arbeitnehmer vor sexuellen Belästigungen zu schützen. In diesem Zusammenhang stellt § 1010 S. 2 ZGB eine gesetzlich konkretisierte Ausprägung der Schutzpflicht hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers dar. Daher führt ein Verstoß gegen § 1010 S. 2 ZGB zu einer Haftung wegen positiver Vertragsverletzung. Eine positive Vertragsverletzung liegt selbstverständlich auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber selbst belästigt wird.

2. Anspruch auf Schadenersatz wegen Vertragsverletzung

Grundsätzlich sind die Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen in § 577 ZGB⁵² geregelt, wonach die Nichterfüllung der Schutzpflicht zum Schadensersatzanspruch führen kann. Bei sexueller Belästigung könnte der belästigte Arbeitnehmer Schadensersatz verlangen, sofern er sowohl (a) die Pflichtverletzung (d.h., dass der Arbeitgeber es versäumt hat, angemessene Maßnahmen zur Unterbindung der Belästigung zu ergreifen) als auch (b) die Kausalität zwischen den Schäden und der Pflichtverletzung nachgewiesen hat. Anders als im deutschen Arbeitsrecht braucht der Gläubiger nicht nachzuweisen, dass der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

Unklar bleibt aber, ob der belästigte Arbeitnehmer einen Ersatz für den immateriellen Schaden gemäß § 577 ZGB verlangen kann, welcher durch die sexuelle Belästigung entstanden ist, wie z. B. Leiden, Schmerzen, Demütigung etc. Aus dem Wortlaut des § 577 ZGB lässt sich nicht ableiten, dass immaterielle Schäden vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Allerdings besteht bis jetzt keine Einigkeit darüber, ob der Schadensersatz i. S. v. § 577 ZGB überhaupt den immateriellen Schaden erfasst.⁵³ Manche sind der Auffassung, dass die Abdeckung des immateriellen Scha-

52 § 577 [Formen der Haftung] Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht erfüllt oder die Erfüllung der Vertragspflichten nicht den Vereinbarungen entspricht, haftet sie für die Vertragsverletzung [in Formen] wie etwa die Erfüllung fortzusetzen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen. ZChinR 2020, S. 207, 303.

53 Ausführlich hierzu: Jin Zhao, Der immaterielle Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, in: Yuanshi Bu, Der besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, S. 139 ff.

dens § 584 ZGB⁵⁴ nicht entspricht.⁵⁵ Demnach müssen die durch eine Vertragsverletzung entstandenen Schäden für die Vertragsparteien vorhersehbar sein. Dieses Argument ist aber nur überzeugend, wenn es sich bei dem in Frage stehenden Vertrag um einen allgemeinen Vertrag, z. B. ein Kaufvertrag, handelt. Verzögert ein Verkäufer die Lieferung von Waren, kann der Käufer enttäuscht oder frustriert sein. Im Regelfall ist es aber ungewöhnlich, dass die Verzögerung zu Schmerz und Leiden des Käufers führt. Darum ist der immaterielle Schaden im Kaufvertrag normalerweise unabsehbar. Dies gilt aber nicht für die Verträge, deren Zweck in einem materiellen Genuss liegt. Bei dem Abschluss solcher Verträge, wie etwa einem Reisevertrag, ist es dem Vertragspartner nicht unzumutbar, das Entstehen eines immateriellen Schadens durch eine Pflichtverletzung vorherzusehen.⁵⁶ Gleiches gilt auch für Arbeitsverträge, welche von der persönlichen Abhängigkeit geprägt sind.⁵⁷ Bei der Leistungserbringung steht fast jeder Arbeitnehmer während der Arbeitszeit in intensivem sozialen Kontakt mit Vorgesetzten und Kollegen.⁵⁸ Studien zeigen, dass sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz einen erheblichen negativen Einfluss sowohl auf den körperlichen als auch auf den psychischen Zustand des Opfers haben können.⁵⁹ Dazu gehören Angst, Scham, Nervosität, Depressionen, Kopfschmerzen, Schlafstörungen, Gewichtsverlust oder -zunahme usw. Weitergehend führt

-
- 54 § 584 [Höhe des Schadensersatzanspruchs; vgl. § 113 VertragsG491] Erfüllt eine Partei Vertragspflichten nicht oder entspricht die Erfüllung nicht den Vereinbarungen, sodass die andere Seite geschädigt wird, muss der Betrag des Schadensersatzes dem durch die Vertragsverletzung herbeigeführten Schaden entsprechen, einschließlich des nach Vertragserfüllung zu erlangenden Gewinns; [der Betrag] darf aber den Schaden nicht übersteigen, den die vertragsverletzende Seite bei Abschluss des Vertrags als mögliche [Folge] einer Vertragsverletzung vorhergesehen hat oder vorhersehen musste. ZChinR 2020, S. 207, 304.
- 55 WANG Liming (王利明), Forschung über das Vertragsrecht (合同法研究), Beijing 2003, S. 670; ders., Forschung über den besonderen Teil des ZGB (民法分则合同编立法研究), China Legal Science (中国法学), 2017, Nr. 2, S. 25, 44.
- 56 Vgl. CUI Jianyuan (崔建远), Der immaterielle Schadensersatz wegen Vertragsverletzung (论违约的精神损害赔偿), Henan Zhengfa Ganbu Guanli Xueyuan Xuebao (河南政法干部管理学院学报), 2018, Nr. 1, S. 48 ff; YIN Zhiqiang (Fn. 51), S. 117; HAN Shiyuan (韩世远), Immaterieller Schaden und Vertragshaftung (非财产损害与合同责任), Science of Law (法学), 1998, Nr. 6, S. 27, 30.
- 57 Raimund Watermann, Arbeitsrecht, 19. Auflage, München 2018, S. 26 ff.
- 58 Tobias Märtle, Der zivilrechtliche Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Berlin 1999, S. 186.
- 59 TANG Can (唐灿), Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Ungleichheit in Macht- ausübung und Identitäten in zwanzig Fällen (工作场所中的性骚扰: 多重权力和身份关系的不平等), Journal of Chinese Women's Studie (妇女研究论丛), 2009, Nr. 11, S. 22, 29.

die Duldung von Belästigung zu dem Verlust der Freude an der Arbeit. Daher ist es dem Arbeitgeber zumutbar, die durch die Duldung der sexuellen Belästigung verursachten Schmerzen und Leiden vorherzusehen. Somit kann der betroffene Arbeitnehmer Schmerzensgeld verlangen.

3. Kündigung durch den betroffenen Arbeitnehmer

§ 38 Nr. 1 ArbVG sieht vor, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag fristlos kündigen kann, wenn der Arbeitgeber die vereinbarten Arbeitsbedingungen nicht erfüllt. In dieser Situation hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf verdoppelte Abfindung (§ 87 ArbVG). Nach der Auslegung des Legislativkomitees des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses beziehen sich die Arbeitsbedingungen hauptsächlich auf die notwendigen Materialien und Technologien und andere Arbeitsbedingungen, welche dem Arbeitnehmer ermöglichen, die Arbeit zu erledigen.⁶⁰ Unter die Arbeitsbedingungen i. S. v. § 38 Nr. 1 ArbVG⁶¹ fällt auch die Arbeitsumgebung, wo das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vor Verletzung geschützt werden soll.⁶² Daher sollte das Unterlassen von Maßnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigung als „Nicht-Anbieten der Arbeitsbedingungen“ i. S. v. § 38 Nr. 1 ArbVG angesehen werden. Somit könnte ein betroffener Arbeitnehmer oder eine betroffene Arbeitnehmerin eine verdoppelte Abfindung verlangen, wenn sie den Arbeitsvertrag aufgrund der sexuellen Belästigung kündigt.

60 XIN Chunying (信春鹰)/KAN Ke(阚珂), Auslegung des Arbeitsvertragsrechts der VR China (中华人民共和国劳动合同法释义), Beijing 2013, S. 56.

61 § 38 ArbVG, Wenn beim Arbeitgeber einer der folgenden Umstände vorliegt, kann der Arbeitende den Arbeitsvertrag kündigen<14>: 1. Wenn dem Arbeitenden nicht der vertragsgemäße Arbeitsschutz oder die vertragsgemäßen Arbeitsbedingungen gewährt werden, 2. wenn das Arbeitsentgelt nicht unverzüglich in vollem Umfang gezahlt wird, 3. wenn nicht nach dem Recht für den Arbeitenden Sozialversicherungsgebühren gezahlt werden, 4. wenn Regeln des Arbeitgebers, die gegen Gesetze oder sonstige Rechtsnormen verstoßen, [auch] die Rechtsinteressen des Arbeitenden verletzen, 5. wenn der Arbeitsvertrag nach § 26 Abs. 1 unwirksam ist, 6. wenn andere Umstände vorliegen, unter denen der Arbeitende nach Gesetzen oder sonstigen Rechtsnormen den Arbeitsvertrag kündigen kann. Wenn der Arbeitgeber den Arbeitenden mit Gewalt, Drohung oder rechtswidriger Freiheitsbeschränkung den Arbeitenden zur Arbeit zwingt oder mit regelwidrigen Anweisungen oder Befehlen zu gefährlicher Tätigkeit seine persönliche Sicherheit gefährdet, kann der Arbeitende sofort den Arbeitsvertrag kündigen, ohne den Arbeitgeber vorher zu unterrichten. ZChinaR, 2008, 2.

