

# Offene Fragen zum Kaufrecht des chinesischen Zivilgesetzbuches – Ein Vergleich mit dem deutschen und europäischen Recht

Thomas M. J. Möllers<sup>1</sup>

## Abstract

Das chinesische ZGB orientiert sich im Kaufrecht stark am UN-Kaufrecht. Im Vergleich zum europäischen Recht fehlt es teils an konkreten Aussagen des Gesetzgebers. Hier wird es Aufgabe des OVG sein, Recht zu konkretisieren. Insbesondere in den hier beleuchteten Bereichen der Untersuchungspflicht, der Reihenfolge kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche und der inhaltlichen Anforderungen einer AGB-Kontrolle ist eine Konkretisierung notwendig. Das Kaufrecht im ZGB lässt den Verbraucherschutz zudem weitgehend außen vor. Eine Implementierung des VSG in das ZGB hat nicht stattgefunden. Unabhängig davon hat die Volksrepublik China ein modernes Gesetzbuch geschaffen. Im Bereich des Kaufrechts spiegelt sich die Entwicklung Chinas zu einer Marktwirtschaft wider, die in den letzten Jahrzehnten stattgefunden hat. Die Vertragsautonomie steht im Vordergrund.

## I. Einführung

### 1. Historische Entwicklung

Recht ist im Wandel. Bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts waren zivilrechtliche Verhältnisse in der Qing-Dynastie noch durch das Strafrecht und die konfuzianischen Sittenregeln, die Li (chin. 礼), geregelt.<sup>2</sup> Ein Zivilgesetzbuch, das noch unter dem Kaiser Guang Xu erarbeitet worden war, trat wegen des Sturzes des Kaisers aber nie in Kraft. Es stand unter dem Einfluss des deutschen und japanischen BGB.<sup>3</sup> Das chinesische Zivilgesetz trat dann 1929 und 1930 mit insgesamt 1.225 Paragrafen in Kraft, galt jedoch nur bis 1949<sup>4</sup>. Seit 1979 hat die Volksrepublik China ihr Wirtschaftssystem geöffnet und marktwirtschaftliche Strukturen

zugelassen.<sup>5</sup> Inzwischen wurden erhebliche Bemühungen aufgewendet, um das chinesische Zivilrecht zu kodifizieren. Zahlreiche Einzelgesetze waren die Folge. Zu nennen sind etwa das Vertragsgesetz von 1999 (VG)<sup>6</sup>, das Verbraucherschutzgesetz von 1993 (VSG)<sup>7</sup> und die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts von 1986 (AGZR)<sup>8</sup> sowie der Allgemeine Teil des Zivilrechts von 2017 (ATZR)<sup>9</sup>. Beeinflusst wurden die Ge-

<sup>1</sup> Thomas M. J. Möllers, Dr. iur.; Professor, Universität Augsburg, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung. Ich danke Herrn Dr. Peter Leibkühler für weiterführende Hinweise.

<sup>2</sup> Für einen historischen Überblick siehe etwa LI Hao, *The Codification of Chinese Civil Law: Innovations and Controversies*, in: Thomas M. J. Möllers/LI Hao (Hrsg.), *The General Rules of Chinese Civil Law*, Baden-Baden 2018, S. 21 ff.; Benjamin Kroymann/XU Lan, *Grundlagen*, in: Jörg Binding/Knut Benjamin Piffler/XU Lan (Hrsg.), *Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht*, Frankfurt am Main 2015, Kapitel 1 Rn. 1 ff.; BU Yuanshi, *Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB – mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus*, in: BU Yuanshi (Hrsg.), *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, Tübingen 2019, S. 3 ff.

<sup>3</sup> Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage, Tübingen 1996, S. 286; BU Yuanshi, *Chinese Civil Code – The General Part*, München 2019, Chapter 1 Rn. 42.

<sup>4</sup> Es gilt aber bis heute in Taiwan.

<sup>5</sup> HAN Shiyuan, *Consumer Sales in Peoples's Republic of China*, in: Geraint Howells/Christian Twigg-Flesner/Hans-W. Micklitz/LEI Chen (Hrsg.), *Comparative Consumer Sales Law*, Abingdon 2019, S. 82.

<sup>6</sup> Vertragsgesetz der VR China vom 15.3.1999 (合同法), verabschiedet in der 2. Sitzung des 9. Nationalen Volkskongresses, abrufbar unter <[www.chinas-recht.de](http://www.chinas-recht.de)> (eingesehen am 25.8.2021).

<sup>7</sup> Gesetz der Volksrepublik China zum Schutz der Rechte und Interessen von Verbraucher vom 31.10.1993 (中华人民共和国消费者权益保护法), verabschiedet in der 4. Sitzung des 8. Nationalen Volkskongresses, in der Fassung vom 25.10.2013, Amtsblatt des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses 2013 Nr. 6, S. 789; eine deutsche Übersetzung von Alexander Gresbrand/Madeleine Martinek/Thomas Odom/Nina Rotermund/Ronja Will/Knut Benjamin Piffler ist abgedruckt in: ZChinR 2014, S. 69–85. Eine englische Fassung des chinesischen Verbraucherschutzgesetzes ist unter folgendem Link verfügbar: <<http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chineselaw/200211/20021100053545.html>> (eingesehen am 25.8.2021).

<sup>8</sup> Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China vom 12.4.1986 (民法通则), abrufbar unter <[http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content\\_4470.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4470.htm)> (eingesehen am 25.8.2021); eine deutsche Fassung von Frank Mützel findet sich unter <<http://www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm>> (eingesehen am 25.8.2021).

<sup>9</sup> Allgemeiner Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China vom 15.3.2017 (中华人民共和国民法总则), abrufbar unter <[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/15/content\\_2018907.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/15/content_2018907.htm)> (eingesehen am 25.8.2021); eine deutsche, englische und chinesische Fassung findet sich bei Thomas M. J. Möllers/LI Hao (Hrsg.), *The General Rules of Chinese Civil Law*,

setze nicht nur von den europäischen Kodifikationen, sondern zunehmend auch vom Common Law. Den Höhepunkt dieser Kodifikationsbewegung stellt das neue Zivilgesetzbuch dar, welches die Einzelgesetze nun in einem chinesischen Zivilgesetzbuch (ZGB) mit 1260 Paragraphen zusammenfasst. Es wurde vom Nationalen Volkskongress am 28.5.2020 verabschiedet und trat am 1.1.2021 in Kraft.<sup>10</sup> Weil der Gesetzgeber auf die bereits existierenden Einzelgesetze aufbauen konnte, war eine schnelle Kodifizierung des ZGB möglich.<sup>11</sup>

## 2. Weitere Rechtsquellen: die abstrakt-generellen Erläuterungen des OVG

### a) Die deutsche Rechtsdogmatik

In Deutschland herrschen Gewaltenteilung und Gewaltenschränkung. Gerichte kontrollieren die staatliche Gewalt. Zudem dominiert eine strenge Normenhierarchie: Das GG beeinflusst als höchste deutsche Rechtsquelle das einfache Recht und damit auch das Zivilrecht maßgeblich.<sup>12</sup> Wie im chinesischen Recht haben Gerichtsentscheidungen grundsätzlich keine Rechtskraft, bilden also keine *stare decisis*.<sup>13</sup> Im deutschen Recht kommt ihnen aber eine starke faktische Bindungswirkung zu; d. h., dass sich der Rechtsanwender mit ihnen als sekundärer Rechtsquelle auseinandersetzen und ihnen folgen muss, wenn er keine besseren Argumente vorbringen kann.<sup>14</sup> Das deutsche Recht ist zudem stolz auf seine Rechtsdogmatik, das Zusammenspiel von Gesetz, Rechtsprechung und Rechtsliteratur als Grammatik des Rechts, den geschriebenen und ungeschriebenen Grundregeln und Prinzipien des Rechts.<sup>15</sup>

### b) Die Erläuterungen des chinesischen Obersten Volksgerichts

§ 10 ZGB nennt als Rechtsquelle neben dem Gesetz inzwischen auch die Gebräuche. Dies ähnelt § 157 BGB und § 5 Abs. 2 schweizerisches ZGB. Ansonsten gibt es aber gewichtige Unterschiede zwischen der Rechtslage in Deutschland und der Volksrepublik China. Oberstes Organ des Staates ist die Partei und damit der Nationale Volkskongress<sup>16</sup>. Damit geht man we-

niger von einer Gewaltenschränkung im Sinne von Gewaltenteilung als vielmehr vom Prinzip der Gewaltkonzentration aus.<sup>17</sup> Die Verfassung bindet auch nicht, spielt also keine Rolle bei der Auslegung des ZGB.<sup>18</sup>

Gerichte haben Gesetze nicht auszulegen, sondern anzuwenden. Um eine einheitliche Anwendung sicherzustellen, können die höchsten Organe die Gesetze auslegen, der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses durch legislative Auslegung, der Staatsrat durch administrative Auslegung und das Oberste Volksgericht (OVG) durch Justizauslegung.<sup>19</sup> In den letzten Jahren ist vor allem die Justizauslegung, d. h. die Interpretation oder Erläuterung durch das OVG, von besonderer Relevanz.<sup>20</sup> Von diesen abstrakt-generellen Interpretationen sind die konkret-individuellen Erläuterungen in konkreten Rechtsverfahren zu unterscheiden. Vergleichbar sind diese konkret-individuellen Erläuterungen mit dem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV.<sup>21</sup> Auch der EuGH und das BVerfG kennen die Unterscheidung zwischen Anwendung und Auslegung einer Rechtsnorm.<sup>22</sup>

### c) Zur Rechtsqualität der Erläuterungen des OVG

Die abstrakt-generellen Erläuterungen sind in westlichen Demokratien unbekannt, aber ein Instrumentarium der sozialistischen Regime: Vergleichbare Erläuterungen gab es auch in der DDR und der Sowjetunion, um eine einheitliche Anwendung des Rechts sicherzustellen.<sup>23</sup> Inzwischen existieren zahlreiche Erläuterungen dieser Gesetze durch das Oberste Volksgericht wie etwa die Erläuterungen zu den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts<sup>24</sup>, Erläuterungen zum Vertrags-

Baden-Baden 2018, S. 295–374 sowie von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Piffler, in: ZChinR 2017, S. 208 ff.

