

Arbeitspapiere des ostasiatischen Rechts und der Rechtsvergleichung

Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Xuyang Huo

Die Autorin ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien bei Frau Prof. Dr. Yuanshi Bu.

Gliederung

Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	1
Erster Teil: Allgemeines zu AGBs.....	1
I. Einleitung	1
II. Die Rechtfertigung der Kontrolle der AGBs und deren Schutzzweck	2
1. Fragestellung.....	2
2. Liegt der Schutzzweck im Verbraucherschutz?.....	2
3. Schutz vor Ausnutzung der Vertragsfreiheit als Zweck ?	3
4. Der Schutz der Selbstbestimmung.....	4
a) Die historischen Grundlagen der Vertragsfreiheit	4
b) Der Wegfall der Grundlagen in der modernen Gesellschaft.....	4
c) Die Bewahrung der Selbstbestimmung.....	5
5. Untersuchungsergebnis und Bedeutung der Rechtfertigung der AGB-Kontrolle .	5
Zweiter Teil: Analyse der AGB-Vorschriften in China.....	6
III. Die rechtlichen Grundlagen von AGB-Kontrolle.....	6
1. Die rechtlichen Grundlagen der AGB-Kontrolle auf nationaler Ebene.....	6
a) Vertragsgesetz und die Auslegung vom Obersten Volksgerichtshof.....	6
b) Andere einschlägige Rechtsnormen.....	7
2. Die rechtlichen Grundlagen der AGB-Kontrolle auf lokaler Ebene.....	7
3. Normenhierarchie der einschlägigen Rechtsnormen	8
IV. Definition der AGBs und Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften im CVG...9	9
1. Die Terminologie der AGBs in den chinesischen Gesetzen.....	9
2. Definition der AGBs und Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften.....	9
a) Vertragsbedingungen	10
b) Vorformulierung durch eine Partei	10
c) Für wiederholte Verwendung.....	11
d) Stellen	12
aa) Bestimmung nach deutschem Gesetz	12
bb) Fehlen der ausdrücklichen Nennung des „Stellens“ als Merkmal im CVG	13
cc) Die Gründe für das Fehlen des „Stellens“ als Merkmal.....	13
dd) Die Notwendigkeit der Nennung des „Stellens“ als Merkmal.....	13
ee) „Stellen“ beim Verbrauchervertrag	14
e) Keine Aushandlung beim Vertragsabschluss.....	15

3. Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich	15
4. Persönliche Anwendungsbereiche der AGB-Vorschriften	15
a) Unternehmerischer Verkehr	15
b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	16
V. Einbeziehungsvoraussetzungen der AGBs und die Folgen der Nichterfüllung	17
1. Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 39 I CVG	17
2. Anwendungsumfang der Einbeziehungskontrolle	17
3. Erfordernisse bei der Einbeziehungskontrolle	18
4. Folgen bei Nichterfüllung der Voraussetzungen	19
5. Kollidierende AGBs	19
a) Kein Zustandekommen des Vertrags	20
b) Theorie des ersten Angebots	20
c) Theorie des letzten Wortes	20
d) Keine Einbeziehung der kollidierenden AGBs	20
VI. Auslegung der AGBs	21
1. Modifikation des § 125 CVG	21
2. Sonderregelungen bei der Auslegung der AGBs	21
VII. Inhaltskontrolle der AGBs	22
1. Rechtsnatur der Kontrolle	22
a) Behördliche Kontrolle	22
b) Natur der Inhaltskontrolle der §§ 39 ff. CVG	22
2. Anwendungsumfang der Inhaltskontrolle	24
3. Untersuchung der Inhaltskontrolle nach § 40 CVG	26
a) Der Verweis auf §§ 52 und 53 CVG	26
b) Konkrete Klauselverbote nach § 40 2. Alt. CVG	27
aa) Verständnis des Wortlauts „Haftung“	27
bb) Der Konflikt zwischen § 39 I und § 40 2. Alt. CVG	28
cc) Erhöhung der „Haftung“ der anderen Vertragspartei	29
dd) Ausschließung der wesentlichen Rechte des Vertragspartners	29
c) Abschließende Aufzählung?	29
d) Rechtsfolgen beim Verstoß gegen § 40 CVG	29
VIII. Ein Blick in die Entwürfe des chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs	30
1. Entwurf der Forschungsgruppe von Prof. Liming Wang	30
2. Entwurf der Forschungsgruppe von Prof. Huixing Liang	30

Dritter Teil: Abgrenzung und Beziehung zum Mustervertrag	32
IX. Praxisbezogenes Problem: Mustervertrag	32
1. Allgemeines zum Mustervertrag	32
2. Rechtsnatur des Mustervertrags	32
3. Auffassungen in der chinesischen Rechtsprechung, Gesetzgeberischen Erklärung und Literatur	34
a) Rechtsprechung und Stellungnahme	34
aa) Rechtsprechung	34
bb) Stellungnahme zur Rechtsprechung	35
b) Gesetzgeberische Erklärung	36
c) Literatur und Stellungnahme	36
aa) Überwiegende Auffassung	36
bb) Stellungnahme	37
cc) Mindermeinung	37
4. Prüfung anhand der AGB-Definition	37
a) „Vertragsbedingungen“ und „für wiederholte Verwendungen“	38
b) Vorformulierung	38
c) Stellen	39
aa) Einseitige Einbeziehung	39
bb) Beiderseitige Einbeziehung	40
cc) Einbeziehung auf Vorschlag von unparteiischen Dritten	41
dd) Besonderheit bei den Verbraucherverträgen	42
d) Kein Aushandeln	42
e) Zwischenergebnis	43
5. Eine Inhaltskontrolle außerhalb der AGB-Vorschriften	43
a) Eine analoge Anwendung der AGB-Vorschriften	43
b) Kontrolle aus anderen Grundsätzen	44
aa) Bedürfnis nach einer Kontrolle	44
bb) Möglichkeit der Kontrolle außerhalb der AGB-Regelungen	44
cc) Grundlage für die Kontrolle	44
Vierter Teil: Schlussfolgerung	46
X. Schlussfolgerung	46
Anhang I: Chinesische Literatur	47
Anhang II: Chinesische Gesetze	49

Anhang III: Literaturverzeichnis.....	55
---------------------------------------	----

Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Erster Teil: Allgemeines zu AGBs

I. Einleitung

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs) gewinnen im wirtschaftlichen Leben in China seit der wirtschaftlichen und politischen Reform zunehmend an Bedeutung. AGBs werden verbreitet bei den Geschäften mit Bank, Post sowie Kommunikationsunternehmen und zwischen den unternehmerischen Verkehr angewandt. Trotzdem ist erst seit 1994 eine allgemeine Bestimmung über AGBs im Gesetz über Schutz der Rechte und Interessen des Verbrauchers der VR China (CVerbrSchG)¹ geschaffen worden. Seit Inkrafttreten des Vertragsgesetzes (CVG)² im Jahre 1999 wurden die AGBs zum ersten Mal durch drei Vorschriften relativ detailliert geregelt und stellen seitdem eine Rechtsgrundlage für die Praxis dar. Jedoch sind die Vorschriften auf der einen Seite nicht hinreichend ausführlich und vollständig, auf der anderen Seite weisen sie an manchen Stellen scheinbare inhaltliche Widersprüche auf. Deshalb führen sie bei der Anwendung zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

Es ist noch ein neues Thema in China, wie die AGBs zu regulieren sind. Untersuchungen über AGBs konzentrieren sich entweder auf die Untersuchung der Vorteile bzw. Nachteile der AGBs oder die Vorstellung der ausländischen Gesetzgebung. Die praxisrelevante Frage, wie die AGB-Vorschriften im CVG bezüglich der konkreten Streitigkeiten anzuwenden sind, lenken die Interessen der Wissenschaftler noch nicht auf sich. Fragen so wie, welche einseitig vorformulierte Klauseln den AGBs zugeordnet werden können, welche Voraussetzungen bei der Einbeziehung der AGBs erfüllt werden müssen sowie welche Klauseln der Inhaltskontrolle unterliegen sollen usw. bedürfen der einheitlichen Antworten. Hinsichtlich dieser Situation baut sich diese Arbeit auf die vorhandene Gesetze auf und zielt drauf ab, die Unklarheiten bei der AGB-Kontrolle in China zu beleuchten.

In dieser Arbeit wird zunächst ein kurzer Blick auf die dogmatische Auseinandersetzung mit der Rechtfertigung der AGB-Kontrolle geworfen. Im zweiten Teil konzentriert sich die Arbeit auf die chinesischen AGB-Vorschriften im CVG. Zunächst werden die rechtlichen Grundlagen der AGBs in China dargestellt. Dann befasst es sich eingehend mit den Themen des Begriffs, des Anwendungsbereiches, der Einbeziehungskontrolle, der Auslegung sowie der Inhaltskontrolle der AGBs. Dabei wird versucht, vor allem die einschlägigen Bestimmungen zu analysieren, um dann die Unklarheit im Gesetz zu erörtern. Im Hinblick auf die Rechtspraxis der AGBs legt die Arbeit im dritten Teil den Schwerpunkt auf die Musterverträge, bei deren Anwendung häufig Schwierigkeiten auftreten. Dabei werden zunächst die durch die chinesischen Gerichte entschiedenen Fälle besprochen - insbesondere deren Begründungen. Die Auffassungen in der chinesischen Literatur und der gesetzgeberischen Erklärung werden auch berücksichtigt. Danach folgt eine Prüfung anhand der Merkmale der AGBs, um zu beurteilen, ob Vertragsbedingungen in den Musterverträgen den AGB zugeordnet werden können und deshalb der AGB-Kontrolle im CVG unterliegen sollen. Angesichts der Rechtsrezeption der deutschen Gesetze - insbesondere auf dem Gebiet

¹ Gesetz über Schutz der Rechte und Interessen des Verbrauchers der VR China (消费者权益保护法), verabschiedet und bekanntgemacht am 31.10.1993, in Kraft seit dem 01.01.1994.

² Vertragsgesetz der VR China (合同法), verabschiedet am 15.03.1999 auf der 2. Sitzung des 9. Nationalen Volkskongresses, bekanntgemacht am 15.03.1999, in Kraft seit dem 01.10.1999.

des Zivilrechts und der grundlegenden Dogmatik in China und der Ähnlichkeit zwischen den ABG-Vorschriften in China und Deutschland wird für die Untersuchung dieses Problems das einschlägige deutsche Gesetz und Literatur dazu herangezogen. Eine Schlussfolgerung als vierter Teil schließt diese Arbeit ab.

II. Die Rechtfertigung der Kontrolle der AGBs und deren Schutzzweck

1. Fragestellung

Das Prinzip der Privatautonomie ist für das durch den Liberalismus geprägte Privatrecht von wesentlicher Bedeutung. Unter diesem Grundsatz ist zu verstehen, dass dem Einzelnen die Möglichkeit zur Verfügung steht, die Rechtsverhältnisse nach seinem Willen zu gestalten.³ Im Bereich des Vertragsrechts wird die Privatautonomie als Vertragsfreiheit konkretisiert. In Gestalt der Vertragsfreiheit wird sie vor allem als Befreiung von staatlichen Eingriffen betrachtet.⁴ Das CVG erkennt dieses grundlegende Prinzip in § 4 an. Freilich scheint die AGB-Kontrolle, insbesondere die Inhaltskontrolle der AGBs,⁵ die einen Eingriff in die private Rechtsbeziehung darstellt, aber der Privatautonomie entgegenzustehen. Aus diesem Grund ist es notwendig, die Rechtfertigung der AGB-Kontrolle und deren Schutzzweck zu erforschen. Da diese Auseinandersetzung nicht nur chinesische Gesetze betrifft, und außerdem eine allgemeine theoretische Bedeutung besitzt, werden in der folgenden Diskussion die Begründungen in der deutschen Literatur auch berücksichtigt und zitiert.

2. Liegt der Schutzzweck im Verbraucherschutz?

Die chinesische AGB-Kontrolle kommt zunächst im CVerbrSchG zur Geltung. Laut diesem liegt es nahe, dass das Bedürfnis nach einer AGB-Kontrolle in dem Verbraucherschutz liegen soll. Es wird behauptet,⁶ dass die sich gegenüberstehenden Belange und das ungleiche Machtverhältnis zwischen Unternehmen und Verbraucher den Letzteren in eine so gefährliche Lage versetzen, dass dessen Interessen stark gefährdet werden. Aufgabe der AGB-Kontrolle sei es daher, diese ungleiche Beziehung zu korrigieren und den benachteiligten Verbraucher zu beschützen.

Obwohl die AGB-Kontrolle in der Tat die Funktion des Verbraucherschutzes aufweist, ist diese Argumentation nicht überzeugend. Eine Ansicht gegen die Verbraucherschutztheorie lässt sich vor allem aus dem CVG entnehmen. Vor allem kann der Verbraucher in der Praxis gemäß dem CVG möglicherweise selbst der Verwender der AGBs sein und daher der AGB-Kontrolle unterliegen. In der Verbraucherschutztheorie wird dieses Phänomen nicht zureichend erklärt. Außerdem ist nach dem Wortlaut und einer systematischen Auslegung anerkannt,⁷ dass die AGB-Kontrolle im CVG auch auf Verträge zwischen Unternehmen Anwendung findet. Selbst wenn die Verbraucherschutztheorie eine Rechtsgrundlage für staatliche Eingriffe in Verbraucherverträge anbietet, ist sie nicht in der Lage, ihre Anwendung auf die Verträge im unternehmerischen Verkehr zu rechtfertigen. Überdies ist das Schutzbedürfnis der Verbraucherschutztheorie auf die wirtschaftliche Unterlegenheit des Verbrauchers zurückzuführen.⁸ Angenommen, die Kontrolle würde sich nach dem Verbraucherschutz richten, sollte zumindest auf das zugrundeliegende Merkmal der

³ *Leipold*, S. 99.

⁴ *Wolf*, S. 9.

⁵ Die AGB-Kontrolle beinhaltet zwei Schritte: Die Einbeziehungskontrolle und die Inhaltskontrolle.

⁶ *Daoming Hao/Xianglin Zhang*, *Journal of Yangtze University (Social Science)*, Vol. 33, No. 3, S. 183, 184.

⁷ Siehe Kapitel IV 3 a.

⁸ *Stein*, S. 38.

Unterwerfungssituation des Verbrauchers als Voraussetzung der Anwendung der AGB-Vorschriften hingewiesen werden.⁹ Offensichtlich berücksichtigt der Gesetzgeber im CVG dieses materielle Kriterium aber nicht; es werden lediglich formelle Kriterien wie „für die wiederholte Verwendung“ und „Vorformulierung“ zum Ausdruck gebracht. Folglich ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Verbraucherschutztheorie die AGB-Kontrolle nicht völlig legitimieren kann.

3. Schutz vor Ausnutzung der Vertragsfreiheit als Zweck ?

In der gesetzgeberischen Erklärungsdokumentation¹⁰ von dem Gesetzausschuss des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses¹¹ wird der Rechtfertigungsgrund der AGB-Kontrolle kurz angesprochen. Sie besagt, dass der Nachteil der Verwendung der AGBs darin liege, dass die Partei in der Regel ihre Überlegenheit ausnutze, um Vertragsbedingungen zu ihren Gunsten und zu Lasten des Vertragsgegners zu stellen. Aus diesem Grund sollen die AGBs durch Gesetze reguliert werden.¹² Diese Behauptung scheint die These zur Bekämpfung der Ausnutzung der Vertragsfreiheit zu unterstützen. Diese Argumentation wird auch von anderen Autoren verfolgt.¹³ Unbestreitbar besteht tatsächlich die Möglichkeit des Missbrauchs bei der Verwendung von AGBs, und dieses Phänomen ist auch nicht selten. Jedoch kann dieser Ansicht m.E. nicht zugestimmt werden.

Zunächst darf die Möglichkeit und die Neigung zur Ausnutzung bei Verwendung der AGBs mit der Tatsache, dass die missbräuchliche Nutzung in der Tat auftritt, nicht gleichgesetzt werden. Nach dem Begriff der AGBs wird keine Differenzierung der beiden Situationen abhängig von einer tatsächlich vorliegenden Ausnutzung gemacht. Aber beide fallen in den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle. Wenn der Rechtfertigungsgrund der Kontrolle in der Bekämpfung der Ausnutzung gesehen wird, ist es unverständlich, warum die Kontrolle auch im Falle keiner bestehenden Ausnutzung eingreifen sollte. Außerdem basiert die Beurteilung des Missbrauchs stets auf einer komplexen Lebenssituation, wodurch die Rechtssicherheit beeinträchtigt werden kann.

Zweitens liegt die Gefahr der einseitigen Ausnutzung vor, sofern ein wirtschaftliches oder soziales Machtungleichverhältnis besteht – unabhängig davon, ob der Vertragsabschluss durch AGBs oder Individualverträge geführt wird. Trotzdem beschränkt sich diese Kontrolle nur auf AGBs. Dies lässt sich schwer mit dem Gebot der Gleichbehandlung in Einklang bringen.¹⁴

Letztlich ist der Missbrauchsgedanke nicht in der Lage den Ausnahmetatbestand des „Aushandelns“ zu erklären. Nach sowohl § 39 II CVG auch § 305 I 3 BGB sind die für die wiederholte Verwendung vorformulierten Vertragsbedingungen kontrollfrei, wenn sie von den Vertragsparteien später ausgehandelt werden. Die einhellige Meinung verdeutlicht, dass es für das Beurteilen, ob ein Aushandeln vorliegt, genügt, wenn der Verwender ernsthaft bereit ist, die Bedingungen zu ändern.¹⁵ Ob das Ergebnis des Aushandelns eine Verbesserung der Rechtsposition des Vertragspartners, keine Änderung, oder sogar eine Änderung der Bedingungen zu Lasten des Partners zur Folge

⁹ Im deutschen Recht dazu: *Stein*, S. 31.

¹⁰ *Kangsheng Hu*, S. 74.

¹¹ Gemäß § 7 I Gesetzgebungsgesetz der VR China (立法法) üben der Nationale Volkskongreß und der Ständige Ausschuß des Nationalen Volkskongresses die staatliche Gesetzgebungsgewalt aus. Außerdem ist der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses nach § 42 Gesetzgebungsgesetz I der VR China befugt, die Gesetze auszulegen.

¹² *Kangsheng Hu*, S. 74.

¹³ *Lili Zhu*, S. 1.

¹⁴ *Stein*, S. 36.

¹⁵ Im deutschen Recht dazu: *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 20; *Stoffels*, Rn. 148.

hat, bleibt außer Betracht. Der Hintergrund für die Bekämpfung des Missbrauchs liegt jedoch darin, das durch den AGB-Verwender einseitig vernachlässigte Interesse des Vertragspartners zu schützen.¹⁶ Würde der Missbrauchsgedanke von den Gesetzgebern berücksichtigt, wäre es erforderlich, dass das Ergebnis des Aushandelns keine Benachteiligung des Vertragspartners sein müsste, und der Gesetzgeber die ausgehandelten Bedingungen nicht ungeachtet ihrer Folgen aus dem Anwendungsbereich ausschließen sollte. Aber in der Tat ist eine solche Änderung zu Gunsten des Vertragspartners nicht erforderlich. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber den Schutzzweck der AGB-Kontrolle nicht in der Bekämpfung der Ausnutzung sieht. Daraus lässt sich schließen, dass die AGB-Kontrolle nicht in erster Linie der Bekämpfung des Missbrauchs der Vertragsfreiheit dient, obgleich sie dazu verhelfen kann.

4. Der Schutz der Selbstbestimmung

Die AGB-Kontrolle, die sowohl Einbeziehungskontrolle als auch Inhaltskontrolle darstellt, scheint in die Vertragsfreiheit der Vertragsparteien einzugreifen. Aber wenn diese Problematik unter der Betrachtung des modernen Vertragsrechts untersucht wird, lässt sich beweisen, dass die AGB-Kontrolle gerade die Aufgabe der Sicherung der Selbstbestimmung, die im Zentrum der Vertragsfreiheit steht und zum Funktionieren der Vertragsfreiheit verhilft,¹⁷ erfüllt.

a) Die historischen Grundlagen der Vertragsfreiheit

Der Grundsatz der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit, entwickelt aus der Römischen Rechtstradition,¹⁸ erfuhr seine Prosperität im 18. Jahrhundert und wurde durch die allmähliche Festlegung in den bürgerlichen Gesetzbüchern der Europäischen Länder im 19. Jahrhundert verbreitet anerkannt.¹⁹ Dieses Prinzip beruht auf zumindest zwei Grundlagen:²⁰ Zum einen hat der Gedanke des klassischen Liberalismus dazu ausschlaggebend beigetragen. In wirtschaftlicher Hinsicht geht er davon aus, dass der am Rechtsverkehr teilnehmende Einzelne sowohl gleichberechtigt als auch vernünftig sei, und deshalb geeignetster Bewahrer seiner eigenen Interessen. Durch die Selbstbestimmung der Vertragsparteien konnte ein optimaler Interessenausgleich zwischen den beiden erreicht werden.²¹ Zum anderen waren in den damaligen Märkten alle Teilnehmer relativ gleichberechtigt und besaßen gleiche wirtschaftliche Macht, daher bestand die Möglichkeit des freien Wettbewerbs. Auf dieser Basis konnten die Vertragsparteien die Vertragspartner frei wählen und mit ihnen die Rechtsbeziehung nach eigenem Willen gestalten.²²

b) Der Wegfall der Grundlagen in der modernen Gesellschaft

Die Entwicklung der Gesellschaft bringt fortwährend zahlreiche Wandlungen mit sich, nach denen die klassische Vertragstheorie nicht mehr passen kann. Die abstrakt fingierten „gleichen und freien“ Einzelnen befinden sich wegen konkreter unterschiedlicher Fähigkeiten und der Spezialisierung bei der Arbeitsteilung im Ungleichgewicht.²³ Darüber hinaus stehen die freien Märkte dem Einzelnen nicht mehr

¹⁶ Stein, S. 36.

¹⁷ Wolf, S. 19.

¹⁸ Haopeng Su, S. 16 ff.; Mingda Huang/Yumin Zhang, S. 103 ff.

¹⁹ Wolf, S. 9; Mingda Huang/Yumin Zhang, S. 110 ff.

²⁰ Andere Argumentation: Haopeng Su, S. 22 ff.; Mingda Huang/Yumin Zhang, S. 124 ff.; Lili Zhu, S. 8 ff.

²¹ Mingda Huang/Yumin Zhang, S. 124.

²² Mingda Huang/Yumin Zhang, S. 126 ff.

²³ Haopeng Su, S. 24.

zur Verfügung. Dies ist einerseits auf die nicht ausreichenden Informationen, andererseits auf die Entstehung von Monopolen zurückzuführen.²⁴ Nach alledem sind die Grundlagen der klassischen Vertragsfreiheit nicht mehr gegeben. Unter diesen Umständen kann der Einzelne seinen eigenen Willen wegen der wirtschaftlichen Unterlegenheit²⁵ oftmals nicht gegenüber einer stärkeren Partei durchsetzen. Das Festhalten an dem Prinzip, dass die Rechtsverhältnisse ohne staatliche Eingriffe allein durch private Rechtssubjekte geordnet werden sollten, würde dazu führen, dass die Entscheidungsfreiheit der Partei beeinträchtigt und ferner die Vertragsgerechtigkeit gefährdet würde. So ist der von *Schmidt-Rimpler*²⁶ besprochene Fall, dass die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus wegen der gestörten Vertragsparität nicht funktioniert, entstanden.

c) Die Bewahrung der Selbstbestimmung

Die Verwendung von AGBs entspricht gerade dem oben geschilderten Umstand, der einen Eingriff des Staates erfordert, um Vertragsgerechtigkeit zu sichern. Diese Theorie wird ferner durch den Wortlaut des Gesetzes bestätigt. Das Gesetz sieht das Merkmal „Aushandeln“ als eine Ausnahme von der AGB-Kontrolle vor. Dies impliziert, dass das Abschlussverfahren mit Aushandeln gerade dem idealen Vertragsabschlussvorgang des Gesetzgebers entspricht, und deshalb von der Kontrolle freigestellt wird. Von dieser Überlegung ausgehend wird darauf hingewiesen, welche Kriterien von dem Gesetzgeber als Grund für die Befreiung bzw. Unterwerfung angesehen werden. Der einzige Unterschied zwischen dem ausgehandelten Vertrag und dem anderen AGB-Vertrag liegt darin, dass der Vertragspartner beim Aushandeln freien Einfluss auf die Vertragsgestaltung nehmen kann, während bei letzterem dem Verwender die Gestaltungsmöglichkeit genommen ist. Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Kontrolle auf die Gewährleistung der Selbstbestimmung beim Vertragsabschluss abzielt.²⁷

5. Untersuchungsergebnis und Bedeutung der Rechtfertigung der AGB-Kontrolle

Nach der vorliegenden Untersuchung vermag es zu überzeugen, dass der Eingriff in den durch AGBs gestalteten Vertrag kein Ausschluss der Vertragsfreiheit ist, sondern die durch einseitig weggenommene Vertragsgestaltungsmöglichkeit geschaffene Fremdbestimmung beseitigt und dadurch Selbstbestimmung und Vertragsmechanismen wieder gewährleistet und letztlich die Vertragsgerechtigkeit sichert.

Die Untersuchung nach dem Rechtfertigungsgrund und dem Schutzzweck ist nicht nur von rein theoretischer Bedeutung. Nur wenn dies den Gesetzgebern und Richtern bekannt ist, wird es möglich, den Anwendungsbereich der AGB-Regelungen festzulegen und angemessene Maßnahmen für die AGB-Kontrolle zu treffen. Weiterhin ist diese Klarstellung, für die weitere Diskussion, wie z.B. ob eine analoge Anwendung der AGB-Regelungen auf Vertragsbedingungen, die nicht aus AGBs stammen, möglich ist, notwendig und erhellend.

²⁴ *Mingda Huang/Yumin Zhang*, S. 144 ff.

²⁵ Vgl. *Wolf*, S. 18: Seiner Ansicht nach sollte die intellektuelle und psychologische Unterlegenheit von der wirtschaftlichen Unterlegenheit unterschieden und nur Letztere als Ausgangspunkt für einen Eingriff der Kontrolle angesehen werden. Die Unterschiede liegen darin, dass „die intellektuelle und psychologische Unterlegenheit bereits die eigene Wertung und Erkenntnis des für richtig gehaltenen Interessenausgleichs ausschließt, während die wirtschaftliche Unterlegenheit der Durchsetzung der als richtig angesehenen Regelung im Wege steht“. Der Grund dafür sei folgender: „Während die intellektuelle Unterlegenheit das Problem der ordnungsgemäßen Verständigung betrifft, schließt die wirtschaftliche Unterlegenheit die Durchsetzung des in freier Entscheidung gebildeten Willens aus.“

²⁶ *Stoffels*, Rn. 82.

²⁷ *Stein*, S. 39 ff.

Zweiter Teil: Analyse der AGB-Vorschriften in China

III. Die rechtlichen Grundlagen von AGB-Kontrolle

In China sind die Gesetzgebungsbefugnisse und die Normenhierarchie im Gesetzgebungsgesetz²⁸ festgelegt. Nach diesem sind der Nationale Volkskongress (NVK) und sein Ständiger Ausschuss, der Staatsrat, die Abteilungen des Staatsrats und die lokalen Volkskongresse und ihre Ständigen Ausschüsse sowie die lokalen Regierungen zur Gesetzgebung befugt.²⁹

1. Die rechtlichen Grundlagen der AGB-Kontrolle auf nationaler Ebene

a) Vertragsgesetz und die Auslegung vom Obersten Volksgerichtshof

Die grundlegenden Regelungen über AGB-Kontrolle befinden sich in den §§ 39 – 41 CVG. § 39 I regelt zunächst die Pflichten des Verwenders bei der Einbeziehung der AGBs in den Vertrag. In § 39 II folgt die gesetzliche Definition der AGBs. Die Inhaltskontrolle ist in § 40 CVG verankert. Darin sind einige Arten von Klauseln, die zur Unwirksamkeit der Vertragsbedingungen führen können, aufgezählt. Weiterhin wird in § 40 CVG auf §§ 52, 53 CVG verwiesen, nach denen die Vertragsbedingungen stets unwirksam sind. In § 41 wird der Grundsatz der Auslegung im Streitfall vorgeschrieben. Eine Besonderheit stellt die justizielle Auslegung im chinesischen Rechtssystem dar. Gemäß dem Beschluss des Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses über die Verstärkung der Arbeit bei der Rechtsauslegung³⁰ ist die Befugnis dem Obersten Volksgerichtshof eingeräumt, die Gesetze bei der Anwendung auszulegen.³¹ Nach § 5 der Bestimmungen des Obersten Volksgerichtshofs über die justizielle Auslegung³² haben die justiziellen Auslegungen vom Obersten Volksgerichtshof die gleiche Gültigkeit wie Gesetze.³³ Deshalb muss die Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen bei der Anwendung des Vertragsgesetzes II³⁴ beachtet werden, in der §§ 6, 9, 10 die AGB-Vorschriften im CVG (§§ 39 ff.) weiter ausführen. § 6 bestimmt die Pflichten des Verwenders bei Einbeziehung der AGBs, § 9 regelt die Anfechtbarkeit von AGBs und § 10 beinhaltet die Tatbestände, wonach die AGBs unwirksam sind.

