

Professor Dr. Yuanshi Bu, LL.M. (Harvard), Freiburg i. Br.

Genehmigungspflicht und zwingende Rechtsnormen im chinesischen Vertragsrecht

Gesetze oder verwaltungsrechtliche Bestimmungen der Volksrepublik China sehen häufig vor, dass vertragliche Übereinkünfte einer behördlichen Genehmigung bedürfen. Erst mit Erteilung der Genehmigung wird der Vertrag endgültig wirksam. Fraglich und umstritten ist jedoch, ob der Vertrag vor der Genehmigung eine Art Vorwirkung entfaltet. Umstritten ist darüber hinaus, ob jeder Verstoß einer vertraglichen Bestimmung gegen eine gesetzliche Vorgabe zur Nichtigkeit der Vertragsbestimmung führt. Der folgende Beitrag untersucht diese Fragen vor dem Hintergrund der chinesischen Rechtsprechung und Literatur.

wirksam. Fraglich ist, welche Wirkung ein genehmigungspflichtiger Vertrag hat, solange die Genehmigung noch aussteht. Diese Frage ist deshalb entscheidend, weil in der Praxis oft argumentiert wurde, dass die Pflicht zur Herbeiführung der Genehmigung noch nicht entstanden sei, bevor der Vertrag mit der Erteilung der Genehmigung Wirksamkeit erlangt. Diese Interpretation von § 44 VG wird zu Recht dahingehend kritisiert, dass dadurch opportunistisches Verhalten von Vertragsparteien honoriert wird. Denn mit der Verzögerung der Einleitung des Bewilligungsverfahrens kann eine Partei verhindern, dass der Vertrag in Kraft tritt, wenn ein Umstand nach dem Vertragsschluss eintritt, der zu Lasten dieser Partei fällt.

I. Einführung

Bedingt durch die Besonderheit des chinesischen Rechts, dass die verwaltungsrechtliche Intervention ins Privatrecht allgegenwärtig ist, bereiten zwei Fragen des chinesischen Vertragsrechts große Schwierigkeiten bei der Gesetzesanwendung, nach deren Lösung seit Langem in der Lehre und Rechtsprechung gesucht wird. Die eine betrifft die Wirkung von verwaltungsrechtlich genehmigungsbedürftigen Verträgen und die andere die Wirkung von Verträgen, die gegen zwingende Rechtsnormen verstoßen. Beide Fragen sind an sich zwar getrennt, aber eng miteinander verknüpft. Davon sind ausländische Investoren besonders betroffen, weil gerade der Bereich der Regulierung von ausländischen Investitionen in China eine große Anzahl von Genehmigungen¹ und zwingenden Rechtsnormen kennt. Die Entwicklung nach der Verabschiedung des chinesischen Vertragsgesetzes (VG) im Jahr 1999 zeigt, dass sich sowohl in der Literatur als auch in der Justiz eine Lockerungstendenz abgezeichnet hat.

II. Die Wirkung eines genehmigungsbedürftigen Vertrags bei Ausbleiben der Genehmigung

1. Der Ausgangspunkt: § 44 VG

§ 44 VG besagt:

„Nach dem Recht errichtete Verträge werden mit der Errichtung wirksam.

Wenn nach gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Bestimmungen für die Wirksamkeit [zunächst] ein Genehmigungs-, Registrierungs- oder sonstiges Verfahren durchgeführt werden muss, gelten diese Vorschriften.“²

Nach § 44 VG wird ein genehmigungsbedürftiger Vertrag erst mit der Erteilung der erforderlichen Genehmigung

2. Die Auslegungen durch das Oberste Volksgericht

Das Oberste Volksgericht (OVG) sah sich auf Grund der großen Anzahl von Streitigkeiten und den widersprüchlichen Interpretationen des § 44 VG durch untere Gerichte veranlasst, durch die Verabschiedung justizieller Auslegungen, die für sämtliche Gerichte in China verbindlich sind, die Gesetzesanwendung zu vereinheitlichen und mehr Rechtssicherheit zu ermöglichen.

So sieht die im Jahr 1999 verabschiedete Auslegung zum VG (Teil 1)³ in Art. 9 Abs. 1 vor, dass die erforderliche Genehmigung nicht unbedingt bei der Klageeinreichung vorliegen muss, sondern durchaus bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem erstinstanzlichen Gericht nachgeholt werden darf. Ein nicht genehmigter genehmigungsbedürftiger Vertrag ist „noch nicht wirksam“ (*Wei Shengxiao*), ohne dass jedoch spezifiziert wird, was dieser neu geschöpfte Begriff bedeutet. Im Ergebnis verlängert diese Auslegung nur die Frist zur Genehmigungseinholung, vermag gegen eine pflichtwidrige Weigerung der Mitwirkung an der Genehmigungseinholung jedoch keine effektive Lösung zu liefern.

Die Frist zur Genehmigungseinholung wird ebenfalls in vier weiteren Auslegungen des OVG zu Immobilienkaufverträ-

1 Im Bereich des ausländischen Investitionsrechts sind beispielsweise der Gesellschaftsgründungsvertrag oder der Vertrag zur Abtretung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen genehmigungsdürftig. Einzelheiten bei *Bu*, KSzW 2011, 159.

2 Deutsche Übersetzung durch *Münzel*, Chinas Recht, 15. 3. 99/1.

3 Erlassen am 19. 12. 1999 und in Kraft gesetzt am 29. 12. 1999; deutsche Übersetzung durch *Münzel*, Chinas Recht, 15. 3. 99/1.

gen,⁴ zu Bauausführungsverträgen,⁵ zu Landnutzungsverträgen⁶ und zu Mietverträgen,⁷ verlängert.

Im Jahr 2009 wurde die zweite Auslegung des OVG zum VG⁸ erlassen, welche in Art. 8 vorschreibt, dass die pflichtwidrige Verweigerung der Genehmigungseinholung bei einem genehmigungsbedürftigen Vertrag als Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht einzustufen ist und die vertragsbrüchige Partei den tatsächlichen Schaden zu ersetzen hat. Mit dem Begriff des „tatsächlichen Schadens“ beabsichtigte das OVG, entgangenen Gewinn aus dem Schadensumfang auszuschließen. Der inkonsequente Begriffsgebrauch stellt diese Absicht allerdings in Frage.⁹

Eine weitere, im Jahr 2010 erlassene Auslegung zu Streitigkeiten von ausländisch kapitalisierten Unternehmen¹⁰ stellt klar, dass ein genehmigungsbedürftiger Vertrag im Bereich des Investitionsrechts beim Ausbleiben der Genehmigung nicht nichtig, wie in der Vergangenheit häufig angenommen wurde, sondern ebenfalls nur „noch nicht wirksam“ ist. Die Bedeutung dieses Begriffs wird wiederum nicht erklärt. Stattdessen wird vorgesehen, dass die Parteivereinbarung über die Pflicht zur Einholung der Genehmigung bei einem „noch nicht wirksamen“ Vertrag auch schon wirksam ist, sodass die genehmigungspflichtige Partei zur Realerfüllung angehalten werden kann und bei Nichterfüllung die im selben Vertrag vereinbarte Rechtsfolge eingreifen kann.