<sup>10</sup> Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China vom 28.5.2020 (民法典), verabschiedet in der 3. Sitzung des 13. Nationalen Volkskongresses vom 28.5.2020, Order No. 45 des Präsidenten der Volksrepublik China, Amtsblatt, abrufbar unter <<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml>> (eingesehen am 25.8.2021). Eine englische Fassung von Beida Fabao ist abrufbar unter <<https://perma.cc/538B-FS3A>> (eingesehen am 25.8.2021); eine deutsche Fassung von DING Yijie/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Piffler findet sich in: ZChinR 2020, S. 207–415.

<sup>11</sup> BU Yuanshi (Fn. 2), S. 3.

<sup>12</sup> Hierzu Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, München 2021, § 11 Rn. 11 ff. und Rn. 55 ff.

<sup>13</sup> Thomas M. J. Möllers (Fn. 12), § 3 Rn. 3 ff.

<sup>14</sup> Thomas M. J. Möllers (Fn. 12), § 3 Rn. 13 ff. m. w. N.

<sup>15</sup> Thomas M. J. Möllers (Fn. 12), § 9 Rn. 3a m. w. N.

<sup>16</sup> Vgl. § 1 der chinesischen Verfassung: „Die Volksrepublik China ist ein sozialistischer Staat unter der Demokratischen Diktatur des Volkes, der von der Arbeiterklasse geführt wird und auf dem

Bündnis der Arbeiter und Bauern beruht. [...] Die Führung durch die Kommunistische Partei Chinas ist das zentrale Merkmal des Sozialismus chinesischer Prägung. Die Sabotage des sozialistischen Systems ist jeder Organisation oder jedem Individuum verboten.“

<sup>17</sup> Knut Benjamin Piffler, Höchstrichterliche Interpretation als Mittel der Rechtsfortbildung in der Volksrepublik China, in: 80 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 2016, S. 373, 392 f.

<sup>18</sup> Benjamin Kroymann/XU Lan (Fn. 2), Kapitel 1 Rn. 46; Thomas M. J. Möllers, Principles in the Chinese Civil Code, in: Thomas M. J. Möllers/LI Hao (Hrsg.), The General Rules of Chinese Civil Law, Baden-Baden 2018, S. 55, 79 f. m. w. N.

<sup>19</sup> So der Begriff von Björn Ahl, Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China – eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, in: ZChinR 2007, S. 251; zum Teil spricht man auch von „Erläuterungen“ oder „Interpretationen“, so Knut Benjamin Piffler (Fn. 17), S. 373 ff.

<sup>20</sup> Knut Benjamin Piffler (Fn. 17), S. 373, 374 ff.

<sup>21</sup> Knut Benjamin Piffler (Fn. 17), S. 373, 375.

<sup>22</sup> Zu dieser Differenzierung jüngst BVerfG, Beschl. vom 6.11.2019, 1-BVR 276/17, BVerfGE 152, 216 Rn. 68 ff. – Recht auf Vergessen II; Thomas M. J. Möllers (Fn. 12), § 12 Rn. 118 f.

<sup>23</sup> Knut Benjamin Piffler, Sozialistisches Recht, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, Tübingen 2009, S. 1421 ff.

<sup>24</sup> Erläuterungen des OVG zu den Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts vom 26.1.1988, übersetzt von Frank Münzel, abrufbar unter <[www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm](http://www.chinas-recht.de/zivilrecht.htm)> (eingesehen am 25.8.2021).

recht<sup>25</sup>, zu Kaufverträgen<sup>26</sup> oder Kaufverträgen über Häuser<sup>27</sup>.

Eigentlich dienen die Erläuterungen der Auslegung von Gesetzen: Nach § 104 des Gesetzgebungsgesetzes sollen Regelungszweck und der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers erforscht werden.<sup>28</sup> Tatsächlich hat das OVG aber bisher seine Kompetenz sehr weit gefasst, indem es etwa auch eigene neue Rechtsinstitute entwickelt hat, wie den Fortfall der Geschäftsgrundlage oder das *forum non conveniens*.<sup>29</sup> Wegen des Grundsatzes der Gewaltenkonzentration wird dies aber als nicht besonders problematisch angesehen. Die Rechtskraft und Bindungswirkung der Erläuterungen sind hingegen umstritten. So nehmen manche an, dass die Erläuterungen für die Gerichte eine Bindungswirkung zur Folge haben.<sup>30</sup> Zum Teil wird ihnen aber sogar Gesetzeskraft zugesprochen.<sup>31</sup> Dafür spricht § 5 der OVG-Bestimmungen zur Justizauslegung<sup>32</sup>, die Veröffentlichung im Amtsblatt des Gerichts<sup>33</sup> und die Verpflichtung der Gerichte, die Erläuterungen zu zitieren.<sup>34</sup> Einzelne Paragraphen der Erläuterungen wurden in das neue ZGB integriert.<sup>35</sup> Bezweckt ist damit eine einheitliche Auslegung des Gesetzes. Aber auch das Primat der Partei soll sichergestellt werden. Schließlich hat das OVG im Frühjahr 2021 ein Protokoll der Konferenz zur Arbeit der Implementierung des Zivilgesetzbuches durch Gerichte des gesamten Landes (OVG Protokoll ZGB) erlassen. Obwohl das Protokoll im Unterschied zu den justiziellen Interpretationen

nicht zitiert werden darf, soll es zur Argumentation herangezogen werden.<sup>36</sup>

Während im europäischen Recht der EuGH in einem konkreten Verfahren angerufen wird, stellen die Erläuterungen eine abstrakte Interpretation dar und erinnern insoweit eher an das Prozedere des Allgemeinen Preußischen Landrechts (ALR). Nach § 47 Einl. ALR musste der Richter, der Zweifel über die Auslegung einer Norm hatte, diese einer Gesetzeskommission vorlegen.<sup>37</sup> Darauf wird zurückzukommen sein.

### 3. Die Gesetzgebungstechnik der deutschen Pandektenwissenschaft – Abstraktion und unbestimmte Rechtsbegriffe

Die Pandektenwissenschaft<sup>38</sup> systematisierte das römische Recht und wird deshalb auch als historische Schule bezeichnet. Ihr und auch der Begriffsjurisprudenz des vorletzten Jahrhunderts sind das klare Strukturdenken im Gesetz sowie die scharfe Bildung von Begriffen und Begriffspyramiden zu verdanken.<sup>39</sup> Das BGB ist mit seinem prägnanten äußeren System insoweit ein Kind der Pandektenwissenschaft.<sup>40</sup> Das chinesische Gesetzbuch orientiert sich daran.<sup>41</sup> Die jetzige Fassung des chinesischen ZGB erinnert in seinem Aufbau zum Teil an das deutsche und japanische BGB. Dem Allgemeinen Teil des ZGB folgen sechs weitere Bücher: das Sachenrecht, das Vertragsrecht, das Persönlichkeitsrecht, das Familienrecht, das Erbrecht und das Deliktsrecht. Damit enthält das ZGB gegenüber dem BGB zwei weitere Bücher, nämlich das Persönlichkeitsrecht, §§ 989–1039 ZGB, und das Deliktsrecht, §§ 1164–1260 ZGB. Auch gibt es keinen Allgemeinen Teil des Schuldrechts, sondern nur einen Allgemeinen Teil des Vertragsrechts.<sup>42</sup> Strukturell ähnlich ist aber die Gesetzestechnik, mit allgemeinen Teilen zu arbeiten. Innerhalb der einzelnen Bücher sind allgemeine Teile zu finden, so im Allgemeinen Teil zur juristischen Person, zu Rechtsgeschäften oder zur Stellvertretung. Auch das Vertragsrecht wird in einen Allgemeinen Teil (§§ 463–594 ZGB) sowie einen Besonderen Teil (§§ 595–988 ZGB), der die einzelnen Vertragstypen regelt, gegliedert. Hiermit geht zwangsweise auch die Verweisungstechnik mit dem Zweck

<sup>25</sup> Erläuterungen des OVG zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes, Teil 1 vom 19.12.1999, Teil 2 vom 24.4.2009, übersetzt von *Knut Benjamin Piffler*, ZChinR 2009, S. 288 ff.

<sup>26</sup> Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen vom 31.3.2012, News Laws and Regulation 2012, Nr. 23, S. 32 ff., deutsche Übersetzung von *Claus Cammerer*, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2013, S. 233–237 und *Knut Benjamin Piffler*, ZChinR 2014, S. 373 ff.; revidiert am 23.12.2020, deutsche Übersetzung in diesem Heft, S. 207.

<sup>27</sup> Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen bei gehandelten Häusern vom 24.3.2003, Legal Daily vom 7.5.2003, S. 5; deutsche Übersetzung von *Selina Schmid/Knut Benjamin Piffler*, ZChinR 2011, S. 131 ff.