²⁸ Gesetzgebungsgesetz (立法法), verabschiedet und bekanntgemacht am 15.03.2000, in Kraft seit dem 01.07.2000.

²⁹ Bu, § 6 Rn. 32.

³⁰ Der Beschluss des Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses über die Verstärkung der Arbeit bei der Rechtsauslegung (全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议), verabschiedet und bekanntgemacht am 10.06.1981, in Kraft seit dem 10.06.1981.

³¹ Bu, § 4 Rn. 3.

³² Die Bestimmungen des Obersten Volksgerichtshofs über die justizielle Auslegung (最高人民法院关于司法解释工作的规定), verabschiedet am 11.12.2006, bekanntgemacht am 09.03.2007, in Kraft seit dem 01.04.2007.

³³ Ausführlich dazu: Bu, § 4 Rn. 3 ff.

³⁴ Die Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen zur Anwendung des Vertragsgesetzes II (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)), verabschiedet durch den Ausschuss des Obersten Volksgerichtshofs am 09.02.2009, bekanntgemacht am 24.04.2009, in Kraft seit dem 13.05.2009.

b) Andere einschlägige Rechtsnormen

Darüber hinaus beinhalten das CVerbrSchG und das Versicherungsgesetz der VR China (CversG)³⁵ auch jeweils eine AGB-Regelung. § 24 CVerbrSchG sieht eine Inhaltskontrolle der AGBs im Verbrauchervertrag vor. § 17 CversG bestimmt die Einbeziehungsvoraussetzungen von AGBs in Versicherungsverträgen.

Auf nationaler Ebene besteht noch eine Kontrolle der AGBs durch die State Administration for Industry and Commerce (SAIC) nach den *Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertrags*³⁶. §§ 9 bis 11 dieser Maßnahmen stellen eine Konkretisierung des § 40 CVG über die Inhaltskontrolle dar, zwar nur bei den Verbraucherverträgen. Einige Beispiele für Vertragsbedingungen, die die Haftungen des Verwenders ausschließen, die Haftungen des Vertragsgegners erhöhen oder die Rechte des Vertragsgegners aufheben, sind dabei jeweils aufgezählt. Gemäß diesen Maßnahmen ist Administration for Industry and Commerce (AIC) zuständig für die Aufsicht und dazu berechtigt, Bußgeld zu verhängen.

2. Die rechtlichen Grundlagen der AGB-Kontrolle auf lokaler Ebene

Auf der lokalen Ebene sind Volkskongresse und ihre Ständigen Ausschüsse sowie die Regierungen auf der Provinzebene nach § 63 I bzw. § 73 I Gesetzgebungsgesetz befugt, jeweils Bestimmungen bzw. Satzungen zu erlassen. Die Bestimmungen bzw. Satzungen sollen der Verfassung, den Gesetzen im formellen Sinne sowie den Verwaltungsverordnungen des Staatsrats nicht widersprechen. Die Befugnisse, lokale Bestimmungen bzw. Satzungen zu erlassen, werden auch größeren Städten³⁷ eingeräumt.

Seit 2000 wurden zahlreiche Regelungen über AGBs durch einzelne Provinzen erlassen. Aus 31 Provinzen (Hongkong und Macao ausgenommen) haben 23 Provinzen entweder Bestimmungen im Sinne des § 63 I Gesetzgebungsgesetz oder Satzungen im Sinne von § 73 I Gesetzgebungsgesetz über die Regulierung von AGBs erlassen.³⁸ Diese Regelungen erscheinen in unterschiedlichen Formen. Die meisten Provinzen³⁹ regeln die AGBs in den regionalen Verbraucherschutzbestimmungen. Einige Provinzen⁴⁰ haben spezielle regionale Bestimmungen über die Vertragsaufsicht vorgeschrieben, und manche Provinzen⁴¹ konzentrieren sich sogar unmittelbar auf die AGBs und entwerfen Bestimmungen über die AGB-Aufsicht. Auf der Basis der AGB-Vorschriften im CVG und im Rahmen der Gesetzgebungsbefugnisse ergänzen solche regionalen Bestimmungen und Satzungen die Vorschriften im CVG und dienen außerdem der Auslegung und Anwendung der AGB-Vorschriften im CVG.

³⁵ Versicherungsgesetz der VR China (保险法), verabschiedet und bekanntgemacht am 30.06.1995, in Kraft seit dem 01.10.1995.

³⁶ Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlungen im Bereich des Vertrags (合同违法行为监督处理办法), bekanntgemacht durch SAIC am 13.10.2010, in Kraft seit dem 13.11.2010.

³⁷ Größere Städte sind nach § 64 IV Gesetzgebungsgesetz Städte, die Sitz von Sonderwirtschaftszonen, Sitz der Regierung von Provinzen und autonomen Gebieten sind, sowie sonstige größere Städte, die als solche vom Staatsrat genehmigt worden sind.

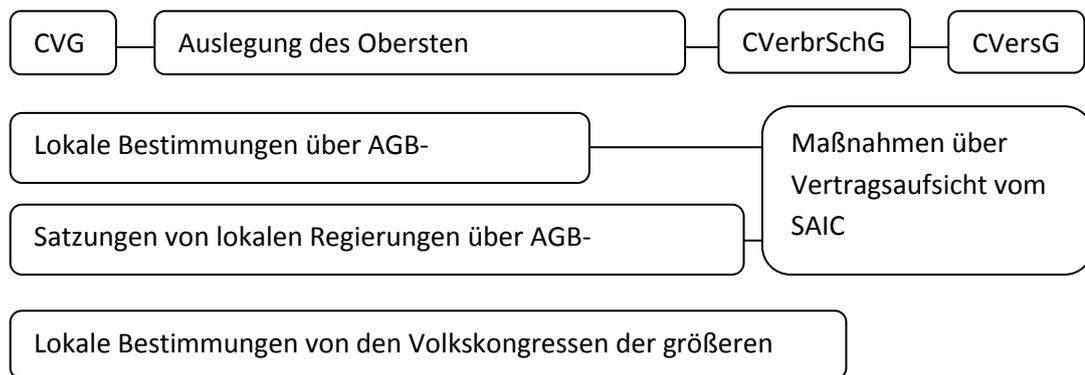
³⁸ Nach dem Gesetzgebungsgesetz können die Volkskongresse der Provinzen und die Ständigen Ausschüsse lokale Bestimmungen, und die lokalen Regierungen Satzungen erlassen. Bei der Normenhierarchie gehen die lokalen Bestimmungen den Satzungen vor. Ausführlich dazu: *Bu*, § 6 Rn. 35 ff.

³⁹ Beispielsweise: Ningxia, Shandong, Qinghai, Shaanxi, Fujian, Guangxi, Henan, Hunan, Shanghai, Tianjin.

⁴⁰ Beispielsweise: Anhui, Gansu, Guizhou, Hubei, Liaoning, Shanxi, Sichuan, Zhejiang, Jiangsu.

⁴¹ Beispielsweise: Jiangxi, Heilongjiang, Neimenggu, Xinjiang, Shanghai, Chongqing.

3. Normenhierarchie der einschlägigen Rechtsnormen



* Die Gesetze vom NVK und dem Ständigen Ausschuss stehen an der Spitze.

** Lokale Bestimmungen auf der Provinzebene gehen den Satzungen von lokalen Regierungen vor. *Die Maßnahmen über Vertragsaufsicht* vom SAIC (Abteilung des Staatsrats) und den lokalen Regierungen stehen auf demselben Rang. Die Hierarchie und der Anwendungsvorrang zwischen *den Maßnahmen über Vertragsaufsicht* vom SAIC und den lokalen Bestimmungen auf der Provinzebene sind im einzelnen Fall von der Entscheidung des NVKs abhängig.

*** Lokale Bestimmungen von den Volkskongressen der größeren Städte besetzen die letzte Stelle.

Die Normenhierarchie der Gesetze über die AGB-Regulierung wird durch dieses Schaubild dargestellt.

Gemäß § 7 I Gesetzgebungsgesetz steht die staatliche Gesetzgebungsgewalt nur dem NKV und seinem Ständigen Ausschuss zu. CVG, CVerbrSchG sowie CVersG sind durch den NVK und den Ständigen Ausschuss erlassen worden. Deshalb besetzen sie nach § 79 I Gesetzgebungsgesetz innerhalb der Normen über die AGB-Regulierung die erste Stelle. Da die Auslegungen vom Obersten Volksgerichtshof die gleiche Gültigkeit wie Gesetze aufweisen, steht die *Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen bei der Anwendung des Vertragsgesetzes II* mit CVG, CVerbrSchG sowie CVersG auf demselben Rang.

Außerdem sieht § 83 Gesetzgebungsgesetz vor, dass neue Gesetze vor den älteren Gesetzen Anwendung finden, wenn diese durch dasselbe Organ bezüglich derselben Angelegenheit verabschiedet worden sind. Demnach geht das CVG des Jahres 1999 dem CVerbrSchG von 1994 vor. Überdies haben die Sonderregelungen des CVersGs oder CVerbrSchGs nach § 83 Gesetzgebungsgesetz Vorrang, wenn die Streitigkeit die Angelegenheiten auf dem Gebiet des CVersGs oder CVerbrSchGs betreffen.

Gemäß § 56 ist der Staatsrat befugt Verwaltungsverordnungen zu erlassen. Außerdem können alle Ministerien und andere direkt dem Staatsrat unterstellten Organe Satzungen verkünden.⁴² *Die Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertragsgesetzes* vom SAIC zählen zu der Normengruppe der Satzungen der Abteilungen des Staatsrats. Sie steht unter dem CVG.

Hinsichtlich der Normen auf lokaler Ebene gehen die lokalen Bestimmungen der Volkskongresse und derer Ständigen Ausschüssen auf Provinzebene gemäß § 80 I Gesetzgebungsgesetz den lokalen Satzungen der Regierungen auf Provinzebene vor. Die Satzungen von den verschiedenen Abteilungen des Staatsrats und den lokalen Regierungen stehen auf demselben Rang (§ 82). Demnach hat *die Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertragsgesetzes* dieselbe Gültigkeit wie Satzungen der Regierungen auf Provinzebene.

⁴² Bu, § 6 Rn 61.

Das Gesetzgebungsgesetz schreibt vor, dass bei Streitigkeiten über Angelegenheiten, die in den Satzungen der Abteilungen des Staatsrats und den lokalen Bestimmungen unterschiedlich geregelt werden, der NVK entscheidet, es sei denn, dass die lokalen Bestimmungen nach der Meinung des Staatsrats Vorrang haben (§ 86 Nr. 2). Bei Streitigkeiten über Angelegenheiten, die in den Satzungen der Abteilungen des Staatsrats und den lokalen Satzungen unterschiedlich geregelt werden, entscheidet der Staatsrat (§ 86 Nr. 3).

An letzter Stelle finden die Satzungen der Regierungen von größeren Städten Anwendung.

IV. Definition der AGBs und Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften im CVG

1. Die Terminologie der AGBs in den chinesischen Gesetzen

Fachausdrücke für „AGB“ sind in den chinesischen Gesetzen nicht einheitlich. Das zeitlich früher entworfene CVerbrSchG verwendet in § 24 das Fachwort „standardisierter Vertrag“⁴³, während im CVG und im CVersG⁴⁴ sowie in vielen Satzungen auf lokaler Ebene von „den standardisierten Klauseln“⁴⁵ die Rede ist.

Der Ausdruck „standardisierter Vertrag“ erweckt in der chinesischen Sprache den Eindruck, dass der gesamte Vertrag aus AGBs, also den für die wiederholte Verwendung vorformulierten Bedingungen, gebildet werden muss. Jedoch trifft dieses Verständnis m.E. nicht zu, weil sie einen extrem kleinen Umfang deckt und zur Folge hätte, dass das CVerbrSchG auf einzelne standardisierte Bedingungen in einem individuell vereinbarten Vertrag keine Anwendung finden würde. Eine solche Unterscheidung bei der Anwendung zwischen „Bedingungen“ und „Vertrag“ ist willkürlich und widerspricht offensichtlich dem Zweck des CVerbrSchGs.

In der Praxis wird dieses Verständnis auch von den Gerichten abgelehnt. In ihren Entscheidungen wird § 24 CVerbrSchG auch auf individuell vereinbarte Verträge, die aber einige AGB-Bedingungen enthalten, angewendet.⁴⁶ Es besteht daher Einigkeit darüber, dass die standardisierten Bedingungen den AGB-Vorschriften im CVG unterliegen. In dieser Arbeit werden die beiden Fachausdrücke als allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) vereinheitlicht.

2. Definition der AGBs und Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften

§ 39 II CVG enthält eine Legaldefinition der AGBs und legt damit den Anwendungsbereich der ABG-Vorschriften fest. Demnach sind AGBs Bedingungen, die durch eine Vertragspartei für die wiederholte Verwendung vorformuliert und bei Vertragsabschluss mit den Vertragsgegnern nicht ausgehandelt werden. Was unter

⁴³ 格式合同.

⁴⁴ Versicherungsgesetz n.F., verabschiedet und bekanntgemacht am 28.02.2009, in Kraft seit dem 01.10.2009.

⁴⁵ 格式条款.

⁴⁶ Z.B. nach der Entscheidung des ersten Volksgerichts der Mittelstufe in Shanghai über die Streitigkeit zwischen Shanghai Zhijiang GmbH und dem Shanghai Xinya-Tangchen Hotel vom Datum 29.10.1999 (1999 Hu Yi Zhong Min zhong zi Nr. 369), sind die Klauseln, die die Haftung des Hotels ausgeschlossen haben, nach § 24 des CVerbrSchGs unwirksam. 上海市第一中级人民法院“上海新亚-汤臣大酒店有限公司诉上海紫江企业有限公司等财物赔偿案”民事判决书 (1999) 沪一中民终字第369号.

Außerdem entschied das Volksgericht des Haidian Bezirks vom Datum 12.11.2008 in Beijing über die Streitigkeit zwischen Beijing Jingdong Handel GmbH und Xuchun Wang (2008 Hai Min Chu Zi Nr. 30043), dass die Klauseln, in der die GmbH einseitig das zuständige Gericht bestimmt hat, ungerechte Bedingungen im Sinne des § 24 des CVerbrSchGs darstellten, weshalb diese unwirksam waren. 北京市海淀区人民法院“北京京东世纪贸易有限公司诉王旭春买卖合同纠纷案”(2008)海民初字第30043号.

dieser Definition zu verstehen ist und welche Merkmale von besonderer Bedeutung sein sollen, ist wegen der Unzugänglichkeit einer systematischen Gesetzgebungsbegründung schwer zu erklären. Bei der Ausarbeitung des Vertragsgesetzes hat der Gesetzgeber die Grundgedanken und die Gesetzgebungstechnik der *Grundregeln der Internationalen Handelsverträge (PICC, Fassung 1994)* von dem Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) zum Vorbild genommen und wahrscheinlich sind auch die AGB-Vorschriften im CVG eine Folge dieser Rezeption. Geht man vom Wortlaut der beiden Bestimmungen aus, lässt sich deutlich bestätigen, dass § 39 II CVG genau nach Art. 2.19 I⁴⁷ formuliert wurde.⁴⁸ Außerdem war das CVG durch das Bürgerlichen Gesetzbuch Deutschland (BGB) stark beeinflusst. Aus diesem Grund könnten die PICC und deutsche Literatur zum BGB eine hilfreiche Rolle für die Untersuchung dieser Vorschrift spielen.

Nach dem Wortlaut und einer teleologischen Auslegung des § 39 II CVG charakterisieren sich AGBs durch folgende fünf Merkmale:

a) *Vertragsbedingungen*

Dieses Merkmal wird ausdrücklich in § 39 II CVG vorgesehen, aber im chinesischen Schrifttum am meisten vernachlässigt. Dennoch können aufgrund der Ähnlichkeit beim Wortlaut zu den AGB-Bestimmungen im BGB die Erläuterungen dieses Merkmals in der deutschen Literatur zu einem besseren Verständnis des § 39 II CVG verhelfen. Gemeint sind die Erklärungen der Vertragsparteien, die auf die Regelung des Vertragsinhalts abzielen.⁴⁹ Davon ausgeschlossen sind unverbindliche Hinweise, Bitten und Werbeaussagen,⁵⁰ weil diese keine vertraglichen Pflichten oder Rechte zwischen den Parteien begründen. Diese werden aber für Vertragsbedingungen gehalten, wenn sich der Wortlaut von Kunden unter normalen Umständen so verstehen lässt, dass der Inhalt solcher Texte verbindlich ist.⁵¹

Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist zu differenzieren, ob es sich bei der Erklärung um ein einseitiges Rechtsgeschäft des Vertragspartners oder des Verwenders selbst handelt. Wenn die durch eine Vertragspartei vorformulierte Erklärung ein einseitiges Rechtsgeschäft des Vertragspartners betrifft, ist die Erklärung als AGB einzustufen und soll daher der AGB-Kontrolle unterliegen. Da durch die Bestimmung der einseitigen Willenserklärung durch den Verwender, ist die Gestaltungsfreiheit dem anderen Vertragsteil entzogen worden. Wenn im Gegensatz dazu ein Eingriff in die Entscheidungsfreiheit bei einseitigem Rechtsgeschäft, das nur den Verwender selbst betrifft, nicht gegeben, ist in diesem Falle keine Kontrolle notwendig.⁵²

b) *Vorformulierung durch eine Partei*

Beim Merkmal der Vorformulierung handelt es sich um ein zeitliches Element der AGBs. Damit ist gemeint, dass die AGBs vor der Vertragsanbahnung schon vorhanden sind und die andere Partei daher auf die Gestaltung der AGBs keinen Einfluss nehmen kann.⁵³ Es ist nicht entscheidend, auf welche Weise die Vertragsbedingungen fixiert

⁴⁷ Art. 2.19 I der Grundregeln der Internationalen Handelsverträge (PICC, Fassung 1994): „Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Regeln, die im Voraus für allgemeine und wiederholte Benutzung durch eine Partei vorbereitet worden sind und die tatsächlich ohne Verhandlung mit der anderen Partei benutzt werden.“

⁴⁸ Yan Zhu, S. 76.

⁴⁹ Grüneberg in Palandt, § 305 Rn. 3; Stoffels, Rn. 109.

⁵⁰ Grüneberg in Palandt, § 305 Rn. 3.

⁵¹ BGH NJW 1996, S. 2574, 2575.

⁵² Stoffels, Rn. 113, 115.

⁵³ Liming Wang, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3, 4.

sind, selbst wenn die Bedingungen nicht in schriftlicher Weise festgehalten wurden.⁵⁴ Dieses formale Merkmal dient eigentlich dazu, den materiellen Aspekt, nämlich das Fehlen oder die Beeinträchtigung der Gestaltungsfreiheit, anzudeuten.⁵⁵ Dennoch verursacht der Wortlaut „durch eine Partei vorformuliert“ in § 39 II CVG Missverständnisse: Setzen AGBs voraus, dass die Bedingungen durch eine Vertragspartei formuliert werden müssen? Nach der gesetzgeberischen Erklärung⁵⁶ zum Vertragsgesetz durch die Gesetzeskommission⁵⁷ des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses der VR China ist dies so zu verstehen, dass die Vertragsbedingungen durch die Vertragspartei selbst, durch die Branchenverbände⁵⁸ oder sogar durch die Verwaltungsbehörde entworfen werden können. Mit dieser nicht abschließenden Aufzählung beschränkt sich der Anwendungsbereich der §§ 39 ff. CVG nicht nur auf die durch eine Partei vorformulierten Vertragsbedingungen, sondern auch auf die von Dritten entworfenen AGBs. Dies steht auch mit der Auslegung zu Art. 2.19 PICC in Einklang.⁵⁹

c) Für wiederholte Verwendung

Der Inhalt dieser Voraussetzung ist umstritten. Es wird vertreten, dass es sich bei dem Merkmal der wiederholten Verwendung nicht um ein essentielles Element der AGBs handele, sondern dass es nur dazu diene, die Absicht der „Vorformulierung“ zu erläutern.⁶⁰ Vertreter dieser Meinung ziehen diejenigen AGBs, die in der Praxis nur einmal benutzt werden, als Unterstützung dafür heran.⁶¹ Dieser Meinung nach setzen AGBs eine Vielzahl von Verwendungen nicht voraus.⁶²

Diese Meinung trifft m.E. jedoch nicht zu. Dies verwechselt eine tatsächliche wiederholte Verwendung mit der Absicht zur mehrmaligen Verwendung. Aus der Legaldefinition lässt sich entnehmen, dass es nicht darauf ankommt, ob die AGBs im Rechtsverkehr wirklich mehrmals in den unterschiedlichen Verträgen einbezogen werden. Nur die Absicht zur wiederholten Verwendung ist entscheidend.⁶³ Allein die Absicht des Aufstellers reicht schon aus, die Bedingungen als AGBs zu qualifizieren.⁶⁴ Es ist nicht notwendig, dass der Verwender selber einen Nutzen aus der Mehrfachverwendung zieht. Ebenso wenig ist die Absicht entscheidend, sie in verschiedenen Verträgen gegen unterschiedlichen Vertragspartner einzubeziehen.⁶⁵ Der

⁵⁴ Kangsheng Hu, S. 74.

⁵⁵ Vgl. Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 14.

⁵⁶ Kangsheng Hu, S. 74.

⁵⁷ Siehe Bu, § 6 Rn. 53, 54. Der Gesetzeskommission „ist ein Organ des Ständigen Ausschusses“.... „Die Aufgabe der LAC (Legal Affäre Kommission) besteht darin, Gesetzentwürfe in den jeweiligen Rechtsbereichen zu erarbeiten.“

⁵⁸ Selbst wenn die Formulierung des Vertrags durch die beiden Interessengruppen zusammengeführt wird, genügt es nicht, dies als „Aushandeln“ einzustufen. Ein Aushandeln muss zwischen den Parteien in einer konkreten Beziehung bestehen. Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer § 305 Rn. 44.

⁵⁹ Die vollständige Fassung der Grundregeln der Internationalen Handelsverträge, S. 66. abrufbar unter <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. „What is decisive is not their formal presentation (e.g. whether they are contained in a separate document or in the contract document itself; whether they have been issued on pre-printed forms or whether they are only on computer, etc.), nor who prepared them (the party itself, a trade or professional association, etc.), nor their volume (whether they consist of a comprehensive set of provisions covering almost all the relevant aspects of the contract, or of only one or two provisions regarding, for instance, exclusion of liability and arbitration). What is decisive is the fact that they are drafted in advance for general and repeated use and that they are actually used in a given case by one of the parties without negotiation with the other party.“

⁶⁰ Liming Wang, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3, 4.

⁶¹ Liming Wang, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3, 4.

⁶² Haopeng Su, S. 47.

⁶³ Vgl. Comment to PICC, S. 89; Grüneberg in Palandt, § 305 Rn. 9.

⁶⁴ Stoffels, Rn. 128.

⁶⁵ Vgl. Grüneberg in Palandt, § 305 Rn. 9.

Grund liegt darin, dass ein nur für die einmalige Verwendung vorher abgefasster Vertrag normalerweise alle Umstände für diese konkrete Vertragsanbahnung berücksichtigen wird und dem Vertragspartner nur als eine Grundlage für Besprechung dient.⁶⁶ Dies stellt keinen überzeugenden Nachweis für das Fehlen der Verhandlungsmöglichkeit dar, weshalb eine Kontrolle darüber nicht notwendig ist.

Der vorherrschenden Meinung zu §§ 305 ff. BGB zufolge, genügt eine Zahl ab drei für das Merkmal „Vielzahl“.⁶⁷ Aber eine quantitative Festlegung der Wiederholung fehlt im chinesischen Gesetz und seinem Auslegungsmaterial. Nach Ansicht der Rechtswissenschaftler genügt eine Absicht der zweimaligen Verwendung für die Anforderung der „wiederholten Verwendung“.⁶⁸

In der Praxis besteht die Möglichkeit, dass die nicht auf Mehrfachverwendung abgezielten Vertragsbedingungen in der Tat wiederholt benutzt werden. Bei diesem Umstand muss differenziert behandelt werden. Bei der erstmaligen Verwendung solcher Vertragsbedingungen liegen keine AGBs vor, weil die Vertragsbedingungen auf die konkrete Vertragsbeziehung zugeschnitten werden; ein Indiz für den Eingriff in die Gestaltungsfreiheit besteht somit nicht.⁶⁹ Wenn diese Vertragsbedingungen freilich in späteren Fällen Anwendungen finden und sie die anderen vier Merkmale der AGBs auch aufweisen, erhalten sie ab dann ihre AGB-Qualität wegen „Vorformulierung“.⁷⁰ Dies ist wieder auf den Schutzzweck der AGB-Kontrolle zurückzuführen, denn hier ist der Vertragspartner nicht in der Lage, die Rechtsbeziehung nach seinem eigenen Willen zu gestalten.

d) Stellen

aa) Bestimmung nach deutschem Gesetz

Anhand der §§ 305 ff. BGB soll beim Vertragsabschluss eine Partei dem Vertragspartner die für eine Vielzahl von Verwendungen vorformulierten Vertragsbedingungen stellen.⁷¹ Die Beurteilung, ob ein Stellen vorliegt, richtet sich nicht lediglich nach der äußeren Erscheinung, wer die einzubeziehenden Bedingungen in der Vertragsanbahnung eingebracht oder vorgeschlagen hat.⁷² Vielmehr ist unter „Stellen“ zu verstehen, dass die Einbeziehung der Bedingungen dem Verwender zugerechnet werden darf.⁷³ Nicht erheblich ist es, ob der Verwender selber oder Vertreter oder Aushilfen die Bedingungen stellen.⁷⁴ Dieses Tatbestandsmerkmal kann ein Indiz dafür sein, dass der Vertragspartner keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung ausüben kann, und dementsprechend die Bedingungen nicht ausgehandelt werden.⁷⁵

In Anlehnung an dieses Merkmal wird auch die Person des Verwenders (der die Vertragsbedingung gestellt hat) identifiziert.⁷⁶ Die Festlegung des Verwenders ist ausschlaggebend für die Durchführung der AGB-Kontrolle. Da die Zielsetzung des Gesetzes auf der Wahrung der Gestaltungsfreiheit des Vertragspartners liegt, dessen Vertragsfreiheit von dem Verwender beeinträchtigt wird. Auf den Schutz der AGB-Regelungen kann sich der Verwender freilich nicht berufen.⁷⁷

⁶⁶ Vgl. Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, RL Art. 3 Rn. 23.

⁶⁷ Vgl. Grüneberg in Palandt, § 305 Rn. 9; Stoffels, Rn. 128.

⁶⁸ Yan Zhu, Law Science Magazine 2005/6, S. 128, 129.

⁶⁹ Vgl. Stoffels, Rn. 127; BGH NJW 1997, S. 135.

⁷⁰ Vgl. Stoffels, Rn. 127; BGH NJW 1997, S. 135.

⁷¹ Stoffels, Rn. 131; Basedow in MünchKommBGB, § 305 Rn. 20.

⁷² Basedow in MünchKommBGB, § 305 Rn. 21; Stornel, Rn. II 21; Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 30.

⁷³ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 Rn. 27.

⁷⁴ Basedow in MünchKommBGB, § 305 Rn. 21; Stornel, Rn. II 21.

⁷⁵ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 30.

⁷⁶ Stoffels, Rn. 131.