3. Ansätze in der Literatur

Allgemein ist anerkannt, dass durch die obigen Auslegungen grundsätzlich interessengerechte Lösungen bereits gefunden worden sind. Ebenfalls wird zugegeben, dass überzeugende dogmatische Begründungen noch fehlen, sodass man sich in der Literatur nach wie vor darum bemüht.¹¹ In der neueren Literatur werden in erster Linie folgende drei Ansichten zu § 44 Abs. 2 VG vertreten, die alle von der älteren Auffassung, die von der Nichtigkeit eines genehmigungsbedürftigen Vertrags vor der Genehmigung ausging, abgekehrt sind.

a) Theorie der gesetzlichen Pflicht¹²

Die neueste Auffassung legt § 44 Abs. 2 VG streng nach dem Wortlaut aus und hält einen genehmigungsbedürftigen Vertrag vor der Genehmigung für noch nicht wirksam. „Noch nicht wirksam“ sei demnach ein dritter Typ des Wirkungszustandes eines Vertrags nach dem Zustandekommen und stehe parallel zur Wirksamkeit und Nichtigkeit.¹³ Die Pflicht zur Beantragung der Genehmigung bestehe trotz der Unwirksamkeit des Vertrags und sei als eine (m.E. vorvertragliche) gesetzliche Pflicht anzusehen.¹⁴ Diese gesetzliche Pflicht sei aus den Vorschriften, welche die Genehmigungspflicht normiert haben, und § 60 Abs. 2 VG über die Mitwirkungspflicht abzuleiten. Hinsichtlich der Rechtsfolge solle eine Verletzung dieser (vorvertraglichen) Pflicht nicht wie die *culpa in contrahendo* zu behandeln sein, sondern wie eine richtige Pflichtverletzung mit der Folge, dass sich der Schadensersatz nicht auf das negative Interesse beschränkt.¹⁵

b) Theorie der selbstständigen Klausel

Eine weiter gehende Auffassung geht ebenfalls davon aus, dass der gesamte Vertrag zwar zustande gekommen, aber bis zur Erteilung der Genehmigung noch nicht wirksam

geworden ist. Trotzdem seien einzelne Pflichten wie die Beantragung der Genehmigung jedoch schon bindend.¹⁶ Dies sei aus dem Prinzip von Treu und Glauben abzuleiten. Hätten die Parteien im Vertrag über die Genehmigungspflicht nichts vereinbart, könne durch ergänzende Vertragsauslegung eine gesetzliche Pflicht zur Genehmigungseinholung begründet werden.¹⁷ Mit anderen Worten sei die Pflicht, die Genehmigung einzuholen, in ihrer Wirksamkeit unabhängig von dem Hauptvertrag, genau wie z.B. eine Schiedsabrede, und mit dem Vertragsschluss schon wirksam geworden.¹⁸ Falls die pflichtige Partei die Beantragung der Genehmigung verweigere oder ohne Grund verzögere, könne die andere Partei statt Leistung Schadensersatz verlangen, welcher sich auf das positive Interesse erstrecke, da hier eine Verletzung einer wirksamen Pflicht vorliege.¹⁹

c) Theorie des Trennungsprinzips

Die dritte Ansicht wurde aus dem im Sachenrecht verankerten Trennungsprinzip entwickelt. Nach dieser Ansicht ist zwischen der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags und deren Erfüllung zu unterscheiden,²⁰ wenn die Genehmigungspflicht nur die schuldrechtliche Verpflichtung trifft, insbesondere in den Fällen, in denen die dingliche Änderung der gewünschte Vertragserfolg ist. Konkret bedeutet dies, dass ein genehmigungsbedürftiger Vertrag auch ohne die Erteilung der Genehmigung voll wirksam ist

4 § 2 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts der Volksrepublik China zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen über Kaufverträge bei gehandelten Häusern, erlassen am 28. 4. 2003 und in Kraft gesetzt am 1. 6. 2003; deutsche Übersetzung von Schmid/Pißler, ZChinR 2011, 131.

5 § 5 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen aus Bauausführungsverträgen, erlassen am 25. 10. 2004 und in Kraft gesetzt am 1. 1. 2005; deutsche Übersetzung von Veit, ZChinR 2011, 60.

6 §§ 9, 11 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Verhandlung von Streitfällen über Verträge bezüglich des Landnutzungsrechts, erlassen am 18. 6. 2005 und in Kraft gesetzt am 1. 8. 2005.

7 § 2 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei Streitfällen zu Mietverträgen über Räumlichkeiten in Städten und Kleinstädten, erlassen am 30. 7. 2009 und in Kraft gesetzt am 1. 9. 2009; deutsche Übersetzung von Pißler, ZChinR 2010, 272.

8 Erlassen am 24. 4. 2009 und in Kraft gesetzt am 13. 5. 2009; deutsche Übersetzung von Pißler, ZChinR 2009, 288.

9 W. Tang, Genehmigungs-/Registrierungsbedürftige Verträge, Pflicht zur Genehmigungsbeantragung und *Culpa in Contrahendo*, Peking University Law Review 2011/2, 354.

10 Am 5. 8. 2010 vom Obersten Volksgericht verabschiedet und am 16. 8. 2010 in Kraft gesetzt; deutsche Übersetzung von T. Li, ZChinR 2011, 36.

11 Die durch S. Jin, Betrachtung und Neukonstruktion: Wirkungshindernisse und deren Überwindung bei genehmigungsbedürftigen Verträgen, Journal of Law Application 2011/11, 75, vertretene Auffassung begnügt sich mit der Normierung einer klaren Rechtsfolge und setzt sich über die dogmatische Begründetheit hinweg, bleibt jedoch eine Mindermeinung.

12 Die Bezeichnungen dieser Theorien stammen von der Autorin.

13 J. Cui/G. Wu, Vertragswirkung im Kontext des chinesischen Rechts, Journal of Law Application 2012/7, 14.

14 J. Cui/G. Wu (Fn. 13), 12.

15 J. Cui/G. Wu (Fn. 13), 14.

16 G. Liu, Studien über die Wirkung des Vertrags, 2012, S. 20 ff.; ders., Über die Verwaltungsgenehmigung und Vertragswirkung, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 150.