<sup>28</sup> Gesetzgebungsgesetz der Volksrepublik China vom 15.3.2000, übersetzt in der Fassung vom 15.3.2015 von *Madeleine Martinek*, ZChinR 2015, S. 259 ff.

<sup>29</sup> *Knut Benjamin Piffler* (Fn. 17), S. 373, 386 ff.

<sup>30</sup> Siehe *Benjamin Kroymann/XU Lan* (Fn. 2), Kapitel 1 Rn. 59.

<sup>31</sup> Zum Streitstand siehe *Björn Ahl* (Fn. 19), S. 251, 254 f.; *Knut Benjamin Piffler* (Fn. 17), S. 373, 376 f.

<sup>32</sup> § 5 der Bestimmungen des OVG über die justiziellen Auslegungen vom 26.6.1997, übersetzt in: Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung 1997, S. 130 ff.; Revision vom 9.3.2007, übersetzt von *Björn Ahl*, in: ZChinR 2007, S. 322 ff.: „Vom OVG erlassene justizielle Interpretationen haben Gesetzeswirkung.“

<sup>33</sup> § 25 Abs. 2 der Bestimmungen des OVG zur justiziellen Auslegung (Fn. 32).

<sup>34</sup> §§ 3–5 OVG-Bestimmungen zum Zitieren von normierenden Rechtsschriftstücken wie Gesetzen und Rechtsnormen in Entscheidungsurkunden vom 26.10.2009, übersetzt von *Knut Benjamin Piffler* in: ZChinR 2012, S. 31 ff.

<sup>35</sup> Zur Untersuchungspflicht und den §§ 15 ff. der Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen (Fn. 26) siehe unten II.2.a).

<sup>36</sup> So ausdrücklich 3. Abschnitt der Mitteilung des Obersten Volksgerichts zum Druck [und] zur Verteilung des „Protokolls der Konferenz zur Arbeit der Implementierung des Zivilgesetzbuches durch Gerichte des gesamten Landes“ vom 15.3.2020, Fa [2021] Nr. 94; deutsch-chinesische Fassung von *DING Yijie* in diesem Heft, S. 216.

<sup>37</sup> Hierzu *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 1 Fn. 111; angesprochen auch bei *Knut Benjamin Piffler* (Fn. 17), S. 373, 375 f. Fn. 8.

<sup>38</sup> Pandekten (griech.) oder Digesten (lat.) des Codex Iuris Civilis von Kaiser Justinian.

<sup>39</sup> Siehe *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Auflage, Göttingen 2016, S. 367 ff.; *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft, Band 1, 3. Auflage, München 2020, S. 252.

<sup>40</sup> So deutlich *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, München 1947, S. 258; *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967, S. 475.

<sup>41</sup> *BU Yuanshi* (Fn. 3), Chapter 1 Rn. 45, 46; *BU Yuanshi* (Fn. 2), S. 3, 5.

<sup>42</sup> Zum Streit hierüber siehe *BU Yuanshi* (Fn. 2), S. 3, 5 Fn. 8.

der Vermeidung von Wiederholungen einher.<sup>43</sup> Eine weitere Besonderheit sind unbestimmte Rechtsbegriffe, zu finden im Allgemeinen Teil des ZGB. Begriffe wie Gleichheit (§ 4 ZGB), Freiwilligkeit (§§ 5, 7 ZGB), Gerechtigkeit (§ 6 ZGB), Treu und Glauben (§ 7 ZGB) sowie gute Sitten (§ 8) sind normiert.<sup>44</sup> Hier bedarf es weiterer Konkretisierungen, etwa durch die Erläuterung des OVG. Schließlich finden sich, wie im BGB, zahlreiche Vorschriften, welche die Vertragsauslegung erleichtern sollen, etwa § 142 ZGB für Willenserklärungen, § 466 ZGB für Verträge und § 468 ZGB für die Anwendung von Vertragsregeln auf außervertragliche Verhältnisse.<sup>45</sup> Einzelne Normen finden sich in Deutschland z. B. in §§ 133, 157 BGB wieder.<sup>46</sup> Nach dieser Einleitung möchte der folgende Beitrag einige Fragestellungen des Kaufrechts herausgreifen, wie den Mangelbegriff (II.1.), die Untersuchungspflicht der Kaufsache (II.2.) und die verschiedenen Gewährleistungsansprüche bei einer mangelhaften Sache (II.3.). Dann wird auf das Verhältnis zum Verbraucherschutzgesetz eingegangen (III.1.) sowie Regelungen zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (III.2.) und zum Kontrahierungszwang erörtert (III.3.), um dann mit einer abschließenden Bewertung zur Regelungstechnik (IV.1.) und dem Menschenbild des ZGB (IV.2.) zu enden. Die Untersuchung vergleicht das chinesische Recht mit dem deutschen und europäischen Recht.

## II. Zentrale Themen des Kaufrechts

### 1. Das vertraglich Vereinbarte und der Sachmangel

#### a) §§ 615 f. i. V. m. §§ 510 f. ZGB

Die Frage des Sach- und Rechtsmangels bestimmte sich bisher nach den §§ 153–155 VG, die auf die vereinbarte Qualitätsanforderung abstellten. Gleichmaßen geht § 615 Satz 1 ZGB von den vereinbarten Qualitätsanforderungen aus, die durch eine Erklärung präzisiert werden können, § 615 Satz 2 ZGB. Liegt keine vertragliche Vereinbarung vor, so ist der Vertrag auszulegen, § 616 i. V. m. §§ 510, 511 Nr. 1 ZGB. Der Verweis auf die §§ 510 f. ZGB stellt damit, wie bisher schon die §§ 61, 62 Nr. 1 VG, auf die ergänzende Auslegung, die Verkehrssitte und auf zwingende Staatsnormen ab. Zudem muss die Sache frei von Rechten Dritter sein, § 612 ZGB (§ 150 VG a. F.). Verkauft der Verkäufer eine Sache, die ihm nicht gehört, so konnte der Käufer bisher Schadensersatzansprüche geltend machen, § 3 Abs. 2 der Erläuterungen des OVG zur Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen a. F.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Zu dieser Technik im deutschen Recht siehe etwa *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 4 Rn. 104 ff.

<sup>44</sup> Zu den Prinzipien der Art. 3 bis 7 ZGB siehe *Li Hao* (Fn. 2), S. 17, 24 ff.

<sup>45</sup> Zu Vorläufernormen siehe *BU Yuanshi* (Fn. 2), S. 3, 10.

<sup>46</sup> *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 6 Rn. 168 ff.

<sup>47</sup> Siehe oben Fn. 26. In der Neufassung vom 23.12.2020 wurde diese Bestimmung allerdings ersatzlos gestrichen.

### b) Der Fehlerbegriff im deutschen und europäischen Recht

Ein solcher subjektiver Fehlerbegriff entspricht dem § 434 BGB, der zuerst auf die vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) und auf die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“<sup>48</sup> (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) abstellt. In § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB werden dann objektive Kriterien benannt („gewöhnliche Verwendung“ oder die zu „erwartende Beschaffenheit“).<sup>49</sup> Die neue europäische Warenkauf-RL ändert an diesem subjektiven Fehlerbegriff<sup>50</sup> wenig. Die Vertragsmäßigkeit besteht aus subjektiven und objektiven Anforderungen, wobei die „berechtigten Interessen beider Parteien eines Kaufvertrages zu wahren“ sind.<sup>51</sup> Die Vertragsfreiheit erlaubt beiden Parteien, negativ vom vertragsmäßigen Zustand nach unten abzuweichen, soweit beide Parteien ausdrücklich zustimmen.<sup>52</sup> Eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung war bisher im Gesetz ausdrücklich nicht vorgesehen<sup>53</sup> und erlaubt zukünftig etwa den einfacheren Verkauf von Gebrauchtwagen.<sup>54</sup> Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit einer Ware werden um objektive Anforderungen erweitert, etwa bei Waren mit digitalen Inhalten um eine Pflicht zur Aktualisierung, einschließlich Sicherheitsaktualisierungen, Art. 7 Abs. 3 Warenkauf-RL. Erstmals werden ausdrücklich Rechtsmängel erfasst, Art. 9 Warenkauf-RL.

### c) Der subjektive Fehlerbegriff als Ausdruck der Vertragsfreiheit

Zur Privatautonomie zählt man die Vertragsfreiheit, die Eigentumsfreiheit (§ 903 BGB), die Eheschließungsfreiheit (§ 1297 BGB) und die Testierfreiheit, also das Recht, frei über sein Vermögen für den Fall des Todes zu verfügen (§ 1937 BGB).<sup>55</sup> Die Vertragsfreiheit umfasst die Abschlussfreiheit, die Partnerfreiheit, die Inhaltsfreiheit und grundsätzlich die Formfreiheit sowie die

<sup>48</sup> Bei der Ermittlung dieser Verwendung sind neben dem Vertragsinhalt die Gesamtumstände des Vertragsabschlusses heranzuziehen, siehe BGH, Urt. vom 20.3.2019, VIII ZR 213/18, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2019, S. 1937, 1939.

<sup>49</sup> § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB.

<sup>50</sup> *Hein Kötz*, *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Tübingen 2012, Rn. 578 ff.

<sup>51</sup> Erwägungsgrund 25 Satz 3 Richtlinie 2019/771 vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, ABl. Nr. L 136, 28 – Warenkauf-RL.