⁷⁷ Stoffels, Rn. 131.

bb) Fehlen der ausdrücklichen Nennung des „Stellens“ als Merkmal im CVG

Dieses Merkmal wird im Wortlaut des CVGs nicht zum Ausdruck gebracht. Laut der Legaldefinition des § 39 II CVG sind AGBs die durch eine Partei zur wiederholten Verwendung vorformulierten und beim Vertragsabschluss nicht mit dem Vertragspartner ausgehandelten Bedingungen. Dem Wortlaut lässt sich aber entnehmen, dass das Stellen durch das Merkmal „die Vorformulierung“ konkludent angedeutet wird. Wer die Bedingungen ausgearbeitet hat, will diese üblicherweise in den Vertrag einführen,⁷⁸ ohne dem Vertragspartner eine Verhandlungsmöglichkeit zu lassen. Es lässt sich dafür argumentieren, dass das Merkmal „Stellen“ nicht ausdrücklich vom Gesetz verlangt, weil es in der Tat durch „Vorformulierung“ fingiert und deshalb stets erfüllt wird. Dementsprechend bezieht sich die Verwendereigenschaft auch auf die Vorformulierung.

cc) Die Gründe für das Fehlen des „Stellens“ als Merkmal

Dabei lohnt es sich, eine weitere Untersuchung zu betreiben, warum § 39 II CVG das „Stellen“ nicht ausdrücklich als Voraussetzung vorsieht. Neben der oben erwähnten Ursache, dass das „Stellen“ durch „Vorformulierung“ fingiert ist, soll außerdem der folgende Anlass beachtet werden. Die AGB-Regelungen in CVG unterscheiden Verbraucherverträge nicht von anderen Verträgen. Aber aus der gesetzgeberischen Erklärung⁷⁹ lässt sich entnehmen, dass die Regelungen sich vor allem nach den Verbraucherverträgen richten und dass die Zielsetzung ist, den Verbraucher vor dem Eingriff des überlegenen Unternehmens zu schützen.⁸⁰ Ferner schließt ein in dieser Dokumentation definiertes Charakteristikum der AGB sogar das Element ein, dass die AGBs von den Unternehmen⁸¹ eingeführt sind. Danach erkennt der Gesetzgeber konkludent an, dass die Bedingungen von den Unternehmen, die als hauptsächlich zu regulierende Partei betrachtet werden, gestellt werden. Diesem Gedanke zufolge ist eine Voraussetzung, dass die Bedingungen von einem Teil „gestellt“ werden, überflüssig. Dies erklärt, warum das Merkmal „Stellen“ nicht vom Gesetzgeber im § 39 II CVG zum Ausdruck gebracht wird.

dd) Die Notwendigkeit der Nennung des „Stellens“ als Merkmal

Die Fiktion des Gesetzestextes bleibt unproblematisch, wenn Aufsteller und Verwender identisch sind. Wenn jedoch die Bedingungen durch Dritte ausgearbeitet werden, ist in Frage gestellt, ob das Merkmal „Stellen“ für diesen Fall als Voraussetzung anzusehen und extra zu prüfen ist.

Von der gesetzgeberischen Hinsicht ausgehend, kann man vor allem festlegen, dass bei der Anwendung der AGB-Vorschriften eine Differenzierung zwischen dem Verwender als Aufsteller und einem beliebigen Dritten als Aufsteller in der Regel nicht besteht. Diese scheinbare Differenzierung im CVG ist nur wegen eines unpräzisen Ausdrucks des Gesetzgebers entstanden und ist durch die gesetzgeberische Erklärung aufgelöst. Wie vorher schon diskutiert, das Eingreifen der AGB-Vorschriften sollte sich nicht nur auf die vom Verwender selbst ausgearbeiteten Bedingungen beschränken.⁸²

⁷⁸ In der deutschen Literatur ist anerkannt, dass die Aufstellung einen Anschein für das Stellen bieten kann, *Bartsch*, NJW 1986, S. 28, 29; *Pfeiffer* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 30.

⁷⁹ *Kangsheng Hu*, S. 74.

⁸⁰ In der gesetzgeberischen Erklärung wird das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbraucher als Regelungsgegenstand angesehen. Von der AGB-Geschichte ausgehend ist die Erklärung gemeint, dass die meisten AGBs von großen Unternehmen stammen. Ferner betont es auch, dass die Belange des Verbrauchers in erster Linie dadurch gefährdet werden, siehe *Kangsheng Hu*, S. 74.

⁸¹ Das darin benutzte Wort ist „事業者“. Dieses Wort ist kein üblicher Ausdruck im vereinfachten Chinesisch. Vermutlich wird die Literatur aus Taiwan oder Japan von der gesetzgeberischen Erklärung bei der Formulierung zitiert und es meint damit die Unternehmen.

⁸² Siehe oben Kapitel IV 2 b.

Dementsprechend sollte die Voraussetzung des Stellens im Fall des Vorhandenseins eines Dritten als Formulierendem auch in Betracht kommen.

In Hinsicht auf die Praxis und Dogmatik ist das Merkmal des „Stellens“ für die Anwendung der AGB-Regelung notwendig. Die Gründe liegen einerseits darin, dass das „Stellen“, welches die Veranlassung der Einbeziehung durch eine Partei bedeutet, ein Indiz für die einseitige Gestaltungsfreiheit ist. „Stellen“ als Merkmal anzuführen spiegelt unmittelbar den Schutzzweck der AGB-Regelung wieder. Nur auf dieser Grundlage kann der Anwendungsbereich der AGB-Regelungen zutreffend festgesetzt werden.⁸³ Andererseits ist die Festlegung der Verwendereigenschaft, die entscheidend für die Beurteilung ist, wer sich den Schutz der AGB-Regelungen berufen darf, auf das Stellen zurückzuführen. Ungeachtet des Fehlens im Gesetzestext ist eine Prüfung des Vorliegens des Stellens von maßgeblicher Bedeutung in der Praxis und sollte deshalb durchgeführt werden. Das CVG findet auf alle Verträge Anwendung, seien es Verbraucherverträge, seien es Verträge zwischen Unternehmen. Aber beim Merkmal des „Stellens“ sieht der Gesetzgeber willkürlich nur den Fall des Verbrauchervertrags vor, nämlich dass das Unternehmen dem Verbraucher die Vertragsbedingungen stellt. Es besteht dabei eine planwidrige Gesetzeslücke. Deshalb erfordert es hier einer teleologische Auslegung, um das „Stellen“ als Merkmal für alle AGBs hinzuzufügen.

ee) „Stellen“ beim Verbrauchervertrag

Nachdem die obige Schlussfolgerung gezogen wurde, kommt eine weitere Frage in Betracht: Ob das Stellen bei Verbraucherverträgen und anderen Verträgen notwendigerweise im gleichen Maße zu erfüllen ist. Unter „Stellen“ ist nach den AGB-Bestimmungen im BGB ein zweistufiges Verständnis zu verstehen. Für die erste Stufe genügt es, wenn der Vertragspartner keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt wegen des „Stellens“ nehmen kann. Die andere Stufe erfordert weiter, die Einbeziehung einer Partei zurechnen zu dürfen.⁸⁴ Mit der Umsetzung der *Richtlinie 93/13/WEG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*⁸⁵ fingiert § 310 III BGB bei Verbraucherverträgen das „Stellen“ und betrachtet dieses Merkmal als erfüllt, soweit der Unternehmer nicht beweisen kann, dass die Bedingungen auf Veranlassung des Verbrauchers eingeführt wurden. In diesem Fall ist die Beurteilung nach der zweiten Stufe hinfällig. Das Einstufen als AGB wird durch die gesetzliche Fiktion erleichtert. Zusätzlich ist das Anwendungsgebiet erweitert, weil Bedingungen, deren Einbeziehung dem neutralen Dritten, z.B. dem Notar oder Interessenverbänden, zuzurechnen sind, unter das Spektrum der AGB-Kontrolle fallen.⁸⁶

Die AGB-Vorschriften im CVG sehen das „Stellen“ weder als ein ausdrückliches Merkmal vor, noch differenzieren sie die Anwendung bei Verbraucherverträgen und anderen Verträgen. Es zielt zwar hauptsächlich darauf ab, dem Verbraucher Schutz zu gewähren, es gibt aber keinen Anhaltspunkt dafür, dass eine Fiktion des Stellens bei Verbraucherverträgen besteht. Wie allerdings vorher erwähnt, erkennt die gesetzgeberische Erklärung automatisch an, dass die Bedingungen von den Unternehmen gestellt werden. Aber dies scheint nicht auszureichen, um eine Fiktion durch das Gesetz wie im § 310 III BGB zu unterstützen. Die Prüfung des Vorliegens des „Stellens“ bei den Verbraucherverträgen ist daher noch erforderlich.

⁸³ Es wird nachgewiesen, dass dieses Merkmal für die Untersuchung, ob Vertragsbedingungen in den Musterverträgen der AGB-Kontrolle unterliegen, von maßgeblicher Bedeutung ist.

⁸⁴ Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeifer, RL Art. 3 Rn. 23.

⁸⁵ In Art. 3 der Richtlinie ist „Stellen“ nicht ausdrücklich vorgesehen, Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeifer, RL Art. 3 Rn. 23.

⁸⁶ Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeifer, RL Art. 3 Rn. 23.

e) Keine Aushandlung beim Vertragsabschluss

„Aushandeln“ stellt einen korrespondierenden Begriff zum Merkmal „Stellen“ dar. Anders als beim Stellen wird dieses Merkmal in § 39 II CVG zum Ausdruck gebracht. Dieses Merkmal setzt voraus, dass die AGBs nicht von den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt werden. Dadurch wird die Individualabrede aus dem Anwendungsfeld ausgeklammert. „Keine Aushandlung“ bedeutet nicht die tatsächliche Folge, dass die Klauseln ohne Diskussion mit den anderen Parteien in den Vertrag eingezogen werden. Entscheidend ist, ob die andere Vertragspartei in der Lage ist, während der Verhandlung Ansprüche auf Anpassung der Vertragsbedingungen zu stellen, und erwarten zu dürfen, dass die Anpassungsvorschläge akzeptiert oder zumindest zwischen den beiden ernsthaft diskutiert werden.⁸⁷ Danach sind die AGBs nicht gegeben, wenn die andere Partei die Chance zur Aushandlung aufgibt, obwohl ihr Vertragspartner die Abänderungsbereitschaft schon zeigt. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs ist auf den Schutzzweck der AGB-Vorschriften zurückzuführen. Die AGB-Vorschriften schützen die Vertragspartei, die keine Gestaltungsmöglichkeit beim Vertragsabschluss hat. Im Fall eines Verzichts der Verhandlungschance ist die Partei dann nicht mehr schutzbedürftig.

3. Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich

Diese fünf oben besprochenen Elemente legen den sachlichen Anwendungsbereich positiv fest. Eine entsprechende Regelung zu § 310 IV 1 BGB, der eine Ausnahme vom Anwendungsbereich vorsieht, fehlt im chinesischen Gesetz. Angesichts des Regelungsgegenstands des CVGs, nämlich die Vermögensverhältnisse zwischen den Privatparteien, sieht § 2 I CVG vor,⁸⁸ dass das Vertragsgesetz einschließlich der AGB-Vorschriften auf den Bereich der persönlichen Verhältnisse wie z.B. Ehe, Adoption und Vormundschaft nicht anwendbar ist.⁸⁹ Ferner wird in der gesetzgeberischen Erklärung darauf hingewiesen, dass die Regelung sich nach der Beziehung zwischen den gleichberechtigten Subjekten richtet. Aus diesem Grund ist eine AGB-Kontrolle auch auf das Verwaltungsverhältnis innerhalb einer Gesellschaft nicht anwendbar.⁹⁰ Eine einheitliche generelle Bestimmung über die Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich ist jedoch im CVG nicht vorhanden.

In China werden die Arbeitsverträge meistens mittels AGBs von den Arbeitsgebern und Arbeitnehmern abgeschlossen. Es wird infrage gestellt, ob die AGB-Vorschriften im CVG auf die Arbeitsverträge Anwendung finden. Dafür bieten Gesetze auf nationaler Ebene keine Antwort an, und nur Bestimmungen auf lokaler Ebene gehen auf diese Frage ein. Laut *der Meinung des Oberen Volksgerichts in Hubei über die Streitigkeiten auf dem Gebiet des Arbeitsgesetzes*⁹¹ sind §§ 39 ff. CVG auf die durch AGBs gestalteten Arbeitsverträge anwendbar.

4. Persönliche Anwendungsbereiche der AGB-Vorschriften

a) Unternehmerischer Verkehr

Die AGB-Vorschriften im CVerbrSchG regeln ohne Zweifel nur die Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen. Beim Vertragsgesetz erstreckt sich der Anwendungsbereich auch auf die Verträge, in denen die AGBs von beiden

⁸⁷ *Liming Wang*, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3 ff.

⁸⁸ *Kangsheng Hu*, S. 5, 6.

⁸⁹ *Yan Zhu*, S. 97.

⁹⁰ *Kangsheng Hu*, S. 5, 6.

⁹¹ Die Meinung des Oberen Volksgerichts in Hubei über die Streitigkeiten auf dem Gebiet des Arbeitsgesetzes, bekanntgemacht am 21.03.2004.

Unternehmen benutzt werden, obgleich dies im Gesetz nicht eindeutig bestimmt ist. Dies lässt sich aus den folgenden Gründen erklären. In erster Linie wird in China keine Separation des Bürgerlichen- und des Handelsgesetzes vorgenommen. Der unternehmerische Rechtsverkehr als ein Sonderregelungsgebiet des Zivilrechts unterliegt auch den bürgerlichen Gesetzen, wie den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts⁹² und dem CVG, soweit keine abweichenden Vorschriften vorliegen. Folgerichtig sind auch die AGB-Vorschriften im CVG mangels eindeutigen Ausschlusses auf den Handelsverkehr anwendbar. Ein weiterer Grund liegt darin, dass die Definition der AGBs im CVG nach PICC, die besonders auf das Handelsgeschäft zugeschnitten ist, formuliert ist. Wenn der Gesetzgeber mit dem Bewusstsein der Besonderheit der PICC – Regelungen über Handelsverträge – den unternehmerischen Rechtsverkehr hätte ausschließen wollen, hätte er die Klauseln der PICC ohne Anpassung oder Beschränkung nicht unmittelbar übernommen. Es lässt sich feststellen, dass der persönliche Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften im CVG grundsätzlich auch den unternehmerischen Verkehr einschließt.

Im Folgenden wird es infrage gestellt, ob alle AGB-Bestimmungen auf Verträge des unternehmerischen Verkehrs anwendbar sind. Die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Verbrauchern ist auf die Eigenart der jeweiligen Gruppen zurückzuführen. Im Vergleich zu Verbrauchern besitzen die Unternehmen die günstigere Stellung im Rechtsverkehr und können daher ihre Belange besser vertreten, deshalb sind sie auch weniger schutzbedürftig als Verbraucher. Als Folge davon könnte ein mit dem Verbraucherschutz gleichgesetzter Schutz durch die Kontrolle der AGB-Vorschriften überflüssig sein. Darüber hinaus ist das Bedürfnis nach Effizienz und Flexibilität im Handelsverkehr von Bedeutung. Aber das Festhalten an den Voraussetzungen der AGB-Vorschriften, wie z.B. das Einbeziehungserfordernis, können reibungslose Vertragshandlungen und –abwicklungen erschweren. Jedoch hat sich das chinesische Gesetz offensichtlich über diese Frage hinweggesetzt und bietet dafür keine Antwort an.

b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

§ 310 I BGB nennt die juristische Person des öffentlichen Rechts und ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen als Ausnahme vom persönlichen Anwendungsbereich wegen der geringen Schutzbedürftigkeit.⁹³ Zu diesem Punkt schweigt das chinesische Gesetz wieder. Für die Erläuterung dieser Fragen muss erneut auf § 2 CVG zurückgegriffen werden. Laut der gesetzgeberischen Erklärung sollen Geschäfte, an denen die Verwaltungsbehörden beteiligt sind, nach den jeweiligen Umständen unterschiedlich behandelt werden. Nur wenn die Verwaltung ihre öffentlichen Aufgaben oder die staatlichen Bestellaufgaben unter dem System der sozialistischen Wirtschaft vornimmt, greift das Vertragsgesetz nicht ein.⁹⁴ Danach schützen die AGB-Vorschriften unter anderen Umständen auch die Regierung vor den Gefahren, die normalerweise nur bei schwachen Parteien auftreten. Diese Erklärung ist aber nicht überzeugend, weil sie die geringe Schutzbedürftigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht beachtet.

⁹² Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts, verabschiedet und bekanntgemacht am 12.04.1986, in Kraft seit dem 01.01.1987.

⁹³ *Stoffels*, Rn. 189.

⁹⁴ *Kangsheng Hu*, S. 5, 6.

V. Einbeziehungsvoraussetzungen der AGBs und die Folgen der Nichterfüllung

1. Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 39 I CVG

§ 39 I CVG legt die Voraussetzungen für die Einbeziehung der AGBs im Vertrag fest. Er schreibt vor, „wenn zur Errichtung eines Vertrages allgemeine Geschäftsbedingungen verwandt werden, muss die Partei, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt, wenn sie die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander festsetzt, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten und eine vernünftige Art und Weise wählen, um die andere Seite auf Klauseln aufmerksam zu machen, welche die Haftung dieser (die Geschäftsbedingungen stellenden Partei) ausschließen oder einschränken und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären.“ Aus dem Wortlaut lassen sich drei Voraussetzungen entnehmen, nämlich: Der Verwender der AGBs soll 1) nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit die Pflichten und Rechte zwischen den beiden Parteien festlegen; 2) außerdem angemessene Maßnahmen ergreifen, um die andere Partei auf die AGBs hinzuweisen. Allerdings gilt diese Voraussetzung nur für die AGBs, durch die der Verwender seine Haftung ausschließt oder einschränkt. 3) Auf Wunsch der anderen Partei den Inhalt der Klauseln erklären.⁹⁵ Die zu erklärenden Klauseln betreffen auch nur die Haftungsausschlüsse und -beschränkungen. Dabei sind nur die Voraussetzungen 2) und 3) Einbeziehungsvoraussetzungen im Sinn einer AGB-Kontrolle. Bei 1) geht es bloß um die Betonung eines Grundsatzes im Zivilrecht, und diese Voraussetzung zeigt daher keine spezielle Bedeutung für die AGB-Kontrolle. Selbst bei dem im Einzelnen verhandelten Vertrag soll man auch den Grundsatz der Gerechtigkeit beachten. Außerdem behandelt die Voraussetzung 1) nur das Verfahren der Formulierung, und es ist unnötig, diese tatsächliche Handlung gesetzlich zu regeln.⁹⁶

2. Anwendungsumfang der Einbeziehungskontrolle

Welche AGBs den Voraussetzungen 2) und 3) unterliegen, ist schwierig herauszufinden. Nach dem Wortlaut betreffen die Einbeziehungsvoraussetzungen nur die haftungsausschließenden und -beschränkenden Klauseln. Deshalb wird die Auffassung vertreten, dass die Voraussetzungen bei den anderen AGBs nicht erfüllt sein müssen.⁹⁷ Es wird sogar argumentiert, dass auf die Annahme der AGBs durch den Vertragspartner auf einer rechtsgeschäftlichen Grundlage auch verzichtet werden könne, weil die AGBs nach ihrer Fertigstellung selbstverständlich Bestandteile des Vertrags werden würden.⁹⁸ Dieses Ergebnis einer grammatikalischen Auslegung scheint aber dem Schutzzweck der AGB-Kontrolle zu widersprechen.

Liming Wang ist der Meinung⁹⁹, dass nach der Rechtsgeschäftslehre die AGBs nur durch die allgemeinen Regeln für das Zustandekommen von Verträgen, nämlich Angebot und Annahme, in den Vertrag einbezogen werden können. Darauf aufbauend behauptet *Liming Wang* weiter, der Verwender müsse die Hinweispflicht und Aufklärungspflicht in § 39 I CVG bei allen AGBs einhalten, ungeachtet des Inhalts der AGBs. Dadurch versucht *Liming Wang*, alle AGBs unter die Einbeziehungsvoraussetzung zu stellen. Freilich bietet *Liming Wang* eine detaillierte Begründung dafür nicht an.

⁹⁵ *Haopeng Su*, S. 186.

⁹⁶ *Haopeng Su*, S. 190.

⁹⁷ *Haopeng Su*, S. 186.

⁹⁸ Zitiert nach: *Liming Wang*, *Tribune of Political Science and Law* 1999/6, S. 3, 6.

⁹⁹ *Liming Wang*, *Tribune of Political Science and Law* 1999/6, S. 3, 6.

Die Auffassung von *Liming Wang* trifft m.E. insoweit zu, als dass die Einbeziehung der AGBs auch an den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Vorschriften über das Zustandekommen des Vertrags festhalten soll. Der Vertragspartner muss mit der Geltung der AGBs einverstanden sein. Die These, dass alle AGBs die Einbeziehungsvoraussetzungen zu erfüllen haben, verhilft zu einer umfassenderen AGB-Kontrolle und der Erhöhung des Schutzniveaus.

§ 39 I CVG bringt deutlich zur Sprache, dass die Hinweis- und Aufklärungspflicht sich auf die Haftungsausschlüsse und -beschränkungsklauseln beschränken sollen. Vermutlich ist dieses Defizit den Rechtswissenschaftlern schon bekannt. In dem Entwurf des chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs¹⁰⁰ wird vorgeschlagen, dass die Einbeziehungskontrolle auf alle AGBs Anwendung finden sollte. Freilich kommt im Rahmen des geltenden Rechts nur eine Rechtsfortbildung durch teleologische Auslegung in Betracht, um das Anwendungsfeld auf alle AGBs zu erweitern. Als Anhaltspunkt kann die Gesetzesänderung über die AGBs im CVersG genannt werden. Nach § 17 CVersG a.F. ist der Versicherer dazu verpflichtet, dem Versicherungsnehmer die Bedingungen, die den Versicherer von der Haftung befreien, beim Vertragsabschluss eindeutig zu erklären. Ein modifizierter § 16 I 1. Hs a.F. ist als § 17 I in der neuen Fassung des CVersGs¹⁰¹ hinzugefügt, und besagt, falls der Versicherungsvertrag mit den von dem Versicherer gestellten AGBs abgeschlossen wird, soll der Versicherer dem Versicherungsnehmer den Inhalt des Vertrags erklären. § 17 II CVersG schreibt aber nur vor, dass ein Hinweis auf die haftungsbefreienden Klauseln zu leisten ist. Durch diese Änderung beabsichtigt der Gesetzgeber, alle Einbeziehungsvoraussetzungen in einer Vorschrift, nämlich § 17 CVersG, zu regeln. Der neuen Formulierung ist zu entnehmen, dass die Aufklärungspflicht sich auf alle AGBs erstrecken soll, während die Hinweispflicht nur auf die haftungsbefreienden Bedingungen beschränkt bleibt. Diese Revidierung könnte wahrscheinlich die Gedankenänderung des Gesetzgebers widerspiegeln, und dadurch der Anwendungsumfang der Einbeziehungsvoraussetzungen auf alle AGBs erweitert wird.

3. Erfordernisse bei der Einbeziehungskontrolle

Für die Hinweispflicht reicht es aus, wenn der Verwender mittels des Zeichens, des Symbols und der Schriftart den Vertragspartner auf die AGBs aufmerksam macht.¹⁰² Auf welche Weise der Vertragsgegner darauf hinzuweisen ist, richtet sich nach den begleitenden Umständen. Dabei ist grundsätzlich ein individueller Hinweis erforderlich. Nur wenn ein solcher unmöglich ist, ist ein Aushang am Ort erlaubt.¹⁰³ Darüber hinaus müssen die Voraussetzungen vor oder zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfüllt sein,¹⁰⁴ es wäre für die andere Partei sinnlos, erst nach dem Zustandekommen des Vertrags die AGBs zur Kenntnis zu nehmen.

Im Gegensatz zu § 305 II Nr.2 BGB fordert § 39 I CVG eine Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts von dem Verwender nicht ausdrücklich ein. *Liming Wang* argumentiert zutreffend,¹⁰⁵ dass der Hinweis die Gelegenheit schaffen muss, bei denen der Vertragspartner sich über den Inhalt von AGBs informieren kann.

¹⁰⁰ *Liming Wang*, Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch und die Begründung (Allgemeiner Teil des Schuldrechts und Vertragsgesetz). Siehe Kapitel H.

¹⁰¹ Versicherungsgesetz n.F., verabschiedet und bekanntgemacht am 28.02.2009, in Kraft seit dem 01.10.2009. § 17 I Versicherungsgesetz n.F. ist eigentlich eine Modifikation des § 16 I a.F., die lautet, der Versicherer solle dem Versicherungsnehmer die Inhalte des Vertrags erklären.

¹⁰² § 6 I der Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen bei der Anwendung des Vertragsgesetzes II.

¹⁰³ *Liming Wang*, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3, 6.

¹⁰⁴ *Liming Wang*, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3, 6.

¹⁰⁵ *Liming Wang*, Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3, 6.

Letztlich trägt der Verwender laut § 6 II *der Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen bei der Anwendung des Vertragsgesetzes II* die Beweislast für Hinweis- und Aufklärungspflicht.

4. Folgen bei Nichterfüllung der Voraussetzungen

Ein häufiger Mangel in der chinesischen Gesetzgebung besteht darin, dass manche Vorschriften nur die Tatbestände, jedoch keine Rechtsfolgen enthalten. Bei § 39 I CVG tritt das Problem erneut auf. Mit welchen konkreten rechtlichen Folgen bei Nichterfüllung der Einbeziehungsvoraussetzung zu rechnen ist, hat der Gesetzgeber vernachlässigt.

§ 39 CVG befindet sich im Abschnitt mit dem Titel „Zustandekommen des Vertrags“ (Errichtung des Vertrags). Anhand einer systematischen Auslegung kann man herauszufinden, dass die Nichterfüllung zur Nichteinbeziehung führt, also die AGBs nicht Bestandteil des Vertrags werden können. Allerdings weist § 40 CVG, der im selben Abschnitt „Zustandekommen des Vertrags“ steht, aber die Unwirksamkeit bestimmter AGBs vorsieht, nach, dass die Bestimmungen im CVG nicht systematisch eingeordnet werden und eine systematische Auslegung daher hier keine Anwendung finden darf.

Aber nach § 17 CVersG führt die Nichterfüllung der Hinweispflicht und Aufklärungspflicht zur Unwirksamkeit der Bedingungen. Ihr zufolge scheint es zu sein, dass die Folge der Nichterfüllung des § 39 I CVG auch die Unwirksamkeit der AGBs ist.

Erst *die Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen bei der Anwendung des Vertragsgesetzes II* im Jahr 2009 gibt mit §§ 9, 10 eine unbefriedigende und nur mittelbare Antwort darauf. Laut § 9 sind AGBs anfechtbar, wenn die Versäumnis der Aufklärungspflicht dazu führt, dass die andere Partei die AGBs nicht wahrgenommen hat. § 10 nimmt auf § 40 CVG Bezug, und schreibt vor, dass solche AGBs, die sowohl § 39 I CVG als auch § 40 CVG widersprechen, als unwirksam zu beurteilen sind.

Diese Auslegung löst das Problem bei der Nichterfüllung der Einbeziehungsvoraussetzungen nicht völlig, dadurch lässt sich aber festlegen, dass sowohl Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags als auch die zweitrangige Kontrolle der AGBs, nämlich Einbeziehungskontrolle und Inhaltskontrolle, im CVG nicht deutlich getrennt werden. Unter Einbeziehungskontrolle versteht man, dass die die Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllt worden, was gleichzeitig bedeutet, dass die AGBs Bestandteil des Vertrags sind. Die weitere Frage, ob die schon im Vertrag einbezogenen AGBs wirksam sind, kommt noch nicht in Betracht.

Trotz der Unklarheit im geltenden Gesetz vertritt *Liming Wang* die Auffassung, dass das Versäumnis der Hinweis- und Aufklärungspflicht zur Nichteinbeziehung der AGBs führen sollte. Damit gemeint ist, dass die AGBs keine Bestandteile des Vertrags werden und keine Verbindlichkeit zwischen den beiden Parteien ausüben.¹⁰⁶ Eine Beurteilung der Wirksamkeit der AGBs ist nicht notwendig.

5. Kollidierende AGBs

Im unternehmerischen Verkehr tendieren die beiden Teile, eigene AGBs in den Vertrag einzubeziehen. Bei der Beurteilung, die AGBs von welchem Teil als den Bestandteil des Vertrags anzusehen, treten Streitigkeiten häufig vor. Eine deutliche Regelung über diese Frage bietet das CVG nicht an. Vier Lösungsansätze aus unterschiedlichen Ländern werden von Rechtswissenschaftlern bisher diskutiert.