17 G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 150.

18 G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 149 f.

19 G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 152.

20 C. Cai, Verwaltungsgenehmigung und Wirkung von Rechtsübertragungsverträgen, Chinesische Rechtswissenschaft 2013/1, 63; G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 154; G. Wu, The Impact of Administrative Approval on Validity of Contract: Theory and Practice, The Jurist 2013/1, 103.

und nur die vollständige Erfüllung noch nicht gefordert werden kann, solange die für den Eintritt des Vertragserfolgs erforderliche Genehmigung noch aussteht.²¹ Nach diesem Ansatz ist beispielsweise ein Vertrag zum Erwerb von Anteilen an einer ausländischen kapitalisierten Gesellschaft mit dem Vertragsschluss schon wirksam. Folglich ist die Vereinbarung über die Pflicht zur Genehmigungseinholung selbstverständlich ebenfalls wirksam. Genauso wäre es möglich zu vereinbaren, dass die Genehmigungsbeantragung die Zahlung eines Teils des Kaufpreises voraussetzt.²²

d) Fazit

Alle Theorien sind sich darin einig, dass die Pflicht zur Genehmigungseinholung unabhängig von der (schwebenden) Unwirksamkeit des Hauptvertrags mit dessen Zustandekommen bereits wirksam besteht, wobei die dritte Ansicht eine elegantere Lösung darstellt, wenn die Trennung zwischen der Verfügung und Verpflichtung künftig in China allgemein anerkannt wird. Allerdings würde die Problematik dadurch wiederum vorverlagert, indem zunächst geprüft werden müsste, ob die Genehmigungspflicht nur das Verfügungsgeschäft oder auch noch das Verpflichtungsgeschäft erfasst.

Die Meinungen darüber, ob es sich bei der Herbeiführung der Genehmigung um eine vorvertragliche Pflicht oder eine Nebenpflicht handelt, gehen auseinander.²³ Der richtigen dogmatischen Zuordnung der Genehmigungspflicht kommt nach dem OVG und Literaturauffassungen nur eine sekundäre Bedeutung zu. Ausschlaggebend soll die Interessengerechtigkeit der Bestimmung über die Rechtsfolge sein.²⁴ Daher wird die Pflicht zur Genehmigungseinholung teils als eine vorvertragliche Pflicht und deren Verletzung als *culpa in contrahendo* eingestuft, aber in der Rechtsfolge grundsätzlich einer Pflichtverletzung aus einem wirksamen Vertrag gleichgestellt.²⁵ So wird bei der Verletzung der Genehmigungspflicht der Schadensersatz nicht auf das negative Interesse beschränkt, und auch ein Anspruch auf Rücktritt und Realerfüllung wird vom OVG befürwortet. Nach wie vor geht man in der Literatur davon aus, dass der Schadensersatz wegen *culpa in contrahendo* nur das Vertrauensinteresse erfasst und das Erfüllungsinteresse nicht überschreiten darf.²⁶ Die Einstufung der Genehmigungspflicht als Nebenpflicht ist wohl überzeugender, weil eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten nach dem heutigen Diskussionsstand²⁷ i. d. R. nur Schadensersatz und nicht die Realerfüllung zur Folge hat.

Wie ein Urteil auf Realerfüllung vollstreckt werden kann, ist noch fraglich. Denkbar wäre eine Ersatzvornahme oder mittelbarer Zwang.²⁸ Hierzu ist anzumerken, dass nicht unbedingt eine der Vertragsparteien, sondern auch durchaus nur ein Dritter antragsberechtigt ist und eine Realerfüllung faktisch nicht immer möglich ist, weil die pflichtige Partei über keine vollständige Kontrolle über den Dritten verfügt.²⁹ Ebenfalls zu beachten ist, dass der anerkannte, sich auf das Erfüllungsinteresse erstreckende Schadensersatz in der Praxis ins Leere laufen könnte, weil es dem Kläger nicht gelingt die Kausalität nachzuweisen, dass bei der pflichtmäßigen Mitwirkung die Genehmigung erteilt worden wäre. Denn der Ermessensspielraum chinesischer Behörden ist meistens recht groß, und eine etablierte Verwaltungspraxis fehlt häufig.

Wird die Genehmigung von der pflichtigen Partei nicht zeitgemäß eingeholt, ist die andere Partei berechtigt, eine Nach-

frist zu setzen und vom Vertrag zurückzutreten, falls innerhalb der Nachfrist die geschuldete Mitwirkung nicht erbracht wird.³⁰

4. Vorgelagerte Genehmigungspflicht

In Anlehnung an das deutsche Recht wird seit Ende 2011 zunehmend über die sog. vorgelagerte Genehmigungspflicht diskutiert.³¹ Grund dafür war, dass in China Gewerbetätigkeiten allgemein und der Einstieg in viele Industriesektoren (z. B. Wertpapierhandel, Goldhandel oder Geldspiele) oft eine Genehmigung oder Zertifizierung durch die zuständige Behörde voraussetzen. Schließt jemand einen Vertrag, obwohl ihm die Eignung dazu noch fehlt, drängt sich die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrags auf. Die bisherige Rechtsprechung erlaubt grundsätzlich die nachträgliche Einholung der Genehmigung oder Erlangung der Eignung³² und differenziert darüber hinaus bei der Wirksamkeit des Folgevertrags zwischen zwei Fällen.

In einer ersten Fallgruppe wird die Nichtigkeit des Vertrags normiert, wenn der Vertrag einer Regelung zur Gewerbebeschränkung oder dem Gewerbeverbot zuwiderläuft.³³ Beispielsweise ist der Lottokaufvertrag nichtig, wenn die Lizenz für das Lotteriegeschäft fehlt.

Die zweite Fallgruppe betrifft die Überschreitung der Fachqualifikation. Einerseits lehnt das OVG grundsätzlich die Wirksamkeit eines solchen Vertrags ab, andererseits behandelt es ihn in der Rechtsfolge vergleichbar wie einen wirksamer Vertrag. Beispielsweise ist ein Bauausführungsvertrag nach dem OVG nichtig, wenn der Unternehmer nicht die erforderliche Stufe der Zertifizierung vorweisen kann.³⁴ Trotzdem ist der Bauherr verpflichtet, das vereinbarte Entgelt zu zahlen, wenn das Bauwerk bei der Abnahme als qualitätskonform festgestellt wird. Die Zahlungspflicht gilt ebenfalls, wenn die vereinbarte Qualität durch Nachbesserung des Unternehmers erreicht wird, falls das Bauwerk bei der ersten Abnahme als nicht normgemäß eingestuft wird. Diese Rechtsfolge ist nicht anders als bei einem wirksamen Vertrag. Bei einem nichtigen Vertrag hätte eine Partei im Falle der Unmöglichkeit der Rückgabe der erhaltenen Leistung

21 C. Cai (Fn. 20), 63; S. Jin (Fn. 11), 74; B. Jiang, Neukonstruktion des Konzepts der Wirkung des Rechtsgeschäfts, Legal Science 2013/4, 12; G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 154 f.

22 G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 154 f.

23 G. Liu, Chinesische Rechtswissenschaft 2011/2, 150; W. Tang (Fn. 9), 350.

24 S. Jin (Fn. 11), 75.

25 Nach G. Wu (Fn. 20), 111–113, sei die Genehmigungspflicht sowohl als eine vorvertragliche Pflicht als auch als eine Nebenpflicht einzustufen, und die vertragstreue Partei habe ein Wahlrecht bezüglich der Anspruchsgrundlage.

26 S. Han, Vertragsrecht, 3. Aufl. 2011, S. 134 f.; differenzierter W. Tang, Verletzung der Genehmigungspflicht, Anspruchsgrundlage und Wertungsjurisprudenz, Chinese Journal of Law 2014/1, 104.