62 ZHANG Xinbao/GAO Yanzhu (Fn. 16).

Die Ausübung eines solchen Kündigungsrechts muss jedoch im Einklang mit dem Sinn und Zweck des § 38 ArbVG stehen. Dies kann sich aus der Analyse anderer Voraussetzungen für die einseitige Kündigung durch den Arbeitnehmer ableiten. Die Umstände, unter denen dem Arbeitnehmer ein Kündigungsrecht nach § 38 ArbVG zusteht, beziehen sich entweder auf eine grundlegende Vertragsverletzung (nicht rechtzeitige und vollständige Zahlung von Arbeitslöhnen und Sozialversicherungsbeiträgen) oder darauf, dass die Fortsetzung des Arbeitsvertrags wegen der Nichterfüllung oder unvollständigen Erfüllung von Pflichten (Zwangsarbeit durch Gewalt, Drohungen oder Einschränkungen der persönlichen Freiheit) unzumutbar ist. Hiervon ausgehend kann der belästigte Arbeitnehmer nur dann eine doppelte wirtschaftliche Entschädigung nach § 87 ArbVG verlangen, wenn die geduldete sexuelle Belästigung das geistige und seelische Wohlbefinden des belästigten Arbeitnehmers so stark beeinträchtigt, dass ihm die Fortsetzung der Arbeit für den Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann.

VI. Fazit

Regelungen gegen sexuelle Belästigung zielen nicht darauf, bestimmte Verhaltensweisen zu verbieten, sondern darauf, die sexuelle Selbstbestimmung jeder Person zu schützen. Dies soll auch für § 1010 ZGB gelten. Deshalb sollte „entgegen dem Willen des anderen“ im Sinne von § 1010 S. 1 ZGB als „unerwünscht“ interpretiert werden, was von einer opferbezogenen Sichtweise geprägt wird.

In Bezug auf die Haftung des Arbeitgebers wird von einem großen Teil der Literatur erwartet, die verschuldensunabhängige Haftung und verschuldensabhängige Haftung ins chinesische Recht zu übernehmen. Verkannt wird jedoch die fehlende Notwendigkeit und Durchführbarkeit einer solchen Einordnung. Der Schutz vor einer ungerechtfertigten Kündigung oder unangemessenen Versetzung ist schon im Rahmen des chinesischen Arbeitsrechts verwirklicht worden. Darum ist der Versuch unnötig, die mit der durch einen Vorgesetzten begangenen sexuellen Belästigung einhergehenden Kündigung oder Versetzung im Rahmen des Deliktsrecht zu erfassen. Fraglich ist nur, ob der betroffene Arbeitnehmer einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Schadenersatz hat. Im Deliktsrecht haftet der Arbeitgeber gemäß § 1191 ZGB für die Fälle, dass ein Vorgesetzter seine Untergebenen sexuell belästigt. Für sexuelle Belästigung durch gleichrangigen Kollegen greift § 1198 ZGB ein. Der Arbeitgeber haftet aber nur ergänzend. Der Arbeitnehmer kann nicht vom Arbeitgeber ver-

langen, alle Schäden zu entschädigen. Selbst dann nicht, wenn der Arbeitgeber gar keine angemessenen Maßnahmen i. S. v. § 1010 ZGB ergriffen hat. Im Vertragsrecht sollte der Arbeitgeber grundsätzlich alle Schäden, einschließlich der immateriellen Schaden, ersetzen müssen. In der Rechtspraxis könnte sich ein Problem daraus ergeben, dass Gerichte dem Antrag auf immateriellen Schadenersatz wegen Vertragsverletzung nicht stattgegeben könnten. Langfristig gesehen ist zu erwarten, dass eine spezielle Vorschrift über die Haftungsbegründung und die Haftungsausfüllung im Rahmen der Haftung des Arbeitgebers in das ZGB eingeführt wird.

Algorithmische Prognose und ihre Anwendung in der Justiz – An den Beispielen der COMPAS-Software und im Bereich der Entschädigung für Personenschäden

WU Yiyue

Vor dem Hintergrund der raschen Entwicklung von Internet, Big Data und künstlicher Intelligenz und ihrer Interaktion hinterlässt jede menschliche Bewegung elektronische Spuren, nämlich Daten, die verarbeitet, analysiert und genutzt werden können.¹ Durch diese Daten ist es möglich, das körperliche Verhalten und sogar innere Aktivitäten einer Person in der Vergangenheit bis zu einem gewissen Grad zu kennen. Zum Beispiel können die Aktivitäten einer Person durch GPS-Daten des Mobiltelefons, Dashcam-Aufnahmen, Überwachungsvideos usw. wiederhergestellt werden und durch Webbrowsing-Aufzeichnungen, Suchinformationen in Suchmaschinen, Browsing- und Einkaufsaufzeichnungen von Online-Handelsunternehmen usw. kann man Bedenken und persönliche Vorlieben einer Person erkennen. Es ist keine Übertreibung zu sagen, dass alles auf der Welt, einschließlich des Menschen, in den Augen von Algorithmen eine Sammlung von Daten ist.² Wir sind bereits in eine Ära eingetreten in der alles kalkuliert werden kann.³ Die Begegnung von künstlicher Intelligenz, Big Data und Recht bringt einerseits Risiken und Herausforderungen für die traditionelle menschliche Gesellschaft mit sich und erfordert Recht, um sie zu regulieren. Andererseits schafft sie auch Impulse für die Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung und fördert sie, um beispiellos große Veränderungen zu erreichen.⁴

-
- 1 ZHENG Ge (郑戈), Das Recht der Algorithmen und der Algorithmus des Rechts (算法的法律与法律的算法), *China Law Review* (中国法律评论) 2018, Nr. 2, S. 68.
 - 2 John Cheney-Lippold, *We Are Data: Algorithms and the Making of Our Digital Selves*, New York 2017, S. 251.
 - 3 MA Changshan (马长山), Soziale Risiken der künstlichen Intelligenz und ihre rechtliche Regulierung (人工智能的社会风险及其法律规制), *Science of Law* (法律科学) 2018, Nr. 6, S. 49.
 - 4 WANG Qinghua (汪庆华), Der Weg zur rechtlichen Regulierung der künstlichen Intelligenz: Eine Rahmendiskussion (人工智能的法律规制路径: 一个框架性讨论), *Modern Law Science* (现代法学) 2019, Nr. 2, S. 54.

1. Entscheidungshilfe und algorithmische Entscheidung

Die Rechtsklarheit und die Vorhersehbarkeit von Verhaltensfolgen sind die Grundmerkmale eines Rechtsstaats.⁵ Auf der Grundlage der wissenschaftlichen Analyse der gesetzlichen Bestimmungen und des Zusammenhangs zwischen zahlreichen vorherigen Fällen und rechtlichen Konsequenzen sollte es daher möglich und vertrauenswürdig sein, die rechtlichen Konsequenzen anhängiger Fälle vorherzusagen. Momentan ist es bereits möglich, Rechtsinformationen durch künstliche Intelligenz und Big Data eingehend zu analysieren und auf dieser Grundlage Vorhersagen über rechtliche Konsequenzen zu treffen.⁶ Daher kann die künstliche Intelligenz die Arbeit des Gerichts erheblich entlasten und die Gerichtsentscheidungen unterstützen.

1. Entscheidungshilfe durch künstliche Intelligenz und ihre Probleme

Zurzeit konzentriert sich die Anwendung der Entscheidungshilfesysteme in der VR China hauptsächlich auf den Bereich der Strafbemessung. Viele Gerichte haben solche Systeme bereits in der Praxis angewendet.⁷ Die Systeme extrahieren und strukturieren automatisch die Fallinformationen in den Rechtsdokumenten, verwenden mathematische Modelle zur Beschreibung der Merkmale der Daten und verwenden Algorithmen zur Berechnung verschiedener Variablen, um die Strafbemessungsergebnisse abzuleiten.⁸ Dies wird zweifellos dazu beitragen, repetitive Arbeit zu reduzieren und die Arbeitseffizienz zu erhöhen. Doch ihre zunehmende Verwendung in der Praxis hat auch Besorgnis bei Wissenschaftlern erregt. Obwohl solche Systeme mit Wörtern wie „Hilfe“, „Empfehlung“ oder „Vorhersage“

5 BAI Jianjun (白建军), Studie zur Vorhersage von Strafbemessung auf der Grundlage der kollektiven Erfahrung von Richtern (基于法官集体经验的量刑预测研究), *Chinese Journal of Law (法学研究)* 2016, Nr. 6, S. 140.