¹⁰⁶ *Liming Wang*, *Tribune of Political Science and Law* 1999/6, S. 3, 7.

a) Kein Zustandekommen des Vertrags

Dieser Lösungsansatz hält am Prinzip „Mirror Image“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis fest.¹⁰⁷ Nach diesem Prinzip soll der rechtlich geltende Inhalt der Annahme mit dem Angebot übereinstimmen. Wenn ein Vertragsteil die AGBs von der anderen Vertragspartei abgelehnt und seine eigene AGBs in der Annahme hinzugefügt hat, soll diese Annahme mit Abweichung vom Angebot als neues Angebot angesehen werden. Falls dieser neue Antrag von dem Vertragspartner nicht eindeutig angenommen wird, kommt der Vertrag nicht zustande. Art 19. 2 CISG modifiziert das Prinzip „Mirror Image“, und unterscheidet zwischen den wesentlichen und den unwesentlichen Veränderungen des Vertragsinhalts. Nur bei wesentlichen Änderungen scheitert der Vertrag. Aber diese Folge wird normalerweise von den Vertragsparteien nicht erwünscht, insbesondere wenn die Parteien die Leistungen schon anhand des Vertrags geleistet haben.¹⁰⁸

b) Theorie des ersten Angebots

Diese Theorie findet ihre Unterstützung im Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch und amerikanischen Einheitliches Handelsgesetzbuch (Uniform Commercial Code).¹⁰⁹ Nach dieser Theorie wird der Inhalt der AGBs im ersten Angebot als gültig betrachtet, es sei denn, der andere Teil lehnt das Angebot deutlich ab.¹¹⁰ Die Vorteile dieser Theorie liegen darin, dass der Vertrag zustandekommen kann, und dass das Gericht bei der Streitigkeit nicht alle in Betracht kommenden AGBs untersuchen braucht.¹¹¹

c) Theorie des letzten Wortes

Diese Theorie wurde von der deutschen Rechtsprechung festgesetzt.¹¹² Darunter versteht man, dass die AGBs, die letztlich von der Vertragspartei angeboten werden, als Inhalt des Vertrags gelten.¹¹³ Das Schweigen des Vertragspartners wird ausnahmsweise in diesem Fall als Einverständnis angesehen. In der Praxis wird die Effizienz des Handels aber dadurch gehindert, dass beide Seiten immer eigene AGBs stellen und keine Einigung darüber erzielen.

d) Keine Einbeziehung der kollidierenden AGBs

Nach der Meinung chinesischer Wissenschaftler soll dieser Lösungsansatz in China angenommen werden.¹¹⁴ Ihr zufolge kommt der Vertrag zustande, wenn die kollidierenden AGBs beider Seiten nur den unwesentlichen Inhalt des Vertrags betreffen.¹¹⁵ Die unvereinbaren AGBs werden aus dem Vertrag ausgeschlossen. Der Vertragsinhalt soll dann durch andere einschlägige Vertragsbedingungen im Vertrag, dispositive Gesetze sowie Gewohnheitsgesetz bestimmt werden.

Dieser Vorschlag ist m.E. zu begrüßen. Auf einer Seite wird das Zustandekommen des Vertrags anerkannt. Dies entspricht der Erwartung der beiden Vertragsparteien. Auf der anderen Seite bevorzugt das Gesetz weder die Partei, die AGBs zunächst stellt, noch die Partei, die die letztlich AGBs hinzufügt. In diesem Fall richtet die Beurteilung der Gültigkeit der AGBs sich nicht willkürlich nach der zufälligen Reihenfolge. Bei

¹⁰⁷ Ming Wang, Legal System and the Society 2007/12, S. 812.

¹⁰⁸ Ming Wang, Legal System and the Society 2007/12, S. 812.

¹⁰⁹ Xianbo Li/Zhong Yuehui, Presentday Law Science 2006/4, Nr. 2, S. 90, 92.

¹¹⁰ Ming Wang, Legal System and the Society 2007/12, S. 812, 813.

¹¹¹ Xianbo Li/Zhong Yuehui, Presentday Law Science 2006/4, Nr. 2, S. 90, 92.

¹¹² Stoffels, Rn. 316; Xianbo Li/Zhong Yuehui, Presentday Law Science 2006/4, Nr. 2, S. 90, 92.

¹¹³ Xianbo Li/Zhong Yuehui, Presentday Law Science 2006/4, Nr. 2, S. 90, 92.

¹¹⁴ Haopeng Su, S. 176; Xianbo Li/Zhong Yuehui, Presentday Law Science 2006/4, Nr. 2, S. 90, 93.

¹¹⁵ Ming Wang, Legal System and the Society 2007/12, S. 812, 813.

Einbeziehung des dispositiven Rechts und Gewohnheiten werden die Interessen der beiden Teile berücksichtigt.

VI. Auslegung der AGBs

Die Auslegung der AGBs soll der Inhaltskontrolle vorgehen.¹¹⁶ Nur wenn der Inhalt von AGBs durch ordentliche Auslegung ermittelt wird, ist eine nachfolgende Inhaltskontrolle der Bedingungen überhaupt möglich. § 41 CVG bringt die Auslegungsregeln für AGBs zur Sprache.

1. Modifikation des § 125 CVG

Der gesetzgeberischen Erklärung zum § 41 CVG nach finden bei Auslegung der AGBs die Grundregeln für die Vertragsauslegung des § 125 CVG selbstverständlich Anwendung.¹¹⁷ Die wirklichen Absichten der Vertragsparteien sind gemäß § 125 CVG bei Streitigkeit mit Rücksicht auf den Wortlaut, die übrigen einschlägigen Vertragsbedingungen (die Systematik), den Vertragszweck, die Verkehrssitte sowie den Grundsatz nach Treu und Glauben zu erforschen.¹¹⁸ Freilich bildet § 41 CVG eine Sonderregelung gegenüber dem § 125 CVG, deshalb genießt § 41 CVG Anwendungsvorrang.¹¹⁹ Bei Auslegung der AGBs sind diese Regeln nach § 41 S. 1 CVG zu modifizieren. Nicht das tatsächlich Gemeinte beider Parteien, sondern ein gewöhnliches Verständnis der Bedingung ist zu ermitteln.¹²⁰ Darunter ist zu verstehen, dass der Auslegungsmaßstab sich nach dem objektiven Horizont der üblichen und durchschnittlichen Teilnehmer dieses Verkehrskreises richtet, und die konkreten Begleitumstände des einzelnen Falls nicht zu berücksichtigen sind.¹²¹ Fachbegriffe, die vom Vertragspartner nicht zu verstehen sind, sollen nach dem durchschnittlichen und angemessenen Verständnis erklärt werden.¹²²

Diese Modifikation der normalen Auslegungsregeln ist auf die Eigenschaft der AGBs zurückzuführen. AGBs sind für wiederholte Verwendung vorformuliert worden und zielen somit auf die Rationalisierungs- und Typisierungsfunktion ab.¹²³ Die „gleichförmige“ Anwendung bedarf „einer einheitlichen Auslegung“, unterschiedliche Begleitumstände beim einzelnen Vertragsabschluss bleiben außer Betracht.¹²⁴

2. Sonderregelungen bei der Auslegung der AGBs

Daneben legen § 41 S. 2 und S. 3 CVG jeweils einen Grundsatz fest. Laut § 41 S. 2 CVG sind die AGBs bei mehrdeutigen Klauseln zu Lasten des Verwenders auszulegen. Hier handelt es sich um eine Risikoverteilung.¹²⁵ Bei der Vorformulierung der AGBs nimmt der Verwender die Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig in Gebrauch und tendiert dazu, die Vertragsbedingung zu seinen eigenen Gunsten zu formulieren.¹²⁶ Deshalb weist das Gesetz dem Verwender eine besondere und strengere Verantwortung für den Vertragsinhalt zu, damit die Belange des Vertragspartners geschützt werden.¹²⁷

¹¹⁶ Stoffels, Rn. 358.

¹¹⁷ Kangsheng Hu, S. 75.

¹¹⁸ Kangsheng Hu, S. 200.

¹¹⁹ Kangsheng Hu, S. 75.

¹²⁰ Kangsheng Hu, S. 75.

¹²¹ Liming Wang, Untersuchung über das Vertragsgesetz (Band I). S. 397.

¹²² Liming Wang, Untersuchung über das Vertragsgesetz (Band I). S. 397.

¹²³ Vgl. Stoffels, Rn. 67, 362.

¹²⁴ Vgl. Schwab, Rn. 378.

¹²⁵ Vgl. Stoffels, Rn. 365.

¹²⁶ Liming Wang, Untersuchung über Vertragsgesetz, Band I, S. 399.

¹²⁷ Vgl. Stoffels, Rn. 365.

Eine andere Regel bezüglich des „Vorrangs der Individualabrede“ ist in § 41 S. 3 CVG verankert. Für den Fall, dass sowohl die AGBs als auch die Individualabrede über denselben Gegenstand verschiedene Regelungen vorgesehen haben, wird der Inhalt der Individualabrede als Vertragsinhalt anerkannt. Dabei wird betont, dass die durch Aushandeln der beiden Parteien getroffenen Vereinbarungen von den AGB-Regelungen als höherwertig eingestuft werden. Dies entspricht auch dem Schutzzweck der AGB-Regelung.

VII. Inhaltskontrolle der AGBs

1. Rechtsnatur der Kontrolle

a) Behördliche Kontrolle

Außer der einheitlichen Inhaltskontrolle anhand der §§ 39 ff. CVG gibt es weiterhin eine behördliche Kontrolle von AGBs auf nationaler und lokaler Ebene. Als Beispiel wird hier die Bestimmung in Shanghai genannt. Nach § 11 *der Bestimmung über die Aufsicht der allgemeinen Geschäftsbedingungen in Shanghai*¹²⁸ sollen AGBs in den aufgezählten Bereichen¹²⁹ vor der Verwendung vom Verwender beim zuständigen AIC hinterlegt werden. AIC überprüft im Vorfeld die eingereichten AGBs auf die Vereinbarkeit mit dieser Bestimmung. Wenn Abweichungen vorliegen, ist das AIC nach §12 Nr. 1 dieser Bestimmung befugt, Änderungen der AGBs anzuordnen. Aber die behördliche Kontrolle befreit die AGBs nicht von der Kontrolle nach §§ 39 ff. CVG. Die durch AIC genehmigten AGBs sollen nach wie vor unter der Inhaltskontrolle der §§ 39 ff. CVG gestellt werden.¹³⁰

Darüber hinaus sieht § 15 dieser Bestimmung die Berechtigung des Verbrauchers vor, nicht nur vor einem Gericht Klage zu erheben, sondern auch beim AIC oder beim Verbraucherschutzverband Beschwerde einzulegen, wenn nach Meinung des Verbrauchers die AGBs dieser Bestimmung widersprechen. In diesem Fall wird dem AIC nach §16 II die Befugnis eingeräumt, die Änderung der AGBs durch den Verwender anzuordnen und im Fall der Ablehnung der Änderungen Bußgeld aufzuerlegen. Ähnliche Bestimmungen kommen in Bestimmungen auf lokaler Ebene häufig vor.¹³¹

b) Natur der Inhaltskontrolle der §§ 39 ff. CVG

Welcher Art der Kontrolle die Inhaltskontrolle zuzuordnen ist, bleibt im chinesischen Gesetz bisher unklar. Die Frage, ob die Inhaltskontrolle von AGBs in ihrer Art und Funktion eher der Rechtskontrolle oder der Billigkeitskontrolle¹³² zuzuordnen ist,¹³³ hat noch kein Interesse in der chinesischen Literatur gewonnen.

¹²⁸ Die Bestimmung über die Aufsicht der allgemeinen Geschäftsbedingungen in Shanghai (上海市合同格式条款监督条例), erlassen vom Volkskongress Shanghais am 13.07.2000, in Kraft seit dem 01.01.2001.

¹²⁹ Z.B. Wohnungsverkaufvertrag, Wohnungsmietvertrag, Beförderungsvertrag, Daseinsvorsorgevertrag, Reisevertrag usw.

¹³⁰ Vgl. *Stoffels*, Rn. 41.

¹³¹ Beispielsweise: Heilongjiang, Sichuan, Shanxi.

¹³² *Hoyningen-Huene* ist der Meinung, die Billigkeitskontrolle sei auch eine besondere Art der Rechtskontrolle. Der Grund liege darin, dass die Kontrolle durch Rechtsnormen bevollmächtigt werden müsse und sie „der rechtlichen Legitimation bedarf“. Siehe *Hoyningen-Huene*, S. 130.

¹³³ Zur Differenzierung zwischen Rechtskontrolle und Billigkeitskontrolle, siehe *Hoyningen-Huene*, S. 128 ff.; *Stoffels*, Rn. 390 ff., 460 ff. Zusammenfassend bestehen grundsätzlich drei Unterschiede zwischen den beiden. 1. Maßstab. Unter Rechtskontrolle ist eine Richtigkeitskontrolle zu verstehen. Dabei ist der zu prüfende Gegenstand am Maßstab des vorgegebenen Rechts zu messen. Bei der

Die §§ 307 ff BGB erweisen sich als eine Art der Rechtskontrolle.¹³⁴ Dies ergibt sich zunächst aus § 307 II 1 BGB, der ausdrücklich vorsieht, dass der Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle dispositives Recht ist.¹³⁵ Damit ist gemeint, dass die AGBs mit dem gesetzlichen Leitbild verglichen werden und dass eine Vereinbarkeit der beiden erwünscht ist. Außerdem hat sich die Praxis in Deutschland nach den ständiger Rechtsprechung¹³⁶ bei der Beurteilung für eine „überindividuell generalisierende und typisierende Betrachtungsweise“ entschieden.¹³⁷ Dies ist auf die Natur der AGBs zurückzuführen: Weil die AGBs für eine Vielzahl von Verwendungen vorformuliert und deshalb für den typisierenden Umstand nicht zugeschnitten werden, muss daher die Interessenabwägung der beiden Teile auf einer generellen typischen Grundlage angesichts der Kenntnis und Fähigkeit des durchschnittlichen Kunden beurteilt werden.¹³⁸ Ein Optimum an Gerechtigkeit wird im einzelnen Fall bei der Inhaltskontrolle nicht angestrebt.¹³⁹ Letztlich weist der Gesetzgeber in § 307 I 1 BGB darauf hin, dass sich die Prüfung nach dem Gebot von Treu und Glauben, richten muss. Das chinesische Gesetz geht auf diese Frage nicht ein. Allerdings besagt § 39 I CVG, dass der Verwender nach dem Prinzip der Gerechtigkeit die Rechte und Pflichten zwischen beiden Parteien festlegen soll. § 24 CVerbrSchG sieht wiederum vor, dass die Unternehmen keine unberechtigten oder unangemessenen Bestimmungen gegenüber dem Verbraucher stellen dürfen. Wenn man einen Blick darauf wirft, scheint es einfach, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Inhaltskontrolle in China die Billigkeit als Maßstab setzt. Dies entspricht m.E. aber nicht der Wirklichkeit. Nach *Yan Zhu*¹⁴⁰ wird die Inhaltskontrolle im CVG der Rechtskontrolle zugeordnet. *Yan Zhu* nennt u.a. folgende Anlässe als Begründung: Erstens, weil die AGBs nach § 39 I CVG für die wiederholte Verwendung abgefasst würden, sei das Interesse auf einer generalisierenden Lage zu beurteilen.¹⁴¹ Zweitens, der Widerspruch zu der Bestimmung der Inhaltskontrolle führe zur Unwirksamkeit anstatt einer Inhaltsänderung durch den Richter.¹⁴² Allerdings meint *Yan Zhu*, dass es in der Praxis auch nicht selten vorkomme, dass die Klauseln durch Gericht oder Schiedsverfahren nach Billigkeit geändert würden. Deshalb ist *Yan Zhu* der Meinung, dass obwohl die Inhaltskontrolle anhand des CVGs eine Rechtskontrolle sei, verbleibe noch Raum für eine Billigkeitsermessung. Bei CVerbrSchG vertritt *Yan Zhu* dennoch die inkonsistente Ansicht, dass angesichts besonderer Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers und der Rechtspraxis eine Kombinationskontrolle von Rechts- und Billigkeitskontrolle beim Verbrauchervertrag bestehe.¹⁴³

Billigkeitskontrolle ist die Prüfung gemäß dem Gefühl der Billigkeit durchzuführen. 2. Rechtsbeziehung. Die Rechtskontrolle geht von einer allgemeinen, generellen Betrachtungsweise aus, während die Billigkeitskontrolle nur bei einem individuellen, konkretisierten Vertragsverhältnis verwirklicht werden kann. 3. Rechtsfolge. Die Rechtskontrolle erweist sich als eine Wirksamkeitskontrolle, der Richter legt nur fest, ob die in Betracht kommende Bestimmung gültig ist. Die Billigkeitskontrolle stellt eine „richterliche Vertragsgestaltung (Vertragshilfe)“ dar.

¹³⁴ *Stoffels*, Rn. 460.

¹³⁵ *Stoffels*, Rn. 503.

¹³⁶ *BGH NJW* 2000, S. 2106, 2107; *A. Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 307 Rn. 110.

¹³⁷ *A. Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 307 Rn. 110.

¹³⁸ *A. Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 307 Rn. 110; *Stoffels*, Rn. 460.

¹³⁹ *Stoffels*, Rn. 460. Wenn der Kunde von einem durchschnittlichen Kunden abweicht, wird sein Interesse bei der Inhaltskontrolle nicht besonders beachtet. Wie z.B. bei einem sich verletzenden und daher später körperlich behinderten Kunden bei einem Fitness-Studio-Vertrag wird nach der Inhaltskontrolle von AGBs die Befreiung der Gebühr nicht zugeteilt. Siehe *A. Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 307 Rn. 110.

¹⁴⁰ *Yan Zhu*, S. 113.

¹⁴¹ *Yan Zhu*, S. 113.

¹⁴² *Yan Zhu*, S. 113.

¹⁴³ *Yan Zhu*, S. 114.

Die von *Yan Zhu* vertretene Auffassung trifft m.E. nur insoweit zu, als er die Natur der Inhaltskontrolle im CVG als Rechtskontrolle anerkennt. Die Meinung über eine Kombinationskontrolle scheint wenig überzeugend.

Der Grund dafür, dass der Gesetzgeber das Prinzip der Gerechtigkeit anstelle des Gebots von Treu und Glauben in § 39 I CVG und § 24 CverbrSchG als Maßstab eingefügt hat, ist auf die unzulängliche Gesetzgebungstechnik in China zurückzuführen. Wegen der noch unterentwickelten Gesetzgebungstechnik fehlt es an deutlichen und detaillierten Gesetzesregelungen über manche Fragen. Um diese Fragen zu lösen und die Gesetzeslücke auszufüllen, tendieren Gerichte dazu, bei den nach den vorgegebenen Regelungen nicht zu lösenden Fragen auf die Grundprinzipien zurückzugreifen. Obgleich sich im CVG viele Prinzipien wie z.B. Gerechtigkeit und das Gebot von Treu und Glauben finden, sind die Bedeutungen und Grenzen dieser Prinzipien unklar und ferner überlagern sich deren Deckungsumfang sogar oft.¹⁴⁴ Allerdings ist der Grundsatz der Gerechtigkeit einer der am meisten angeführten Prinzipien, weil nach Meinung des Gerichts das Gerechtigkeitsprinzip einen umfassenden und universalen Grundsatz darstellt, in der fast alle Vorschriften ihre Wurzeln finden und mit dem ein gerechtes Ziel erreicht werden kann. Vermutlich ist der Gesetzgeber beim Ausarbeiten der AGB-Vorschriften diesem Gedanken gefolgt, damit ein nicht abzuschließendes Anwendungsfeld außer den in den Vorschriften aufgezählten Fällen anhand dieses offenen Prinzips geschaffen werden kann.

Außerdem ist dem Wortlaut zu entnehmen, dass das Gerechtigkeitsprinzip (§ 5 CVG) vorsieht, dass die Vertragsparteien die Rechte und Pflichten nach gerecht festsetzen sollen, während § 6 CVG über das Gebot von Treu und Glauben den Schwerpunkt auf die Ausübung der Rechte oder Pflichten legt. Bei § 24 CVG handelt es sich gerade um die Gestaltung der Rechtsverhältnisse, also die Festlegung der Rechte und Pflichten, deshalb bringt der Gesetzgeber das betroffene Gerechtigkeitsprinzip wiederholt zum Ausdruck. Dabei ist aber m.E. eine Billigkeitskontrolle nicht wirklich gewollt.

Neben den oben genannten Gründen lässt sich die Inhaltskontrolle im CVG durch folgende Argumentation als Rechtskontrolle erschließen. In § 40 I CVG nennt der Gesetzgeber drei Fälle als Gegenstände der Inhaltskontrolle, nämlich Klauseln, die die Pflichten des Verwenders ausschließen, die Pflichten der Vertragspartner verschärfen oder die Rechte des Vertragspartners aufheben. Solche Rechte oder Pflichten sind nach anerkannter Meinung aus den dispositiven Rechtsnormen herzuleiten.¹⁴⁵ Dabei sollen die AGBs unmittelbar am Maßstab der Gesetzesregelung gemessen werden, eine Vereinbarkeit ist hierbei erwünscht. Darüber hinaus bestimmt § 40 CVG, dass die AGBs, die der Inhaltskontrolle nicht standhalten, unwirksam sind. Dabei sieht das Gesetz keinen Freiraum für eine richterliche Vertragsänderung vor. Von dieser Ansicht ausgehend entspricht die Folge der Inhaltskontrolle im CVG auch der der Rechtskontrolle. Somit ist dem zuzustimmen, trotz der ausdrücklichen Erwähnung des Grundsatzes der Gerechtigkeit, die Inhaltskontrolle als Rechtskontrolle einzustufen.

2. Anwendungsumfang der Inhaltskontrolle

Der vorher im Teil D diskutierte Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften umreißt den generellen Umfang der AGB-Kontrolle. Hinsichtlich der Inhaltskontrolle ist wiederum klarzustellen, ob alle der AGB-Kontrolle unterworfenen Bedingungen auch durch die zweitstufige Kontrolle – Inhaltskontrolle – überprüft werden müssen.¹⁴⁶ Nach

¹⁴⁴ Siehe *Kangsheng Hu*, S. 9 ff.

¹⁴⁵ Zitiert nach *Bu*, § 12, Rn. 70.

¹⁴⁶ Nach §§ 307 III 1 BGB unterliegen nur die AGBs der Inhaltskontrolle der §§ 307 – 309 BGB, „durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.“ Dies bedeutet, dass die als AGBs eingestuftten Bedingungen der positiven und negativen Einbeziehungskontrolle nach § 305 II und III, § 305b BGB (Vorrang der Individualabrede) sowie § 305c

§ 307 III 1 BGB unterliegen deklaratorische Klauseln¹⁴⁷ und Leistungsbeschreibung und Preisvereinbarung¹⁴⁸ nicht mehr der Inhaltskontrolle.¹⁴⁹ Die Gründe hierfür sind in der „Bindung des Richters an Gesetz und Recht“¹⁵⁰ und der „Wahrung marktwirtschaftlicher Prinzipien“¹⁵¹ zu sehen. Eine ähnliche Bestimmung fehlt im chinesischen Gesetz, und die chinesische Literatur befasst sich auch nicht eingehend mit dieser Problematik.

Es wird von *Yan Zhu* vertreten, dass deklaratorische Klauseln in ihrer Ganzheit kontrollfrei sind.¹⁵² Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Anders als die Begründung¹⁵³ von *Yan Zhu*, wird diese Ansicht mit folgendem Grund belegt. § 40 2. Alt. CVG zählt drei Arten von AGBs auf, die der Inhaltskontrolle nicht standhalten. Wie bereits vorher diskutiert, richtet sich der Maßstab für die Beurteilung, ob die drei Umstände vorliegen, nach dispositiven Gesetzesregelungen. Wenn die Bestätigung vorliegt, dass die AGBs einfach die Inhalte dispositiver Regelungen unverändert wiederholen, werden die Tatbestände der § 40 2. Alt. CVG stets nicht erfüllt. Deshalb kann bei Vereinbarkeit der AGBs mit dem Gesetz nicht von einer Inhaltskontrolle die Rede sein. Aus diesem Grund sind deklaratorischen Bedingungen nach § 40 CVG kontrollfrei.

Hinsichtlich der Preisabrede ist *Yan Zhu* der Meinung, dass die durch die beiden Parteien vereinbarten Vertragsbedingungen, die nur die am Markt orientierten Preise betreffen, kontrollfrei bleiben, während Vertragsbedingungen, bei denen es um den durch die Verwaltungsbehörde nach § 18 des chinesischen Preisgesetzes (CPG)¹⁵⁴ bestimmten oder angeleiteten Preis geht, ebenfalls unter die Inhaltskontrolle fallen.¹⁵⁵ Diese Ansicht trifft völlig zu. Das Verfahren der Preisfestsetzung bei der Vertragsanbahnung soll sich an der Marktwirtschaft orientieren; dabei ist die Privatautonomie der Vertragsparteien von Bedeutung, die einem staatlichen Eingriff

I BGB (überraschende Klauseln) unterliegen müssen, aber von der Inhaltskontrolle befreit werden können. Nur unter bestimmten Voraussetzungen besteht die Möglichkeit, dass die durch § 307 III 1 BGB ausgeklammerten AGBs kontrollbedürftig sind (§ 307 III 2 BGB). Danach sollen Einbeziehungskontrolle und Inhaltskontrolle getrennt betrachtet werden. Die Einbeziehungskontrolle soll hierbei „einen logischen Vorrang zugeteilt“ bekommen. Siehe *Stoffels*, Rn. 264. Es ist daher fragwürdig, dass *Yan Zhu* in seiner Dissertation sowohl den Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften und als auch die Einbeziehungskontrolle als eine Vorstufe der Inhaltskontrolle ansieht. Siehe *Yan Zhu*, S. 106 ff.

¹⁴⁷ Unter deklaratorischen Klauseln versteht man die Vertragsbedingungen, die mit der Rechtsregelung übereinstimmen. Siehe *Stoffels*, Rn. 431 ff.

¹⁴⁸ Eine solche Vereinbarung betrifft nur „tatsächliche und wirtschaftliche“ Inhalte und ist daher für eine „rechtliche Überprüfung unzugänglich“, *A. Fuchs* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, § 307 Rn. 276.

¹⁴⁹ *A. Fuchs* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, § 307 Rn. 275 ff.

¹⁵⁰ *Stoffels*, Rn. 424.

¹⁵¹ *Stoffels*, Rn. 423.

¹⁵² *Yan Zhu*, S. 108.

¹⁵³ *Yan Zhu* argumentiert wie folgt: „Nach §§ 7 und 8 CVG müssen die Parteien bei der Errichtung und Erfüllung von Verträgen Gesetze und verwaltungsrechtliche Bestimmungen einhalten, und ein nach den gesetzlichen Bestimmungen errichteter Vertrag hat für die Parteien rechtliche Bindungswirkung. Deklaratorische Formulklauseln sollen inhaltlich kontrollfrei bleiben, weil die deklaratorische Klauseln nach §§ 7 und 8 CVG mit gesetzlichen Bestimmungen übereinstimmen“, siehe *Yan Zhu*, S. 108. Hier erweist sich das Verständnis der §§ 7 und 8 CVG von *Yan Zhu* als unvollständig. Unter dem Wortlaut „Gesetze und verwaltungsrechtliche Bestimmungen einhalten (应当遵守法律、行政法规)“ ist zu verstehen, dass die Errichtung und Erfüllung des Vertrags alle durch die Gesetze und verwaltungsrechtliche Bestimmungen gestellten Anforderungen sowohl an die Formalität als auch an den Inhalt erfüllen sollen. Der Wortlaut „nach den gesetzlichen Bestimmung errichteter Vertrag“ (依法成立) in § 8 CVG bedeutet nicht, dass der Vertrag inhaltlich nach Gesetzen oder verwaltungsrechtlichen Bestimmungen errichtet wird, wie *Yan Zhu* argumentiert, sondern dass der Vertrag alle gesetzlichen Voraussetzungen, die an das Wirksamwerden eines Vertrags gestellt werden, erfüllt. Deshalb ist die Begründung von *Yan Zhu* nicht hinreichend überzeugend.

¹⁵⁴ Das Preisgesetz der VR China (价格法), verabschiedet und bekanntgemacht am 29.12.1997, in Kraft seit dem 01.05.1998.