27 Einzig S. Han (Fn. 26), S. 145, befürwortet die gerichtliche Erzwingbarkeit der vorvertraglichen Pflicht in Bezug auf die Genehmigungen in Fällen einer ausländischen Investition.

28 S. Jin (Fn. 11), 76; W. Tang (Fn. 9), 353.

29 S. Jin (Fn. 11), 76; nach § 6 der Auslegung zu Streitigkeiten von ausländisch kapitalisierten Unternehmen (Fn. 10) ist es zwar zulässig, den Dritten in die Klage einzubinden, allerdings ist die Realerfüllung nur dann wirklich durchsetzbar, wenn die Vertragspartei die notwendige Kontrolle über ihn hat, um die erforderlichen Beschlüsse und Handlungen zu veranlassen.

30 § 5 der Auslegung zu Streitigkeiten von ausländisch kapitalisierten Unternehmen (Fn. 10).

31 W. Tang (Fn. 9), 337 ff.

32 §§ 2, 3 der Erläuterungen zu Bauausführungsverträgen (Fn. 5).

33 § 10 Auslegung zum VG (Teil 1) (Fn. 3).

34 Art. 1 der Erläuterungen zu Bauausführungsverträgen (Fn. 5).

nicht das vereinbarte Vertragsentgelt, sondern nur einen Wertersatz zu leisten. Diese Rechtsfolge wurde für erforderlich gehalten, um zu verhindern, dass die Bauarbeiter die tatsächlich ungünstige wirtschaftliche Folge des geringeren Ersatzes für Vertrauensschaden zu tragen haben, weil die Bauunternehmen ansonsten noch einen Grund mehr hätten, die Löhne nicht rechtzeitig zu zahlen.³⁵ Ausnahmeweise gilt ein Vertrag selbst bei einem Mangel der entsprechenden Eignung als wirksam, wie es zum Beispiel der Fall ist, wenn einem Immobilienentwickler die erforderliche Zertifizierung fehlt und er trotzdem einen Immobilienentwicklungsvertrag abschließt.³⁶ Der Grund liegt darin, dass der Immobilienentwickler i. d. R. nicht selbst Bauprojekte durchführt und das Fehlen der Eignung nicht zwangsläufig die Qualität der Projekte gefährdet.

5. Anfechtung der Genehmigung

Eine andere, neuerdings viel diskutierte Frage betrifft die Anfechtung der Genehmigung und deren Auswirkung auf den genehmigten Vertrag. Dazu ist zunächst anzumerken, dass eine verwaltungsrechtliche Genehmigung, anders als im deutschen Recht, bereits mit deren Erlass Wirksamkeit erlangt. Eine Anfechtung ist trotzdem grundsätzlich möglich, entweder auf dem Wege eines verwaltungsinternen Widerspruchsverfahrens oder einer Verwaltungsklage,³⁷ wenn dies innerhalb der jeweils vorgesehenen Rechtsmittelfrist erfolgt. Bezüglich der zivilrechtlichen Auswirkung der Anfechtung der Genehmigung ist m. E. zwischen dem Fall der Versagung und dem Fall der Erteilung zu unterscheiden:

(1) Im ersten Fall wird der Vertrag mit dem sofortigen Eintritt der Bestandskraft des Versagungsbescheids definitiv nichtig. Wird die Genehmigung durch das Rechtsmittelverfahren schlussendlich doch erlangt, fehlt im chinesischen Recht ein Rechtsinstrument wie § 141 BGB, um den nichtigen Vertrag aufleben zu lassen. Trotzdem könnte man davon ausgehen, dass sich die Rechtsprechung nicht auf Grund dieser dogmatischen Hürde an der Schlussfolgerung hindern lässt, dass der Vertrag bei einer im Rechtsmittelverfahren erwirkten Genehmigung als wirksam gilt.

(2) Im zweiten Fall wird der Vertrag mit der Erteilung der Genehmigung sofort wirksam. Grundsätzlich darf keine Vertragspartei die Erteilungsentscheidung anfechten, denn die Erlangung der Genehmigung steht im Interesse der Parteien, und die Anfechtung würde dem Vertragszweck zuwiderlaufen. Vorstellbar wäre, dass ein Dritter, dessen Rechte oder Interessen durch die Genehmigungserteilung beeinträchtigt werden, diesen Verwaltungsakt anfecht. In dieser Konstellation ist analog dem im ersten Fall erwähnten Gedanken anzunehmen, dass die Nichtigkeit des Vertrags eintreten wird.

Die Literatur und Rechtsprechung in China beschäftigen sich primär nur mit dem zweiten Fall (Anfechtung einer erteilten Genehmigung) und folgen dabei jedoch einer anderen Logik: Im Schrifttum lehnt eine Ansicht die Anfechtungsmöglichkeit solcher Genehmigungen gänzlich mit der Begründung ab, dass eine derartige Genehmigung die Wirksamkeit eines genehmigungsbedürftigen Vertrags weder sichere noch verändere.³⁸ Selbst wenn man die Genehmigung aufhebe, habe das auf die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien keine Auswirkung. Im Sinne der Prozessökonomie sei nur *eine* zivilrechtliche Klage zulässig.³⁹ Es trifft zu, dass die Erteilung der Genehmigung keine Wirksamkeitsgarantie für den genehmigten Vertrag bietet. Denn die der Genehmigungserteilung vorausgehende Überprüfung richtet sich i. d. R. nicht auf sämtliche Ver-

einbarungen, sondern entweder nur auf die prüfungspflichtigen Punkte (mitunter die Einhaltung zwingender Regelungen),⁴⁰ oder stellt eine von den einzelnen Abreden losgelöste Gesamtwürdigung und Überprüfung des ganzen Vertrags im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit politischen und wirtschaftlichen Regulierungszielen dar. Durch einen Widerspruch oder eine Verwaltungsklage kann der Kläger zwar die Genehmigung im begründeten Fall beseitigen, aber das Vorhandensein eines zivilrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen den Betroffenen wird damit nicht rechtsverbindlich festgestellt. Die Genehmigungsanfechtung ist in China insofern tatsächlich ein Umweg zur Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses.

Es ist zu beobachten, dass das Gericht, aus Befürchtung vor Anmaßung der zuständigen Behörde, den Kläger gerade auf diesen Umweg verweist. Auch deswegen wurde ein vom OVG veröffentlichtes Urteil des Oberen Gerichts Shanghai kritisiert. In diesem Fall wurde die Übertragung der Gesellschaftsanteile vom ursprünglichen Gesellschafter auf eine andere Person von der zuständigen Behörde bewilligt, obwohl der ursprüngliche Gesellschafter von diesem Vorgang nichts wusste. Deshalb erhob er eine Zivilklage auf Feststellung seiner Stellung als Gesellschafter. Das Gericht stellte fest, dass sich der neue Gesellschafter mit anderen Gesellschaftern in Kollusion durch gefälschte Unterlagen als Nachfolger des ursprünglichen Gesellschafters gerierte und somit die Bewilligung erschlich, wies die Klage jedoch mit der Begründung ab, dass der Kläger durch eine Verwaltungsklage die Genehmigung anfechten müsse und erst danach eine Feststellung der Gesellschafterstellung in einem Zivilverfahren möglich sei.⁴¹ Gleichwohl ist aber anzuerkennen, dass die Umständlichkeit des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes dessen Verweigerung nicht rechtfertigt, sollte der Betroffene diesen Weg freiwillig einschlagen.