<sup>52</sup> Erwägungsgrund 37 Satz 1 und Art. 7 Abs. 5 Warenkauf-RL (Fn. 51) und Art. 8 Abs. 5 Richtlinie 2019/770 vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. Nr. L 136, 1 – Digitale Inhalte-RL.

<sup>53</sup> Art. 2 Abs. 3 Alt. 1 Richtlinie 1999/44/EG über bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999, ABl. Nr. L 171, 12 – Verbrauchsgüterkauf-RL wird ersetzt.

<sup>54</sup> *Dirk Staudenmayer*, *Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2019, S. 2889, 2890. Zum bisherigen Recht siehe *Stephan Lorenz*, in: *Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, 8. Auflage, München 2019, BGB § 476 Rn. 9–11.

<sup>55</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1896, S. 2.

Änderungs- und Aufhebungsfreiheit.<sup>56</sup> Der Begriff der Vertragsfreiheit wurde erst Mitte des 19. Jahrhunderts eingeführt.<sup>57</sup> Die Vertragsfreiheit basiert auf dem Willen der Parteien.<sup>58</sup> Die Parteien können ihre Rechtsbeziehungen nach ihrem Ermessen bestimmen, soweit nicht Gesetzesvorschriften entgegenstehen. Auch in der neuen Warenkauf-RL wird die Vertragsfreiheit<sup>59</sup> der Parteien nebst zahlreichen Einschränkungen betont.

§ 5 ZGB nennt das Prinzip der Freiwilligkeit als beherrschendes Prinzip des Zivilrechts. Damit ist nichts anderes gemeint als die Privatautonomie.<sup>60</sup> Die davon abgeleitete Vertragsfreiheit befand sich bereits in § 4 VG, in dem betont wurde, dass die Parteien berechtigt sind, Verträge nach ihrem eigenen Willen abzuschließen und Dritte dies nicht verhindern dürfen. Diese Vorschrift war wichtig, um die Marktwirtschaft einzuführen.<sup>61</sup> Weniger klar formuliert jetzt § 130 ZGB, dass Zivilrechtssubjekte ihre Zivilrechte nach ihrem eigenen Willen ohne Störung ausüben dürfen.

## 2. Die Untersuchungspflicht der Kaufsache

### a) Die Untersuchungspflicht der §§ 620–624 ZGB

Die Untersuchungspflicht im Kaufrecht hat in China eine lange Tradition. Regelungen fanden sich bisher in den §§ 157, 158 VG, die nun in den §§ 620, 621 ZGB wortgleich übernommen wurden. Diese beiden Vorschriften wurden 2012 durch Erläuterungen des OVG zum Kaufrecht durch sechs weitere Vorschriften präzisiert.<sup>62</sup> In den §§ 622, 623 und 624 ZGB finden sich dann (weitgehend) die früheren §§ 15, 16 und 18 der Erläuterungen des OVG, die bis Ende 2020 galten. Das bisherige Vertragsrecht differenziert danach, ob ei-

ne bestimmte Frist zur Rüge des Mangels vertraglich vereinbart wurde oder nicht. Ohne ausdrückliche Vereinbarung muss der Käufer den Mangel der Ware dem Käufer innerhalb einer „vernünftigen Zeit mitteilen“.<sup>63</sup> Unterbleibt eine solche Mitteilung, wird die Ware als vertragsgemäß angesehen, § 621 Abs. 2 Satz 2 ZGB (§ 158 Abs. 2 Satz 2 VG a. F.). Nach § 15 der Erläuterungen zum Kaufrecht a. F. konnte eine Vermutung auch eintreten, wenn der Käufer einen Bestätigungsschein unterschrieb. Diese Vermutung war widerlegbar. Unterschrieb der Käufer etwa den Lieferschein bei der Lieferung durch Paketdienste für Online-Käufe, wurde bisher widerlegbar vermutet, dass der Käufer die Qualität genehmigt.<sup>64</sup> Diese Vorschrift findet sich nun in § 623 ZGB.

In der Vergangenheit wurden zwei Fragen diskutiert: Zum einen war umstritten, ob diese Pflichten gleichermaßen für den offenen wie für den versteckten Sachmangel gelten. Hier half das OVG, indem § 18 Abs. 1 der Erläuterungen zum Kaufrecht a. F. bestimmte, dass bei „verborgenen“ Mängeln die angemessene Frist vom Gericht verlängert werden kann. Nach der Fassung des § 622 Abs. 1 ZGB wird jetzt die Frist automatisch verlängert. Nicht übernommen wurde dagegen § 12 der Erläuterungen zum Kaufrecht<sup>65</sup>, der versucht, die Angemessenheit der Frist an verschiedenen Kriterien festzumachen, wie etwa der Erkennbarkeit des Mangels oder der Schwierigkeit des Verfahrens. Dies war der Versuch, zwischen offenem und verstecktem Mangel zu differenzieren.

Zum anderen wurde problematisiert, dass das VG nicht zwischen der Untersuchungs- und der Rügepflicht unterscheidet.<sup>66</sup> In den Erläuterungen zum Kaufrecht a. F. beschränkte das OVG die Verjährungsfrist auf zwei Jahre<sup>67</sup>; dies übernimmt jetzt § 621 Abs. 2 Satz 2 ZGB. Allerdings bestehen zwei Ausnahmen: Die Parteien haben eine längere Garantiefrist vereinbart oder der Verkäufer kennt den Mangel.<sup>68</sup> Das ZGB differenziert nicht zwischen normalem Kauf und Verbrauchsgüterkauf. Zum Teil wird vertreten, dass die Untersuchungsfrist bei Verbrauchern länger dauern soll,<sup>69</sup> obwohl sich zur Untersuchungspflicht keine eigenen Vorschriften im VSG finden.

<sup>56</sup> Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016, Rn. 661; Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, München 2020, § 10 Rn. 33 ff.; Thomas M. J. Möllers, Originale Examensklausur: Der Verbraucherschutz im deutschen Zivilrecht, in: Juristische Schulung (JuS) 1999, S. 1191, 1192.

<sup>57</sup> Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des römischen Rechts, Band 2, Berlin 1853, §§ 72–78; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 8. Auflage, Frankfurt am Main 1900, § 312 Fn. 5 m. w. N.; siehe Werner Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Basel 1948, S. 33 ff.; Joachim Rückert, Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, in: Diethelm Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert: Kontinuität, Inhalt, Funktion, Wirkung, Goldbach 1997, S. 135, 145 ff.

<sup>58</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1896, S. 126: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorhebung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.“

<sup>59</sup> Erwägungsgrund 46 und Erwägungsgrund 63 Satz 3 Warenkauf-RL (Fn. 51).

<sup>60</sup> Thomas M. J. Möllers (Fn. 2), S. 55, 67 ff.; Christina Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, Baden-Baden 2018, Rn. 335 ff.; BU Yuanshi (Fn. 3), Chapter 2 Rn. 16 ff.

<sup>61</sup> HAN Shiyuan, General Principles under the CCL, in: Larry DiMatteo/CHEN Lei (Hrsg.), Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives, Cambridge 2018, S. 29, 30.

<sup>62</sup> §§ 15–20 der Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen (Fn. 27). Die ab 1.1.2021 geltende Fassung enthält jetzt nur noch drei Vorschriften in den §§ 12–15.

<sup>63</sup> § 621 Abs. 2 Satz 1 ZGB = § 158 Abs. 2 Satz 1 VG.

<sup>64</sup> BU Yuanshi, Das chinesische Vertragsrecht – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektive, in: Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfERV) 2014, S. 261, 270.

<sup>65</sup> Diese Vorschrift fand sich in der früheren Fassung in § 17 der Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen (Fn. 27).

<sup>66</sup> So BU Yuanshi (Fn. 64), S. 261, 269.

<sup>67</sup> § 17 Abs. 2 a. F. = § 12 Abs. 2 der Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen (Fn. 26); siehe Thomas Weidlich/SHEN Yuan, Vertragliche Schuldverhältnisse, in: Jörg Binding/Knut Benjamin Pfeiffer/XU Lan (Fn. 2), Kapitel 3 Rn. 110.

<sup>68</sup> § 622 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 ZGB und § 621 Abs. 3 ZGB = 158 Abs. 3 VG.

<sup>69</sup> Thomas Weidlich/SHEN Yuan (Fn. 67), Kapitel 3 Rn. 115 mit Hinweis auf die Schreibgruppe des Obersten Volksgerichts.