¹⁵⁵ *Yan Zhu*, S. 108, 109.

gegenübersteht.¹⁵⁶ Außerdem fehlt den Preis betreffend ein gesetzlicher Maßstab, mit dem die Inhaltskontrolle als Rechtskontrolle durchgeführt werden kann. Wenn die gesetzliche Preisvorschrift freilich einen Preis oder den Umfang der Preisveränderung festsetzt, ist hier normalerweise eine Intervention durch den Staat erforderlich. Die besonderen Eigenschaften der Produkte¹⁵⁷ rechtfertigen die Kontrolle des Preises durch den Staat. Beim Vorliegen einer gesetzlichen Regelung als Prüfungsmaßstab, soll eine Abweichung von der gesetzlichen Festsetzung der Preise in den Vertragsbedingungen durch die AGB-Regelungen im CVG auch kontrolliert werden.¹⁵⁸ Bei den AGBs, die die Leistungsbeschreibung in Bezug auf die Qualität der Produkte behandeln, ist angesichts des chinesischen Produktqualitätsgesetzes¹⁵⁹ dem gleichen Gedanken zu folgen.¹⁶⁰

3. Untersuchung der Inhaltskontrolle nach § 40 CVG

Den Kernbereich der AGB-Regelungen bildet die Inhaltskontrolle. Obgleich der inoffizielle Titel des § 40 CVG „Die Unwirksamkeit von AGBs“ lautet, entfaltet der eine Funktion wie die Inhaltskontrolle. § 40 CVG verweist zuerst auf die §§ 52 und 53 CVG, in denen jeweils die Nichtigkeit und die unzulässigen Haftungsausschlüsse in allen Vertragstypen, egal ob es sich um AGBs oder einen individuellen Vertrag handelt, bestimmt werden. Weiterhin werden in § 40 CVG drei Umstände aufgezählt, die zur Unwirksamkeit der AGBs führen.

a) Der Verweis auf §§ 52 und 53 CVG

§ 40 1. Alt. CVG stellt eine Verbindung zu § 52 CVG dar, die gesetzliche Nichtigkeitsgründe aufzählen und auf alle Verträge anzuwenden sind. Diese Wiederholung allein hat keine selbstständige Funktion im Sinne der Inhaltskontrolle von AGBs. Laut § 52 CVG schließen die Nichtigkeitsgründe im chinesischen Gesetz solche Verträge ein, die auf eine rechtswidrige Folge abzielen und sich unter eine rechtmäßigen Form verbergen (§ 52 Nr. 3 CVG), das Gemeinwohl der Gesellschaft verletzen (§ 52 Nr. 4 CVG) sowie gegen Gesetze und Rechtsverordnungen verstoßen (§ 52 Nr. 5 CVG). Aber weil die chinesischen Gesetze stark durch die Ideologie des Kollektivismus beeinflusst werden, gehören zu den Nichtigkeitsgründen noch folgende Gründe: Die staatlichen Interessen werden durch den mittels Täuschung und Drohung einer Vertragspartei zustande gekommenen Vertrag verletzt (§ 52 Nr. 1 CVG); das Interesse des Staates, das des Kollektivs und das von Dritten wird durch böswillige Kollusion verletzt (§ 52 Nr. 2 CVG). Diese Bestimmung sieht sich seit langem schon der Kritik ausgesetzt, wird jedoch wegen seiner untergeordneten Funktion bei der Inhaltskontrolle von AGBs hier nicht weitergehend thematisiert.

§ 40 1. Alt. CVG greift außerdem auf § 53 CVG zurück. Danach sind die Vertragsbedingungen nichtig, wenn sie entweder die Haftung für Schädigung an Leib oder Leben (§ 53 Nr. 1 CVG), oder die Vermögensschäden, die eine Partei vorsätzlich oder grob fahrlässig der anderen Partei zufügt (§ 53 Nr. 2 CVG), ausschließen.

Diese zwei Normen sollen eigentlich bei allen Verträgen, sei es bei AGBs oder bei ausgehandelten Verträgen, eingehalten werden. In dieser Hinsicht handelt es sich bei

¹⁵⁶ Stoffels, Rn. 423.

¹⁵⁷ Nach § 18 CPG sind die Preise von Produkten solcher Art zu kontrollieren: 1. The few merchandises that are of great importance to the development of the national economy and the people's livelihood; 2. The few merchandises that are in shortage of resources; 3. Merchandises of monopoly in nature; 4. Important public utilities; 5. Important services of public welfare in nature.

¹⁵⁸ A. Fuchs in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn. 312.

¹⁵⁹ Das Produktqualitätsgesetz der VR China (产品质量法), verabschiedet am 22.02.1993, in Kraft seit dem 01.09.1993, neu revidiert am 08.07.2000.

¹⁶⁰ Yan Zhu, S. 109.

diesen zwei Bestimmungen nicht um das Spezialthema der Inhaltskontrolle von AGBs, trotzdem kann sich der Richter darauf berufen, AGBs als ungültig zu beurteilen.

b) Konkrete Klauselverbote nach § 40 2. Alt. CVG

Nur § 40 2. Alt. CVG regelt den Gegenstand im Sinne der Inhaltskontrolle von AGBs. Danach wird der Anwendungsbereich des § 40 CVG eröffnet, wenn die Vertragspartei, die die AGBs stellt, 1) ihre eigene Haftung ausschließt; 2) die Haftung der anderen Partei erhöht; 3) die wesentlichen Rechte der anderen Partei ausschließt.

aa) Verständnis des Wortlauts „Haftung“

In § 40 2. Alt. CVG benutzt der Gesetzgeber den Ausdruck „Haftung“, aber diese ist irreführend. Normalerweise bezeichnet „Haftung“ nur eine Sekundärpflicht, die bei der Verletzung der Primärpflicht entsteht,¹⁶¹ wie z.B. bei Schadensersatz oder Nacherfüllungspflicht, und sie bildet einen untergeordneten Begriff der „Pflicht“. Wenn unter „Haftung“ in § 40 2. Alt. CVG lediglich Sekundärpflichten zu verstehen wären, würde der Anwendungsbereich des § 40 CVG stark beschränkt werden. Die Literatur berücksichtigt diese Differenzierung des Wortlauts entweder nicht oder setzt sich willentlich mit einer Gleichsetzung der „Haftung“ mit der „Pflicht“ darüber hinweg.¹⁶² *Liming Wang* vertritt die Meinung, dass unter „Haftung“ einfach die wesentlichen Pflichten zu verstehen seien.¹⁶³ Allerdings bietet er keine ausführliche Begründung dafür.

Es ist wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber bei Abfassung des Vertragsgesetzes „Pflicht“ und „Haftung“ verwechselt hat. Die kürzlich erlassene *Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertrags* könnte diese Schlussfolgerung unterstützen. In den §§ 9 bis 11 dieser Maßnahmen erklären diese Bestimmungen die drei Umstände im § 40 2. Alt. CVG jeweils durch einige Beispiele, jedoch nur in Hinsicht auf die Verträge zwischen den Unternehmen und den Verbrauchern. §§ 9 und 10, die nach wie vor das Wort „Haftung“ benutzen, befassen sich mit der Aufzählung des verbotenen Verhaltens, worunter fast nur Sekundärpflichten fallen.¹⁶⁴ Dies scheint mit dem Verständnis der Haftung als Sekundärpflicht nach § 40 2. Alt. CVG in Einklang zu stehen. Allerdings lässt sich eine Ausnahme beobachten. In § 9 Nr. 3 dieser Bestimmung schreibt der Gesetzgeber vor, dass der Unternehmer sich von der „Gewährleistungshaftung“ für Produkte und Leistung nicht befreien lassen darf. Gewährleistungshaftung ist wieder ein unpassender Ausdruck, weil damit eigentlich Pflichten gemeint sind. Aus diesem Grund wird vermutet, dass der Wortlaut sich nicht auf Sekundärpflichten beschränkt, sondern sich in der Tat auf alle Pflichten erstrecken soll.

Darüber hinaus liefert *die Bestimmung über AGBs in Shenzhen*¹⁶⁵ weitere Anhaltspunkte. Diese Bestimmung wurde sogar vor dem Inkrafttreten des Vertragsgesetzes erlassen. Während die anderen Provinzen oder Städte ihre

¹⁶¹ *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 5, 15.

¹⁶² *Liming Wang* nennt einige gesetzliche Pflichten der Unternehmer, wie die Erfüllungspflicht und die Sicherheitgewährleistungspflicht als Beispiele der Haftung in § 40. Siehe *Liming Wang*, *Tribune of Political Science and Law* 1999/6, S. 6, 9 und *Untersuchung über das Vertragsgesetz*, Band I, S. 401 ff.

¹⁶³ *Liming Wang*, *Untersuchung über das Vertragsgesetz*, Band I, S. 401.

¹⁶⁴ Nach § 9 ist es Unternehmen verboten, sich von folgenden Haftungen zu befreien: Die Haftung für die Schädigung an Leib oder Leben, Vermögensschäden wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, Verletzung der Vertragspflicht, sowie andere Haftungen nach dem Gesetz. Laut § 10 darf das Unternehmen die Haftung des Verbrauchers nicht erhöhen. Dies schließt eine den gesetzlichen Betrag übersteigende Vertragsstrafe oder Schadensersatz, Haftung für operationelles Risiko und andere auf Verbraucher abgewälzte Haftungen ein.

¹⁶⁵ *Bestimmung über AGBs in Shenzhen* (深圳经济特区格式合同条例). Diese Verordnung wurde von dem ständigen Ausschuss des Volkskongresses Shenzhen am 02.07.1998 erlassen und in Kraft seit dem 01.10.1998.

Bestimmungen über AGBs nach dem Wortlaut *der Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertrags* mit geringer Änderung entworfen haben, hält Shenzhen an ihrer eigenen Fassung fest. Nach § 18 Nr. 1 sind die AGBs unwirksam, wenn der Verwender mit ihnen seine wesentlichen Pflichten ausschließt. Anstelle von „Haftung“ benutzt diese Verordnung „wesentliche Pflichten“. Mit Recht ist dieser Bestimmung zuzustimmen.

Es bedarf einer erweiterten Auslegung der „Haftung“, damit der Anwendungsumfang nicht willkürlich durch den versehentlichen Falsch Ausdruck verkleinert wird. Wenn „Haftung“ „wesentliche Pflichten“ bedeutet, muss weiter erforscht werden, was unter „wesentlichen Pflichten“ zu verstehen ist. *Liming Wang* ist der Meinung,¹⁶⁶ damit seien die Pflichten gemeint, die unter normalen Umständen von dem Verwender erfüllt werden müssen; deutlicher gesagt, sind diese Pflichten aus dem dispositiven Recht abzuleiten. Das dispositive Recht erstrebt in der Regel einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen den Parteien. Aber nicht alle Pflichten aus dem dispositiven Recht dürfen dem Ausdruck „wesentlich“ zugeordnet werden. Die Zuordnung hängt vom Vertragstyp ab und ist dem Zweck des Vertrags zu entnehmen.

bb) Der Konflikt zwischen § 39 I und § 40 2. Alt. CVG

Ein weiteres Problem tritt in Bezug auf den Begriff der „Haftung“ auf. Auf den ersten Blick scheint ein Konflikt zwischen § 39 I und § 40 2. Alt. CVG zu bestehen.¹⁶⁷ Laut § 39 I CVG soll die Hinweis- und Aufklärungspflicht bei Einbeziehung der AGBs, die die „Haftung“ des Verwenders ausschließen oder beschränken, eingehalten werden. Wenn die Voraussetzungen erfüllt werden, können solche AGBs wirksam sein (eigentlich sollten sie nur einbezogen werden). Aber § 40 CVG erklärt solche Freizeichnungen einfach für nichtig. Ihr zufolge sei dieser Hinweis- und Aufklärungsversuch schon redundant.

Zur Auflösung des Konflikts führt *Liming Wang* an, dass das Wort „Haftung“ in den beiden Vorschriften unterschiedliche Bedeutung habe.¹⁶⁸ Von dieser Meinung ausgehend meine § 39 I CVG die zukünftige Haftung, während § 40 2. Alt. CVG die gegenwärtige Haftung, die der Verwender zurzeit erfüllen soll, bezeichne. Das Gesetz verbiete es den Parteien nicht, Freizeichnungsklauseln zu vereinbaren. Sofern die Freizeichnung nicht gegen das Gesetz verstoße und die Einbeziehungsvoraussetzungen erfüllt habe, bliebe sie wirksam. Aber nach § 40 2. Alt. CVG sei der Verwender nicht berechtigt, die bei Vertragsabschluss zu erfüllenden Pflichten auszuschließen.

Allerdings ist diese Begründung unverständlich formuliert. Zunächst ist es unklar, was unter der „gegenwärtigen Haftung“ zu verstehen ist. Der Zeitpunkt ist nicht eindeutig bestimmbar. Außerdem vernachlässigt der Autor den Unterschied zwischen Haftung und Pflicht. Wenn keine Verletzung der Pflicht vorliegt, kommt eine Haftung auch nicht in Betracht. In Anlehnung an diesen Unterschied kann der Verwender nur die künftige Haftung ausschließen, weil eine „gegenwärtige Haftung“ beim Vertragsabschluss noch nicht besteht. Diese Auffassung erweist sich daher als unzutreffend.

Zu Recht wird aber m.E. von *Liming Wang* argumentiert, dass die §§ 39 I und 40 2. Alt. CVG unterschiedliche Gegenstände zu ihren Regelungsbereichen zählen. Die Unterschiede liegen allerdings nicht in dem oben gefolgerten Punkt. Abgesehen davon, ob § 39 I CVG mit Haftung nur Sekundärpflichten gemeint hat, betrifft § 39 I CVG eigentlich alle AGBs, die die „Haftung“ ausschließen oder einschränken. Im Gegensatz dazu betreffen die AGBs in § 40 2. Alt. CVG nur solche, die *wesentliche* Pflichten ausschließen. Im Rahmen der Privatautonomie wird dem Verwender eingeräumt, die unwesentlichen Freizeichnungsklauseln in den Vertrag einzubeziehen. Allerdings wird

¹⁶⁶ *Liming Wang*, Untersuchung über das Vertragsgesetz, Band I, S. 401.

¹⁶⁷ *Yan Zhu*, S. 155.

¹⁶⁸ *Liming Wang*, Untersuchung über das Vertragsgesetz, Band I, S. 401.

bei Ausschluss der wesentlichen Pflichten die Grenze der Privatautonomie bei der Vertragsgestaltung überschritten und deswegen die andere Partei unangemessen benachteiligt. Aus diesem Grund sollten nur die AGBs, die die wesentlichen Pflichten betreffen, an der Inhaltskontrolle scheitern. Von dieser Betrachtungsweise ausgehend liegt also kein Konflikt zwischen § 39 I und § 40 2. Alt. CVG vor.

cc) Erhöhung der „Haftung“ der anderen Vertragspartei

Weiterhin halten die AGBs, die die „Haftung“ des Vertragsgegners erhöhen, der Inhaltskontrolle nicht stand. Aus dem oben gewählten Grund ist die „Haftung“ hier als Pflicht zu verstehen. Dabei wird der Inhalt der AGBs am dispositiven Recht gemessen. *Die Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertrags* nennt drei Beispiele: Die den gesetzlichen Betrag übersteigende Vertragsstrafe oder Schadensersatz, Haftung für operationelles Risiko, und andere dem Vertragspartner nicht zuzurechnende Haftung.

dd) Ausschließung der wesentlichen Rechte des Vertragspartners

Außerdem ist es dem Verwender nicht erlaubt, wesentliche Rechte der anderen Partei auszuschließen. Wesentliche Rechte ergeben sich aus der Natur des Vertrags und lassen sich nur im Einzelnen je nach Vertragstyp festlegen.¹⁶⁹ Dabei wird es ausdrücklich abgelehnt, dass die wesentlichen Rechte von dem Richter nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit unter den konkreten Umständen festzusetzen sind.¹⁷⁰ Denn die Inhaltskontrolle gehört zur Rechtskontrolle, deren Prüfungsmaßstab nicht durch Billigkeit, sondern durch Vorgaben des Gesetzes gekennzeichnet ist.

c) Abschließende Aufzählung?

§ 24 CVerbrSchG schreibt freilich vor, dass das Unternehmen keine AGBs, die unangemessene oder ungerechte Vertragsbedingungen festsetzen oder die ihre Haftung ausschließen oder beschränken, benutzen darf und dass solche AGBs unwirksam sind. Danach scheint § 24 1. Alt. CVerbrSchG eine generelle Klausel zu bilden und dem Richter die Befugnis einzuräumen, alle unangemessenen oder ungerechten AGBs als unwirksam zu erklären. Ob die Aufzählung in § 40 CVG abschließend ist, ergibt sich nicht aus dem CVG. *Yan Zhu* ist der Meinung, dass der Grundsatz der Gerechtigkeit nach § 39 I CVG als Generalklausel der Inhaltskontrolle von AGBs anzusehen sei.¹⁷¹ Nun bieten der Wortlaut und die gesetzgeberische Erklärung dafür jedoch keinen Anhaltspunkt, und die Schlussfolgerung von *Yan Zhu* ist nicht überzeugend. Wenn der Anwendungsbereich für alle ungerechten AGBs eröffnet wäre, würde die Rechtssicherheit durch zahlreiche Klagen belastet, weil sich beim Grundsatz der Gerechtigkeit der Prüfungsmaßstab nicht festsetzen lässt.

d) Rechtsfolgen beim Verstoß gegen § 40 CVG

Klauseln, die unter den Tatbestand des § 40 CVG fallen, sind unwirksam. Auf weitere Folgen geht das Gesetz nicht ein. In diesem Fall ist auf die allgemeinen Vorschriften im CVG zurückzugreifen. Wenn die Klauseln der Inhaltskontrolle nicht standhalten, bleibt der übrige Teil des Vertrags nach § 56 S. 2 CVG gültig, sofern die anderen Vertragsbedingungen von der Unwirksamkeit der Klauseln nicht abhängig sind. Wegen des Unwirksamwerdens mancher Vertragsbedingungen werden Lücken in den Verträgen auftreten. Dann liegen es keine Regulierungen über die Pflichten und Rechte der Vertragsparteien vor. Wenn die Vertragsparteien keine Vereinbarung über Qualität, Preis und Ort der Erfüllung usw. getroffen haben, können die Parteien nach § 61 CVG

¹⁶⁹ *Liming Wang*, Untersuchung über das Vertragsgesetz, Band I, S. 404.

¹⁷⁰ *Liming Wang*, *Tribune of Political Science and Law* 1999/6, S. 3, 9.

¹⁷¹ *Yan Zhu*, S. 143.

einen ergänzenden Vertrag abschließen. Falls der Versuch scheitert, wird der Inhalt des Vertrags nach den übrigen einschlägigen Vertragsbedingungen oder der Verkehrssitte bestimmt. Letztlich kann das dispositives Recht nach § 62 CVG eintreten.

VIII. Ein Blick in die Entwürfe des chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs

Die Rechtsnormen auf dem Gebiet des Zivilrechts verteilen sich zurzeit auf einzelne Gesetze, und ein einheitliches Bürgerliches Gesetzbuch ist in China noch nicht vorhanden. Die Abfassung eines chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf die Tagesordnung gesetzt, es sind bisher zwei Entwürfe durch Rechtswissenschaftler veröffentlicht worden. Es lohnt sich deshalb, einem Blick auf die Entwürfe zu werfen.

1. Entwurf der Forschungsgruppe von Prof. Liming Wang

In diesem Entwurf¹⁷² sind die §§ 39, 40, 41 CVG mit geringen Änderungen hinzugefügt worden. Die AGB-Vorschriften der §§ 1308 – 1310 befinden sich im 3. Kapitel „Die Wirksamkeit des Vertrags“ des 6. Bands „Vertrag“. Als Verbesserungen werden folgende drei Aspekte betrachtet. Erstens, § 1308 I definiert die AGBs als Vertragsbedingungen, die „nicht abdingbar“ sind, anstelle der vorherigen Formulierung „nicht ausgehandelt“.¹⁷³ Damit wird die Inanspruchnahme der einseitigen Gestaltungsfreiheit beleuchtet. Darunter ist zu verstehen, dass die AGBs nicht durch die Vertragsgegner geändert werden können. Zweitens, bei der Einbeziehungskontrolle erstrecken sich die nach § 39 I nur auf die Haftungsausschlüsse und -beschränkungen angewandten Einbeziehungsvoraussetzungen auf alle AGBs, wodurch das Schutzspektrum erweitert wird. Drittens, § 1308 II 2 vervollständigt die Einbeziehungskontrolle, worin die Folge einer Nichterfüllung der Voraussetzungen vorgeschrieben wird. Ihr zufolge sind solche AGBs nicht Bestandteile des Vertrags. Die oben genannten Änderungen sind zu begrüßen.

Darüber hinaus bringt § 1309 II zum Ausdruck,¹⁷⁴ dass offensichtlich ungerechte AGBs von dem Vertragspartner abgeändert oder angefochten werden können. Diese Bestimmung folgt aber wieder dem Gedanken einer Gerechtigkeitskontrolle.

2. Entwurf der Forschungsgruppe von Prof. Huixing Liang

Im Band 4 „Vertrag“ dieses Entwurfs sind acht Paragraphen (§§ 863 ff.) den AGBs zugeteilt, die die Systematik der AGB-Vorschriften im CVG völlig ändern.¹⁷⁵ Die Legaldefinition beschränkt den Kreis der AGBs. § 863 I besagt, dass die AGBs Vertragsbedingungen sind, die vom Verwender für den Vertragsabschluss mit einer unbestimmten Vielzahl von Vertragspartnern vorformuliert und bei Vertragsabschluss nicht ausgehandelt werden. Demzufolge wird verlangt, dass die AGBs nicht nur vom Verwender abgefasst, sondern die Bedingungen sogar bei verschiedenen Vertragspartnern verwendet werden müssen. Eine mehrmalige Verwendung gegenüber demselben Vertragspartner reicht nicht mehr für das Merkmal „wiederholte Verwendung“ aus. Aus welchem Grund der Verfasser des Entwurfs den Umfang der AGBs beschränkt, ist unklar, aber diese Änderung hat in jedem Fall zur Folge, dass das Schutzniveau zurückgeht.

¹⁷² Liming Wang (Hrsg.), Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch und die Begründung (Allgemeiner Teil des Schuldrechts und Vertragsgesetz), S. 232 ff.

¹⁷³ Liming Wang (Hrsg.), Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch und die Begründung (Allgemeiner Teil des Schuldrechts und Vertragsgesetz), S. 231.

¹⁷⁴ Liming Wang (Hrsg.), Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch und die Begründung (Allgemeiner Teil des Schuldrechts und Vertragsgesetz), S. 233.

¹⁷⁵ Huixing Liang (Hrsg.), Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 168 ff.

Die Auslegungsregel „Vorrang der Individualabrede“ wird im Absatz 2 nach dem Begriff der AGBs in § 863 festgesetzt. Eine Ausnahme sieht der Verfasser vor, wenn die Individualabrede das Interesse des Verbrauchers verdrängt, dann richtet sich der Vertragsinhalt nach den AGBs. Abgesehen von der systematischen Anordnung an sich, stellt diese Bestimmung den Versuch des Verfassers dar, die Aufgabe der Inhaltskontrolle in die der Auslegung zu verdrängen.¹⁷⁶ Dieser Bestimmung ist schwerlich zuzustimmen.

Auch die Bestimmung über die Inhaltskontrolle in diesen Entwurf geht einen deutlich anderen Weg.¹⁷⁷ § 866 räumt dem Vertragspartner die Befugnis ein, die AGBs anzufechten, die mit Rücksicht auf Natur oder Zweck, unter Berücksichtigung aller Vertragsbedingungen, der Entstehung des Vertrags, dem Interessenverhältnis beider Parteien, der Verkehrssitte sowie anderen Umständen als offensichtlich ungerecht oder entgegen dem Gebot von Treu und Glauben angesehen werden. Von dem Aspekt der absoluten Unwirksamkeit hat der Verfasser abgesehen und eine Wahlmöglichkeit des Vertragspartners ersetzt die unmittelbare richterliche Kontrolle. Darüber hinaus ist der Staatsrat nach § 866 bevollmächtigt, einen Katalog der ungerechten Klauseln zu verfassen.

Positive Revidierungen sieht man in §§ 867, 868 sowie 869,¹⁷⁸ weil diese zum ersten Mal im Gesetz Erwähnung finden. Nach § 867 bleibt der übrige Teil des Vertrags wirksam, auch wenn die AGBs nicht wirksam einbezogen oder angefochten sind. § 868 geht um den Konflikt von AGBs. Dabei wird der Fall, in dem beide Parteien eigene AGBs einbringen, behandelt. § 869 behandelt den verfahrensrechtlichen Inhalt. Danach sind Verbraucherschutzverband und Gewerkschaft berechtigt, Klage gegen AGBs zu erheben, wenn die AGBs das Interesse des Verbrauchers und des Arbeitnehmer betreffen.

Trotz vieler Lücken und Unklarheiten bezüglich der AGB-Regelungen stellen die beiden Entwürfe schon einen Fortschritt dar.

¹⁷⁶ In Deutschland waren auch ungerechte Bedingungen vor dem Inkrafttreten des AGBs-Gesetzes im Wege der Auslegung nicht als Bestandteile des Vertrags anzusehen. Dies war aber später in Kritik geraten. „Gestände man der Auslegung hier eine korrektivische Funktion zu, so ließe man letztlich eine Zweckentfremdung dieses Instituts zu. Als übereinstimmend Gemeintes wird nicht mehr als „Gewolltes“, sondern als das nach der Rechtsordnung „Gewollte“ ausgegeben“, siehe *Stoffels*, Rn. 358.

¹⁷⁷ *Huixing Liang* (Hrsg.), Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 168.

¹⁷⁸ *Huixing Liang* (Hrsg.), Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 169.

Dritter Teil: Abgrenzung und Beziehung zum Mustervertrag

IX. Praxisbezogenes Problem: Mustervertrag

In der Praxis steht die Verwendung von Musterverträgen in enger Verbindung mit der AGB-Kontrolle. Wegen der staatlichen Empfehlung und der Vertragsaufsicht durch AIC auf nationaler und lokaler Ebene gewinnt diese Problematik bei Verwendung der Musterverträge in China zunehmend an Bedeutung.

1. Allgemeines zum Mustervertrag

Zweierlei Verträge¹⁷⁹ werden in China typischerweise als Mustervertrag bezeichnet. Zum einen sind dies solche Verträge, die von Branchenverbänden formuliert und Laien zur Verfügung gestellt werden. Zum anderen sind es durch AICs allein oder in Zusammenarbeit mit der jeweils zuständigen Behörde aufgestellte Verträge. Neben der Aufstellung gehören die Empfehlung, Verbreitung sowie Aufsicht solcher Musterverträge auch zu den Aufgaben des AICs. Aus dem Grund, dass die erst genannten Verträge im Allgemeinen weniger Probleme verursachen, wird daher in der vorliegenden Arbeit nur von letzteren die Rede sein und nur diese untersucht werden.

Als ein Rechtsinstitut wurde die Verbreitung der wirtschaftlichen Musterverträge durch eine Benachrichtigung¹⁸⁰ des Büros des Staatsrats eingerichtet. Das SAIC hat auf der Grundlage dieser Benachrichtigung *die Verwaltungsverordnung für wirtschaftliche Musterverträge*¹⁸¹ erlassen. Ihr zufolge sind SAIC und AICs auf lokaler Ebene für die Ausarbeitung, Ankündigung, Verteilung und Aufsicht der Musterverträge zuständig. Nach Inkrafttreten des Vertragsgesetzes und dem Ausfall des wirtschaftlichen Vertragsgesetzes wurde dieses Institut durch eine neue Benachrichtigung wieder aktualisiert.¹⁸² Danach sind insgesamt 108 Musterverträge durch SAIC vorgesehen, davon wiederum sind 77 durch SAIC und 31 durch AICs auf lokaler Ebene entworfen worden. Nach Ansicht des SAICs zielt die Verbreitung der Musterverträge darauf ab, das Vertragsabschlussverfahren zu regulieren, die Belange der Vertragsparteien zu schützen sowie unangemessene AGBs abzuwenden.

Die Musterverträge betreffen folgende: Kaufverträge für gebrauchte Fahrzeuge, Wohnungskaufverträge, Mietverträge, Werbeverträge, Reiseverträge, Verwahrungsverträge, Bauverträge, Speditionsverträge, Franchiseverträge im Bereich der Eilbestellung und Verträge bzgl. der Hausinstandhaltung und -pflege usw.

2. Rechtsnatur des Mustervertrags

Es kommt zwar häufig vor, dass die Musterverträge als Anhänge von Satzungen des SAICs veröffentlicht werden, jedoch stellen Musterverträge keine Rechtsnormen dar.¹⁸³

¹⁷⁹ A. A.: *Yuanqiong He*. Dieser Ansicht nach gehören noch zwei weitere Arten von Verträgen zu Musterverträgen: Die von internationalen Organisationen verfassten Verträge und die internen Musterverträge von Unternehmen.

¹⁸⁰ Benachrichtigung des Büros des Staatsrats über Verbreitung und Empfehlung der wirtschaftlichen Musterverträge durch SAIC (国务院办公厅转发国家工商行政管理局关于在全国逐步推行经济合同示范文本制度请示的通知), bekanntgemacht am 20.03.1990, am 03.12.1998 außer Kraft treten.

¹⁸¹ Maßnahmen zur Verwaltung der wirtschaftlichen Musterverträge (经济合同示范文本管理办法), verabschiedet, bekanntgemacht durch SAIC am 20.08.1990, in Kraft seit dem 20.08.1990, am 30.11.2010 außer Kraft treten.

¹⁸² Benachrichtigung vom SAIC über Verbreitung und Empfehlung der Musterverträge (国家工商行政管理局总局关于推行合同示范文本有关问题的通知), bekanntgemacht am 04.06.2009.