6 BAI Jianjun (白建军), Möglichkeit und Grenzen der Vorhersage von Entscheidungen im Zeitalter legaler Big Data (法律大数据时代裁判预测的可能与限度), *Exploration and Free Views (探索与争鸣)* 2017, Nr. 10, S. 95 f.

7 Vgl. ZHAO Hui (赵慧), Hubei: Visualisierung des Strafbemessungsprozesses (湖北: 量刑建议过程可视化), *Security Daily (检察日报)* 22.08.2020, S. 3; ZHANG Lingfeng (张凌峰), Nansha: Intelligenter Vergleich und präziser Push (南沙: 智能比对精准推送), *Security Daily (检察日报)* 22.08.2020, S. 3.

8 WANG Lusheng (王禄生), Technische Hindernisse für justizielle Big Data und die Entwicklung künstlicher Intelligenz (司法大数据与人工智能开发的技术障碍), *China Law Review (中国法律评论)* 2018, Nr. 2, S. 50.

bezeichnet werden, ist es nicht zu leugnen, dass sie tatsächlich selbstständig Entscheidungen generieren können. In diesem Fall muss man darüber nachdenken, ob es sich um einen menschlichen Richter oder einen Algorithmus handelt, der die Justizhoheit ausübt. Momentan ist es in China, Deutschland, den USA usw. nicht erlaubt, dass die künstliche Intelligenz als Richter fungiert. Zum Beispiel zielen das Richtergesetz der VR China,⁹ das Deutsche Richtergesetz und der Code of Conduct for United States Judges in den USA offensichtlich nur auf menschliche Richter ab, nicht auf Roboter mit künstlicher Intelligenz.

Wenn der Richter bei der Vorbereitung einer Entscheidung nur Hilfsmittel wie intelligente Datenbanken verwendet, ist davon auszugehen, dass die Entscheidung von dem Richter in unabhängiger Weise getroffen wird. Wenn der Richter dagegen den gesamten Vorbereitungsprozess der künstlichen Intelligenz überlassen und nur die Ergebnisse akzeptieren und verkünden würde, dann wäre es zweifellos sehr problematisch. Die Grenze zwischen diesen beiden Situationen ist jedoch in der Praxis häufig unklar und schwer zu unterscheiden. Insbesondere, wenn das Vertrauen von Menschen in künstliche Intelligenz wächst, und unter dem Einfluss von Mechanismen wie einer „Abweichungswarnung“ auf die unabhängige Entscheidung von Richtern, werden Richter wahrscheinlich auch keine Entscheidung treffen, die sich vom Ergebnis von Entscheidungshilfesystemen unterscheidet.¹⁰ In Frankreich gab es Fälle in denen Anwälte Berufung einlegten, weil sich die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts von der simulierten Entscheidung durch künstliche Intelligenz und Big Data unterschied. Sie forderten die ursprüngliche Entscheidung aufzuheben, um eher mit dem Entscheidungshilfesystem übereinzustimmen.¹¹ Es gibt zahlreiche Anzeichen dafür, dass solche Entscheidungshilfesysteme wahrscheinlich allmählich die Justizhoheit untergraben. Wenn das unabhängige Gerichtsverfahren zu einer bloßen Formalität würde, dann wären diese

9 中华人民共和国法官法 v. 23.4.2019, Amtsblatt des ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人民代表大会常务委员会公报) 2019, Nr. 3, S. 522 ff.; deutsche Übersetzung siehe Anne Sophie Ortmanns (Übersetzerin), in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2019, S. 405 ff.

10 Peter Enders, Einsatz künstlicher Intelligenz bei juristischer Entscheidungsfindung, in: Juristische Arbeitsblätter 2018, S. 723.

11 SHI Pengpeng (施鹏鹏), Können Entscheidungen durch Big Data vorhergesagt werden? (裁判可通过大数据预测?), Security Daily (检察日报) 30.1.2018, S. 3.

algorithmischen Systeme tatsächlich zu „Alpha-Richtern“¹² geworden, die die menschliche Justizhoheit ausüben.

2. Vergleich zwischen algorithmischer Entscheidung und Entscheidung des Richters

Obgleich die algorithmische Entscheidung bis jetzt noch verboten ist, ist dies nicht die Grenze des wissenschaftlichen Denkens. Im Gegenteil ist es notwendig, das Verständnis und die Erkenntnis über die algorithmische Entscheidung zu verstärken und sich im Voraus auf die grundlegenden Änderungen vorzubereiten, denen das Recht in Zukunft begegnen könnte. Die Juristen müssen zuerst darüber nachdenken, welche Vor- und Nachteile die algorithmische Entscheidung gegenüber der Entscheidung des Richters hat.

Erstens ist die algorithmische Entscheidung stabiler und vorhersehbarer.¹³ Denn wenn ein Algorithmus eine Entscheidung zu treffen hat, berücksichtigt er nur die Kriterien, die nach dem Programmdesign zulässig sind, und wandelt die Fakten im Fall für genaue Berechnungen in mathematische Variablen um. Mit anderen Worten steht dem Algorithmus kein Ermessensspielraum zu. Obwohl sich der Richter bei seiner Entscheidung auch an viele festgelegte Standards halten muss, kann der Richter bewusst oder unbewusst von anderen Faktoren beeinflusst werden. Daher ist die algorithmische Entscheidung förderlicher für die Verwirklichung des Motos: „ähnliche Fälle werden ähnlich entschieden“.

Zweitens wird die Einzigartigkeit des Individuums bei der algorithmischen Entscheidung ignoriert und durch die gemeinsamen Merkmale der Gruppe ersetzt.¹⁴ Die Berechnungen der Algorithmen basieren auf verschiedenen Variablen, die durch Big Data erhalten werden und deren Wechselwirkungen.¹⁵ Wenn der Algorithmus in einem Fall mit einer Partei konfrontiert wird, sucht er in der Datenbank nach Daten, die

12 HE Fan (何帆), Wie weit sind wir von „Alpha-Richtern“ entfernt? (我们离“阿尔法法官”还有多远?), Zhejiang People's Congress Magazine (浙江人大) 2017, Nr. 5, S. 47.

13 Christian Ernst, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, in: JuristenZeitung 2017, S. 1027.

14 Klaus Lenk, Die neuen Instrumente der weltweiten digitalen Governance, in: Verwaltung und Management 2016, S. 233.

15 Phillip Richter, Big Data, Statistik und die Datenschutz-Grundverordnung, in: Datenschutz und Datensicherheit 2016, S. 581.

mit allen Aspekten der Informationen der Partei übereinstimmen, und verwendet dann deduktive Methoden zur Entscheidung. Daher kann der Algorithmus eine bestimmte Partei nicht als einziges Individuum betrachten, sondern nur als Mitglied einer Gruppe, zu der sie gehört. Ob dies den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht, ist sehr fraglich.¹⁶ Die Entscheidung des Richters basiert dagegen auf der Interpretation des Falls durch den Richter und kann flexibel an die verschiedenen Situationen im Fall angepasst werden.¹⁷ In dieser Hinsicht entspricht die Entscheidung des Richters eher den wesentlichen Merkmalen der Rechtsverfahren und fördert die Verwirklichung der Gerechtigkeit in Einzelfällen.

Drittens fehlt dem Algorithmus die Fähigkeit zur Selbstreflexion und er kann die aktuelle Situation der Gesellschaft nur widerspiegeln. Im Jahr 2016 hat Kabir Alli aus Virginia, USA, ein kurzes Video in den sozialen Medien hochgeladen, das in der gesamten Gesellschaft große Besorgnis und Diskussion hervorrief: Wenn man „three black teenagers“ in die Google-Suche eingab, dann wurden meistens die sogenannten Mugshots angezeigt, also die Gesichtsfotos von schwarzen Jugendlichen, die die Polizei archiviert hat, um Kriminelle zu identifizieren. Aber wenn man „three white teenagers“ eingab, wurden Fotos von weißen Jugendlichen mit fröhlichem Lächeln angezeigt, die von professionellen Fotografen aufgenommen wurden.¹⁸ Daher wurde Google von vielen Menschen als rassistisch kritisiert. Die späteren Untersuchungsergebnisse zeigten jedoch, dass der Grund für die oben genannte Situation nicht das Programmdesign der Google-Suche war, sondern unsere soziale Realität: die Fotos von lächelnden weißen Jugendlichen wurden häufig für Werbezwecke verwendet, weshalb sie auf Nachrichtenseiten, in sozialen Medien und in anderen wichtigen Big-Data-Quellen weit verbreitet waren. Aber die Lebensfotos von schwarzen Teenagern wurden ziemlich selten für Werbung verwendet, sodass Suchmaschinen archivierte Fotos der Polizei leichter finden konnten. Daher wurde die bestehende oder sogar unbewusste Diskriminierung zwischen Schwarzen und Weißen in der Gesellschaft durch Big Data aufgedeckt und angezeigt, was zu scheinbar rassistischen Suchergebnissen