III. Zwingende Rechtsnormen

1. Fragestellung

Bei den „zwingenden Rechtsnormen“ handelt es sich um ein zentrales Thema des chinesischen Vertragsrechts. Der Grund liegt darin, dass die §§ 52, 53 VG zwar mehrere Nichtigkeitstatbestände normieren, jedoch nur der Tatbestand des Verstoßes gegen zwingende Rechtsnormen große praktische Bedeutung hat. Bei anderen Nichtigkeitstatbeständen sind die Voraussetzungen schlicht schwierig zu erfüllen.⁴² Ein weiterer Grund liegt in der Regulierungskultur chinesischer Behörden. Allzu häufig wird versucht, Fehlverhalten von Marktteilnehmern, sozialen Missständen oder Unfällen mit Verbotsnormen und administrativen Sanktionen entgegenzuwirken. Dabei spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur eine marginale Rolle. Dies führt in der Praxis, vornehm-

35 Y. Wang, Einige Fragen der Feststellung der Vertragswirkung, Journal of National Prosecutors College 2010/5, 156.

36 W. Jiang, Übliche Fragen und Empfehlungen in den Protestfällen über Nichtigkeit von rechtswidrigen Verträgen, The Rule of Law Forum 2010/1, 63 m. w. N.

37 Einzelheiten vgl. Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2009, § 9 Rdnr. 6, 30.

38 G. Wu (Fn. 20), 106, 114; R. Fu/J. Ma, Über die Wirkung der Genehmigungen bei ausländischen Investitionen, Journal of Law Application 2010/1, 29.

39 G. Wu (Fn. 20), 110; R. Fu/J. Ma (Fn. 38), 29.

40 G. Wu (Fn. 20), 107; R. Fu/J. Ma (Fn. 38), 28 f.

41 Zur eingehenden Analyse vgl. Bu (Fn. 1), 164.

42 W. Jiang (Fn. 36), 62.

lich im Bereich des Immobilienhandels, der Bauverträge und Ackerlandpachtverträge,⁴³ zu einer großen Anzahl von Streitfällen, nach deren Lösung und dogmatischer Begründung stets gesucht wird. In diesen Fällen will i. d. R. eine Partei den Vertrag nicht mehr erfüllen, lehnt aber die Haftung für Vertragsverletzung mit dem Verweis auf Verbotsnormen ab. Denn die Rechtsfolge bei der Nichtigkeit des Vertrags ist günstiger für die vertragsbrüchige Partei, da nur das negative Interesse zu ersetzen ist und keine Realerfüllung verlangt werden kann.

Auf der Suche nach einer Balance zwischen der Verhinderung opportunistischer Verhaltensweisen der Vertragsparteien und der Erreichung der Regulierungsabsicht zeichnet sich beim OVG eine Tendenz zur Förderung der Privatautonomie ab:

(1) Zunächst stellte das OVG 1999 klar, dass nur Gesetze im engeren Sinne und vom Staatsrat erlassene Verwaltungsverordnungen als Verbotsnormen im Sinne von §§ 52 f. VG in Betracht kommen.⁴⁴

(2) 2009 wurde in § 14 Auslegung zum VG (Teil II)⁴⁵ spezifiziert, dass zwingende Rechtsnormen im Sinne von § 52 Nr. 5 nur zwingende Wirkungsnormen erfassen. Dabei greift das OVG die zuvor in der Lehre entwickelte Einteilung zwingender Rechtsnormen in zwingende Wirkungsnormen und zwingende Ordnungsnormen auf.⁴⁶

(3) Etwas später betonte das OVG in der „Anleitungsansicht des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Behandlung von Streitfällen zu zivil- und handelsrechtlichen Verträgen in der gegenwärtigen Situation“⁴⁷ (§ 16) nochmals die Bedeutung dieser Unterscheidung und fügte implizit hinzu, nach welchen Kriterien die Zuordnung einer konkreten Vorschrift erfolgt. Danach spielen die gesetzgeberische Absicht, die Typen der widerstreitenden Interessen, die Verkehrssicherheit und der Regulierungsgegenstand eine Rolle. Falls der Vertragsschluss selbst den Regulierungsgegenstand darstellt und mit dem Vertragsabschluss Staatsinteressen oder das öffentliche Interesse durchgängig beeinträchtigt werden, handelt es sich bei der einschlägigen Norm um eine Wirkungsnorm. Hingegen ist von einer Ordnungsnorm auszugehen, falls nur der Marktzugang oder nur die Vertragserfüllung und nicht der Vertragsabschluss geregelt werden.

2. Unterscheidung zwischen Wirkungsnormen und Ordnungsnormen

Diese soeben skizzierte Entwicklung zur liberalen Haltung wird im Schrifttum allgemein begrüßt. Dies besonders, weil § 52 Nr. 5 VG anders als § 134 des deutschen BGB keine Ausnahmeregelung kennt und die Richter dazu verleitet werden könnten, überstürzt die Nichtigkeit von Verträgen festzustellen.⁴⁸ Dennoch bleibt diese Unterscheidung nicht frei von Kritik. Im Folgenden werden zunächst die Zuordnungsansätze zwingender Rechtsnormen dargestellt.

a) Zuordnungskriterien

In der Literatur und Rechtsprechung werden folgende Zuordnungskriterien zur Bestimmung zwingender Rechtsnormen entwickelt.⁴⁹

Nach der Interessentheorie ist eine Norm den Wirkungsvorschriften zuzuordnen, wenn die Zuwiderhandlung Staatsinteressen und das öffentliche Interesse beeinträchtigt; eine Norm ist Ordnungsvorschrift, wenn die Zuwiderhandlung nur Parteiinteressen beeinträchtigt.⁵⁰ Beispielsweise könne ein Darlehensvertrag als wirksam festgestellt werden, obwohl der vereinbarte Zinssatz die staatlich festgesetzte

Obergrenze überschreitet, weil dadurch die Finanzsicherheit des Landes nicht geschädigt werde.⁵¹

Bei der Gegenstandstheorie wird auf den Regulierungsgegenstand der Norm abgestellt. Stellt der Gegenstand einer Norm Zeit, Ort, Personenkreis oder Art und Weise eines bestimmten Geschäftes dar, handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift; stellt der Gegenstand einer Norm das Verbot eines bestimmten Vertragstyps dar, handelt es sich um eine Wirkungsvorschrift.⁵² Als Beispiel sei ein Beschaffungsvertrag grundsätzlich wirksam, obwohl die Behörde das Projekt hätte öffentlich ausschreiben müssen, solange dadurch keine bösgläubige Schädigung der Staatsinteressen verwirklicht werde.⁵³