¹⁸³ A.A., *Yan Zhu*, S. 76. Der Autor ist der Meinung, dass die Musterverträge der Behörden aufgrund der Verwaltungsvorschriften von der Rechtsprechung als Rechtsnormen behandelt werden. „Den konkreten

Sie finden ihre Geltung nur auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, nämlich Einigung der Vertragsparteien. Eine Forschungsarbeit des regionalen AICs verdeutlicht, dass die staatlichen Verfahren der Abfassung und Empfehlung von Musterverträgen dem Verfahren der Verwaltungsanleitung (行政指导) zuzurechnen sind.¹⁸⁴ Damit wird die These bekräftigt, dass die Musterverträge keinen Zwangscharakter besitzen. Normalerweise sind die Parteien nicht dazu gezwungen, die Musterverträge anzuwenden.¹⁸⁵ Allerdings setzen AICs Maßnahmen der Belohnung oder Sanktionen¹⁸⁶ gegen Unternehmen durch, damit die Musterverträge verbreitet Anwendung finden. Hier fällt also eine Diskrepanz zwischen dem Recht und der Rechtswirklichkeit ins Auge. Obwohl keine gesetzliche Vorschrift eine Zwangsverwendung ausdrücklich vorsieht, bildet die Verwendung mancher Musterverträge in der Realität die Voraussetzung für die staatliche Bestätigung bezüglich der rechtlichen Wirkung. Dies hat zur Folge, dass die Unternehmen bestimmte Musterverträge benutzen müssen, damit ihre Rechtsgeschäfte die Anerkennung von AICs bekommen können.¹⁸⁷

Verwaltungsvertragsverordnungen und –ausführungsbestimmungen in China liegt das inzwischen aufgehobene CWVG (chinesisches wirtschaftliches Vertragsgesetz) zugrunde. Formular Klauseln (AGBs) auf der Basis dieser Vertragsverordnung und Ausführungsbestimmungen haben zwingende Geltung. So ist es z.B. erforderlich, Darlehensverträge zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer entsprechend den Darlehensvorschriften zu gestalten. Nach § 22 der Darlehensvorschriften steht den Banken und Kreditgenossenschaft nur das Recht zur Gestaltung der Darlehensvertragsform zu. ... Offensichtlich sind die vom Staatsrat verabschiedeten konkreten Vertragsvorschriften nach § 56 CVerf (chinesische Verfassung) auch rechtliche Normen. Dieser Verwaltungsvertragsvorschriften sollen, wie oben dargelegt, bereits außer Kraft getreten sein. Aber die chinesische Rechtsprechung pflegt zur Zeit in der Rechtspraxis, staatlich vorformulierte Musterverträge aufgrund dieser Verwaltungsvorschriften bei Beilegung von Rechtsstreitigkeiten als „Rechtsnorm“ anzuerkennen. Formular Klauseln, die von staatlichen Monopolunternehmen aufgestellt sind, werden auch sehr oft als Rechtsnorm betrachtet.“ Bisher werden jedoch nach meinem Kenntnisstand keine solche Rechtsprechung gefunden.

¹⁸⁴ *Forschungsgruppe des AICs in Jinshan, Shanghai, Study on China Administration for Industry & Commerce 2010/6, S. 17 ff.* Die Verwaltungsanleitung bildet eine Art von Verwaltungshandeln, die unter das Gebiet des Realakts fällt. Im deutschen Verwaltungsrecht existiert ein entsprechender Begriff nicht. Das Vorliegen dieses Begriffes ist mehr auf die Rezeption des japanischen Gesetzes zurückzuführen. Nach Ansicht der chinesischen Wissenschaftler ist Verwaltungsanleitung ein Verhalten der Verwaltungsbehörde, das in Bezug auf die zuständigen Angelegenheiten mittels zwangloser Maßnahmen gegen bestimmte Personen von der Behörde unternommen wird, damit ein bestimmtes Verfahren mit dem Einverständnis und der Mitwirkung von dem Verwaltungsgegner unternommen wird und ferner die Verwaltungsziele erreicht werden können, vgl. *Yuesheng Weng*, S. 911. Weitere Literatur bezeichnet die Musterverträge als soft law. Damit versuchen die Autoren zu verdeutlichen, dass die Musterverträge keine Rechtsverbindlichkeit, aber tatsächliche Gültigkeit ausüben, siehe *Huihua Yuan*, *Science and Life* 2010/6, S. 40 ff. Dennoch müsste nach der einleuchtenden Meinung von *Mingan Jiang* das soft law zunächst den normativen Regelungen zugeordnet werden. Die Musterverträge scheitern daran und sollten nicht dem soft law gerechnet werden, siehe *Mingan Jiang*, *China Legal Science* 2006/2, S. 25 ff.

¹⁸⁵ Unter der Planwirtschaft vor der politischen und wirtschaftlichen Reform Chinas waren solche von den Behörden stammenden Musterverträge zwingend, siehe *Yan Zhu*, S. 45; *Yuanqiong He*, *Peking University Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378, 382, 383. Damals lagen sogar Druckproduktion und Ausgabe der Musterverträge unter strenger staatlicher Kontrolle. Nach dem Erlass des CVG wurden die Verwaltungsmaßnahmen umgewandelt. Auf die Pflicht zur Verwendung haben AICs verzichtet. In der Tat sind aber die Unternehmen noch gewissermaßen dazu gezwungen, die Musterverträge zu benutzen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die von AICs durchgeführten Auswertungen bezüglich der Vertrauenswürdigkeit der Unternehmen sich danach richten, ob die Unternehmen die Musterverträge akzeptiert haben, obwohl keine gesetzliche Vorschrift dies vorgesehen hat. Aber heute kontrollieren AICs die Druckproduktion und Ausgabe nicht mehr, die meisten Verträge sind über Internet und AIC-Büros zugänglich. Siehe *Yuanqiong He*, *Peking University Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378, 382 ff.

¹⁸⁶ Neben der in der oberen Fn. erwähnten Maßnahmen gibt es u.a. noch ein Prioritätsrecht bei der AIC-Registrierung für die Unternehmen, die Musterverträge verwenden, siehe *Yuanqiong He*, *Peking University Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378, 386.

¹⁸⁷ Wenn Unternehmen z.B. Wohnungen in Peking verkaufen möchte, muss das Geschäft über eine vom *Ausschuss für Wohnung und städtische und ländliche Entwicklung Pekings* festgesetzten Webseite abgeschlossen werden. In diesem System sind die Wohnungsverkaufverträge vom Peking AIC als Standardeinstellung hinzugefügt. Zur Ersetzung des Musters durch einen eigenen Vertrag ist ein Antrag

3. Auffassungen in der chinesischen Rechtsprechung, Gesetzgeberischen Erklärung und Literatur

Obleich die Zahl der Streitigkeiten wegen der Verwendung von Musterverträgen ansteigt, zieht diese Problematik das Interesse der Rechtsprechung und des Schrifttums bislang nicht auf sich. Viele Fragen sind für Richter und Wissenschaftler noch unklar, wie z.B. die Beziehung zwischen Mustervertrag und AGBs, und ob der Mustervertrag der AGB-Kontrolle unterliegt. In der wenigen vorhandenen Literatur findet sich keine eingehende Erforschung, und in den darin vertretenen Ansichten findet sich auch kein Einigungsvorschlag.

a) Rechtsprechung und Stellungnahme

aa) Rechtsprechung

In den folgenden zwei Urteilen äußern die Gerichte ihre eigenen Auffassungen:¹⁸⁸

(a) In einer Entscheidung¹⁸⁹ des Mittleren Volksgerichts Guangzhou aus dem Jahr 2006 über Wohnungsverträge hält das Gericht den Mustervertrag nicht für AGBs, und zwar aus folgenden zwei Gründen. Der erste Grund liegt darin, dass der Mustervertrag nicht durch eine Vertragspartei, sondern von der Behörde entworfen worden sei. Der andere lautet, der Inhalt des Mustervertrags, wie z.B. Preis, Leistung und Haftung für Vertragsverletzungen, sei abdingbar zwischen den Parteien. Deshalb wurden die Merkmale „durch eine Partei vorformuliert“ und „nicht abdingbar“¹⁹⁰ nicht erfüllt, und damit können keine AGBs vorliegen.

(b) Das Obere Volksgericht Fujian vertritt in einer Entscheidung¹⁹¹ die gleiche Schlussfolgerung, aber auf einer anderen Grundlage. In diesem Fall handelte es sich um einen Mustervertrag über einen Bauauftrag. Dieser Baumustervertrag, der durch das Ministerium für Konstruktion ausgearbeitet wurde, beinhaltet zwei Teile, nämlich die *Vereinbarung über den Bauauftrag* und *spezielle Bedingungen*. Im ersten Teil werden vor allem Preis und Leistungen bestimmt. Das Gericht behauptet, dass ein solch konkreter Inhalt über die Bauarbeiten nicht vorher vorgeschrieben und wiederholt verwendet werden könne. Daher handele es sich nicht um AGBs. Beim zweiten Teil beruft sich das Gericht auf Art. 1 der *speziellen Bedingungen*, der besagt, dass die Bedingungen durch Verhandlung der beiden Parteien mit Berücksichtigung der konkreten Umstände dieser Bauarbeit in Anlehnung an die Gesetze entstanden seien. Dadurch wird die Eigenschaft der AGBs durch den in den Bedingungen benutzten Wortlaut „Verhandlung“ ausgeschlossen.

an den Ausschuss zu stellen, außerdem ist die Benutzung abhängig von der Billigung des Ausschusses. Angesichts dieser komplizierten Formalitäten haben fast alle Parteien auf eigene Verträge verzichtet. In anderen Bereichen stellen AICs und die einschlägigen Behörden die Benutzung der Musterverträge als Beurteilungsmaßstab auf, und auf dieser Basis wird entschieden, eine Erlaubnis oder Genehmigung zu erteilen. Auf diese Weise ist der Mustervertrag zwangsläufig zu verwenden.

¹⁸⁸ In China wird case law nicht anerkannt.

¹⁸⁹ Urteil *Guangjin Investment Co., Ltd vs. Guangzhou Tianma Development Co., Ltd* des Mittleren Gerichts Guangzhou, Guangdong vom Datum 04.12.2006 (2006 Hui Wu Min Zhong Zi No. 3154). In diesem Fall wird ein Mustervertrag über einen Wohnungsverkauf von beiden Parteien angewandt. 广东省广州市中级人民法院“广金投资有限公司与广州天马发展有限公司商品房预售合同纠纷上诉案”民事判决书 (2006)穗中法民五终字第3154号.

¹⁹⁰ „Nicht abdingbar“ ist nicht im Gesetz als Merkmal der AGBs zum Ausdruck gebracht. Aber es lässt sich durch Auslegung des Wortlauts erschließen, dass „nicht abdingbar“ sich auf das Merkmal des „kein Aushandeln beim Vertragsabschluss“ bezieht.

¹⁹¹ Urteil *Fujian Changtian Energy Efficient Lighting Co., Ltd vs. Fuzhou No. 7 Construction Company* des Oberen Gerichts Fujian vom Datum 20.03.2010 (2010 Min Min Zhong Zi No. 150). In diesem Fall wird ein Mustervertrag über einen Bauvertrag von beiden Parteien angewandt.福建省高级人民法院“福建省长天节能照明有限公司与福州第七建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”民事判决书(2010)闽民终字第150号.

bb) Stellungnahme zur Rechtsprechung

Im Vergleich zur dogmatischen Entwicklung in China ist die chinesische Justizpraxis in Rückstand geraten. Die vorliegenden Urteile stellen die typische Meinung über das Problem der Musterverträge dar. Darin erkennt man die wenig aussagekräftige Begründung und auch die nicht überzeugende Schlussfolgerungen. Erstens, obwohl die gesetzgeberische Erklärung¹⁹² schon festlegt, dass die Bedingungen nicht unbedingt vom Verwender selbst vorformuliert zu werden brauchen und von Dritter entworfen werden können, unterstützt das Gericht die Ablehnung der Vertragsbedingungen der Musterverträge als AGBs noch auf der Behauptung, dass die Musterverträge von AICs ausgearbeitet wurden. Zweitens, das Gericht beruft sich nur auf den Wortlaut des Mustervertrags, hat die tatsächlichen Situationen beim Vertragsabschluss jedoch nicht untersucht, also ob die Partei wirklich ausgehandelt hat. Dies spiegelt die rein formalistische Geisteshaltung des Gerichts wider. Drittens, das Gericht berücksichtigt nicht die Schranken der AGB-Inhaltskontrolle.¹⁹³ Es unterscheidet Leistungsvereinbarung und Preisabrede nicht von den anderen, den rechtlichen Inhalt betreffenden Bedingungen. Das Gericht befasst sich nicht damit, ob solche Vertragsbedingungen AGBs im Sinne des § 39 II CVG sind, und ob sie der AGB-Kontrolle unterliegen. Wenn Leistungsvereinbarung und Preisabrede kontrollfrei sind, muss m.E. weiter untersucht werden, welche Vereinbarungen diesen Kategorien zugeordnet werden dürfen. Denn nicht alle in der *Vereinbarung* des Mustervertrags getroffenen Bedingungen gehören zu den inhaltlichen kontrollfreien Bedingungen. Für diese Auseinandersetzung ist das Gericht offensichtlich noch nicht bereit.

Die Neigung des Gerichts, die Vertragsbedingungen der Musterverträge nicht als AGBs zu klassifizieren, ist offensichtlich. Dies ist einerseits auf die rückständige Dogmatik zurückzuführen, andererseits spielt die Beziehung zwischen exekutiver und justizieller Gewalt in China eine wichtige Rolle.

Die Unabhängigkeit der Justiz in China befindet sich erst auf halbem Weg. Die Tatsache,¹⁹⁴ dass zum einen die Musterverträge von den Regierungsabteilungen vorgesehen werden, zum anderen die Stimmen verschiedener Interessengruppen über die Vorlagen vorher angehört werden, lässt die Musterverträge so erscheinen, als ob durch sie Autorität und Gerechtigkeit verkörpert würden. Bei Streitigkeiten über die Musterverträge bevorzugt das Gericht zunächst die Erklärung der Verwaltungsbehörde. In dieser Hinsicht ist das Gericht von der vollziehenden Gewalt abhängig.¹⁹⁵ Der Konflikt würde zwischen der exekutiven und der justiziellen Gewalt dann aufgelöst werden, wenn die Vertragsbedingungen der Musterverträge unter die freie und selbständige Richterkontrolle fielen. Deshalb tendieren die Gerichte dazu, den Anwendungsbereich der AGBs für Vertragsbedingungen der Musterverträge durch eine Aberkennung des AGB-Charakters zu beschränken.

Dieses Phänomen beeinträchtigt nicht nur die Selbständigkeit und Autorität der Justiz,¹⁹⁶ sondern auch die Rechte des Benutzers des Mustervertrags, da ihm keine nachträgliche Kontrolle durch das Gericht zur Verfügung steht, falls tatsächlich unangemessene Bedingungen darin enthalten sind. Dies widerspricht gerade dem Schutzzweck der Verbreitung von Musterverträgen.

¹⁹² Kangsheng Hu, S.73, 74.

¹⁹³ Siehe Kapitel VI.

¹⁹⁴ Yuanqiong He, Peking University Law Review, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378, 393.

¹⁹⁵ Yuanqiong He, Peking University Law Review, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378, 393.

¹⁹⁶ Yuanqiong He, Peking University Law Review, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378, 393.

b) Gesetzgeberische Erklärung

In der gesetzgeberischen Erklärung¹⁹⁷ wird dieses Problem kurz angesprochen. Danach sollen die von den Verwaltungsbehörden aufgestellten Musterverträge typischerweise nicht als AGBs behandelt werden. Dafür wird allerdings keine Begründung angefügt. Die gesetzgeberische Erklärung führt aber auch eine Gegenansicht an: Dieser Mindermeinung nach sind Musterverträge nur dann AGBs im Sinne des § 39 CVG, falls die Verträge die Interessen der unterschiedlichen Behörden betreffen und offenbar unangemessene Klauseln enthalten.¹⁹⁸

Diese Behauptung scheint besseren Schutz für die Vertragsparteien bereitzustellen, weicht aber von dem Wortlaut des Gesetzes ab. Die Merkmale der AGBs richten sich nach formalen Elementen, die sich nicht auf Ungerechtigkeit oder Unangemessenheit berufen. Es ist nicht erlaubt, die AGB-Qualität anhand des Vertragsinhalts zu bestimmen; denn die Prüfung der Unangemessenheit ist Aufgabe der AGB-Inhaltskontrolle und darf keineswegs vor der Feststellung der AGB-Qualität stattfinden. Diese Meinung in der gesetzgeberischen Erklärung zielt nicht hauptsächlich auf die Wahrung der Selbstbestimmung der privaten Vertragsparteien ab, sondern richtet sich danach, dem besonderen Phänomen in China entgegen zu wirken: Bei der Ausarbeitung der Musterverträge von unterschiedlichen Kommissionen oder Ministerien ist es nicht selten, dass unterschiedliche Behörden nur ihre eigenen Interessen berücksichtigen,¹⁹⁹ sodass dieselbe Angelegenheit in verschiedenen Musterverträgen unterschiedlich geregelt werden. Dies führt häufig zu Chaos bei der Anwendung und auch zur Vernachlässigung der Belange privater Parteien.

c) Literatur und Stellungnahme

aa) Überwiegende Auffassung

Ausgehend von diesen Merkmalen „Vorformulierung“ und „Aushandeln“ wird es in der Literatur überwiegend abgelehnt, die Vertragsbedingungen der Musterverträge als AGBs im Sinne des § 39 II CVG einzustufen.²⁰⁰ Dieser Auffassung nach zählt Unabänderbarkeit zu einem wesentlichen Merkmal von AGBs. Dadurch sei das Recht des Vertragspartners auf Verhandlung und Änderung des Vertragsinhalts hindert. Der Mustervertrag biete den Parteien, als eine Empfehlung der staatlichen Behörde ohne Zwangscharakter, lediglich eine Referenz für den Vertragsabschluss an. Beiden Parteien sei es gleichberechtigt erlaubt, Änderungsvorschläge zu machen.²⁰¹ Ferner meint ein Autor²⁰², dass es der Konsultation durch die Parteien über den Leistungsinhalt unbedingt bedarf, weil der Mustervertrag viele zu füllende Leerstellen beinhalte. Deshalb seien die Vertragsbedingungen der Musterverträge keine AGBs.

Obwohl der überwiegenden Ansicht nach die Musterverträge nicht in ihrer Ganzheit als AGBs klassifiziert werden, wird es von wenigen Autoren²⁰³ akzeptiert, dass die Vertragsbedingungen in den Musterverträge unter bestimmten Voraussetzungen als AGBs eingestuft werden können. Ein solcher Fall liegt beispielsweise dann vor, wenn der Verkäufer beim Wohnungskaufvertrag alle Leerstellen allein nach seinem eigenen Interesse ausfüllt und dem Käufer in der Folge keine Veränderungsmöglichkeit verbleibt. Dieser Meinung ist m.E. zuzustimmen.

¹⁹⁷ Kangsheng Hu, S. 74.

¹⁹⁸ Kangsheng Hu, S. 74, 75.

¹⁹⁹ Yan Zhu, S. 91.

²⁰⁰ Liming Wang, Untersuchung über das chinesische Vertragsgesetz, Band I, S. 383 ff.; Yichao Duan, Lawyer World 2001/7, S. 22, 23.

²⁰¹ Liming Wang, Untersuchung über das chinesische Vertragsgesetz, Band I, S. 383 ff.

²⁰² Gongxiong Yu, Journal of Zhejiang Normal University 1999/3, S. 61.

²⁰³ Yichao Duan, Lawyer World 2001/7, S. 22, 23; Zou Si, S. 3 ff.

bb) Stellungnahme

Es muss anerkannt werden, dass die weit verbreitete Meinung, die Vertragsbedingungen im Musterverträge nicht als AGBs anzuerkennen, zwei unterschiedliche Vorgänge vermischt, nämlich den Ausarbeitungsvorgang durch die Behörden und den Abschlussvorgang durch die Vertragsparteien. Es ist zu bejahen, dass bei den meisten Musterverträgen die Vertragsparteien durch die Behörden nicht dazu gezwungen werden, bestimmte Musterverträge ohne Veränderung anzuwenden. Diese Betrachtung geht aber von dem Vorgang der Ausarbeitung innerhalb der Tätigkeit und der Befugnisse der Behörde aus. Bei Prüfung der AGBs ist jedoch der Vorgang des Vertragsabschlusses entscheidend. Es ist für AGBs wichtig, die Unabdingbarkeit nach dem Willen des Verwenders auszurichten, aber nicht nach dem der Behörden. Es kommt darauf an, ob im konkreten Fall die gebrauchten Vertragsbedingungen seitens des Verwenders Zwangscharakter besitzen und daher dem Vertragspartner die Gestaltungsfreiheit genommen ist. Deshalb kann die Abdingbarkeit der Musterverträge nicht dafür sprechen, dass die Vertragsbedingungen in den Musterverträge keine AGBs sind. Es bleibt fragwürdig bis sinnlos, die Musterverträge im Allgemeinen als AGBs zu bezeichnen oder abzuerkennen. Zu bejahen ist nur die Auffassung, die besagt, dass die Vertragsbedingungen in den Musterverträge generell unter bestimmten Voraussetzungen als AGBs einzustufen fähig sind.

Darüber hinaus sollte der Prüfungsgegenstand stets die im konkreten Vertragsabschlussverfahren eingeschlossenen Vertragsbedingungen sein;²⁰⁴ da das Vertragsgesetz den Begriff der „standardisierten Bedingung“ gebraucht.²⁰⁵ Zusammenfassend ist es daher nur unter konkreten Voraussetzungen sinnvoll, bei den einzelnen Bedingungen des Mustervertrags zu diskutieren, ob es sich um AGBs handelt. Den Musterverträgen in ihrer Ganzheit pauschal die AGB-Eigenschaft abzusprechen, aber auch den gesamten Mustervertrag einer Prüfung zu unterziehen, stellt eine problematische Herangehensweisen dar.

Hinsichtlich der Meinung, dass die Musterverträge Leerstellen hinterlassen und der Besprechungen durch die Parteien bedürfen, taucht eine weitere Frage auf, nämlich, ob die Vertragsbedingungen, die Leistungsinhalt und Preis festlegen, AGBs im Sinne des § 39 II CVG sind, und ob sie der AGB-Inhaltskontrolle unterliegen. Wie vorher schon angesprochen, ist dieser Frage im chinesischen Vertragsgesetz bisher nicht ausreichend nachgegangen worden. Diese Frage wird im Gesetz zurzeit noch offen gelassen.²⁰⁶

cc) Mindermeinung

*Yan Zhu*²⁰⁷ hat diese Frage auch angesprochen. Er behauptet demnach, dass die Musterverträge auch der Inhaltskontrolle unterworfen sein sollten. Der Anlass dafür lautet, dass § 12 II CVG, der vorsieht, dass die Vertragsparteien ihre Verträgen nach Musterverträgen formulieren können, zu entnehmen ist, dass Musterverträge aus AGBs bestehen können.²⁰⁸

4. Prüfung anhand der AGB-Definition

Hinsichtlich der Musterverträge wird durch Rechtsprechung in deutschen Gesetzen festgestellt, dass sie, soweit sie die typischen Charakteristika der AGBs gemäß § 305 I BGB aufweisen, auch unter den Anwendungsbereich der für AGBs entwickelten

²⁰⁴ *Stoffels*, S. 36.

²⁰⁵ Siehe oben Kapitel IV 1.

²⁰⁶ Eine theoretische Untersuchung beinhaltet das Kapitel VII 2.

²⁰⁷ *Yan Zhu*, S. 77.

²⁰⁸ *Yan Zhu*, S. 77.

Kontrolle fallen.²⁰⁹ Verträge wie die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistung (VOB/B)²¹⁰ und der Mustermietvertrag²¹¹ sind weit verbreitet als AGBs anerkannt.²¹² Aber dieser Gedanke wird zurzeit von der h.M. in China abgelehnt. Zur Beleuchtung der Frage, ob die AGB-Regelungen im Vertragsgesetz bei der Verwendung eines Mustervertrags greifen, soll eine Untersuchung anhand der Merkmale durchgeführt werden.

Aufgrund der Tatsache, dass keine eingehenden Untersuchung über diese Problematik in China vorhanden sind, und dass das chinesische Gesetz sowohl die Systematik als auch den Wortlaut der deutschen Gesetze rezipiert, findet in der folgenden Diskussion die deutsche Literatur und Rechtsprechung Erwähnung. Hierbei existiert die Erwartung, dass eine Vorbildfunktion der deutschen Gesetze und ferner auch Lösungsansätze bezüglich der chinesischen Rechtsentwicklung und Praxis angeboten werden könnten.

a) „Vertragsbedingungen“ und „für wiederholte Verwendungen“

Die zwei Merkmale „Vertragsbedingungen“, und „für wiederholte Verwendungen“ sind für die Beurteilung unproblematisch. Erstens streben Musterverträge stets eine ausgewogene Regelung der Rechte und Pflichten beider Parteien an. Sie bilden also unumstritten Vertragsbedingungen. Zweitens: Die Aufstellung der Musterverträge verfolgt den Zweck, Laien einen interessengerechten Vertrag für eine künftige Verwendung anzubieten. Es kommt hierbei auf die Absicht des Aufstellers oder des Empfehlers,²¹³ also der Behörde, an. Keine Rolle spielt die Intention der Vertragsparteien, den Mustervertrag nur einmalig zu benutzen.²¹⁴ Musterverträge dienen also auch der wiederholten Verwendung.

b) Vorformulierung

Wie vorher (Teil D) bereits erwähnt, ist die Vorformulierung nur ein formales Merkmal, lediglich bezüglich des zeitlichen Elements begrenzt. Die Musterverträge erfüllen diese Voraussetzung, weil die Musterverträge für eine spätere Verwendung von den einschlägigen Behörden ausgearbeitet sind und anschließend in den Satzungen der AICs veröffentlicht werden. Solche Verträge sind über das Internet oder die Büros der AICs zugänglich.

Es macht keinen Unterschied, woher die Bedingungen stammen. Allerdings wird in China die AGB-Qualität des Mustervertrags häufig verneint, weil die Prüfung auf den Aufsteller abstellt. Man kann argumentieren, dass die Musterverträge nicht unter die AGB-Kontrolle gestellt zu werden brauchen, weil die Aufsetzung durch die neutrale Verwaltungsbehörde und unter Mitwirkung der beiden Interessengruppen darauf hinweist, dass der Mustervertrag einen gerechten Interessenausgleich und umfassenden Schutz für die schwächere Partei anbieten kann. Deswegen ist keine weitere Kontrolle notwendig. Allerdings dient die AGB-Kontrolle in erster Linie nicht dem oben

²⁰⁹ *Sonnenschein*, NJW 1980, S. 1489, 1490; *Stein*, S. 55, danach sind sowohl die von der öffentlichen Hand herausgegebenen als auch genehmigten Musterverträge kontrollbedürftig; *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 14.

²¹⁰ VOB/B ist ein Teil eines dreiteiligen Regelungswerks, das im Jahr 1926 entstanden ist und sich danach mit zahlreichen Änderungen durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen fortentwickelt hat. Jene sind im Bundesanzeiger des Bundesministeriums für Justiz veröffentlicht worden.

²¹¹ Der Mustermietvertrag 76 ist vom Bundesjustizministerium veröffentlicht worden. Bei der Anfertigung dieses Mustervertrags waren die Verbände beider Interessengruppen (Mieter und Vermieter) beteiligt.

²¹² *Herig*, Rn. 35; *Sternel*, S. 135 ff.

²¹³ *Pfeiffer* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 15.

²¹⁴ *Sonnenschein*, NJW 1980, S. 1489, 1491.

genannten Zweck, sondern der Wahrung der Selbstbestimmung. Wenn der Verwender bei Vertragsabschluss dem Vertragspartner den Mustervertrag stellt, macht er vom Gestaltungsrecht einseitig zu seinen Gunsten Gebrauch, wie auch bei der Benutzung anderer einseitig vorformulierter Verträge.²¹⁵ In dieser Hinsicht sollten die Vertragsbedingungen der Musterverträge der Behörde nicht von der Kontrolle befreit werden.²¹⁶ Dabei erfüllen die Vertragsbedingungen der Musterverträge außerdem auch das Merkmal „Vorformulieren“.

c) Stellen

An diesem Merkmal kann die Einstufung vieler Vertragsbedingungen in den Musterverträgen als AGBs scheitern. Das Stellen verlangt, dass die Bedingungen auf Veranlassung des Verwenders einbezogen werden. In folgenden drei Situationen wird es im Einzelnen geprüft.

aa) Einseitige Einbeziehung

Beim Fall der einseitigen Einbeziehung wird das typische „Stellen“ dargestellt. Es stellt sich in der Auswahl von Musterverträgen dar, dass der Verwender den Vertragsinhalt nach seinem Willen gestaltet, während der Vertragsgegner nur mit einer fremden Entscheidung konfrontiert wird. Die Einbeziehung geht auf nur eine Partei zurück. Dadurch wird die Definition des Stellens erfüllt.