-
- 16 Hermann Hill, *Scientific Regulation – Automatische Verhaltenssteuerung durch Daten und Algorithmen*, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.), *Auf dem Weg zum digitalen Staat - auch ein besserer Staat?*, Baden-Baden 2015, S. 274.
 - 17 Christian Ernst (Fn. 13), S. 1028; Ji Weidong (季卫东), *Dialektische Ansichten zur Strafbemessung von Computern (电脑量刑辩证观)*, *Tribune of Political Science and Law (政法论坛)* 2007, Nr. 1, S. 126.
 - 18 <<https://www.zeit.de/digital/internet/2016-06/google-three-black-teenagers-suchmaschine-rassismus>> eingesehen am 3.7.2021.

fürte. Dies zeigt, dass der Algorithmus nur die Informationen darstellen und verarbeiten kann, die er im Internet erhält. Er kann aber nicht prüfen, ob das Ergebnis dem Recht, der Ethik und der Moral entspricht. Wenn diese Konstellation weiterhin besteht oder sich sogar verschlechtert, wird dieser Eindruck im Algorithmus fixiert, was schließlich zu diskriminierenden Entscheidungsergebnissen führen kann. Daher besteht die grundlegende Lösung für dieses Problem nicht darin, den Algorithmus zu ändern, sondern die soziale Situation zu verbessern.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die algorithmische Entscheidung gegenüber der Entscheidung des Richters einige Vorteile hat, aber auch große Nachteile aufweist. Sie entspricht den Anforderungen von Gerichtsverfahren nicht vollständig und ist momentan auf rechtlicher Ebene nicht zulässig. Obwohl das Entscheidungshilfesystem, beispielsweise das Strafbemessungssystem, ein intelligentes Instrument darstellt, das vom Richter gesteuert wird, hat es in der Praxis möglicherweise die Entscheidung des Richters bis zu einem gewissen Grad ersetzt. Dies erfordert auf jeden Fall Wachsamkeit!

II. Algorithmische Prognose und ihr justizieller Wert

1. Die Prognosefunktion des Algorithmus

Mit der Kombination von Big-Data-Analyse und Algorithmen können künstliche Intelligenzsysteme möglicherweise zukünftige Ereignisse (einschließlich menschlichen Verhaltens) in sehr kurzer Zeit vorhersagen und die Genauigkeit ist viel höher als bei der herkömmlichen manuellen Vorhersage.¹⁹ Manche Wissenschaftler glauben, dass der transformative Wert von Big Data und Analytics in ihren Vorhersagekapazitäten liege.²⁰ Zum Beispiel im industriellen Bereich können durch das Sammeln von „Industrie-Daten“ wie Arbeitsstunden einer Maschine, Druck, Temperatur, Kraftstoffdurchfluss, Stromverbrauch und ungeplanten Ausfallzeiten, in Verbindung mit den produzierten Produktionsgütern, Tag- und Nachtschichten, der Auslastung, dem Wetter usw. die Abnutzung von Verschleißteilen

19 Hervais Simo, Big Data: Opportunities and Privacy Challenges, in: Philipp Richter (Hrsg.), *Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische Willensbildung in Zeiten von Big Data*, Baden-Baden 2015, S. 28 f.

20 Jennifer Bachner, *Predictive Policing: Preventing Crime with Data and Analytics*, Washington D.C. 2013, S. 14.

und deren erwartete Lebensdauer angezeigt werden, um den Ausfall der Maschine genau vorherzusagen (auf den Tag genau bis zu drei Monaten im Voraus).²¹ Dies hilft Maschinenmanagern, Maßnahmen im Voraus zu treffen und Verluste durch plötzliche Ausfälle zu vermeiden.

Big Data und Algorithmen können nicht nur vorhersagen, wann eine Maschine ausfällt, sondern auch „Ausfälle“ in der menschlichen Gesellschaft vorhersagen, worauf das sog. Predictive Policing in den USA basiert. Im Jahr 2011 verwendeten Forscher der University of California, Los Angeles und der Santa Clara University den Algorithmus zur Vorhersage der Nachbeben von Erdbeben als Basis und speisten die Daten von 13 Millionen Delikten aus den vergangenen acht Jahrzehnten in das zugrundeliegende mathematische Modell ein. Der Datenbestand wird ständig durch neue, aktuelle Straftaten ergänzt.²² Das Programm kann 15 Quadratflächen mit einer Seitenlänge von ca. 150 Metern mit der höchsten Wahrscheinlichkeit von Straftaten auf der Landkarte abgrenzen,²³ sodass die Polizei im Voraus vorbeugende Maßnahmen ergreifen und Gegenmaßnahmen in diesen Bereichen vorbereiten kann. Es ist ersichtlich, dass die algorithmische Prognose unvergleichliche Vorteile hinsichtlich der Breite und Genauigkeit hat und eine sehr wichtige Rolle bei der sozialen Steuerung spielen kann.

2. Risikobewertungssoftware in amerikanischen Strafverfahren

Der Richter muss bei der gerichtlichen Entscheidung auch manchmal Vorhersagen erzielen. Wenn das Algorithmus-System zu diesem Zeitpunkt genauere und effizientere Vorhersagen treffen kann, wird es zweifellos die richtige Hilfskraft des Richters. In den letzten Jahren hat mehr als die Hälfte der US-Bundesstaaten begonnen, Risikobewertungssoftware wie COMPAS, PSA und LSI-R zu verwenden, um Richter bei der Strafbemes-

21 Christopher Peschel/Sebastian Rockstroh, Big Data in der Industrie: Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste, in: *Multimedia und Recht* 2014, S. 571.

22 Martin Steinebach/Christian Winter/Oren Halvani/Marcel Schäfer/York Yannikos, Big Data und Privatheit, in: Michael Waidner (Hrsg.), *Begleitpapier Bürgerdialog: Chancen durch Big Data und die Frage des Privatsphärenschutzes*, Stuttgart 2015, S. 13 f.

23 Jennifer Bachner (Fn. 20), S. 25.

sung zu unterstützen.²⁴ Sie unterscheiden sich von den oben erwähnten Entscheidungshilfesystemen, da diese Risikobewertungssoftware die Strafe nicht direkt empfiehlt, sondern nur die Rückfallwahrscheinlichkeit vorhersagt und somit eine wichtige Referenz für den Richter anbietet.

Solche Risikobewertungssoftwares werden in der Praxis ebenfalls stark angezweifelt. „State v. Loomis“ ist ein typischer Fall dafür. Eric Loomis wurde strafrechtlich verfolgt, weil er illegal auf ein Auto schoss. Während der Vorbereitung der Strafbemessung erstellte ein Beamter der Abteilung für Korrekturen in Wisconsin einen Untersuchungsbericht, der die Ergebnisse der Risikobewertung von Loomis durch die COMPAS-Software enthielt. Diese Einschätzung basierte auf einem Interview mit Loomis und seiner früheren Kriminalgeschichte. Das Gericht bezog sich bei der Bekanntgabe des Urteils auf den COMPAS-Bewertungsbericht und verurteilte Loomis auf der Grundlage dieses Berichts zu sechs Jahren Haft und fünf Jahren erweiterter Aufsicht.²⁵ Danach reichte Loomis einen Antrag auf Erleichterung ein und machte geltend, dass das Vertrauen des Gerichts in COMPAS seine Prozessrechte verletzt habe.²⁶ Weil COMPAS-Berichte nur Daten liefern, die nur für bestimmte Gruppen relevant sind und weil die zur Erstellung der Berichte verwendete Methodik ein Geschäftsgeheimnis ist, machte Loomis geltend, dass die Verwendung der COMPAS-Bewertung durch das Gericht sowohl sein Recht auf eine individuelle Strafe als auch sein Recht aufgrund genauer Informationen verurteilt zu werden verletze.²⁷ Aber Richterin Ann Walsh Bradley wies die Argumente von Loomis wegen des ordnungsgemäßen Verfahrens zurück²⁸ und erklärte, dass die Verurteilung, die eine COMPAS-Bewertung berücksichtigt, immer noch ausreichend individualisiert sei, da der Bericht nicht die einzige Grundlage für eine Entscheidung sei und die Gerichte über das Ermessen und die Informationen verfügen, die erforderlich sind, um der Bewertung gegebenenfalls nicht zuzustimmen.²⁹

Dieser Fall hat weltweit viele Diskussionen ausgelöst und einer der Schwerpunkte ist die Opazität solcher Risikobewertungssoftware. Da der Algorithmus hinter der COMPAS-Software ein Geschäftsgeheimnis ist,

24 Benjamin L. Liebman (李本), *Künstliche Intelligenz in der amerikanischen Justizpraxis: Probleme und Herausforderungen* (美国司法实践中的人工智能：问题与挑战), *China Law Review* (中国法律评论) 2018, Nr. 2, S. 54.

25 *State v. Loomis*, N. W. 2d at 755-756.

26 *State v. Loomis*, N. W. 2d at 756.

27 *State v. Loomis*, N. W. 2d at 757.

28 *State v. Loomis*, N. W. 2d at 757.