## b) Die Untersuchungspflicht in der Warenkauf-RL de lege lata und de lege ferenda

Im europäischen Recht war bisher die Untersuchungspflicht des Käufers als sog. Optionsklausel ausgestaltet. Damit lag die Umsetzung dieser Norm in das nationale Recht im Ermessen der Mitgliedstaaten. Die Untersuchungspflicht wurde letztendlich in 21 von 27 Mitgliedstaaten umgesetzt, jedoch nicht in Deutschland.<sup>70</sup> Nur für Kaufleute gibt es eine Rügepflicht, etwa im UN-Kaufrecht<sup>71</sup> und im deutschen sowie österreichischen Recht.<sup>72</sup>

Die EU-Kommission war bisher eine Gegnerin einer Anzeigepflicht<sup>73</sup> für die Warenkauf-RL.<sup>74</sup> Sie begründet dies zum Teil mit empirischen Argumenten: Eine Anzeigepflicht hätte wenig praktische Auswirkungen, weil jetzt schon über 80 % der Käufer dem Verkäufer eine Anzeige machen, wenn Probleme mit der Ware auftreten.<sup>75</sup> Auch eine Literaturansicht lehnt eine Rügeobliegenheit des Verbrauchers mit der Überlegung ab, dass er eine solche nicht kenne und sie für ihn damit unzumutbar sei.<sup>76</sup> Allerdings stehen die Argumente auf unsicherem Boden. Der jetzige Art. 12 Warenkauf-RL verlangt die Rüge durch den Verbraucher nur, wenn er die Vertragswidrigkeit *positiv erkennt*.<sup>77</sup> Damit muss der Verbraucher die Ware nach Erhalt *gerade nicht aktiv untersuchen*. Eine solche schwache Ausgestaltung lässt die zweimonatige Anzeigefrist nicht mit dem

Zeitpunkt der Übergabe der Ware, sondern erst dann beginnen, wenn der Käufer die Vertragswidrigkeit der Ware erkennt.<sup>78</sup> Dies ist dem Verbraucher ohne Weiteres zumutbar und nicht unbillig. Die überwiegende Rechtsliteratur sieht die Rügeobliegenheit mit deutlicher Mehrheit schon bei der Verbrauchsgüterkauf-RL<sup>79</sup> und jetzt auch bei der Warenkauf-RL<sup>80</sup> als angemessen und interessengerecht an. Rechtsvergleichend ist die USA für die Rügepflicht auch für Verbraucher<sup>81</sup> bekannt.

Die Anzeigepflicht hat eine Beweissicherungsfunktion,<sup>82</sup> weil der Käufer den Mangel festhalten und mit dem Verkäufer kommunizieren muss. Tut er dies nicht, wird das Nichtbestehen eines Mangels nach Ablauf der Rügefrist fingiert. Der Verkäufer erfährt damit frühzeitig von dem Mangel und weiß, dass er mit der Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten rechnen muss; umgekehrt soll vermieden werden, dass er sich längere Zeit Ansprüchen ausgesetzt sieht.<sup>83</sup> Dies erlaubt ihm etwa, Kontakt mit dem Vorlieferanten aufzunehmen.<sup>84</sup> Ein weiterer mangelbedingter Schaden kann so verhindert werden.<sup>85</sup> Damit ist eine moderate Anzeigepflicht auch ökonomisch sinnvoll. Bei einer Novellierung der Warenkauf-RL sollte die Untersuchungspflicht *de lege ferenda* voll harmonisiert werden, sodass diese in allen Mitgliedstaaten umgesetzt werden müsste.<sup>86</sup>

<sup>70</sup> Es fehlen nur Deutschland, Österreich, Frankreich, Polen, Griechenland und Irland, siehe Commission Staff Working Document on the Impacts of Fully Harmonised Rules on Contracts for the Sales of Goods Supplementing the Impact Assessment (in der Folge: Staff Working Document Impact Assessment) vom 31.10.2017, SWD (2017) 354 final, S. 25.

<sup>71</sup> Art. 39 Abs. 1 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 23.10.1990, BGBl. II, S. 1477 – UN-Kaufrecht.

<sup>72</sup> § 377 HGB, siehe *Klaus Hopt*, in: *Adolf Baumbach/Klaus Hopt* (Hrsg.), HGB, 40. Auflage, München 2021, § 377 bzw. § 373 UGB.

<sup>73</sup> Im deutschen Recht spricht man von Rügeobliegenheit und nicht von Anzeigepflicht, weil man zu deren Erfüllung nicht gezwungen werden kann, sondern die Beachtung nur im eigenen Interesse liegt, um sonst eintretende Nachteile zu vermeiden, siehe *Jörg Neuner* (Fn. 56), § 19 Rn. 35.

<sup>74</sup> Erwägungsgrund 25 Sätze 2 und 3 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels vom 31.10.2017, COM (2017) 637 final und Staff Working Document Impact Assessment (Fn. 70), S. 25.

<sup>75</sup> Staff Working Document Impact Assessment (Fn. 70), S. 25 spricht von 37–58 %; ICF, Study on the costs and benefits of minimum harmonisation under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/44/EC and of potential full harmonisation and alignment of EU rules for different sales channels von März 2017, S. 58 von 84 %.

<sup>76</sup> Zur früheren Ansicht *Dieter Medicus*, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System – Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: *Stefan Grundmann/Dieter Medicus/Walter Rolland* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln 2000, S. 219, 228 (siehe aber Fn. 79); *Wolfgang Ernst/Beate Gsell*, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2000, S. 1410, 1426 (siehe aber Fn. 79); *Ulrich Magnus*, Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, A 15, in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der europäischen Union, 40. Ergänzungslieferung, München 2009, Art. 5 Rn. 15: „ungerechtfertigte Privilegierung des Verkäufers“.

<sup>77</sup> Dies entspricht dem bisherigen Art. 5 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL (Fn. 53). Dies wurde auch vom EuGH bestätigt, Urt. vom 4.6.2015, C-497/12, ECLI:EU:C:2015:357, Rn. 61 – Faber.

<sup>78</sup> Der Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien vom 18.6.1996, COM (95) 520 final machte die Rügeobliegenheit noch davon abhängig, dass der Verbraucher „die Vertragswidrigkeit festgestellt hat oder hätte feststellen müssen“. Die endgültige Fassung der Verbrauchsgüterkauf-RL (Fn. 53) ließ den Fahrlässigkeitsvorwurf fallen und war damit schon eine deutlich abgeschwächte Variante zugunsten des Verbrauchers; hierzu *Beate Gsell*, Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: *7 European Review of Private Law (ERPL)* 1999, S. 151, 163 f.

<sup>79</sup> *Dieter Medicus*, Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1996, S. 1928; bei Vermeidung einer Untersuchungspflicht; *Horst Ehmann/Ulrich Rust*, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: *Juristenzeitung (JZ)* 1999, S. 853, 862; *Beate Gsell* (Fn. 78), S. 151, 163 f.; *Karl Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003, S. 487.

<sup>80</sup> *Christopher Dassbach*, Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten im Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, in: *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)* 2016, S. 211, 216; *Elize Rudloff*, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU – Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit, in: *Verbraucher und Recht (VuR)* 2018, S. 325, 327.

<sup>81</sup> § 2–602 (1) UCC: „Rejection of goods must be within a reasonable time after their delivery or tender. It is ineffective unless the buyer seasonably notifies the seller.“

<sup>82</sup> Zum Beweissicherungsinteresse gem. § 377 HGB, siehe *Hopt*, (Fn. 72), § 377 Rn. 32.

<sup>83</sup> So für die Rügeobliegenheit des § 377 HGB, BGH, Urt. vom 13.5.1987, VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49, 53.

<sup>84</sup> *Christopher Dassbach* (Fn. 80), S. 211, 215.

<sup>85</sup> *Christopher Dassbach* (Fn. 80), S. 211, 215.

<sup>86</sup> Hierzu *Thomas M. J. Möllers*, Die Schwächen der Warenkaufrichtlinie – zum Umgang mit gesetzgeberischen Defiziten, in: *Barbara Dauner-Lieb/Joachim Hennrichs/Martin Henssler/Thomas Liebscher/Alexander Morell/Hans-Friedrich Müller* (Hrsg.), Festschrift für Barbara Grunewald, Köln 2021, S. 771 ff.

### c) Vergleich zwischen der chinesischen und der europäischen Untersuchungspflicht

Inhaltlich orientiert sich die Untersuchungspflicht am UN-Kaufrecht. Allerdings sind die Art. 39 und 40 UN-Kaufrecht deutlich kürzer gefasst. Auch § 377 HGB ist insoweit klarer, da er eine unverzügliche Untersuchungs- und Anzeigepflicht postuliert und nur eine Ausnahme für den versteckten Mangel macht. Eine Frist von zwei bis acht Wochen ist hier üblich;<sup>87</sup> beim Verbrauchsgüterkauf werden zwei Monate genannt. Systematisch nicht ganz passend findet sich etwa in § 624 ZGB eine weitere Vorschrift bei einer vereinbarten Untersuchungspflicht, die schon in § 621 Abs. 1 Satz 1 ZGB geregelt ist. Wird an einen Dritten geliefert, der einen eigenen, abweichenden Standard für die Untersuchungspflicht hat, muss stattdessen der vereinbarte Standard zwischen Verkäufer und Käufer gelten. Vorrangig gilt hier der Inhalt des Kaufvertrags. Dies erscheint selbstverständlich, sodass keine weitere Vorschrift erforderlich gewesen wäre. Gleiches gilt für § 622 Abs. 2 ZGB, der bestimmt, dass die gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Vorschriften den vertraglich vereinbarten Untersuchungspflichten vorgehen. Zudem fehlen Definitionen, wie etwa für die „angemessene Zeit“ in § 621 Abs. 2 ZGB<sup>88</sup> oder die Unterscheidung zwischen offenem und verstecktem Mangel. Insgesamt überrascht die Weitschweifigkeit der Vorschriften. Klar formulierte und kürzere Regelungen wären für die Parteien von Vorteil gewesen.

Aus ökonomischen Gesichtspunkten muss es das Ziel sein, die Kosten des Verbraucherschutzes in einem optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis zu belassen.<sup>89</sup> Ein überhöhter Verbraucherschutz kann nicht im Interesse des Käufers sein, weil ein solcher die Kosten zulasten des Verbrauchers erhöht. Die Anzeige des Mangels bezweckt, den Mangel zu beheben und damit die Vertragsmäßigkeit herzustellen – sie dient dem Rechtsfrieden.<sup>90</sup> Allerdings scheint das chinesische ZGB, das eine Beschleunigung des Handelsverkehrs bewirken soll,<sup>91</sup> noch strenger zu sein als das deutsche HGB, wenn etwa auf den versteckten Mangel abgestellt wird, der auch noch kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt werden kann. Wenn die Unterschrift auf einem Lieferschein gem. § 623 ZGB tatsächlich eine Vermutung zulasten des Käufers auslöst, dann kann eine solche Vermutungswirkung auf den ersten Blick ungerecht erscheinen. Wenn dem Käufer keine angemessene Zeit für eine Untersuchung bleibt, wäre ihm anzuraten, eine solche Unterschrift zu verweigern.