Bei der Beurteilung ist nicht auf das wirtschaftliche oder intellektuelle Ungleichgewicht abzustellen.²¹⁷ Beim Verbrauchervertrag kommt sogar die Möglichkeit in Betracht, dass der Verbraucher verlangt kann, das Muster - aufgrund des Vertrauens auf das Muster - als finalen Vertrag zu verwenden. Die Betrachtung soll auch nicht nur formale Elemente verfolgen.²¹⁸ Die Partei, die das Muster nur zufällig mitgebracht hat, ist nicht als Verwender einzustufen. Weit entscheidender ist der Faktor, auf wessen Initiative die Einbeziehung zurückgeht. Die als Verwender zu haltende Partei ist diejenige, die den Mustervertrag in ihre *invitatio ad offerendum* angehängt hat und wenn die andere Partei das Vertragsangebot auf Grundlage dieses Musters ohne Änderungsmöglichkeit zurückgesendet hat.²¹⁹ In einem anderen Fall ist diejenige Partei Verwender, die den Vertrag nur unter Verwendung eines bestimmten Musters abschließen will, weshalb der Gegner wegen „vorausseilenden Gehorsams“ den Mustervertrag seinerseits eingeführt hat.²²⁰

²¹⁵ *BGH NJW* 1979, S. 1406, 1408.

²¹⁶ *Stein*, S. 56; *Sonnenschein* 1980, S. 1489, 1490; *BGH NJW* 1979, S. 1406, 1408;

²¹⁷ *Grüneberg* in *Palandt*, § 305 Rn. 10.

²¹⁸ *Basedow* in *MünchKommBGB*, § 305 Rn. 21.

²¹⁹ *Schwab*, Rn. 82, 83.

²²⁰ *Grüneberg* in *Palandt*, § 305 Rn. 10; *Schwab*, Rn. 84, 85; Die Rechtsprechung besagt Folgendes: „Die BVB Überlassung sind auf die besonderen Verhältnisse bei der Datenverarbeitung abgestimmte allgemeine Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand, die von dieser und ihr nahestehenden oder vergleichbaren Unternehmen, insbesondere solchen, die sich wie die Kl. im Bereich der Energieversorgung betätigen, regelmäßig bei entsprechenden Erwerbsgeschäften zugrundegelegt werden. [...] In Kenntnis dieser Praxis und der daran anschließenden Erwartung, daß anders ein Vertragsabschluss nicht zu erreichen sein wird, von vornherein in das Angebot aufnimmt. Auch in diesem Fall ist die Aufnahme der Klausel nicht das Ergebnis einer freien Entscheidung des Vertragspartners des Aufstellers, sondern Folge von dessen Übung, Verträge nur unter Einbeziehung dieser Regeln abzuschließen. Ihre Aufnahme in den Vertrag ist daher auch in diesem Falle Ausdruck der von dem Verfasser der Bedingungen ausgehenden Marktmacht, so daß sie allein ihm zuzurechnen ist. Auch ohne ausdrückliches Verlangen hat er durch diese Übung auf die inhaltliche Gestaltung der Vereinbarung Einfluß genommen und so die Einbeziehung der von ihm aufgestellten Vertragsbedingungen in den Vertrag veranlaßt. Das genügt, um ihn auch insoweit als Verwender der Bedingungen erscheinen zu lassen; auf eine eigenhändige Einbeziehung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.“ *BGH NJW* 1997, S. 2043, 2044, bestätigt durch *BGH NJW-RR* 2006, S. 740.

bb) Beiderseitige Einbeziehung

Wenn die Einbeziehung aus dem beiderseitigen Einverständnis hervorgeht, stellt sich die Frage, ob ein Stellen noch vorliegt und wer als Verwender zu identifizieren ist. Die Meinungen darüber gehen weit auseinander.

In einem Teil der Literatur wird befürwortet, dass der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle dafür geöffnet werden sollte. *Sonnenschein* ist der Meinung, dass beide Teile als Verwender einzustufen seien. Es sei nicht nach dem ganzen Bedingungswerk, sondern nach dem konkreten Umstand hinsichtlich einzelner Bedingungen zu beurteilen, zu wessen Gunsten diese Bedingung in den Vertrag aufgenommen wurde.²²¹

Bartsch ist der Meinung, dass das „Stellen“ typischerweise mit der Unangemessenheit der Benachteiligung in einer engen Verbindung steht.²²² Ihm zufolge ist die Festlegung der Verwendereigenschaft aus der Begünstigung des Vertragsinhalts zu erschließen.²²³

Schlechtriem teilt diese Auffassung und meint ferner, dass es eines umfangreichen Schutzes bedürfe, ohne dass Schutzlücken bei der beiderseitigen Einbeziehung hinterlassen würden.²²⁴

Diese Gesichtspunkte vereinfachen die Beurteilung und erweitern das Anwendungsfeld der AGB-Kontrolle. Freilich laufen dabei die Prüfungsschritte umgekehrt ab, denn die Feststellung der AGB-Qualität geht in jedem Fall der Inhaltskontrolle (Unangemessenheit) vor.²²⁵ Außerdem sollte die Verwendereigenschaft nicht aus dem Klauselinhalt hergeleitet werden. Diese Ansicht ist auf Kritik gestoßen, weil sie der Systematik und dem Schutzzweck des AGB-Gesetzes widerspricht.²²⁶

Die Gegenansicht lehnt die Anwendung zu Recht mit folgenden Begründungen ab.²²⁷

Geht man von dem *Wortlaut* des AGB-Begriffs aus, zielt die Regelung darauf ab, die Beziehung zwischen Verwender und seinem Gegner zu regulieren, nicht aber zwischen zwei Verwendern oder zwei Kunden.²²⁸ Voraussetzung dafür ist die Feststellung der Rolle des Verwenders. Allerdings ist die Verwenderrolle in den hier erörterten Fällen keiner Partei richtigerweise zuzuordnen, weil niemand allein die Einbeziehung veranlasst.²²⁹ Angesichts des *Schutzzwecks*, der die Wahrung der verantwortlichen Selbstbestimmung anstrebt, ist die erste Meinung auch abzulehnen. Wegen der beiderseitig einverständlich getroffenen Entscheidung über die Einbringung lässt sich keine Einseitigkeit bei der Vertragsgestaltung festhalten.²³⁰

Darüber hinaus wird in der jüngsten Rechtsprechung²³¹ festgestellt, dass keine Verwender existieren, wenn eine Partei damit einverstanden ist, mit dem vom Vertragsgegner mitgebrachten Vertrag die Rechtsbeziehung zu gestalten. Diese Regel findet ihre Geltung nur unter der Voraussetzung, dass dieser Partei noch die Entscheidung freisteht, ob sie diesen von dem Gegner vorgeschlagenen Text anzunehmen ist, und ob sie die Möglichkeit hat, andere Bedingungen auszuwählen. Dies ist mit der zweiseitigen Einbeziehung gleichzusetzen.

Aus der obigen Erläuterung lässt sich herleiten, dass bei Einigkeit der Benutzung eines Mustervertrages die Voraussetzung des Stellens nicht erfüllt wird, und dass daher auch

²²¹ *Sonnenschein*, NJW 1980, S. 1489, 1492.

²²² *Stein*, S. 65; *Bartsch*, NJW 1986, S. 28, 31.

²²³ *Bartsch*, NJW 1986, S. 28, 31.

²²⁴ *Schlechtriem* in Festschrift Duden, S. 571, 576.

²²⁵ *Stein*, S. 65.

²²⁶ *BGH* NJW 2010, S. 1131, *Stoffels*, Rn. 144, *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 13.

²²⁷ *Stoffels*, Rn. 144; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 305 Rn. 29; *Pfeiffer* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, § 305 Rn. 32; *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 13; *OLG Köln* NJW 1994, S. 59.

²²⁸ *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 13; *Stein*, S. 65.

²²⁹ *Stoffels*, Rn. 144.

²³⁰ *Grüneberg* in Palandt, § 305 Rn. 13; *Stein*, S. 65.

²³¹ *BGH* NJW 2010, S. 1131.

keine AGBs i.S. des § 39 II CVG vorliegen. Folgerichtig wird eine Anwendung der AGB-Kontrolle ausgeschlossen.

cc) Einbeziehung auf Vorschlag von unparteiischen Dritten

Von dem Begriff „unparteiische Dritte“ werden folgende Personen ausgeklammert: Der von einer Partei eingestellte Rechtsanwalt oder andere Rechtsbeistand,²³² sowie der Verband seitens einer Partei, weil solche Personen nur eine Partei vertreten.²³³

Die erörterte Situation entspricht am häufigsten den Fällen der Benutzung der Musterverträge, die von AICs empfohlen werden, da in Betracht gezogen werden muss, dass manche Muster infolge der Befugnisse der AICs oder der einschlägigen Behörden zwangsläufig in den Vertrag Eingang finden.²³⁴ In dieser Hinsicht ist die Auseinandersetzung über diese Frage von maßgeblicher Bedeutung.

Im deutschen Recht ist die AGB-Kontrolle der Verträge durch einen Notar mit den Musterverträgen der AICs in China gewissermaßen vergleichbar. Notar und AIC sind beide normalerweise neutral und erwecken den Eindruck, dass die von ihnen stammenden Verträge Ausgewogenheit und Angemessenheit innehaben. Aus diesen Gründen legen Laien ihr Vertrauen in solche Verträge. Ein Unterschied liegt in der Amtspflicht des Notars, die aber hinsichtlich dieses Beitrags keinen Einfluss auf den Vergleich hat. Deshalb werden hier hauptsächlich die deutsche Literatur und Rechtsprechung in Betracht gezogen, die sich auf Notarverträge konzentrieren.

Bezüglich dieser Problematik ist man sich zurzeit im deutschen Schrifttum und der Rechtsprechung nahezu einig.²³⁵ Kurz nach dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes äußerte der BGH aber eine gegenteilige Meinung. Der BGH fällte Entscheidungen,²³⁶ die eine Inhaltskontrolle des auf Veranlassung des Notars einbezogenen (vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes abgeschlossenen) Vertrags befürworteten. Nach § 28 I AGBG a.F. findet das AGB-Gesetz auf die vor Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossenen Verträge keine Anwendung. Aber in dieser Entscheidung neigt der BGH dazu, den Sachverhalt anhand des Begriffs der AGBs zu erklären. Darin wurde eine AGB-Kontrolle nicht ausdrücklich erwähnt, sondern eine Kontrolle gemäß § 242 BGB durchgeführt, die auf die Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zurückgriff. Bei der Begründung wies der BGH darauf hin, dass selbst wenn die Bedingungen wegen des Notars in den Vertrag kämen, die Partei, die sich die Freizeichnungsklausel „zu ihren Gunsten zunutze gemacht“ habe, mit dem Verwender gleichzustellen sei. Ein Festhalten am „Stellen“ hatte der BGH aufgegeben. Hier wurde die Rechtsprechung vom 6.5.1982 befolgt, nach der das AGB-Gesetz nach § 28 I AGBG a.F. ebenfalls nicht eingreifen sollte. Der BGH sah darin auch einen mit AGBs „vergleichbaren Sachverhalt“, und behauptete, die Klausel solle „als von der Partei verwendet behandelt werden“.²³⁷

Auf der ersten Rechtsprechung aufbauend ist *Garrn*²³⁸ für eine richterliche Inhaltskontrolle, und zwar mit der Begründung, dass in diesem Fall das Schutzbedürfnis nicht dadurch verloren ginge, dass die Bedingungen nicht von einer Partei gestellt würden. Die Schutzbedürftigkeit bestehe trotzdem, da die andere Partei auf die Angemessenheit der Bedingungen vertraue, die durch die Unparteilichkeit des Notars gestützt würden, jedoch zögen die Bedingungen in der Tat nur die Belange der anderen Partei in Betracht. Außerdem werde eine Zurechenbarkeit nicht verlangt. So hat *Garrn* die vorformulierten Vertragsbedingungen mit AGBs gleichgestellt.

²³² *Stein*, S. 66.

²³³ *Stoffels*, Rn. 134.

²³⁴ Siehe oben Kapitel IX 1.

²³⁵ A.A. *Schlosser*, Rn. 54.

²³⁶ *BGH NJW* 1979, S. 1406; *BGH NJW* 1982, S. 2243.

²³⁷ *BGH NJW* 1982, S. 2243, 2244.

²³⁸ *Garrn*, *NJW* 1980, S. 2782.

Diese Auffassungen sind auf starke Kritik gestoßen.²³⁹ Erst später änderte sich die Ansicht des BGHs, weshalb er in den folgenden Urteilen²⁴⁰ ausführlich eine Ablehnung des vorformulierten, notariell beurkundeten Vertrags als AGBs begründete. Die Begründung, dass es in den zu beurteilenden Fällen am „Stellen“ fehlt,²⁴¹ bietet aber keinen weitergehenden Aufschluss. Ständige Rechtsprechungen²⁴² haben auch an dieser Schlussfolgerung festgehalten.

In Einklang mit den Entscheidungen ist die h.M. in der Literatur dagegen, eine Anwendung für solche Bedingungen zu öffnen.²⁴³ Darin ist der Anlass zu sehen, dass in diesem Fall von einem Stellen nicht die Rede sein kann, und die Benutzung der Verträge keiner Partei zuzurechnen ist. Weil wie im oben erwähnten Fall kein Gegensatz zwischen den Verwendern und den Kunden vorliegt, übt auch keine Partei eine einseitige Gestaltungsmacht aus, nach der sich die AGB-Kontrolle richtet.²⁴⁴ Die Benachteiligung einer Partei durch den Notarvertrag hängt nicht von der anderen Partei ab. Die Tatsache, dass die andere Partei dadurch begünstigt wird, rechtfertigt eine ihr anzulastende Kontrolle nicht. Aus der Diskussion mit Vergleichung wird zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die von AICs verlangten Musterverträge der AGB-Kontrolle auch nicht zu unterziehen sind.

dd) Besonderheit bei den Verbraucherverträgen

Im deutschen Recht ist, wie oben im Kapitel D schon geschildert, durch § 310 III Nr.1 BGB „Stellen“ bei den Verbraucherverträgen als Antwort auf EU-Richtlinien fingiert.²⁴⁵ Dabei werden alle Vertragsbedingungen, die nicht auf Initiative des Verbrauchers eingeführt werden, als vom Unternehmer gestellt betrachtet. Auf diese Weise ist das Anwendungsgebiet der AGB-Kontrolle zugunsten des Verbrauchers erweitert. Eine solche Fiktion fehlt im CVG und lässt sich auch aus anderen Gesetzen nicht entnehmen. Als Folge davon und bei Fehlen des Merkmals „Stellen“ wird verhindert, dass die Vertragsbedingungen der Musterverträge aufgrund des beiderseitigen Einverständnisses oder Vorschlags des unparteiischen Dritten als AGBs kategorisiert werden. Deshalb soll hier keine AGB-Kontrolle eingreifen. Die Gleichsetzung von Verbraucherverträgen und anderen Verträgen bietet im CVG keine befriedigende Lösung an.

d) Kein Aushandeln

Wie die Urteile gezeigt haben, wird die AGB-Qualität der Vertragsbedingungen in den Musterverträge von den Gerichten in China anhand dieses Merkmals verneint. Die Gerichte beziehen sich darauf, dass die Musterverträge viele Leerräume enthalten, die der Ergänzungen der Vertragsparteien bedürfen, wodurch die Gerichte von einem Bestehen der Aushandlung ausgehen. Von den tatsächlichen Ereignissen in der Praxis ausgehend, ist eine Vermutung als solche schon wenig aussagekräftig. Obwohl die Musterverträge auszufüllende Leerräume erfassen, wird die Ergänzung normalerweise von den Unternehmen vorher übernommen. Dies hat zur Folge, dass die anderen Parteien nach wie vor keinen Einfluss auf die Gestaltung der Verträge nehmen können. Andererseits weist eine Untersuchung nach der Dogmatik die unzureichende Begründung der Gerichte nach. Abgesehen davon, ob die Bedingungen, die den Leistungsinhalt oder Preis betreffen, der Inhaltskontrolle der AGBs von vornherein

²³⁹ Bunte, ZIP 1984, S. 1313,1314.

²⁴⁰ BGH NJW 1982, S. 2242; BHG 1991, S. 843.

²⁴¹ BGH NJW 1982, S. 2242; BHG 1991, S. 843.

²⁴² BHG NJW 1984, S. 2094; BGH NJW 1999-RR, S. 999.

²⁴³ Schwab, Rn. 101; Stoffels, Rn. 135, Grüneberg in Palandt, § 305 Rn. 11; Basedow in MünchKommBGB, § 305 Rn. 22; Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 31; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 Rn. 31; Cholstinina, NJ 2005, S. 273, 275.

²⁴⁴ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn. 31.

²⁴⁵ Stoffels, Rn. 139.

entzogen werden, darf eine Diskussion über die Kontrollfreiheit solcher Bedingungen die AGB-Qualität der Klauseln nicht ausschließen. Wenn die auszufüllenden Leerräume ferner weder wie kontrollfreie Bedingungen behandelt, noch sie von den Unternehmen einseitig vorher ergänzt wurden, liegt ein Aushandeln dennoch nicht selbstverständlich vor, und es muss weiter differenziert werden.

Die Rechtsprechung²⁴⁶ in Deutschland hat Folgendes festgelegt: Wenn es sich bei den Leerräumen nur um unselbständige Ergänzungen oder um eine Wahl zwischen verschiedenen vorgegebenen Möglichkeiten handelt, werden diese auch als AGBs angesehen,²⁴⁷ da solche Ergänzungen nur die Vertragsgegenstände konkretisieren oder auf die wesentlichen Inhalte des Vertrags nicht einwirken können.²⁴⁸ Die Gestaltungsfreiheit der Vertragsgegner ist eigentlich nur auf den vom Verwender festgesetzten Kreis beschränkt. Im Gegensatz dazu liegen für den Fall, dass dem Vertragsgegner das Recht zusteht, die Leerstelle nach seinem eigenen Willen auszufüllen, keine AGBs vor.²⁴⁹

Zusammenfassend lässt sich bestätigen, dass die ergänzungsbedürftigen Leerstellen in den Musterverträgen für eine Vermutung des Vorliegens des Aushandelns nicht ausreichen. Nur wenn der Vertragspartei eine selbständige Ausfüllung der offenen Stellen erlaubt ist, kann man von einem Vorliegen des Aushandelns sprechen.

e) Zwischenergebnis

Eine Schlussfolgerung kann gezogen werden: Wenn die Verträge auf beiderseitigem Einverständnis oder auf Vorschlag der unparteiischen Dritten benutzt werden oder die auszufüllenden Leerstellen den ergänzungsbedürftigen Inhalt betreffen, dann sind die Merkmale der AGBs wegen Mangels des Stellens bzw. Vorliegens des Aushandelns nicht erfüllt. Deshalb liegen bei diesen Umständen keine AGBs vor, und eine Kontrolle nach §§ 39 CVG ist zu unterlassen. Außer bei diesen drei besonderen Arten von Fällen findet immer eine AGB-Kontrolle auf die Vertragsbedingungen der Musterverträge statt.

5. Eine Inhaltskontrolle außerhalb der AGB-Vorschriften

a) Eine analoge Anwendung der AGB-Vorschriften

Ob eine Möglichkeit der analogen Anwendung der AGB-Regelung besteht, ist vom Vorhandensein einer Gesetzlücke und einer vergleichbaren Interessenlage abhängig.²⁵⁰ Der von der AGB-Regelung angestrebte Zweck liegt in der Beseitigung „der Inanspruchnahme der einseitigen Gestaltungsmacht“, die durch das formelle Merkmal „Stellen“ zum Ausdruck kommt. Leider sind die Umstände bei beiderseitiger Einbeziehung oder Einbeziehung auf Empfehlung der AICs absichtlich nicht von diesem Zweck erfasst. Aus diesem Grund kann von einer „planwidrige(n) Unvollständigkeit“ nicht gesprochen werden,²⁵¹ daher liegt keine Lücke vor. Eine analoge Anwendung der AGB-Regelungen scheitert daran.²⁵²

²⁴⁶ In der deutschen Literatur und Rechtsprechung betrifft die Frage über ergänzungsbedürftige Leerräume eher das Merkmal der Vorformulierung als das des Aushandelns, siehe, *Stoffels*, S. 41, Fn. 43. Weil die Rechtsprechung in China eher dazu neigt, die Problematik als Aushandeln zu betrachten, wird hier darauf eingegangen.

²⁴⁷ *Schwab*, Rn. 59.

²⁴⁸ *Stoffels*, Rn. 122.

²⁴⁹ *Stoffels*, Rn. 125.

²⁵⁰ *Leipold*, S.41.

²⁵¹ *Larenz*, S. 358.

²⁵² *Stein*, S. 66, 83; *Bunte*, ZIP 1984, S. 1313, 1315.

b) Kontrolle aus anderen Grundsätzen

Keine Inhaltskontrolle anhand der AGB-Regelungen steht dem benachteiligten Teil zur Verfügung. Aber dies sollte nicht die letzte Schlussfolgerung über dieses Problem darstellen, weil eine Kontrolle möglicherweise aus anderen Grundsätzen Schutz leisten kann.

aa) Bedürfnis nach einer Kontrolle

Stein sah ein Bedürfnis nach der Kontrolle in der Beschränkung der Entscheidungsfreiheit, auf die von beiden Parteien aus freiem Willen verzichtet wird.²⁵³ Das Fehlen der Selbstbestimmung findet nicht durch die Einseitigkeit des Stellens statt, sondern ist auf den abstrakten vorherig abgefassten Vertrag zurückzuführen. Einerseits betrachten solche Verträge die konkreten Umstände bei Vertragsabschluss nicht, andererseits enthalten sie möglicherweise auch ungerechte Bestimmungen.²⁵⁴

Eine andere Argumentation wird von *Bunte* vertreten, nach der das Bedürfnis aufgrund des Vertrauens entstanden sei.²⁵⁵ In dem Fall, dass beide Teile sich eines Notars bedienen, vertrauen die Parteien auf die Ausgewogenheit der Bedingungen des unparteiischen Dritten.²⁵⁶ Aber wenn die Bedingungen in der Tat nur eine Partei begünstigten, wird das Vertrauen des anderen Teils schwer geschädigt. Darin sieht man eine Rechtfertigung der Kontrolle.

Die beiden Schutzbedürfnisse sind insbesondere bei der Verwendung der Musterverträge in China gefährdet, wo die Interessen sowohl vom Vertragspartner als auch von AICs verletzt werden können.

bb) Möglichkeit der Kontrolle außerhalb der AGB-Regelungen

Wenn von einer Kontrolle außerhalb der Geltungsbereiche von AGB-Regelungen die Rede ist, stellt sich die Frage, ob eine solche Kontrolle überhaupt zugelassen werden darf, wenn das Gesetz ein besonderes Rechtsinstitut lediglich für AGBs vorgesehen hat. Vor dem Erlass des AGB-Gesetzes in Deutschland entwickelte sich die richterliche Kontrolle aus der Generalklausel des § 242 BGB nach dem Gebot von Treu und Glauben,²⁵⁷ die sich verallgemeinernd auf alle betreffenden Fälle auswirkt. Hinsichtlich der zum Einstieg verwendeten Nachfrage für ein Regulieren der AGBs setzte der Gesetzgeber das AGB-Gesetz ein. Dies kann aber durch die allgemeine Inhaltskontrolle nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ganz ersetzt oder abgeschafft werden.²⁵⁸ Sonst würde der Erlass des AGB-Gesetzes dem Rechtssystem zuwiderlaufen. Demzufolge soll eine auf Generalklauseln bauende richterliche Inhaltskontrolle auf den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes Gültigkeit und Anwendbarkeit finden.

cc) Grundlage für die Kontrolle

Bejaht man eine Kontrolle, bleibt dennoch die Frage, auf welche Grundlage die Kontrolle gestützt werden kann. In der deutschen Rechtspraxis²⁵⁹ basiert die Kontrolle überwiegend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben.²⁶⁰

²⁵³ *Stein*, S. 101.

²⁵⁴ *Wiedemann* in Festschrift Kummer, S. 175, 180, 181.

²⁵⁵ *Bunte*, ZIP 1984, S. 1313, 1315.

²⁵⁶ *Bunte*, ZIP 1984, S. 1313, 1317. Ferner meint *Bunte*, dass dieser Gedanke erweiterte Anwendung bei Fällen finde, in denen die vorformulierten Bedingungen durch Dritte in den Vertrag Eingang fänden oder wenn beide Parteien die Bedingungen einverständlich einbezogen hätten.

²⁵⁷ *Stoffels*, Rn. 28.

²⁵⁸ *Bunte*, ZIP 1984, S. 1313, 1315.

²⁵⁹ *Stoffels*, Rn. 27 ff.; *Stein*, S. 114 ff.; *BGH NJW* 1979, S. 1406; *BGH NJW* 1982, S. 2243.

²⁶⁰ Vor dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes begründete der BGH seine Entscheidung wie folgt: „Wer AGBs aufstelle, nehme die Vertragsfreiheit, soweit sie die Gestaltung des Vertragsinhalts betreffe, für sich allein in Anspruch. Er sei daher nach Treu und Glauben verpflichtet, schon bei ihrer Abfassung die Interessen seiner künftigen Vertragspartner zu berücksichtigen.“, siehe *Stoffels*, Rn. 29; *BGH NJW*, 1965, S. 246. Dieser Gedanke wurde weitergeführt beim Fall der notariell beurkundeten Verträge, ein sauberer

In China hingegen würde diese Kontrolle vermutlich unter dem Prinzip Gerechtigkeit nach § 5 CVG durchgeführt werden, wenn die Kontrolle zugelassen wäre, da die Rechtsprechung dieses Prinzip als eine universell anwendbare Lösung für fast alle Streitigkeiten betrachtet. Selbst wenn dieser Grundsatz richtigerweise bei anderen Fällen herangezogen werden kann, findet er im vorliegenden Fall keineswegs Anwendung. Wie im Teil G schon ausführlich geschildert, zählt die Inhaltskontrolle zur Rechtskontrolle, die nicht auf Gerechtigkeit, sondern auf Vereinbarkeit mit dem Gesetz abzielt. Dies schließt die Möglichkeit aus, das Prinzip der Gerechtigkeit als Grundlage dafür heranzuziehen. Unter Treu und Glauben ist aber zu verstehen, dass der eine Teil dazu verpflichtet ist, Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei zu nehmen und sich redlich zu verhalten.²⁶¹ Gemäß der Bedeutung der Grundsätze ist nur das Gebot von Treu und Glauben nach § 6 CVG geeignet, als Maßstab für die Kontrolle zu dienen.

Aufschluss in der Rechtsprechung wird jedoch nicht angeboten, siehe *BGH NJW*, 1979, S. 1406; *BGH*, *NJW* 1982, S. 2243; *BHG NJW* 1984, S. 2094.

²⁶¹ *Bu*, § 12, Rn. 70.

Vierter Teil: Schlussfolgerung

X. Schlussfolgerung

Wie geschildert, sind lediglich drei Paragraphen nicht in der Lage, die komplizierte Rechtsbeziehungen im Bereich von AGBs hinreichend und systematisch zu regulieren. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es bei der späteren Gesetzgebung und Gesetzesauslegung noch folgenden Ergänzungen und Entwicklungen bedarf.

Erstens, es wird zurzeit bei der Anwendung der einschlägigen Regelungen zu AGBs auf Verbraucherverträge und Verträge zwischen unternehmerischem Verkehr zurzeit nicht differenziert. Dabei sollen die unterschiedlichen Eigenschaften und Bedürfnisse der jeweiligen Vertragstypen beachtet werden, damit der Handelsverkehr nicht behindert wird oder das Schutzniveau des Verbrauchervertrags zurückgeht.

Zweitens, die sachlichen und die persönlichen Anwendungsbereiche bedürfen der Konkretisierung. Es soll durch die Gesetzgebung oder Gesetzesauslegung klar gestellt werden, ob die Verträge auf dem Gebiet des Arbeits- und Gesellschaftsrechts und auch die Verträge der juristischen Personen des öffentlichen Rechts der AGB-Kontrolle unterliegen sollen, und wenn ja, in welchem Maße.

Drittens, der Umfang der Einbeziehungskontrolle und die Folge bei Nichterfüllung der Einbeziehungsvoraussetzungen sind im Rahmen der jetzigen geltenden rechtlichen Grundlagen klarer zu stellen. Eine Anwendungsbeschränkung der Einbeziehungskontrolle auf die haftungsausschließenden und -beschränkenden Klauseln lässt sich nicht als hinreichend nachweisen.

Viertens, das chinesische Vertragsgesetz kennt die Schranken der Inhaltskontrolle noch nicht. Zur Frage, ob die deklaratorischen Klauseln, Leistungsbeschreibung sowie Preisabsprache der Inhaltskontrolle unterliegen sollten, findet sich im Gesetz noch keine eindeutige Antwort. Einschlägige Bestimmungen sollten hinzugefügt oder zumindest durch Rechtswissenschaftler verdeutlicht werden.