29 *State v. Loomis*, N. W. 2d at 764-765.

werden das Gericht und der Angeklagte nur über das Bewertungsergebnis, also die vorhergesagte Rückfallwahrscheinlichkeit, informiert, nicht jedoch über den Bewertungsprozess. Dass der Algorithmus nicht offen ist, ist nur ein Zeichen der Opazität. Tatsächlich liegt die tiefere Opazität in der sogenannten „Undurchdringbarkeit des maschinellen Lernens“, die ein inhärentes technisches Merkmal des Algorithmus-Systems ist.³⁰ Mit anderen Worten, selbst wenn der Quellcode eines Algorithmus-Systems veröffentlicht wird, bedeutet dies nicht, dass Menschen den Code lesen und verstehen können.³¹ Es gibt zwei Hauptgründe für diese Situation: Erstens ist der Code oft extrem kompliziert und leicht verwirrend. Selbst wenn Experten ihn analysieren, übersehen sie oft viele Probleme. Beispielsweise war die in 2014 der Öffentlichkeit bekanntgewordene Sicherheitslücke „Heartbleed“ eine der schwerwiegendsten Informationssicherheitslücken in der Geschichte und für die meisten Internetnutzer eine potenziell katastrophale Sicherheitslücke. Sie wurde durch einen häufigen Programmierfehler verursacht, obwohl der Fehler den Open-Source-Überprüfungsprozess bestand und zwei Jahre lang existierte und es jedem (einschließlich technischer Experten) in diesem Zeitraum möglich war, den Code zu lesen und zu analysieren.³² Zweitens werden bei der statischen Analyse von reinem Quellcode in der Regel keine Pfadabhängigkeiten überprüft, das heißt, andere Softwares bleiben unklar, die für den korrekten Betrieb des zu überprüfenden Programms erforderlich sind, sodass es leicht zu unvollständigen oder falschen Schlussfolgerungen kommen kann. Denn wenn sich dieselbe Codezeile mit verschiedenen externen Systemen verbindet, hat sie wahrscheinlich völlig unterschiedliche Bedeutungen, was zu völlig unterschiedlichen Effekten führt.³³ Daher ist unbekannt, wie diese Algorithmus-Systeme die Ergebnisse erhalten, sodass Zweifel aufgrund ihrer Opazität immer da sein werden.

Aus diesen Gründen werden diese algorithmischen Systeme als „Black Box“ bezeichnet: Man kann nur die Ein- und Ausgabe des Systems beob-

30 Mario Martini, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Berlin 2019, S. 41.

31 L. Jean Camp, *Varieties of Software and Their Implications for Effective Democratic Government*, in: *Proceedings of the British Academy 2006*, Bd. 135, S. 183 ff.

32 Joshua A. Kroll/ Joanna Huey/Solon Barocas/Edward W. Felten/Joel R. Reidenberg/David G. Robinson/Harlan Yu, *Accountable Algorithms*, in: *University of Pennsylvania Law Review* 2017, Bd. 165, S. 647.

33 Mario Martini (Fn. 30), S. 41; Joshua A. Kroll/ Joanna Huey/Solon Barocas/Edward W. Felten/Joel R. Reidenberg/David G. Robinson/Harlan Yu (Fn. 32), S. 648.

achten, aber der tatsächliche Betriebsprozess dazwischen ist unbekannt.³⁴ Eine Untersuchung ergab, dass die in den USA verwendete Software zur Vorhersage des Rückfallrisikos möglicherweise zu Rassendiskriminierung neigt: Im Vergleich zu Weißen ist das vom System geschätzte Rückfallrisiko von Schwarzen erheblich höher als das tatsächliche Rückfallrisiko. Der Unterschied zwischen der vom System vorhergesagten Rückfallrate und der tatsächlichen Rückfallrate bei Schwarzen ist doppelt so hoch wie bei Weißen.³⁵ Damit wird die Besorgnis über die Opazität des Algorithmus und die Diskriminierung von Algorithmen noch lange bestehen, obwohl es effizient ist, das Rückfallrisiko durch Algorithmen vorherzusagen.

3. Die Perspektive der Anwendung algorithmischer Prognose im Bereich der Entschädigung für Personenschäden

Die Gerichte in China haben bereits bei manchen Zivil- und Handelssachen einige intelligente Instrumente verwendet. Beispielsweise können die intelligenten Systeme in bestimmten Schadenersatzfällen bereits automatisch die Fallinformationen erkennen, kombiniert mit der notwendigen manuellen Kontrolle kann die endgültige Entschädigungssumme automatisch berechnet werden.³⁶ Da die relevanten Gesetze oder justiziellen Auslegungen eine klare Methode zur Berechnung der Entschädigungshöhe vorschreibt, kann diese durch Datenidentifikation in eine technische Aufgabe umgewandelt werden, um abweichungsarme Schlussfolgerungsergebnisse zu erzielen.³⁷ Dadurch können Auslassungen und Fehler effektiv vermieden und Arbeits- und Zeitkosten für Fälle mit mehr Ausgleichsposten eingespart werden. Die Funktion von Algorithmen der künstlichen Intelligenz im Bereich des Schadensersatzes sollte jedoch nicht bis hier aufhören und auch die für Richter schwierig zu bewältigende Prognoseaufgabe übernehmen. Da das Zivil- und Handelsrecht nicht in derart direktem

34 Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, MA/London 2015, S. 3.

35 <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>> eingesehen am 5.7.2021.

36 TAN Shigui (谭世贵)/WANG Qiang (王强), Die Praxis, Probleme und Gegenmaßnahmen des Aufbaus von Smart Courts in China (我国智慧法院建设的实践、问题与对策), *Journal of Hangzhou Normal University (Social Science Edition)* (杭州师范大学学报<社会科学版>) 2019, Nr. 6, S. 111.

37 LONG Fei (龙飞), Anwendung und Entwicklung von künstlicher Intelligenz im Bereich der Streitbeilegung (人工智能在纠纷解决领域的应用与发展), *Science of Law (法律科学)* 2019, Nr. 1, S. 58.

Zusammenhang mit dem menschlichen Leben, der Freiheit, den nationalen Zielen und der sozialen Gerechtigkeit steht, wie das Strafverfahren,³⁸ lassen sich dort möglicherweise besser Prognoseaufgaben übernehmen.

Im Bereich der Entschädigung für Personenschäden ist die Berechnung des Todes- bzw. Behinderungsentschädigungsgeldes eine große Schwierigkeit. Die grundlegende Idee dafür besteht darin, die durch den Unfalltod oder die Behinderung des Opfers seinen nahen Verwandten verursachten Vermögensschäden zu berechnen.³⁹ Mit anderen Worten, es wird ermittelt, wie viel Einkommen in Zukunft erzielt hätte werden können, wenn das Opfer nicht verstorben oder behindert geworden wäre.

Da das Stadt-Land-Doppelmodell⁴⁰ in der vom Obersten Volksgericht 2003 verkündeten „Auslegung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung der Entschädigung für Personenschäden“⁴¹ weit verbreitete Zweifel und Unzufriedenheit mit dem sog. „Unterschiedlichen-Preis-für-gleiches-Leben-Problem“ hervorgerufen hat, verwandelt sich das System zur Entschädigung für Personenschäden in China derzeit zu einem einheitlichen Modell, das sich auf die Verwendung einheitlicher Standards für die Berechnung des Todes- und Behinderungsentschädigungsgeldes für Stadt- und Landbewohner bezieht. Im April 2019 wurde die „Stellungnahme des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas und des Staatsrates zur Einrichtung und Vervoll-

38 Ji Weidong (季卫东), Die Veränderung der Justizhoheit im Zeitalter der künstlichen Intelligenz (人工智能时代的司法权之变), *Oriental Law (东方法学)* 2018, Nr. 1, S. 128.

39 HUANG Songyou (黄松友) (Hrsg.), Verständnis und Anwendung der justiziellen Auslegung des Obersten Volksgerichts über die Entschädigung für Personenschäden (最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用), Beijing 2004, S. 357 f.

40 Das Stadt-Land-Doppelmodell bezieht sich auf die Berechnung des Todes- und Behinderungsentschädigungsgeldes auf der Grundlage der unterschiedlichen Identität von Stadt- oder Landbewohnern und deren verfügbaren Pro-Kopf-Einkommens. In § 29 der „Auslegung des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung der Entschädigung für Personenschäden“ heißt es: „Das Todesentschädigungsgeld basiert auf dem verfügbaren Pro-Kopf-Einkommen der Stadtbewohner oder das Pro-Kopf-Nettoeinkommen der Landbewohner im Vorjahr, in dem sich das Gericht befindet. Der Betrag wird auf der Grundlage von 20 Jahren berechnet. Für Personen über 60 Jahre wird das Alter jedoch für jedes weitere Jahr um ein Jahr gesenkt; für Personen über 75 Jahre alt wird es als fünf Jahre berechnet.“

41 最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释 v. 26.12.2003, Amtsblatt des Obersten Volksgerichts (最高人民法院公报) 2004, Nr. 2, S. 3 ff.; deutsche Übersetzung siehe Matthias Göbel (Übersetzer), in: *Zeitschrift für Chinesisches Recht* 2004, S. 287 ff.

kommung des Mechanismus und des politischen Systems zur Entwicklung der Stadt-Land-Integration“⁴² veröffentlicht, in denen § 17 eine Reform der Entschädigung für Personenschäden und die Vereinheitlichung der Entschädigungsstandards für Stadt- und Landbewohner deutlich vorschlägt. Im Anschluss daran veröffentlichte das Oberste Volksgericht im September 2019 die „Bekanntmachung über die Ermächtigung für das Pilotprogramm der Vereinheitlichung der Entschädigung für Personenschäden zwischen Stadt und Land“⁴³, in der alle Obervolksgerichte ermächtigt werden, Pilotarbeiten zur Vereinheitlichung der Entschädigung für Personenschäden für Stadt- und Landbewohner nach den spezifischen Bedingungen der jeweiligen Provinz durchzuführen.