<sup>87</sup> Klaus Hopt (Fn. 72), § 377 Rn. 23 m. w. N.

<sup>88</sup> Kritisch bereits Falk Lichtenstein, Neue Auslegungsbestimmungen zum chinesischen Kaufrecht, in: Internationales Handelsrecht (IHR) 2013, S. 98, 99.

<sup>89</sup> Stefan Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie – Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, in: JuristenZeitung (JZ) 2013, S. 53, 63.

<sup>90</sup> So bereits Vorschlag Verbrauchsgüterkauf-RL, S. 16 (Fn. 78).

<sup>91</sup> Thomas Weidlich/SHEN Yuan (Fn. 67), Kapitel 3 Rn. 115.

### 3. Haftungsgrundlage und kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche

#### a) Das ungeklärte Wahlrecht der kaufrechtlichen Rechtsbehelfe gem. § 582 ZGB

Das BGB hatte um 1900 zwei Rechtsbehelfe für mangelhafte Sachen normiert, die sich auf das römische Recht zurückführen lassen. Die *actio redhibitoria* und die *actio quanti minoris* bildeten als Ädile des Sklavenkaufs des römischen Rechts die Grundlage für die Wandlung und Minderung.<sup>92</sup> Vergleichbares galt in China. Allerdings kam die chinesische Variante *San-Bao* (chin. 三包) dazu. Diese regelte die Garantie in Form von Nachbesserung, Nachlieferung und Rücktritt.<sup>93</sup> Das Vertragsrecht sah bei einem Mangel, also dem Nichtentsprechen der vereinbarten Qualitätsanforderungen, die Haftung wegen Vertragsverletzung vor und verwies damit auf das Allgemeine Schuldrecht, § 155 VG i. V. m. § 111 VG. § 111 VG und auch § 24 Satz 1 VSG gaben bisher bei einer Vertragsverletzung dem Käufer ein Wahlrecht zwischen Reparatur, Austausch, erneuter Herstellung, Wandlung und Minderung des Preises. § 113 VG gab einen eigenen Schadensersatzanspruch.

Diese Vorschriften finden sich jetzt in § 617 i. V. m. §§ 582–584 ZGB. Danach muss zuerst geprüft werden, welche *vertragliche Abrede* getroffen ist, §§ 582 Satz 1 und Satz 2 Hs. 1 ZGB. Nach § 618 ZGB scheint ein Haftungsausschluss weitgehend möglich zu sein und nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen zu sein. Ohne eine entsprechende Vereinbarung hat der Käufer gem. § 582 Satz 2 ZGB die Wahl zwischen den gerade genannten Rechtsbehelfen. Die Wahl ist abhängig von der „Art des Gegenstandes und Größe des Schadens“ sowie der „Vernünftigkeit“ der Wahl. Weitere Voraussetzungen für die verschiedenen Rechtsbehelfe lassen sich aus dieser Vorschrift nicht ablesen.

Zum Teil wird vertreten, der Käufer hätte ein Wahlrecht, weil das Verhältnis der Gewährleistungsrechte untereinander nicht geregelt sei.<sup>94</sup> Hier wird man allerdings zu differenzieren haben: Im Verbraucherschutzrecht darf der Käufer bei einem Mangel innerhalb von sieben Tagen zurücktreten, wenn es keine anderslautende vertragliche Abrede gibt, § 24 Satz 2 VSG. Im ZGB gibt es ein solches rechtsgrundloses Reurecht aber nicht: Der Rücktritt verlangt, dass der *Vertragszweck nicht erreicht werden* kann, § 610 ZGB (§ 148 VG a. F.).<sup>95</sup> Diese Vorschrift aus dem Kaufrecht entspricht auch der

<sup>92</sup> Zur Unterscheidung der *actio redhibitoria* (Ulpr. D. 21, 1; 19, 6) und *actio quanti minoris* (Gell. 4.2, 5; Ed. D. 21, 1, 38 pr.) beim Sklavenkauf siehe Max Kaser, Römisches Recht, 2. Auflage, München 1971, S. 131. II.4. S. 559 f.; Reinhard Zimmermann, Law of Obligations, Oxford 1996, S. 331; Dieter Medicus, Zur Geschichte der Sachmängelhaftung, in: Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 307 ff.

<sup>93</sup> HAN Shiyuan (Fn. 5), S. 82, 86.

<sup>94</sup> BU Yuanshi (Fn. 2), S. 3, 25 spricht von fehlender gesetzlicher Prioritätsreihenfolge.

<sup>95</sup> Christina Eberl-Borges/SU Yingxia, 12 Jahre chinesisches Vertragsrecht, in: 111 Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgIRWiss) 2012, S. 125, 131.

Regelung aus dem Allgemeinen Teil des Vertragsrechts, dem § 563 Nr. 4 ZGB (§ 94 Nr. 4 VG a. F.). Wann der Vertragszweck nicht mehr erreicht werden kann, bleibt aber unklar. Damit werden wohl Nachbesserung und Nachlieferung vorrangig sein. Die Selbsthilfe, die in den Erläuterungen zum Kaufrecht noch geregelt war,<sup>96</sup> wurde nicht in das ZGB übernommen. In der Literatur wird auch vertreten, dass eine Nachlieferung nur bei einer *schweren Vertragsverletzung* gefordert werden kann.<sup>97</sup> Schließlich wird der Schadensersatzanspruch durch § 584 ZGB eingeschränkt. Hiernach muss der Schaden vorhersehbar sein.

## b) Die verschiedenen Rechtsbehelfe im UN-Kaufrecht und der europäische Verbrauchsgüterkauf

aa) Das ZGB orientiert sich mit seinen Haftungsvorschriften am angloamerikanischen Recht<sup>98</sup> und dem UN-Kaufrecht<sup>99</sup>. Das UN-Kaufrecht sieht nur allgemeine Regelungen bei Vertragsverletzung vor und unterscheidet zwischen wesentlicher und unwesentlicher Vertragsverletzung. Im UN-Kaufrecht kann der Käufer die Nacherfüllung verlangen, eine Ersatzlieferung allerdings nur bei einer wesentlichen Vertragsverletzung.<sup>100</sup> Dies ist den Besonderheiten des angloamerikanischen Rechts geschuldet, welche die specific performance als Ausnahme betrachten. Die Aufhebung des Vertrags ist erst nach Ablauf einer angemessenen Frist möglich, Art. 46 Abs. 2 UN-Kaufrecht. Auch der Verkäufer kann die Nacherfüllung gem. Art. 48 UN-Kaufrecht durchführen. Das europäische Kaufrecht hält hingegen für den Verbraucher eigene Regelungen vor. Das frühere VG kannte die kaufspezifischen Gewährleistungsrechte wie in Deutschland ebenfalls nicht.<sup>101</sup> Auch der Wortlaut des ZGB schweigt hierzu.

bb) Im europäischen Recht gibt es eine klare Abstufung der Rechtsbehelfe: Vorrangig sind Nachbesserung und Nachlieferung. So ist beispielsweise der Anspruch auf Nacherfüllung<sup>102</sup> gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB der einzige Rechtsbehelf, der dem Käufer zunächst zu-

steht.<sup>103</sup> Damit besteht die Möglichkeit, dass dem Verkäufer ein Teil des Gewinns bleibt. Dies ist ökonomisch sinnvoll. Allerdings sind Nachbesserung und Nachlieferung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn dies zu unverhältnismäßig hohen Kosten führen würde.<sup>104</sup> In Deutschland ist dies in § 439 Abs. 4 BGB auch ausdrücklich geregelt, wobei § 475 Abs. 4 BGB beim Verbrauchsgüterkauf ein Totalverweigerungsrecht ausschließt.<sup>105</sup> Nachrangig gegenüber Nachbesserung und Nachlieferung sind dagegen Rücktritt und Minderung. Zunächst hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsbeendigung, wenn die Vertragswidrigkeit nur „geringfügig“ ist.<sup>106</sup> Grundsätzlich muss zwar der Verbraucher beweisen, dass der Mangel bei Lieferung der Ware vorgelegen hat, Art. 10 Abs. 1 Warenkauf-RL. Für Verbraucher gab es bisher allerdings schon eine Beweislastumkehr für den Verkäufer für die ersten sechs Monate ab Lieferung der Ware (siehe § 477 BGB). Diese Zeitspanne wird nun von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert, Art. 11 Abs. 1 Warenkauf-RL. Eine vergleichbare sechsmonatige Beweislastumkehr findet sich im chinesischen Recht für Verbraucher in § 23 Abs. 3 VSG für eine Reihe von Waren wie Kraftfahrzeuge, Computer, Fernsehgeräte und andere langlebige Waren.