Nach der Motivtheorie ist zu ermitteln, aus welchem Motiv eine Partei die Nichtigkeit des Vertrags geltend macht. Falls der Rechtsverstoß als Grund für einen absichtlichen Vertragsbruch vorgeschoben wird, ist eher von einer Ordnungsvorschrift auszugehen.⁵⁴

b) Kritik

Aus den oben angeführten Beispielen ist bereits ersichtlich, dass die genannten Schlussfolgerungen keineswegs zwingend sind. Darüber hinaus wird kritisiert, dass die chinesische Gesetzessprache oft unklar ist, so dass der Wortlaut keinen Hinweis gibt, ob eine Norm überhaupt als zwingend einzustufen ist und ob sie den Wirkungsnormen oder Ordnungsnormen zuzuordnen ist.⁵⁵ Wie oft beklagt, fällt vor allem bei der Übersetzung chinesischer Rechtsnormen auf, dass es an der Gesetzessprache nicht klar erkennbar ist, ob ein Apell (sollen) oder eine Pflicht (müssen) gemeint ist.⁵⁶ Hinzu kommt, dass in der Praxis der Verstoß gegen Ordnungsnormen nicht selten ungeachtet der Auslegung zum VG (Teil II) auch vom OVG selbst als Nichtigkeitsgrund gesehen wird,⁵⁷ wie es die zuvor erwähnte Regelung zur Wirksamkeit von Bauausführungsverträgen beim Fehlen erforderlicher Zertifizierung zeigt. Zuletzt wird auch Sinn und Zweck dieser Zweiteilung in Frage gestellt.⁵⁸ Denn oft wird zunächst durch Interessenabwägung festgestellt, ob ein Vertrag nichtig sein muss, und sodann mit diesem Ergebnis im Auge die einschlägige Norm als Wirkungsnorm eingestuft.⁵⁹

43 *W. Jiang* (Fn. 36), 60.

44 § 4 der Auslegung zum VG (Teil 1) (Fn. 3).

45 § 14 der Auslegung zum VG (Teil 2) (Fn. 8).

46 Im Wortlaut der Auslegung wird „Ordnungsnormen“ nach *Y. Wang* (Fn. 35), 152, aus Furcht vor der Einführung zu vieler neuer Terminologien nicht erwähnt.

47 Erlassen und in Kraft gesetzt am 7. 7. 2009; deutsche Übersetzung von *Pißler*, *ZChinR* 2009, 296.

48 *F. Huang*, On Compulsory Provisions in the Contract Law, *Journal of Yantai University (Philosophy and Social Science)* 2011/1, 47.

49 Eine Zusammenfassung von *G. Xu*, Methoden der Erkennung von Wirkungsnormen, *People's Justice* 2011/12, 81.

50 *L. Wang*, Studien zum Vertragsrecht (Bd. 1), 2002, S. 658 f.

51 *F. Huang*, in: *Bu* (Hrsg.), *Chinese Civil Law*, 2013, Chapter 5, Rdnr. 24; *G. Xu* (Fn. 49), 81 f.

52 *Y. Wang* (Fn. 35), 156; *ders.*, The Arrangement of Norms in Civil Code, *Journal of Yantai University (Philosophy and Social Science)* 2005/3, 280 f.; *Z. Xu*, Zur Auswirkung des Verstoßes gegen öffentliches Recht auf die Wirkung von Rechtsgeschäften, *Studies in Law and Business* 2011/1, 55 f.

53 *Z. Xu* (Fn. 52), 58.

54 *G. Xu* (Fn. 49), 82.

55 *Z. Huang*, On the Path to Determine the Validity of Contracts Infringing Mandatory Rules, *Jurist* 2010/5, 59; *W. Jiang* (Fn. 36), 62; *Y. Wang* (Fn. 35), 157.

56 *Z. Huang* (Fn. 55), 60 m. w. N.

57 *C. Ji*, An Analysis of Classification of Mandatory Provisions in Chinese Contract Law, *Northern Law Review* 2012/4, 48.

58 *B. Jiang* (Fn. 21), 14 f.

59 *Z. Huang* (Fn. 55), 67 f.; *Z. Xu* (Fn. 52), 60.

Die Zuordnung als Wirkungsnorm oder Ordnungsnorm kommt somit ihrer Funktion einer Erleichterung der Anwendung von § 52 Nr. 5 VG nicht nach, sondern wird lediglich als Rechtfertigungsgrund vorgeschoben. In diesem Sinne wird zutreffend darauf hingewiesen, dass dem § 14 Abs. 2 Auslegung II vielmehr eine Ausnahmefunktion wie die des § 134 BGB beigemessen werden soll, indem der Verstoß gegen Ordnungsnormen von der Rechtsfolge der Nichtigkeit ausgenommen wird.⁶⁰

3. Weitere Unterscheidungen

§ 52 Nr. 5 VG unterscheidet in seinem Wortlaut nicht zwischen Gebots- und Verbotsnormen unter den zwingenden Rechtsnormen. Trotzdem sprechen sich Stimmen in der Literatur gelegentlich für eine Übernahme dieser Unterscheidung aus.⁶¹ Dadurch soll der Kreis zwingender Rechtsnormen, deren Verstoß die Nichtigkeit eines Vertrags zur Folge hat, verkleinert werden. Allerdings ist die Zuordnung einer Norm als Gebots- oder Verbotsnorm ebenfalls schwierig vorzunehmen und erleichtert die Anwendung von § 52 Nr. 5 VG kaum, weshalb dies zutreffend als eine unnötige Erschwerung der Rechtsanwendung kritisiert wird.⁶²

Ebenfalls zur Einschränkung des Kreises zwingender Rechtsnormen im Sinne von § 52 Nr. 5 VG wird vorgeschlagen, zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden.⁶³ Konkret bleibt die Wirksamkeit eines (schuldrechtlichen)⁶⁴ Vertrags unberührt, wenn nur die Erfüllungshandlung von einer zwingenden Rechtsnorm erfasst wird. Als Beispiel wird § 191 Sachenrechtsgesetz genannt. Danach darf der Hypothekengeber während der Dauer der Hypothek ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers die Hypothekensache nicht veräußern. Um diese exzessive Einschränkung der Verfügungsmacht des Hypothekengebers zu umgehen, argumentiert die Mehrheit in der Literatur, dass sich § 191 Sachenrechtsgesetz nur auf die dingliche Änderung, nicht aber auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags richtet.⁶⁵