Da die spezifischen Umstände jedes Opfers unterschiedlich sind, sollte objektiv gesehen auch die Höhe des Todes- und Behinderungsentschädigungsgeldes von Person zu Person variieren. Daher kann das einheitliche Modell nur die formale Gerechtigkeit erreichen, während die materielle Gerechtigkeit in einem individuellen Modell, das auf individuellen Umständen basiert, zu erwarten ist. Manche Wissenschaftler haben vorgeschlagen, dass bei reifen Bedingungen schrittweise auf ein begrenztes individualisiertes Modell umgestellt werden muss, damit die Höhe der Entschädigung hauptsächlich von den persönlichen Faktoren abhängt, wie Alter, Einkommen, familiäre wirtschaftliche Situation und Entwicklungsperspektiven usw.⁴⁴ Einige Wissenschaftler haben auch aus rechtsökonomischer Sicht geforscht und interne Parameter wie Alter, Kosten, Einkommen, Konsum, Bildung und Risikobereitschaft aufgelistet, die eine entscheidende Rolle bei der Entschädigung spielen sollten.⁴⁵ Wenn der Richter jedoch verpflichtet ist, die oben genannten verschiedenen Faktoren in jedem relevanten Fall umfassend zu berücksichtigen, um den durch die Verletzung oder den Tod einer Person verursachten Einkommensverlust vorherzusagen, kommt dies einer Fantasie gleich.

42 中共中央 国务院关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见 v. 15.4.2019, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 2019, Nr. 14, S. 11 ff.

43 最高人民法院关于授权开展人身损害赔偿标准城乡统一试点的通知 v. 2.9.2019.

44 ZHANG Xinbao (张新宝), Erforschung von Todesersatz wegen unerlaubter Handlung (侵权死亡赔偿研究), Chinese Journal of Law (法学研究) 2008, Nr. 4, S. 51.

45 LI Bensen (李本森), Rechtliche und ökonomische Analyse des Wertes des Lebens – der Reformpfad des chinesischen Gesetzes über die Entschädigung für das Leben (生命价值的法律与经济分析——中国生命赔偿法律的改革路径), Social Sciences in China (中国社会科学) 2011, Nr. 6, S. 88.

Mit der schrittweisen Anwendung von Big Data und künstlicher Intelligenz in der Justiz hat die Realisierung des individuellen Modells auch einen Hoffnungsschimmer gezeigt. Denn aus Sicht der künstlichen Intelligenz hat jeder einen Code in seinem Körper versteckt. Dieser Code bestimmt nicht nur, was eine Person im realen Zustand tut, sondern repräsentiert auch ihr persönliches Entwicklungspotential und der Algorithmus ist das technische Mittel, das Potential freizuschalten.⁴⁶ Mit anderen Worten, wenn die umfangreichen sozialen und ökonomischen Daten in ein Algorithmus-System eingegeben werden und die Daten sortiert und analysiert werden, kombiniert mit den wichtigen Informationen der Parteien wie dem Bildungsniveau, den zwischenmenschlichen Beziehungen, der Konsumpräferenz, dem Gesundheitszustand, der Risikobereitschaft usw., ergänzt durch normative Überlegungen, dann kann der persönliche Wert relativ genau vorhergesagt werden. Dementsprechend können die durch Behinderung oder Unfalltod verursachten Vermögensschäden berechnet werden.

Wie bereits erwähnt, eignet sich das Gebiet des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts möglicherweise besser für die Anwendung von Algorithmen zur Prognose, als es bei Strafverfahren der Fall ist. Der Richter kann bei der Verwendung von Algorithmen zur Vorhersage des zukünftigen Einkommens einer Person in einem Fall das Ergebnis relativ intuitiv mit ähnlichen Fällen vergleichen. Wenn der Algorithmus ein abnormales Ergebnis liefert, kann der Richter es leicht finden und eingreifen, um blindes Vertrauen in den Algorithmus zu vermeiden.

Obwohl der Algorithmus auf Big Data basiert, kann sein vorhersagbarer Bereich nicht alle Situationen abdecken. Beispielsweise sind für Kinder viele Schlüsselindikatoren noch nicht reif, sodass die Genauigkeit der Prognose in solchen Situationen stark abnimmt. Daher kann die algorithmische Prognose für manche Gruppen nur als Referenz verwendet werden, die noch normative Ergänzungen erfordert. Es ist einzuräumen, dass Algorithmen die Zukunft in keiner Weise genau vorhersagen können, sondern nur die Situation mit höchster Wahrscheinlichkeit durch mathematische Modelle kalkulieren. Trotzdem ist die algorithmische Prognose in absehbarer Zukunft der einzig verlässliche Weg, um das individuelle Modell der Entschädigung für Personenschäden zu realisieren. Im Vergleich zu dem Stadt-Land-Doppelmodell und dem einheitlichen Modell entspricht es eher den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit. Obwohl der Gesetzgeber und die Rechtsprechung noch keine Algorithmen zur Berech-

46 John Cheney-Lippold (Fn. 2), S. 262 ff.

nung und Prognose des Todes- und Behinderungsentschädigungsgeldes verwendet haben, ist es meines Erachtens Zeit, einen mutigen Schritt vorzutreten.

III. Hindernisse und Herausforderungen der algorithmischen Prognose

Die Prognosefunktion des Algorithmus weist eine hohe Effizienz auf, die vom Menschen nicht erreicht werden kann. Sie kann die Einschränkungen der Richter wirksam ausgleichen und hat eine sehr breite Entwicklungsperspektive. Vor der Realisierung gibt es jedoch noch einige Hindernisse und Herausforderungen, die nacheinander überwunden werden müssen.

1. Quelle der Justizdatenbank

Auf dem Gebiet von Informatik und Big Data gibt es ein allgemeines Sprichwort, „garbage in, garbage out“, das bedeutet, dass wenn schlechte Daten in den Computer eingegeben werden, unvermeidlich eine falsche Ausgabe erzeugt wird. Ob die algorithmische Prognose den Tatsachen nahekommt, hängt weitgehend davon ab, ob die zugrundeliegenden Informationen genau, detailliert und reichhaltig genug sind. Für die Anwendung der algorithmischen Prognose in der Justiz ist daher die Bedeutung einer umfassenden Justizdatenbank selbstverständlich.

Im Systemprojekt zum Aufbau einer großen Justizdatenbank in China ist die Online-Veröffentlichung der Entscheidungsdokumente einer der Kernschritte. Das chinesische Oberste Volksgericht hat in den Jahren 2010, 2013 und 2016 dreimal die „Bestimmungen zur Veröffentlichung von Entscheidungen durch Volksgerichte im Internet“⁴⁷ erlassen, um die Online-Veröffentlichung der Entscheidungsdokumente zu fördern. Zunächst gab es jedoch keine einheitliche Online-Plattform für die Veröffentlichung, sodass die 2010 erlassenen Bestimmungen keine wesentlichen Auswirkungen hatten.⁴⁸ Am 1. Juli 2013 wurde die Website „China Judgements Online“

47 最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定 v. 21.11.2010; 最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定 v. 21.11.2013, *Amtsblatt des Obersten Volksgerichts* (最高人民法院公报) 2014, Nr. 5, S. 6 ff.; 最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定 v. 29.8.2016, *Amtsblatt des Obersten Volksgerichts* (最高人民法院公报) 2016, Nr. 11, S. 3 ff.

48 MA Chao (马超)/YU Xiaohong (于晓虹)/HE Haibo (何海波), *Big-Data-Analyse: Bericht über online veröffentlichte Entscheidungen in China* (大数据分析：中国

eröffnet, um die Lücke in der einheitlichen Veröffentlichungsplattform zu schließen. Wegen der „Bestimmungen zur Veröffentlichung von Entscheidungen durch Volksgerichte im Internet“ 2013 und 2016 stieg die Internet-Zugangsrate von Entscheidungsdokumenten von etwa 50 % in 2014 auf über 70 % in 2018.⁴⁹ Bis Ende August 2020 hat die Gesamtzahl der online veröffentlichten Entscheidungsdokumente 100 Millionen überschritten. Laut Statistiken verschiedener Parteien werden jedoch mehr als 20 % der nach dem Gesetz zu veröffentlichenden Entscheidungsdokumente noch nicht online veröffentlicht.⁵⁰ Daher besteht immer noch eine große Lücke zwischen der tatsächlichen Situation und dem Ziel der vollständigen Offenlegung.