## c) Bewertung der chinesischen Rechtslage

Zwei Rechtsfragen sind vom Gesetzgeber wenig klar geregelt: So ist einerseits das Verhältnis zwischen zwingendem und abdingbarem Recht wenig geklärt. So regelt § 618 ZGB zwar, dass ein Gewährleistungsausschluss unwirksam ist, wenn der Verkäufer die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig verschweigt. Offen ist aber, ob weitere Grenzen für einen Ausschluss der Mängelansprüche bestehen. Regelungen wie § 476 BGB (Verbot von abweichenden Vereinbarungen gegenüber einem Verbraucher) sind nicht zu erkennen. Jedoch scheint die allgemeine AGB-Kontrolle der §§ 496 ff. ZGB noch einzugreifen, wie sogleich zu erörtern ist (III.2.). Es überrascht zudem, dass der chinesische Gesetzgeber zum Rangverhältnis der Rechtsbehelfe nicht Stellung nimmt. Sollten keine vertraglichen Vereinbarungen getroffen worden sein, scheint der Käufer zwischen den Rechtsbehelfen frei wählen zu können. Das gilt für den Kauf des Verbrauchers gem. § 24 Satz 2 VSG, aber wohl auch generell. Die Voraussetzung der Wahl gem. § 582 Satz 2 ZGB von der „Größe des Schadens“ bzw. der „Vernünftigkeit“ abhängig zu machen, ist jedenfalls viel zu unbestimmt und be-

<sup>96</sup> § 22 a. F. = § 16 der Erläuterungen des OVG zu Fragen der Rechtsanwendung bei der Behandlung von Streitfällen zu Kaufverträgen (Fn. 26).

<sup>97</sup> So Dirk Ruffert, Das Recht der Sachmangelgewährleistung beim Kauf in der Volksrepublik China, Herzogenrath 1994, S. 75.

<sup>98</sup> SHEN Weixing, Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche chinesische Vertragsrecht, in: Klaus Peter Berger/Georg Borges/Harald Herrmann/Andras Schlüter/Ulrich Wackerbarth (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 125, 131.

<sup>99</sup> Christina Eberl-Borges/SU Yingxia (Fn. 95), S. 125, 130; BU Yuanshi (Fn. 64), S. 261, 269; Art. 38–44 UN-Kaufrecht.

<sup>100</sup> Art. 46 UN-Kaufrecht, Michael Bridge, Remedies and Damages, in: Larry DiMatteo/Andre Janssen/Ulrich Magnus/Reiner Schulze (Hrsg.), International Sales Law, 2. Auflage, Baden-Baden 2021, Chapter 19 Rn. 102; Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 2015, S. 308.

<sup>101</sup> BU Yuanshi, Einführung in das Recht Chinas, 2. Auflage, München 2017, § 12 Rn. 89.

<sup>102</sup> Die Nacherfüllung ist der Oberbegriff für die Nachbesserung und Nachlieferung.

<sup>103</sup> Florian Faust, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 59th Edition, München 2021, § 439 Rn. 2.

<sup>104</sup> Zum Beispiel Art. 13 Abs. 2, 3 sowie Erwägungsgrund 48 f., 51 Warenkauf-RL (Fn. 51) und Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1, 2 Verbrauchsgüterkauf-RL (Fn. 53). Zur Rechtsprechung siehe EuGH, Urt. vom 16.6.2011, C-65/09 u. a., EU:C:2011:396, Rn. 68 ff. – Weber; zurückhaltend aber Brigitta Zöchling-Jud, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2019, S. 115, 128.

<sup>105</sup> Dies wurde vor Einfügung des § 475 Abs. 4 BGB bereits vom EuGH entschieden, siehe dazu EuGH, Urt. vom 16.6.2011, C-65/09 u. a., EU:C:2011:396, Rn. 68 ff. – Weber.

<sup>106</sup> Art. 13 Abs. 5 Warenkauf-RL (Fn. 51).



darf weiterer Konkretisierung. Ein unbegrenztes Wahlrecht entspricht zwar Art. 106 Abs. 3 lit. a) CESL<sup>107</sup>, nicht aber den sonstigen Regeln des internationalen und europäischen Kaufrechts. Im europäischen Verbraucherschutzrecht sind dagegen Nachbesserung und Nachlieferung vorrangig (siehe nur §§ 437 Nr. 1, 439 BGB) und der Rücktritt grundsätzlich erst nachrangig möglich. Das ist nachvollziehbar, weil ein willkürliches Rücktritts- oder Minderungsrecht die Kosten in die Höhe treibt. Der Käufer könnte zurücktreten, wenn er die Ware irgendwo billiger findet oder die Lust auf die Durchführung des Vertrags verloren hat.<sup>108</sup> Sich zuerst auf Nachbesserung und Nachlieferung einzulassen, ist auch für den Käufer nicht unbillig, weil er letztlich ein mangelfreies Objekt erwirbt. Zu Recht wird deshalb im europäischen Kaufrecht ein solches Reurecht abgelehnt.<sup>109</sup> Im Ergebnis gibt das chinesische Kaufrecht den Parteien zu viel und gleichzeitig zu wenig: Aus der Sicht des Käufers ist es zu wenig, wenn der Verkäufer vertraglich die Gewährleistung ohne konkretisierte Grenzen ausschließen darf, und zu viel, wenn der Käufer ohne vertragliche Abrede zugleich den Rücktritt oder die Minderung wählen darf.

### III. Korrektur der Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz im ZGB

#### 1. Die fehlende Integration des Verbraucherschutzgesetzes in das ZGB

##### a) VSG und ZGB

Das chinesische VSG ist seit dem 1.1.1994 in Kraft; es wurde in den Jahren 2009 und 2013 erheblich novelliert. Das VSG wurde nicht in das ZGB aufgenommen; es finden sich nur wenige Artikel im ZGB, in welchen der Verbraucher genannt wird oder Instrumente des Verbraucherschutzes enthalten sind. Ist das zu bedauern? Zum Teil wird die fehlende Integration verteidigt: Das VSG sei nicht genuin zivilrechtlicher Natur, sondern enthalte auch öffentlich-rechtliche Regelungen und aus rechtsvergleichender Perspektive seien die sprachlichen Ungetüme wenig überzeugend, die etwa in das BGB integriert wurden.<sup>110</sup> Während bekanntermaßen in Deutschland das BGB durch die Schuldrechtsreform 2002 durch zahlreiche Verbraucherschutzregeln vieler europäischer Richtlinien ergänzt wurde,<sup>111</sup> sind einige Mitgliedstaaten in der EU einen anderen Weg

gegangen als Deutschland. So haben beispielsweise Frankreich, Österreich und Italien das Verbraucherschutzrecht der europäischen Richtlinien nicht in das jeweilige nationale Zivilgesetzbuch umgesetzt, sondern eigene Verbraucherschutzgesetze geschaffen.<sup>112</sup> Dies hat den Vorteil, dass die nationalen Zivilgesetzbücher von dem Reformbedarf des europäischen Verbraucherschutzrechts weitgehend verschont sind und sich die schwierigen Umsetzungs- und Auslegungsfragen bei Divergenzen zwischen europäischem und nationalem Recht nicht ergeben.<sup>113</sup>

Allerdings stellen sich Fragen zur Richtlinienumsetzung in der Volksrepublik China nicht, weil das ZGB ohne notwendiges Umsetzungsgesetz in ganz China gilt.<sup>114</sup> Der Hinweis auf den öffentlich-rechtlichen Charakter einzelner Normen des VSG überzeugt nur bedingt, weil die zivilrechtlichen Teile unschwer in dem ZGB integriert werden könnten. Für eine Integration des Verbraucherschutzes lassen sich die Argumente vortragen, die schon für die deutsche Schuldrechtsreform galten: Das nationale Zivilgesetzbuch als wichtigstes Gesetz zivilrechtlicher Beziehungen erleidet einen Bedeutungsverlust, wenn die wichtigen Lebensbereiche des heutigen Verbrauchers in einem eigenen Gesetzbuch separat vom BGB geregelt werden, denn jeder Bürger ist Verbraucher, soweit er nicht gewerblich auf ein Unternehmen trifft.<sup>115</sup> So sollten zum Beispiel die klassische AGB-Kontrolle und der Widerruf von Kaufverträgen bei Onlinegeschäften<sup>116</sup> als moderne Elemente des Verbraucherschutzes im Herzstück zivilrechtlicher Beziehungen, dem Zivilgesetzbuch, geregelt sein.<sup>117</sup>

##### b) Begriff des Verbrauchers, Widerruf, Informationspflichten

Regelungen im ZGB zum Schutz des Verbrauchers sind sehr überschaubar: Im Allgemeinen Teil wird in § 128 ZGB zwar der Verbraucher genannt, aber ausschließlich auf andere Gesetze verwiesen. Eine Definition des Verbrauchers, wie sie sich etwa in § 13 BGB findet, fehlt

rechts im BGB siehe *Hans-Wolfgang Micklitz*, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012, S. 31.

<sup>112</sup> So etwa der französische Code de la consommation, das österreichische Konsumentengesetz und der italienische Codice del consumo.

<sup>113</sup> Zur schwierigen Diskussion des Umfangs einer solchen Interpretation nationaler Vorschriften siehe *Thomas M. J. Möllers*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil einer modernen Methodenlehre – Zur Neubestimmung der Contra-*legem*-Grenze bei der Berücksichtigung von europäischem Recht, in: *Ulrich Torggler* (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen*, Wien 2019, S. 77 ff.; *Wulf-Henning Roth/Christian Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Auflage, Berlin 2021, § 13 Rn. 51 ff.

<sup>114</sup> Anders dagegen die Gesetzgebungstechnik europäischer Richtlinien, vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV.