Fünftens, sowohl der Gesetzgeber als auch Rechtswissenschaftler haben sich mit der Natur der Inhaltskontrolle noch nicht eingehend befasst. Diese Frage ist nicht nur von rein theoretischer Bedeutung, da durch die Klarstellung dieser Problematik erst der Prüfungsmaßstab weiter bestimmt werden kann.

Sechstens, das Bedürfnis nach einer deutlichen Aufzählung der verbotenen Klauseln steigt, da auf diese Weise der Durchführung der Inhaltskontrolle eine detailliertere Grundlage gegeben wäre und die Tendenz, sich jedes Mal auf das Prinzip der Gerechtigkeit zu berufen, vermieden werden könnte.

Letztlich ist festzuhalten, dass das obsolete und engstirnige Verständnis des AGB-Begriffs aufzugeben ist. Eine Anerkennung der Vertragsbedingungen in den Musterverträgen unter bestimmter Voraussetzung als AGBs lässt sich gut begründen.

Aufgrund dieser Unzulänglichkeiten entfaltet die chinesische AGB-Bestimmung im CVG die Funktionen zur Wahrung der Selbstgestaltungsfreiheit noch nicht in vollem Umfang. Die Lösung der aufgelisteten Problemfälle würde bewirken, dass die AGB-Bestimmungen den immer häufiger auftretenden Rechtsstreitigkeiten über AGBs effizienter entgötret werden könnten.

Anhang I

Chinesische Literatur

图书

1. 黄名达、张玉敏, 《罗马契约制度与现代合同法研究》, 中国检察出版社, 2006年5月第一版
2. 胡康生 主编, 《中华人民共和国合同法释义》, 法律出版社, 2009年8月1日第二版
3. 苏号朋, 《格式合同条款研究》, 中国人民大学出版社, 2004年5月第一版
4. 王利明, 《合同法研究(第一卷)》, 中国人民大学出版社, 2002年11月第一版
5. 翁岳生, 《行政法》, 中国法制出版社, 2002年9月第一版
6. 梁慧星 主编, 《中国民法典草案建议稿》, 法律出版社, 2003年5月第一版
7. 王利明 主编, 《中国民法典学者建议稿及立法理由(债法总则编合同编)》, 法律出版社, 2005年第一版

期刊

1. 王利明, 《标准合同的若干问题》, 载《法商研究——中南政法学报》1994年第3期
2. 王利明, 《对〈合同法〉格式条款规定的评析》, 载《政法论坛》1999年第6期
3. 何远琼, 《示范合同的制度考察》, 载《北大法律评论》2008年第9卷第2辑
4. 段逸超, 《格式条款例析》, 载《律师世界》2001年第7期
5. 余功雄, 《格式合同的附合化及其限制》, 载《浙江师大学报(社会科学版)》1999年第3期
6. 徐涤宇, 《关于标准合同若干问题的探讨》, 载《法商研究——中南政法学报》1994年第6期
7. 上海市工商局金山分局课题组, 《推行合同示范文本是一种行政指导行为》, 载《中国工商管理研究》2010年第6期
8. 袁慧韡, 《论合同示范文本的“软法之价值”》, 载《科学生活》2010年第11期
9. 姜明安, 《软法的兴起与软法之治》, 载《中国法学》2006年第2期
10. 朱岩, 《格式条款的基本特征》, 载《法学杂志》, 2005年第6期
11. 郝道明、张响林, 《格式条款的效力及其规制》, 载《长江大学学报(社会科学版)》, 第33卷第3期(2006年第6期)
12. 王敏, 《格式与格式之战》, 载《法制与社会》, 2007年第12期
13. 李先波、钟月辉, 《标准条款之冲突及其适用——“格式之争”与冲突法》, 载《时代法学》, 2006年第4期第2卷

论文

1. 朱丽莉, 《论规制格式合同的理论基础》, 中国政法大学硕士学位论文, 2004年5月
2. 邹思, 《商品房预售合同格式条款研究》, 南昌大学硕士学位论文, 2009年12月
3. 郭然, 《北京市商品房预售合同示范文本研究——实践中的困惑与理论上的思考》中国政法大学硕士学位论文, 2006年11月

网络

1. 秦悦民、姚建波, 格式条款规则比较研究, 通力律师事务所, abrufbar unter <http://www.llinkslaw.com/shangchuan/8.pdf>
2. 鄢军、魏雪丽, 对合同示范文本与格式条款监管的思考, 湖北省武汉市工商行政管理局, abrufbar unter <http://www.whhd.gov.cn/news/20061226/151008559.html>

判决

1. 广东省广州市中级人民法院“广金投资有限公司与广州天马发展有限公司商品房预售合同纠纷上诉案”民事判决书(2006)穗中法民五终字第3154号
2. 福建省高级人民法院“福建省长天节能照明有限公司与福州第七建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”民事判决书(2010)闽民终字第150号
3. 上海市第一中级人民法院“上海新亚-汤臣大酒店有限公司诉上海紫江企业有限公司等财物赔偿案”民事判决书(1999)沪一中民终字第369号
4. 北京市海淀区人民法院“北京京东世纪贸易有限公司诉王旭春买卖合同纠纷案”(2008)海民初字第30043号

Anhang II

Chinesische Gesetze

1. Vertragsgesetz der VR China * (Auszug)

§ 2 Als Vertrag bezeichnet dieses Gesetz eine Vereinbarung, mit der zwischen Bürgern, juristischen Personen und anderen Organisationen als gleichberechtigten Subjekten eine Beziehung mit zivilrechtlichen Rechten und Pflichten errichtet, geändert oder beendet wird.

Auf Ehe, Adoption oder Vormundschaft oder sonst auf persönliche Statusbeziehungen bezügliche Vereinbarungen werden die Bestimmungen anderer Gesetze angewandt.

§ 4 Die Parteien sind berechtigt, nach dem Recht Verträge nach ihrem eigenen Willen zu schließen; keine Einheit und kein Einzelner darf sich dabei rechtswidrig einmischen.

§ 5 Die Parteien müssen, wenn sie die Rechte und Pflichten aller Seiten festsetzen, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten.

§ 6 Die Parteien müssen sich bei der Ausübung von Rechten und bei der Erfüllung von Pflichten an den Grundsatz von Treu und Glauben halten.

§ 7 Die Parteien müssen bei der Errichtung und Erfüllung von Verträgen die Gesetze und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen einhalten und auf die gesellschaftliche öffentliche Moral achten und dürfen nicht die sozioökonomische Ordnung stören und gesellschaftliche öffentliche Interessen verletzen.

§ 8 Ein nach dem Recht errichteter Vertrag hat gegenüber den Parteien gesetzliche Bindungskraft. Eine Partei muss gemäß dem Vereinbarten ihre Pflichten erfüllen und darf nicht eigenmächtig den Vertrag ändern oder kündigen.

Ein nach dem Recht errichteter Vertrag erhält den Schutz des Gesetzes.

§ 12 Der Vertragsinhalt wird von den Parteien vereinbart und umfasst in der Regel folgende Punkte:

1. Bezeichnung bzw. Name und Ort der Parteien; 2. Gegenstand [des Vertrags]; 3. Menge; 4. Qualität; 5. Preis bzw. Entgelt; 6. Erfüllungsfrist, Ort und Art und Weise der Erfüllung; 7. Haftung für Vertragsverletzungen; 8. Art und Weise der Beilegung von Streitigkeiten.

Die Parteien können Verträge nach den Musterverträgen für die einzelnen Vertragsarten schließen.

§ 39 Wenn zur Errichtung eines Vertrages allgemeine Geschäftsbedingungen verwandt werden, muss die Partei, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt, wenn sie die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander festsetzt, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten und eine vernünftige Art und Weise wählen, um die andere Seite auf Klauseln aufmerksam zu machen, welche die Haftung dieser [die Geschäftsbedingungen stellenden Partei] ausschließen oder einschränken und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären.

* alle Übersetzungen der chinesischen Gesetze und Verordnungen mit Sternchen (*) sind zu finden unter <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/>

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Klauseln, die von der Partei zur wiederholten Verwendung vorweg entworfen und nicht bei der Errichtung des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden.

§ 40 Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, bei denen einer der in §§ 52 und 53 bestimmten Umstände vorliegt, oder welche die Seite, welche die Geschäftsbedingungen stellt, von ihrer Haftung befreien, die Haftung der anderen Seite erhöhen und Hauptrechte der anderen Seite ausschließen, sind unwirksam.

§ 41 Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen bei Streitigkeiten über ihre Auslegung im allgemein üblichen Sinne ausgelegt werden. Wenn mehrere Auslegungen möglich sind, müssen sie in dem Sinn ausgelegt werden, der für die Seite, die sie gestellt hat, nicht von Vorteil ist. Wenn allgemeine Geschäftsbedingungen mit Klauseln im Widerspruch stehen, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, gelten die Klauseln, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

§ 52 Wenn einer der folgenden Umstände vorliegt, ist der Vertrag unwirksam:

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

§ 53 Vertragsklauseln, die von der Haftung in folgenden Punkten befreien, sind wirkungslos:

1. für der anderen Seite verursachte Schäden an Leib und Leben.
2. für Vermögensschaden, welcher der anderen Seite vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wird.

§ 125 Wenn zwischen den Parteien Streit über die Auslegung von Vertragsklauseln besteht, muss der wahre Sinn der Klauseln aufgrund der Wortwahl im Vertrag, der einschlägigen Klauseln des Vertrags, der Vertragsziele, der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben bestimmt werden.

Wenn der Vertragstext in mehreren Sprachen abgefasst und vereinbart worden ist, dass jeder Text gleiche Wirkung hat, wird vermutet, dass die Worte in jedem Text die gleiche Bedeutung haben. Wenn die in den verschiedenen Texten verwandten Worte nicht übereinstimmen, muss aufgrund des Zieles des Vertrages ausgelegt werden.

2. Die Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs über einige Fragen bei der Anwendung des Vertragsgesetzes II # (Auszug)

§ 6 Where, at the time of concluding a contract, the party providing the standard clauses adopted special characters, symbols, fonts and other signs sufficient to arouse the other party's attention to the content of the standard clauses regarding liability exemptions or restrictions in favor of the party providing the standard clauses, and made an explanation of the standard clauses according to the requirements of the other party, the

alle Übersetzungen der chinesischen Gesetzen und Verordnungen mit Rautenzeichen (⚡) sind unter <http://www.lawinfochina.com/> zu finden.

people's court shall determine that the requirement of "a reasonable way" in Article 39 of the Contract Law has been satisfied.

The party providing the standard clauses shall bear the burden of proof on its/his fulfillment of the obligation to make reasonable prompting and explanation.

§ 9 Where the party providing the standard clauses violates the provision of paragraph 1 of Article 39 of the Contract Law regarding the obligation to make prompting and explanation and causes the other party's failure to notice the clauses regarding liability exemptions and restrictions in favor of the party providing the standard clauses, the people's court shall support the other party's application for revoking the standard clauses.

§ 10 where the party providing the standard clauses violates the provision of paragraph 1 of Article 39 and falls under any of the circumstances as described in Article 40 of the Contract Law, the people's court shall determine the standard clauses as invalid.

3. Maßnahmen über Aufsicht und Behandlung der rechtswidrigen Handlung im Bereich des Vertrags[#] (Auszug)

§ 9 Where a business operator and a consumer adopt standard clauses in concluding a contract, the business operator shall not exempt itself from the following liabilities in the standard clauses:

- (1) the liability for any personal injury to the consumer;
- (2) the liability for the consumer's property loss caused deliberately or for gross negligence;
- (3) the guaranty liability legally assumed for the commodities or services provided;
- (4) the liability legally assumed for breach of contract; and
- (5) other liabilities legally assumed.

§ 10 Where a business operator and a consumer adopt standard clauses in concluding a contract, the business operator shall not increase the liabilities of the consumer in the standard clauses:

- (1) by setting an amount of liquidated damages or compensatory damages which exceeds the statutory or reasonable amount;
- (2) by requiring the consumer to assume any operational risk that shall be assumed by the provider of the standard clauses; or
- (3) by imposing on the consumer any liability that shall not be assumed by the consumer in accordance with laws and regulations.

§ 11 Where a business operator and a consumer adopt standard clauses in concluding a contract, the business operator shall not exclude the following rights of the consumer in the standard clauses:

- (1) the right to modify or rescind the contract in accordance with law;
- (2) the right to claim for payment of liquidated damages;
- (3) the right to claim for compensation for damages;
- (4) the right to interpretation of the standard clauses;
- (5) the right to lodge a lawsuit for disputes over the standard clauses; and
- (6) other rights enjoyed by the consumer in accordance with law.

4. Gesetz über Schutz der Rechte und Interessen des Verbrauchers der VR China[#] (Auszug)

§ 24 Business operators may not, through format contracts, notices, announcements, entrance hall bulletins and so on, impose unfair or unreasonable rules on consumers or reduce or escape their civil liability for their infringement of the legitimate rights and interests of consumers.

Format contracts, notices, announcements, entrance hall bulletins and so on with contents mentioned in the preceding paragraph shall be invalid.

5. Versicherungsgesetz der VR China(2009)# (Auszug)

§ 17 where an insurance contract is entered into by using the standard clauses of the insurer, the insurer shall provide an insurance policy with the standard clauses attached and explain the contents of the contract to the insurance applicant. For those clauses exempting the insurer from liability in the insurance contract, the insurer shall sufficiently warn the insurance applicant of those clauses in the insurance application form, the insurance policy or any other insurance certificate, and expressly explain the contents of those clauses to the insurance applicant in writing or verbally. If the insurer fails to make a warning or express explanation thereof, those clauses shall not be effective.

6. Versicherungsgesetz der VR China (1995)* (Auszug)

§ 16 I Beim Abschluss des Versicherungsvertrages muss der Versicherer dem Versicherungsnehmer die Klauseln des Versicherungsvertrages erklären und kann zu den betreffenden Umständen des Versicherungsgegenstandes bzw. des Versicherten Fragen stellen, zu denen der Versicherungsnehmer wahrheitsgemäße Angaben machen muss.

§ 17 Klauseln im Versicherungsvertrag, die den Versicherer von der Haftung befreien, muss der Versicherer beim Abschluss des Versicherungsvertrages dem Versicherungsnehmer klar erklären; solange er sie nicht klar erklärt hat, bleiben sie wirkungslos.

7. Gesetzgebungsgesetz der VR China* (Auszug)

§ 7 Der Nationale Volkskongreß und der Ständige Ausschuß des Nationalen Volkskongresses üben die staatliche Gesetzgebungsgewalt aus.

Der Nationale Volkskongreß bestimmt und ändert grundlegende Gesetze über Strafsachen, Zivilsachen, die Staatsorgane und andere Angelegenheiten.

Der Ständige Ausschuß des Nationalen Volkskongresses bestimmt und ändert Gesetze mit Ausnahme derer, die vom Nationalen Volkskongreß bestimmt werden. er führt zwischen den Tagungen des Nationalen Volkskongresses teilweise Ergänzungen und Änderungen der vom Nationalen Volkskongreß festgelegten Gesetze durch, die aber nicht den grundlegenden Prinzipien der betreffenden Gesetze zuwiderlaufen dürfen.

§ 42 Die Befugnisse zur Auslegung von Gesetzen übt der Ständige Ausschuß des Nationalen Volkskongresses aus.

Wenn bei einem Gesetz einer der folgenden Umstände vorliegt, wird es vom Ständigen Ausschuß des Nationalen Volkskongresses ausgelegt:

(1.) wenn es bei Gesetzesbestimmungen erforderlich ist, die konkrete Bedeutung näher festzulegen;

(2.) wenn nach Erlaß des Gesetzes neue Umstände aufgetreten sind, so daß es erforderlich ist, den Geltungsbereich des Gesetzes klarzustellen.

§ 56 Der Staatsrat legt gemäß der Verfassung und den Gesetzen Verwaltungsrechtsnormen fest.

Verwaltungsrechtsnormen können zu folgenden Angelegenheiten Bestimmungen treffen:

(1) Angelegenheiten, deren Festlegung in Verwaltungsrechtsnormen zur Durchführung von Bestimmungen eines Gesetzes erforderlich ist;

(2) Angelegenheiten, in denen der Staatsrat gemäß der Bestimmung des Art. 89 der Verfassung die Verwaltungskompetenz hat.

Angelegenheiten, die vom Nationalen Volkskongreß bzw. von seinem Ständigen Ausschuß durch Gesetz festgelegt werden müssen, und für die der Staatsrat zunächst gemäß einem Ermächtigungsbeschluß des Nationalen Volkskongresses bzw. seines Ständigen Ausschusses Verwaltungsrechtsnormen festgelegt hat, muß der Staatsrat, nach Sammlung von praktischen Erfahrungen und sobald die Umstände zur Festlegung durch Gesetz reif sind, unverzüglich dem Nationalen Volkskongreß bzw. seinem Ständigen Ausschuß zur Festlegung durch Gesetz vorlegen.

§ 63 I Volkskongresse der PAS und deren Ständige Ausschüsse können entsprechend den konkreten Umständen und den praktischen Bedürfnissen ihres Verwaltungsbezirkes territoriale Rechtsnormen unter der Voraussetzung festlegen, dass diese nicht mit der Verfassung, den Gesetzen oder den Verwaltungsrechtsnormen im Widerspruch stehen.

§ 73 I Die Volksregierungen von PAS und größeren Städten können gemäß den Gesetzen und Verwaltungsrechtsnormen und gemäß den territorialen Rechtsnormen dieser PAS Regeln festlegen.

§ 78 Die Verfassung hat oberste Gesetzeskraft; kein Gesetz, keine Verwaltungsrechtsnorm, keine territoriale Rechtsnorm, keine Autonomie- und Einzelverordnung, keine Regel darf mit der Verfassung in Widerspruch stehen.

§ 79 Gesetze gehen Verwaltungsrechtsnormen, territorialen Rechtsnormen und Regeln vor. Verwaltungsrechtsnormen gehen territorialen Rechtsnormen und Regeln vor.

§ 80 Territoriale Rechtsnormen gehen Regeln der territorialen Regierungen auf derselben Ebene und auf niedrigeren Ebenen vor. Regeln, die von der Volksregierung der Provinz oder des autonomen Gebietes festgelegt wurden, gehen Regeln vor, die von Volksregierungen von größeren Städten innerhalb desselben Verwaltungsbezirkes festgelegt wurden.

§ 82 Regeln der Abteilungen untereinander sowie Regeln der Abteilungen und Regeln der territorialen Regierungen untereinander sind gleichrangig; sie werden innerhalb des jeweiligen Zuständigkeitsbereichs durchgeführt.

§ 83 Wenn bei Gesetzen, Verwaltungsrechtsnormen, territorialen Rechtsnormen, Autonomie- und Einzelverordnungen oder Regeln, die von dem gleichen Organ festgesetzt wurden, besondere Bestimmungen und allgemeine Bestimmungen nicht übereinstimmen, gelten die besonderen Bestimmungen; wenn neue Bestimmungen und alte Bestimmungen nicht übereinstimmen, gelten die neuen Bestimmungen.

§ 86 Wenn territoriale Rechtsnormen oder Regeln untereinander nicht übereinstimmen, entscheidet das betreffende Organ gemäß den nachfolgend bestimmten Zuständigkeiten:

(1) Wenn neue allgemeine Bestimmungen und alte besondere Bestimmungen, die vom gleichen Organ festgelegt wurden, nicht übereinstimmen, entscheidet das Organ, welches sie festlegt;

(2) Wenn territoriale Rechtsnormen und Regeln von Abteilungen [des Staatsrates] untereinander in den Bestimmungen über dieselbe Angelegenheit nicht übereinstimmen und nicht festgestellt werden kann, was gelten soll, wird vom Staatsrat eine Ansicht vorgelegt; wenn der Staatsrat der Ansicht ist, daß die territoriale Rechtsnorm gelten muß, muß er beschließen, daß in dem betreffenden Gebiet die Bestimmungen der territorialen Rechtsnorm gelten; wenn [der Staatsrat] der Ansicht ist, daß die Regeln der Abteilung gelten müssen, muß er [dies] dem Ständigen Ausschuß des Nationalen Volkskongresses zur Entscheidung vorlegen;

(3) Wenn Regeln der Abteilungen [des Staatsrates] untereinander oder Regeln der Abteilungen und Regeln der territorialen Regierungen untereinander in den Bestimmungen über dieselbe Angelegenheit nicht übereinstimmen, entscheidet der Staatsrat. Wenn aufgrund einer Ermächtigung festgelegte Rechtsnormen nicht mit Gesetzen übereinstimmen und nicht festgestellt werden kann, was gelten soll, entscheidet der Ständige Ausschuß des Nationalen Volkskongresses.

8. Die Bestimmungen des Obersten Volksgerichtshofs über die justizielle Auslegung (Auszug)

§ 5 Die justiziellen Auslegungen, die durch das Obersten Volksgerichtshof erlassen werden, besitzen gleiche Gültigkeit wie Gesetze.

9. Grundregeln der internationalen Handelsverträge (UNIDROIT) (Auszug)

ARTIKEL 2.19 (*Vertragsabschluss mit allgemeinen Geschäftsbedingungen*)

(1) Wenn eine Partei oder beide Parteien allgemeine Geschäftsbedingungen beim Vertragsabschluss benutzen, finden die allgemeinen Regeln über den Abschluss vorbehaltlich der Artikel 2.20. bis 2.22 Anwendung.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Regeln, die im Voraus für allgemeine und wiederholte Benutzung durch eine Partei vorbereitet worden sind und die tatsächlich ohne Verhandlung mit der anderen Partei benutzt werden.

Anhang III

Literaturverzeichnis

Bartsch, Michael	Der Begriff des „Stellens“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen - Dargestellt an der AGB-Kontrolle im Bauherrenmodell, in: NJW 1986, S. 28 ff.
Billing, Tom	Die Bedeutung von § 307 III 1 BGB im System der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, 2006
Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich	Allgemeines Schuldrecht, 34. Aufl., 2010
Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich	Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., 2010
Bu, Yuanshi	Einführung in das Recht Chinas, 2009
Bunte, Hermann-Josef	Inhaltskontrolle notariell beurkundeter Verträge - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.4.1984, in: ZIP 1984, S. 1313 ff.
Cholstinina, Janina	Allgemeine Vertragsbedingungen und Gewährleistungsausschluss, in: NJ 2005, S. 273 ff.
Duan, Yichao	Untersuchung anhand von Beispielen über AGBs, in: Lawyer World 2001/7, S. 22 ff.
Ganten, Hans/ Jagenburg, Walter/ Motzke, Gerd (Hrsg.)	Beck'scher VOB- und Vergaberechts- Kommentar Teil B, 2. Aufl., 2008
Garm, Heino	Zur richterlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, in: NJW 1980, S. 2782 ff.
Guo, Ran	Untersuchung über den Mustervertrag für Wohnungsvorverkauf in Peking, Masterarbeit, Peking 2006

Hao, Daoming/ Zhang, Xianglin	Effekt der AGBs und deren Kontrolle, in: Journal of Yangtze University (Social Sciences), Vol. 33, No. 3, S. 183 ff.
He, Yuanqiong	Untersuchung des Instituts des Mustervertrags, in: Peking University Law Review, Vol. 9, No. 2, 2008, S. 378 ff.
Heinrichs, Helmut	Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW 1993, S. 1817 ff.
Heinrichs, Helmut	Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 1977, S. 1505 ff.
Herig, Norbert	Praxiskommentar VOB Teile A. B. C, 4. Aufl., 2009
Hoyningen-Huene, Gerrick Frhr	Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978
Huang, Mingda/ Zhang, Yuming	Untersuchung über das Römische Vertragssystem und das moderne Vertragsgesetz, 2006
Hu, Kangsheng (Hrsg.)	Kommentar zum Vertragsgesetz der VR China, 2009
Jaeger, Wolfgang	„Stellen“ und „Aushandeln“ vorformulierter Vertragsbedingungen, in: NJW 1979, S. 1569 ff.
Jiang, Mingan	Entstehung des soft law und deren Regulierung, in: China Legal Science 2006/2, S. 25 ff.
Kanzleiter, Rainer	Die Sachmängelgewährleistung beim Kauf von Häusern und Eigentumswohnungen, in: DNotZ 1987, S. 651 ff.
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979
Leipold, Dieter	BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2010
Liang, Huixing	Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen

(Hrsg.)

Gesetzbuch, 2003

Li, Xianbo / Zhong, Yuehui The Conflict of Standard Terms and Their Application – The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws, in: Presentday Law Science 2006/4, Nr. 2, S. 90 ff.

Michalski, Lutz/
Römermann Volker Inhaltskontrolle von Einzelvereinbarungen anhand des AGB-Gesetzes, in: ZIP 1993, S. 1434 ff.

Palandt, Otto (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bearb. von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, 69. Aufl., 2010

Qin, Yuemin/
Yao, Jianbo Eine vergleichende Untersuchung über AGB-Vorschriften, abrufbar unter <http://www.llinkslaw.com/shangchuan/8.pdf>, zuletzt besucht am 28.06.2011

Münchener
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, 5. Aufl., 2007

Forschungsgruppe des
AICs in Jinshan,
Shanghai (Hrsg.) Das Verfahren, einen Mustervertrag zu empfehlen, ist eine Art der exekutiven Anleitung, in: Study on China Administration for Industry & Commerce 2010/6, S. 17 ff.

Schlechtriem, Peter Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, hrsg. von H.-M. Pawlowski, München 1977, S. 571 ff.

Schwab, Martin AGB-Recht: Tipps und Taktik, 2008

Sonnenschein, Jürgen Formularmietverträge im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes, in: NJW 1980, S. 1489 ff.

J. von Staudinger
(Berg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 305 - 310; UKLaG. (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), hrsg. von Peter Schloss, Michael Coester, Dagmar Coester-Waltjen,

Neubearbeitung 2006

Stein, Günter	Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts - Zum Spannungsverhältnis der Kontrollverfahren aufgrund des AGB-Gesetzes und § 242 BGB, 1982
Sternel, Friedemann	Mietrecht aktuell, 4. Aufl., 2009
Stoffels, Markus	AGB-Recht, 2. Aufl., 2009
Su, Haopeng	Untersuchung über die allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2005
Ulmer, Peter/ Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst- Dieter (Hrsg.)	AGB-Recht Kommentar zu den §§ 305 - 310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 10. Aufl., 2006
Wang, Liming	Untersuchung über das Vertragsgesetz, Band I, 2002
Wang, Liming (Hrsg.)	Vorschlagsentwurf zum chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch und die Begründung (Allgemeiner Teil des Schuldrechts und Vertragsgesetz), 2005
Wang, Liming	Einige Fragen über den Standardisierten Vertrag, in: Studies in Law and Market Economy 1994/3, S. 73 ff.
Wang, Liming	Kommentar über die AGB-Vorschriften im CVG, in: Tribune of Political Science and Law 1999/6, S. 3 ff.
Wang, Ming	Battle of the forms, in: Legal System and the Society 2007/12, S. 812ff.
Weng, Yuesheng	Verwaltungsrecht, 2009
Wiedemann, Herbert	Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, in: Recht und Wirtschaft heute - Festgabe zum 65. Geburtstag von Max

Kummer, hrsg. von Hans Merz, Walter R. Schlupe, 1980, S. 175 ff.

Wolf, Manfred	Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970
Wolf, Manfred/ Lindacher, Walter F./ Pfeiffer, Thomas (Hrsg.)	AGB-Recht Kommentar, 5. Aufl., 2009
Xu, Diyu	Diskussion über einige Fragen der AGBs, in: Studies in Law and Market Economy 1994/6, S. 54 ff.
Yan, Jun/Wei, Xueli	Zur Kontrolle von Musterverträgen und AGBs, AIC Wuhans, Hubei, abrufbar unter http://www.whhd.gov.cn/news/20061226/151008559.html , zuletzt besucht am 25.04.2011
Yu, Gongxiong	Kontrolle der AGBs, in: Journal of Zhejiang Normal University 1999/3, S. 61 ff.
Yuan, Huihua	Der Wert des soft law im Mustervertrag, in: Science and Life 2010/6, S. 40 ff.
Zhu, Lili	Analysierung der theoretischen Grundlage der AGB-Kontrolle, Masterarbeit, Peking 2004
Zhu, Yan	Rechtsvergleich der Inhaltskontrolle der AGBs in Deutschland und Formulklauseln in China - Weiterentwicklung des chinesischen Formulklauseln-Rechts unter Heranziehung des deutschen AGB-Rechts, Bremen 2003
Zhu, Yan	Die Merkmale der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Law Science Magazine, 2005/6, S. 128 ff.
Zou, Si	Untersuchung über die AGBs im Mustervertrag für Wohnungsvorkauf, Masterarbeit, Jiangxi 2009