Darüber hinaus gibt es auch Probleme mit der Qualität der bereits veröffentlichten Entscheidungsdokumente. Eine herausragende Situation solcher Probleme liegt darin, dass die Informationen, die der Außenwelt zur Verfügung stehen, nicht unbedingt die „wesentlichen Informationen“ sind, die tatsächlich vom Richter bei der Entscheidungsfindung verwendet werden.⁵¹ Darüber hinaus werden die Entscheidungen häufig durch den subjektiven Willen und das Werturteil des Richters beeinflusst, was zum sog. „Unterschiedliche-Entscheidungen-für-ähnliche-Fälle“-Problem führt. Wenn solche Entscheidungen ohne Überprüfungen von der Justizdatenbank aufgenommen werden, wird auch die Objektivität der Daten beeinträchtigt.⁵² Ein weiteres Problem, das nicht hätte auftreten dürfen, bestand darin, dass Probleme wie das falsche Zitieren von gesetzlichen Vorschriften auch in manchen Entscheidungsdokumenten auftauchten, was sich

司法裁判文书上网公开报告), *China Law Review* (中国法律评论) 2016, Nr. 4, S. 242.

49 Vgl. TANG Yingmao (唐应茂), Gerichtliche Offenlegung und ihre Determinanten: Datenanalyse basierend auf Daten von China Judgements Online (司法公开及其决定因素: 基于中国裁判文书网的数据分析), *Qinghua University Law Journal* (清华法学) 2018, Nr. 4, S. 42; YANG Jinjing (杨晶晶)/QIN Hui (覃慧)/HE Haibo (何海波), Chinesische Praxis über die Online-Veröffentlichung der Entscheidungsdokumente – Fortschritte, Probleme und Verbesserungen (裁判文书上网公开的中国实践——进展、问题与完善), *China Law Review* (中国法律评论) 2019, Nr. 6, S. 129.

50 YANG Jinjing/QIN Hui/HE Haibo (Fn. 49), S. 129.

51 ZUO Weimin (左卫民), Gedanken zu den Perspektiven der Verwendung der legalen künstlichen Intelligenz in China (关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考), *Qinghua University Law Journal* (清华法学) 2018, Nr. 2, S. 115.

52 ZUO Weimin (Fn. 51), S. 116.

auch negativ auf die Justizdatenbank auswirkte.⁵³ Daher sollten nicht nur immer mehr Entscheidungsdokumente online veröffentlicht werden, sondern auch die Verbesserung der Qualität von Urteilsdokumenten beachtet werden.

Darüber hinaus sollte der Aufbau einer großen Justizdatenbank nicht auf die Online-Veröffentlichung von Entscheidungsdokumenten beschränkt werden. Denn im gesamten Gerichtsverfahren ist das Entscheidungsdokument nur ein wichtiger Teil davon. Andere Teile wie Beweismittel, Gerichtsverhandlungen, Akten und Richterdiskussionen sind auch wertvoll. Glücklicherweise hat das Oberste Volksgericht dies bereits erkannt und im Juli 2015 das Konzept des „intelligenten Gerichts“ vorgeschlagen.⁵⁴ Seitdem haben Gerichte auf allen Ebenen in China fruchtbare Ergebnisse beim Aufbau spezieller Netzwerke, bei der Online-Verarbeitung aller Services, bei elektronischen Rechtsstreitigkeiten, bei der automatischen Spracherkennung bei Gerichtsverhandlungen, bei der Digitalisierung der Akten und beim Aufbau von Justizdatenbanken erzielt.⁵⁵ Diese Fortschritte ermöglichen es, den gesamten Prozess der Justiz zu digitalisieren und eine richtige und umfangreiche Justizdatenbank aufzubauen.

2. Die über die justiziellen Daten hinausgehende rechtliche Big Data

Für die justizielle Anwendung der algorithmischen Prognose sind Justizdaten wie Entscheidungsdokumente nur die Spitze des Eisbergs. Wirklich nützliche Daten sollten auch solche Daten enthalten, die sich auf die Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsdienstleistungen sowie andere einschlägige Daten beziehen, nämlich die sog. rechtliche Big Data, die über die justiziellen Daten hinausgeht. Der Aufbau einer solchen Rechtsdatenbank beruht dann auf der Zusammenarbeit und Kooperation verschiedener staatlicher Behörden. Beispielsweise bezieht sich das individuelle Modell der Entschädigung für Personenschäden auf die Behörden der Bevölkerung, Bildung, Polizei, Justiz usw.

53 WANG Zhu (王竹), Die Verbesserung von Qualität und Quantität der rechtlichen Big Data soll berücksichtigt werden (法律大数据要注重质与量的提升), *Social Sciences Weekly* (社会科学报) 2.6.2016, S. 4.

54 DENG Heng (邓恒), Wie man intelligentes Gericht und Internetgericht versteht (如何理解智慧法院与互联网法院), *People's Court Daily* (人民法院报) 25.7.2017, S. 2.

55 Vgl. Chinesisches Oberstes Volksgericht (Hrsg.), *Justizreform der chinesischen Gerichte (2013-2018)* (中国法院的司法改革<2013-2018>), Beijing 2019, S. 59 ff.

Es ist jedoch äußerst schwierig, eine so große und umfassende Datenbank aufzubauen, die fast „alle Daten“ enthält.⁵⁶ Darüber hinaus sind die Daten unter Kontrolle verschiedener Behörden in China eigentlich „Dateninseln“, die nicht miteinander geteilt werden. Und alle Behörden sind unabhängig in der Datenerfassung, -speicherung und -nutzung und bilden jeweils ein System ohne technischen Anschluss untereinander.⁵⁷ Das einfachste Beispiel ist, dass es in verschiedenen Datensystemen mehrere Namen für dasselbe Objekt gibt. In Bezug auf den Begriff der Landbewohner werden beispielsweise Bezeichnungen wie ländliche Bewohner (农村居民), dörfliche Bewohner (乡村居民), ländliche Haushalte (农村住户) usw. in verschiedenen offiziellen Dokumenten aufgeführt. Dies ist fast fatal für die Big-Data-Analyse. In diesem Fall ist es noch schwieriger, durch Big-Data-Analyse genaue Ergebnisse zu erhalten, selbst wenn alle Behörden gegenseitig Daten austauschen würden. Daher müssen übergeordnete staatliche Stellen über genügend Mut und Entschlossenheit verfügen, um abteilungsübergreifend zu koordinieren, einheitliche Datenspeicherverfahren einzuführen und technische Hindernisse zu beseitigen, um eine effektive Zusammenführung massiver Datenmengen aus verschiedenen Bereichen zu erreichen und die Grundlage der Big-Data-Analyse zu festigen.

3. Rechtliche Beschränkungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten

Voraussetzung für den Aufbau einer großen Rechtsdatenbank ist die Zusammenführung umfangreicher Daten, die von verschiedenen Behörden gesammelt und gespeichert werden, um weitere Analyse und Nutzung zu ermöglichen. Dabei sollte der Schutz personenbezogener Daten besonders berücksichtigt werden.

Am 20.8.2021 wurde das Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten der Volksrepublik China⁵⁸ verkündet, das am 1.11.2021 in Kraft tritt. § 6 Abs. 1 davon sieht den Grundsatz der „Zweckbindung“ deutlich vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten einen klaren und angemesse-

-
- 56 WU Jing (吴静), Algorithmus ist König: Die „unsichtbare Hand“ in der Big-Data-Ära (算法为王：大数据时代“看不见的手”), *Journal of Huazhong University of Science and Technology (Social Science Edition)* (华中科技大学学报<社会科学版>) 2020, Nr. 2, S. 12.
- 57 CHENG Jinhua (程金华), Die Zukunft ist noch nicht gekommen: Überdenken der Infrastruktur von Chinas legalen Big Data (未来还未来：反思中国法律大数据的基础建设), *China Law Review* (中国法律评论) 2018, Nr. 2, S. 165 ff.
- 58 中华人民共和国个人信息保护法 v. 20.8.2021.

nen Zweck haben und in direktem Zusammenhang mit dem Verarbeitungszweck stehen und eine Methode anwenden, die die Persönlichkeitsrechte und -interessen am wenigsten beeinträchtigt. In § 6 Abs. 2 wird vorgeschrieben, dass die Erhebung personenbezogener Daten auf das für die Verarbeitungszwecke erforderliche Mindestmaß zu beschränken ist und personenbezogene Daten nicht übermäßig erhoben werden dürfen, also der Datenminimierungsgrundsatz. Daneben sehen § 1035 ZGB⁵⁹ und § 41 und 42 CybersicherheitsG⁶⁰ auch vor, dass bei der Sammlung und Verarbeitung personenbezogener Daten die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, Fairness und Notwendigkeit zu befolgen sind.