4. Abgrenzung zur Eingriffsnorm

Zwingenden Rechtsnormen kommt bei Verträgen mit Auslandsbezug eine besondere Bedeutung zu. Nach § 4 des Gesetzes zur Anwendung des Rechts auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung (IPRG)⁶⁶ findet das chinesische Recht unmittelbar Anwendung, falls ein Zivilrechtsverhältnis durch eine chinesische zwingende Rechtsnorm geregelt ist. Diese Normen sind im Grunde genommen Eingriffsnormen,⁶⁷ die in China auch unmittelbar anwendbares Recht genannt werden. Auf die Frage, welche Normen mit § 4 IPRG gemeint sind, gibt das OVG in der Auslegung zur Anwendung des IPRG (Teil 1)⁶⁸ einen ersten Hinweis. Danach ist eine Norm zwingend im Sinne des § 4 IPRG, wenn Arbeitnehmerschutz, Lebensmittelsicherheit oder öffentliche Gesundheit, Umweltsicherheit, Finanzsicherheit einschließlich der Devisenkontrolle, Kartellrechtsverstöße oder Anti-Dumping-Normen involviert sind. § 4 IPRG löst eine frühere Regelung in den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts⁶⁹ (§ 194 AGZ) ab, die vorsah, dass bei einer Rechtswahl zwingendes Recht der VR China nicht umgangen werden darf. Die alte Regelung wurde als mangelhaft angesehen, da die Umgehungsabsicht für die Anwendbarkeit zwar relevant, aber schwer feststellbar ist.⁷⁰

In der Regel ist eine Eingriffsnorm mindestens eine einfache zwingende Norm.⁷¹ Einer Auffassung zufolge erfassen Ein-

griffsnormen im Sinne des § 4 IPRG nur Wirkungsnormen, keine Ordnungsnormen.⁷² Dem ist im Grundsatz zugunsten der Privatautonomie zuzustimmen, allerdings greift die zuvor beschriebene Schwierigkeit bei der Abgrenzung zwischen diesen zwei Typen von zwingenden Normen auch hier ein.

5. Quellen zwingender Rechtsnormen

Es ist zwar allgemein anerkannt, dass nur Rechtsnormen in der Normenhierarchie oberhalb der Verwaltungsverordnungen als Grundlage für § 52 Nr. 5 VG dienen können. Trotzdem hindert es die Gerichte nicht daran, in ihrer Rechtsprechung durchaus Satzungen, lokale Bestimmungen und sonstige Verwaltungsvorschriften zur Anwendung von § 52 Nr. 5 VG heranzuziehen.⁷³ Bedeutende Beispiele sind das durch die chinesische Zentralbank in einer Satzung (Allgemeine Grundsätze zu Darlehen) vorgeschriebene Verbot des Darlehens zwischen Unternehmen, die kein Kreditinstitut sind, und die von der Kommission für die Verwaltung des Staatseigentums und des Finanzministeriums geregelte Einschränkungen bei der Übertragung von staatseigenen Aktien.⁷⁴ Damit diese Vorgehensweise dem Wortlaut des § 52 Nr. 5 VG und § 4 Auslegung zu VG (Teil I) nicht widerspricht, wird in Urteilen teilweise § 52 Nr. 4 VG als Nichtigkeitsgrund angeführt, welcher besagt, dass ein Vertrag nichtig ist, wenn dadurch das öffentliche Interesse beeinträchtigt wird.⁷⁵ Eine Auffassung geht deswegen sogar dazu über, § 52 Nr. 5 VG durch § 52 Nr. 4 VG absorbieren zu lassen.⁷⁶ Die Erweiterung des Umfangs zwingender Rechtsnormen findet durchaus Zustimmung in der Literatur,⁷⁷ da gerade manche wichtige Wirtschaftsbereiche nur durch Satzungen geregelt sind, welche schneller verabschiedet werden können.⁷⁸ Auch wird aus historischer

60 F. Huang (Fn. 48), 48.

61 C. Ji (Fn. 57), 45–47 m. w. N.; Y. Wang (Fn. 52), 279; ders. (Fn. 35), 153; H. Xie, Legality of Legal Acts: The Influence of Public Law on the Validity of Legal Acts and its Limitations, China Social Science 2007/6, 126.

62 C. Ji (Fn. 57), 47.

63 W. Jiang (Fn. 36), 64; Y. Wang (Fn. 35), 154 f.

64 Im geltenden chinesischen Recht wird nur die Existenz schuldrechtlicher Verträge anerkannt. Vgl. Bu, JZ 2010, 27.

65 Y. Zhai/Y. Liu, Compulsory Norms in Real Right Law and Validity of Creditor's Contract: Focusing on Unauthorized Transfer of Collateral, Modern Law Review 2012/3, 58.

66 Erlassen am 28. 10. 2010 und in Kraft gesetzt am 1. 4. 2011; deutsche Übersetzung von Pißler, ZChinR 2010, 376; eine weitere Übersetzung von Cammerer, Das reformierte Internationale Privatrecht der Volksrepublik China, RIW 2011, 230; Pißler Das neue Internationale Privatrecht der Volksrepublik China, RabelsZ 76, 1.

67 R. Qin, IPRax 2011, 604.

68 Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des „Gesetzes der Volksrepublik China über das anwendbare Recht auf zivilrechtliche Beziehungen mit Außenberührung, erlassen am 28. 12. 2012 und in Kraft gesetzt am 7. 1. 2013; deutsche Übersetzung von Leibkühler, ZChinR 2013, 107.

69 Deutsche Übersetzung von Münzel, Chinas Recht, 12. 4. 86/1.

70 R. Liu, Die Anwendung von „Unmittelbar anwendbares Recht“ in China, Studies in Business and Law 2013/3, 78; R. Qin, IPRax 2011, 604, 607.

71 T. Xue, IPRax 2014, 209.

72 R. Liu (Fn. 70), 80.

73 Y. Zhai/Y. Liu (Fn. 65), 56 m. w. N.

74 Interim Measures for the Management of the Transfer of the State-owned Property Right of Enterprises, erlassen am 31. 12. 2003 und in Kraft gesetzt am 1. 2. 2004.

75 Z. Huang (Fn. 55), 64 m. w. N.

76 Z. Huang (Fn. 55), 69 ff.

77 H. Xie (Fn. 61), 134 ff.; Z. Huang (Fn. 55), 64 m. w. N.

78 Z. Yuan et al., Rechtsfolge bei Transaktionen mit staatseigenen Aktien, die über die vorgesehene Börse gehandelt werden, Legal Science 2009/11, 144.

Sicht argumentiert, dass die Einschränkung auf Rechtsnormen eines bestimmten Ranges⁷⁹ mangels der Möglichkeit einer Normenkontrolle in der Zeit vor der Verabschiedung des VG als brisant galt, gegenwärtig jedoch noch nicht so ausgeprägt sei, weil der Eingriff in die Privatautonomie durch Satzungen nicht mehr sehr verbreitet ist.⁸⁰

Eine weitere Frage bezüglich der Quellen zwingender Rechtsnormen ist die, ob solche Normen ausschließlich aus dem öffentlichen Recht stammen müssen. Dazu wollen manche Autoren entweder das Zivilrecht⁸¹ oder das Sachenrecht⁸² von den zwingenden Rechtsnormen im Sinne des § 52 Nr. 5 VG ausgrenzen, weil ansonsten Kollisionen innerhalb des Zivilrechts entstehen können. Diese Auffassung, selbst wenn ihr zugestimmt wird, hat nicht zuletzt deshalb beschränkten Nutzen, weil viele chinesische Zivilrechtsgesetze Mischgesetze sind und öffentlich-rechtliche Elemente beinhalten.⁸³ Die Rechtsprechung und die Mehrheit in der Literatur lehnen diese Einschränkung ab und betrachten Verfassungsrecht, Strafrecht, Verwaltungsrecht oder auch Zivilrecht als mögliche Quellen zwingender Rechtsnormen.⁸⁴