Daher müssen wir beim Aufbau einer großen Rechtsdatenbank in China, insbesondere, wenn gewinnererzielende Einrichtungen teilnehmen, besonders den Schutz personenbezogener Daten beachten. Dies wird zwar Einschränkungen für verschiedene Behörden verursachen, aber dazu beitragen, die Standardisierung und Legalisierung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche und private Einrichtungen in China zu fördern, was auch dem allgemeinen Trend zur Stärkung des Schutzes personenbezogener Daten in der Welt entspricht.

4. Programmierung des Algorithmus und algorithmische Diskriminierung

Big Data erzeugen selbst keinen Wert. Daher ist es notwendig, durch technische Mittel wie Algorithmen die darin verborgenen Informationen abzubauen.⁶¹ Derzeit behaupten viele Unternehmen der Rechtstechnologie im Bereich der chinesischen künstlichen Intelligenz, fortschrittliche „Deep-learning-neuronaler-Netzwerke“-Algorithmen zu verwenden. Objektiv gesehen gibt es in China jedoch eine klare Trennung zwischen dem Rechtsbereich und dem Bereich der künstlichen Intelligenz: Den Juristen fehlen die Kenntnisse über künstliche Intelligenz; umgekehrt versteht

59 中华人民共和国民法典 v. 28.5.2020, Amtsblatt des ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (全国人民代表大会常务委员会公报) 2020, Sonderausgabe, S. 1 ff.; deutsche Übersetzung siehe Yijie DING/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler (Übersetzer), in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2020, S. 207 ff.

60 中华人民共和国网络安全法 v. 7.11.2016; deutsche Übersetzung siehe Peter Leibkühler (Übersetzer), in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2018, S. 113 ff.

61 WANG Lusheng (王禄生), Risiken und ethische Regulierung der justiziellen Big Data und Technologie für künstliche Intelligenz (司法大数据与人工智能技术应用的风险及伦理规制), Studies in Law and Business (法商研究) 2019, Nr. 2, S. 102.

technisches Personal für künstliche Intelligenz aufgrund fehlender juristischer Grundkenntnisse häufig nicht die Produkthanforderungen, die von Juristen gestellt werden.⁶² Daher hat die künstliche Intelligenz im Recht in der Praxis keine wesentlichen Durchbrüche erzielt.⁶³ Die Programmierung des Algorithmus, auf den die Juristen hoffen, ist zu einer großen Herausforderung für die künstliche Intelligenz im Recht geworden.

Darüber hinaus erhält der Algorithmus, wie der oben genannte Fall „three black teenagers“ zeigt, hauptsächlich Daten aus dem Internet, kann sich jedoch hinsichtlich der Ergebnisse der Berechnung nicht überprüfen. Selbst wenn der Programmierer des Algorithmus subjektiv keine diskriminierende Absicht hat und auch objektive und neutrale Basisdaten verwendet, kann es zu diskriminierenden Konsequenzen führen.⁶⁴ Es ist einzuräumen, dass es noch viele diskriminierende Phänomene in der Gesellschaft insbesondere im Internet gibt, die beispielsweise Geschlechterdiskriminierung, regionale Diskriminierung, berufliche Diskriminierung usw. umfassen. Wenn der Algorithmus diese Informationen wahllos erhält, ist es auch wahrscheinlich, dass er eine diskriminierende Verzerrung erzeugt und diesen Eindruck im Prozess des Weiteren Erhaltens von Informationen weiter verstärkt, was dazu führt, dass die Ergebnisse der Berechnung beeinflusst werden. Insbesondere bei der Anwendung algorithmischer Prognosen im Bereich der Entschädigung für Personenschäden ist es unvermeidlich, sensible Parameter wie Geschlecht, Region, ethnische Zugehörigkeit u. a. einzugeben.⁶⁵ Aus diesem Grund kann es noch wahrscheinlicher sein, diskriminierende Ergebnisse zu erhalten. Daher ist es notwendig, durch manuelle inhaltliche Überprüfung die Lücke der algorithmischen Selbstprüfung zu schließen und zu verhindern, dass diskriminierende Faktoren in Entscheidungen einfließen. Wenn man das Problem vollständig lösen will, muss die gesamte gesellschaftliche Atmosphäre verbessert werden.

62 ZUO Weimin (Fn. 51), S. 118 ff.

63 Vgl. ZUO Weimin (左卫民), *Heiß und kalt: Überdenken der legalen künstlichen Intelligenz in China (热与冷：中国法律人工智能的再思考)*, *Global Law Review (环球法律评论)* 2019, Nr. 2, S. 55-56.

64 ZHENG Zhihang (郑智航)/XU Zhaoxi (徐昭曦), *Rechtliche Regulierung und justizielle Überprüfung der Algorithmusdiskriminierung in der Big Data Ära – am Beispiel der amerikanischen Rechtspraxis (大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例)*, *Journal of Comparative Law (比较法研究)* 2019, Nr. 4, S. 112.

65 ZHANG Endian (张恩典), *Schutz vor algorithmischer Diskriminierung: Theoretische Reflexion und institutioneller Aufbau (反算法歧视：理论反思与制度建构)*, *Journal of Huazhong University of Science and Technology (Social Science Edition) (华中科技大学学报<社会科学版>)* 2020, Nr. 5, S. 61.

Wenn es in der Gesellschaft immer weniger Diskriminierungen gibt, wird der Algorithmus auch weniger diskriminierende Informationen erhalten und das Ergebnis wird gerechter.

IV. Fazit

Im Zeitalter der künstlichen Intelligenz werden Big Data und Algorithmen zunehmend in der Justiz eingesetzt. Während die Arbeitseffizienz verbessert und die Justiz entlastet wird, muss man auch wachsam bleiben, dass die Entscheidung des Richters allmählich durch die algorithmische Entscheidung ersetzt wird. Obwohl die algorithmische Entscheidung in manchen Aspekten Vorteile gegenüber der Entscheidung des Richters hat, weist sie auch schwerwiegende Mängel auf, da sie die Anforderungen der Gerichtsverfahren nicht vollständig erfüllt. Vor dem Hintergrund der künstlichen Intelligenz im Recht ist es daher unerlässlich, darauf zu bestehen, dass menschliche Richter für die Justizhoheit zuständig sind.

Verglichen mit den Risiken der algorithmischen Entscheidung stellt es eine praktikable Möglichkeit dar, die algorithmische Prognosefunktion in der Justiz einzusetzen. Beispielsweise im Bereich der Entschädigung für Personenschäden entspricht es eher den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit, wenn der Algorithmus Prognosen macht, die Menschen nicht leicht erreichen können. Um das Ziel zu verwirklichen, ist eine umfangreiche Rechtsdatenbank sowohl bezüglich „Quantität“ als auch „Qualität“ aufzubauen und sind ideale Algorithmen zu programmieren. Gleichzeitig ist der Schutz personenbezogener Daten und der Schutz vor algorithmischer Diskriminierung zu beachten.

Autorenverzeichnis

Yuanshi Bu

Frau Yuanshi Bu ist Direktorin des Instituts für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

CHI Ying

Frau CHI Ying ist Associate Professorin an der Chinesischen Universität von Politik- und Rechtswissenschaften in Peking (CUPL).

Anne Sophie Ortmanns

Frau Anne Sophie Ortmanns hat Rechtswissenschaft an der Universität Passau studiert und währenddessen eine fachspezifische Fremdsprachenausbildung in Chinesisch und Englisch absolviert. Während eines einjährigen Studienaufenthaltes an der Universität Nanjing, gefördert durch die Studienstiftung des deutschen Volkes, hat sie ihre Sprachkenntnisse in Chinesisch vertieft. Derzeit arbeitet sie im Rahmen ihrer Dissertation zum chinesischen Zivilrecht als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

SU Yeong-chin

Herr SU Yeong-chin ist ehemaliger Verfassungsrichter und Inhaber eines Lehrstuhls an der Chengchi-Nationaluniversität.

WU Yiyue

Herr WU Yiyue ist Assistant Professor des Chinesischen-Deutschen Instituts für Rechtswissenschaft an der Chinesischen Universität für Politik- und Rechtswissenschaften (CUPL) in Peking. Zuvor studierte er an der CUPL Rechtsvergleichung und Rechtswissenschaften. Über die CDIR-Kooperation absolvierte er sodann mit einem Stipendium des DAAD ein LL.M.-Studium an der Humboldt-Universität zu Berlin, wo er anschließend zum Dr. iur. promoviert wurde.

ZHAO Jin

Frau ZHAO Jin ist derzeit Assistant Professorin der juristischen Fakultät an der Capital University of Economics and Business in Peking. Zuvor

Autorenverzeichnis

promovierte sie an der Humboldt-Universität zu Berlin. Sie ist Alumnae des CDIR-Programms.

ZHU Qingyu

Herr ZHU Qingyu ist Professor an der Nanjing University Law School und Direktor des Forschungszentrums für Kommentarkultur.