IV. Das Verhältnis zwischen der Genehmigungspflicht und den zwingenden Rechtsnormen

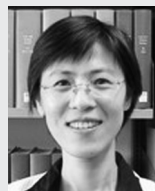
Da die Genehmigungspflicht theoretisch ebenfalls den zwingenden Rechtsnormen zugeordnet werden könnte, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen § 44 Abs. 2 VG und § 52 Nr. 5 VG. In der Literatur wird dazu die Auffassung vertreten, dass § 52 Nr. 5 nur Verbotsnormen erfasse, während sich § 44 Abs. 2 auf Gebotsnormen beziehe, so dass eine Überschneidung zwischen beiden Normen ausgeschlossen sei.⁸⁵ Einer anderen Ansicht zufolge ist § 52 Nr. 4 VG gegenüber § 52 Nr. 5 VG als *lex specialis* zu verstehen und bei genehmigungsbedürftigen Verträgen vorrangig anzuwenden.⁸⁶ Vertreten wird auch die Meinung, dass sich die Genehmigungspflicht im Sinne von § 44 Abs. 2 VG nur auf beschränkte Typen von Genehmigungen wie Joint-Venture-Verträge beschränke, während alle anderen Genehmigungspflichten zwingenden Normen im Sinne des § 52 Nr. 5 VG zugeordnet werden könnten.⁸⁷

Hierzu ist anzumerken, dass eine Normenkonkurrenz in der Regel ausgeschlossen ist, solange sich die Genehmigungspflicht auf den Vertragsabschluss selbst richtet. Sonst wären alle genehmigungspflichtigen Verträge nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig, was weder dem Gesetzestext noch dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Hingegen könnte die Genehmigungspflicht als eine zwingende Norm betrachtet werden, wenn nicht der Vertrag, sondern die Verkehrsfähigkeit des Vertragsgegenstandes die Erteilung einer Genehmigung voraussetzt.⁸⁸ Ein weiterer Anwendungsfall von § 52 Nr. 5 VG könnte in der Person der Vertragsparteien liegen. So stellt der Mangel einer gesetzlich vorgeschriebenen Fachqualifikation bei einer Vertragspartei aus Sicht des OVG einen Nichtigkeitsgrund nach § 52 Nr. 5 VG dar. In solchen Fällen betrifft die Genehmigungspflicht nicht einen konkreten Vertrag, sondern die Vertragspartei selbst. Beide Fälle können unter die Verletzung einer vorgelagerten Genehmigungspflicht subsumiert werden. Die Verletzung der Genehmigungspflicht könnte auch dann zur Nichtigkeit des Vertrags führen, wenn dadurch ein anderer Nichtigkeitsstatbestand verwirklicht wird.

V. Schlussbemerkung

Insgesamt ist in Bezug auf die Wirkung nicht genehmigter, aber genehmigungsbedürftiger und rechtswidriger Verträge eine Liberalisierungstendenz zu beobachten. Die Förderung des Wirtschaftsverkehrs und der Privatautonomie wird zunehmend von chinesischen Gerichten als ein Rechtsprinzip bei der Beurteilung der Wirkung von Verträgen anerkannt. Zu den genehmigungsbedürftigen Verträgen ist erkennbar, dass die Rechtsprechung die Genehmigungspflicht von der Wirksamkeit des Vertrags abkoppelt, obwohl die dogmatische Begründung dazu noch Fragen aufwirft. In Bezug auf die Rechtsfolge herrscht jedoch noch Unklarheit. Beim zwingenden Recht geschieht wohl wie in Deutschland hauptsächlich eine Einzelfallabwägung. Es empfiehlt sich, die Interessenabwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorzunehmen. Zwar besteht in China keine Fallgruppenbildung, dafür werden aber justizielle Auslegungen zur Ermöglichung von mehr Rechtssicherheit geschaffen.

Gegenwärtig kann das Gericht nur über die Wirksamkeit eines Vertrags entscheiden und die zuständige Behörde nur über die verwaltungsrechtliche Sanktionen. Damit das vorgesehene Regulierungsziel einer Genehmigungspflicht oder einer zwingenden Norm erreicht werden kann, sollten sich Gerichte und Behörden künftig stärker miteinander abstimmen.⁸⁹ Um die ganze Problematik sachgerechter zu lösen, ist jedoch ein Wandel in der Verwaltungskultur in Richtung einer Liberalisierung erforderlich. Dies wurde bereits durch die Gründung der Freihandelszone in Shanghai signalisiert.⁹⁰ Eine nationale Ausbreitung dieses Ansatzes wäre eine wichtige politische und wirtschaftliche Reformmaßnahme, zu der sich die neue chinesische politische Führung bekennt.⁹¹



Professor Dr. Yuanshi Bu, LL.M. (Harvard)

Seit 2007 Leiterin des Instituts für internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. Zuvor hat sie Rechtswissenschaft in Nanjing, Göttingen und Cambridge studiert und in Bern promoviert. Vor ihrer Berufung als Professorin war die Verfasserin als Rechtsanwältin bei der Homburger AG in Zürich tätig; daneben besitzt sie die chinesische Anwaltsqualifikation und die Anwaltszulassung im US-Bundesstaat New York.

79 F. Huang (Fn. 48), 45.

80 F. Huang (Fn. 48), 45.

81 P. Sun, Über die Wirkung des Verstoßes gegen zwingende Rechtsnormen, *Studies in Law and Business* 2006/5, 123; H. Xie (Fn. 61), 129 f.; Z. Huang (Fn. 55), 57 ff. m. w. N.

82 Y. Zhai/Y. Liu (Fn. 65), 56 f.

83 So auch Z. Huang (Fn. 55), 59 m. w. N.

84 F. Huang (Fn. 48), 44 f.; Z. Huang (Fn. 55), 70; Z. Xu (Fn. 52), 55.

85 Y. Wang (Fn. 52), 279; ders. (Fn. 35), 22.

86 G. Wu (Fn. 20), 100.

87 J. Cui, Der Anwendungsumfang von § 44 Abs. 2 VG darf nicht blind ausgedehnt werden, *Peking University Law Journal* 2013/6, 1314.

88 In diesem Sinne auch J. Cui (Fn. 87).

89 Z. Xu (Fn. 52), 58 f.

90 Die Freihandelszone Shanghai wurde im September 2013 eröffnet und dient als Experimentierfeld für das künftige Wirtschaftssystem in China. Innerhalb des 29 km großen Gebietes sollen verschiedene Reformen „getestet“ werden, die im Falle eines Erfolgs später auf das ganze Land ausgedehnt werden können. Ziel der Freihandelszone ist es, die Korruption zu bekämpfen, die chinesische Wirtschaft zu liberalisieren und einen freien und fairen Wettbewerb zu schaffen.

91 Lorenz, Reformpläne für China: Markt und Macht, Spiegel-Online vom 12. 11. 2013.