<sup>115</sup> *Thomas M. J. Möllers*, Europäische Richtlinien zum bürgerlichen Recht, in: *JuristenZeitung* (JZ) 2002, S. 121, 126, 134.

<sup>116</sup> Der Umsatz des E-Commerce-Marktes betrug 2015 38.000 Hundert Mio. Yuan, siehe *HAN Shiyuan* (Fn. 5), S. 82.

<sup>117</sup> Zur Diskussion siehe die Nachweise bei *WU Yiyue* (Fn. 110), S. 109, 116 f. in den Fn. 35–40; kritisch auch *Jörg Binding*, Consumer protection law in the People's Republic of China, in: *China-EU Law Journal* (China-Eu L. J.) 2014, S. 223, 241.

<sup>107</sup> Common European Sales Law (CESL), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011, KOM (2011) 635.

<sup>108</sup> Kritisch zu Art. 106 CESL etwa *Hein Kötz* (Fn. 100), S. 310 f.

<sup>109</sup> Zum Reurecht beim Widerruf *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 15 Rn. 32 f.

<sup>110</sup> *WU Yiyue*, Die Eingliederung der Verbraucherverträge in das chinesische ZGB, in: *BU Yuanshi* (Hrsg.), *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, Tübingen 2019, S. 109, 114, 118.

<sup>111</sup> Konkret wurden 13 europäische Richtlinien in das BGB integriert, BGB in der Fassung vom 2.1.2002, BGBl. I S. 42, 45 Anm. \*; ausführlich *Thomas M. J. Möllers*, Europäische Richtlinien des bürgerlichen Rechts, in: *JuristenZeitung* (JZ) 2002, S. 121 ff.; übersetzt in: *10 European Review of Private Law* (ERPL) 2002, S. 777 ff. Kritisch zur fehlenden systematischen Verzahnung des Verbraucherschutz-

im ZGB. Das ist bedauerlich, weil man damit eine wichtige Signalwirkung ausgestrahlt hätte.<sup>118</sup> Das Widerrufsrecht ist im § 25 VSG nur für Fernabsatzgeschäfte vorgesehen, während der Anwendungsbereich der europäischen Verbraucherschutzrichtlinien etwa auch für Haustürgeschäfte, Ratenlieferungsverträge und andere Geschäftstypen gilt (siehe in Deutschland nur §§ 312g, 485, 495, 510, 514, 650I BGB). Hier hätte das ZGB Gelegenheit gehabt, das Verhältnis der Gestaltungsrechte wie Rücktritt, Anfechtung, Kündigung gegenüber dem Widerruf zu klären.<sup>119</sup> Auch zu Informationspflichten als einem typischen Element des Verbraucherschutzes schweigt das ZGB gänzlich, obwohl sich zumindest ein Verweis auf das VSG angeboten hätte.<sup>120</sup> Das ist bedauerlich, weil die Gesetzgebung und Rechtsprechung im deutschen Recht dieses Instrument ganz bewusst einsetzen, um eine angemessene Risikoverteilung sicherzustellen.<sup>121</sup>

## 2. Die AGB-Kontrolle der §§ 496–498 ZGB

Immerhin finden sich einige Vorschriften, die man unschwer dem Verbraucherschutz zuordnen kann, nämlich drei Paragrafen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. § 496 ZGB betrifft die Anwendbarkeit der AGB, § 497 ZGB nennt Unwirksamkeitsgründe und § 498 ZGB verlangt die Auslegung zulasten des Stellers. Die Auslegungsregel des § 498 ZGB entspricht weitgehend § 305c Abs. 2 BGB im deutschen Recht. Auch die Verpflichtung des § 496 ZGB, dass der Steller einer Klausel auf diese aufmerksam machen muss und diese im Zweifel nicht wirksam einbezogen ist, ist dem deutschen Leser aus den §§ 305 Abs. 2, 305c BGB bekannt.<sup>122</sup> Allerdings sind die Fragen der wirksamen Einbeziehung im deutschen Recht deutlich detaillierter geregelt als im ZGB. Zudem fehlt eine Abstimmung mit § 26 Abs. 1 VSG, der ein Aufmerksammachen in „deutlicher Form“ verlangt, während dieser Zusatz in § 496 Abs. 1 ZGB fehlt. Immerhin stellt das OVG-Protokoll ZGB jetzt fest, dass dem Steller die Beweislast für die „angemessene Art und Weise“ trifft.<sup>123</sup>

Beide Gesetze verpflichten den AGB-Anbieter, die AGBs auf Nachfrage zu erklären. Eine solche Verpflichtung existiert im deutschen Recht nicht. Wie bei Massengeschäften AGBs erklärt werden können, bleibt unklar, denn oft werden Zeit und Sachverstand fehlen.

In § 497 ZGB wurden Regeln für eine Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen;<sup>124</sup> erste Regelungen fanden sich auch in § 26 Abs. 2 VSG. Die drei Nummern des § 497 ZGB sind deutlich weniger präzise als die §§ 308, 309 BGB oder

die verschiedenen Fallgruppen der AGB-Richtlinie.<sup>125</sup> Der Verweis auf Unwirksamkeitsfolgen wegen Minderjährigkeit, Täuschung oder Irrtum in den §§ 143 ff. ZGB erscheint überflüssig. In § 497 Nr. 2 ZGB wird auf unzulässige Haftungsbeschränkungen verwiesen, etwa den Ausschluss von Vorsatz und Fahrlässigkeit oder die unzulässige Haftungsbefreiung. Vergleichbares fand sich bereits in § 40 VSG und § 26 Abs. 2 VSG. Schließlich verbietet der zweite Halbsatz von Nr. 2 die Einschränkung der Hauptrechte der anderen Seite und Nr. 3 den Ausschluss von Hauptrechten der anderen Seite. Die Doppelung erscheint sprachlich redundant. Zudem bleibt unklar, was mit dem Ausschluss von Hauptrechten gemeint ist. Im deutschen und europäischen Recht bezieht sich die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig nur auf Klauseln zu den Nebenabreden, den sonstigen Vertragsbestandteilen (*accidentalia negotii*), während etwa Kaufsache und Kaufpreis als wesentliche Geschäftseigenschaften (*essentialia negotii*) nur ausnahmsweise von einer AGB-Kontrolle erfasst sind.<sup>126</sup> Solche Hauptbestandteile unterliegen dem Markt, eine Preiskontrolle findet nur höchst ausnahmsweise statt.<sup>127</sup> Das entspricht dem liberalen Ansatz von *Adam Smith*, der den Markt als „unsichtbare Hand“ beschrieb, auf welchem sich Angebot und Nachfrage selbst regeln.<sup>128</sup> Der Begriff Hauptrechte (engl. „main rights“) in § 497 Nr. 2 ZGB lässt nicht wirklich erkennen, auf welchen Vertragsbestandteil er sich bezieht. Hier kann vielleicht der systematische Vergleich zu § 26 Abs. 2 VSG weiterhelfen, der nur allgemein davon spricht, die „Rechte der Verbraucher auszuschließen oder einzuschränken“. In der Literatur wurde etwa vorgetragen, dass es vertraglich rechtlich zulässig sein soll, die Reparatur gegenüber dem Austausch vertraglich als vorrangig zu vereinbaren.<sup>129</sup> Dafür spricht, dass § 618 ZGB nur den Haftungsausschluss bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz verbietet. Zu Recht wird aber bemängelt, dass der Maßstab fehlt, wann eine Haftungsbeschränkung noch zulässig sein soll und wann nicht.<sup>130</sup> Der europäische und der deutsche Gesetzgeber helfen sich hier gesetzestechnisch sehr einfach mit der Einführung halbzwingenden Rechts<sup>131</sup>. Der Vorschlag, konkrete

<sup>125</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – AGB-RiL, ABl. Nr. L 95, 29, Anhang.

<sup>126</sup> Vgl. hierzu § 307 Abs. 3 BGB und zur Ausnahme einer unklaren Preisklausel Art. 4 Abs. 2 AGB-RL (Fn. 125); *Otto Palandt/Christian Grüneberg* (Fn. 122), § 307 Rn. 41 ff.; *Thomas M. J. Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Auflage 2018, § 10 Rn. 12 ff.

<sup>127</sup> Zu den Voraussetzungen einer Preiskontrolle als sittenwidriges Wuchergeschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB siehe *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 9 Rn. 51 ff., 54a.

<sup>128</sup> *Adam Smith*, *Wealth of Nations*, 9th Edition 1799, Volume III, Book IV, Chapter II, Of Restraints upon the Importation from foreign Countries of such Goods as can be produced at Home, S. 181.

<sup>129</sup> *BU Yuanshi* (Fn. 64), S. 261, 265.

<sup>130</sup> *BU Yuanshi* (Fn. 64), S. 261, 265.

<sup>131</sup> Vgl. Art. 7 Verbrauchsgüterkauf-RL (Fn. 53); Art. 21 Warenkauf-RL (Fn. 51) und § 476 BGB. Hierzu *Hein Kötz* (Fn. 50), Rn. 614 ff.

<sup>118</sup> Siehe gerade Fn. 115 f. Zum Verbraucherbegriff siehe § 13 BGB einerseits und § 2 VSG andererseits.

<sup>119</sup> Zum deutschen Recht *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 115), S. 121, 130 f. Für das chinesische ZGB bedauernd *WU Yiyue* (Fn. 110), S. 109, 120 f.

<sup>120</sup> Zu den §§ 8 und 28 VSG siehe *WU Yiyue* (Fn. 110), S. 109, 119 f.

<sup>121</sup> *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 115), S. 121, 129 f.; weitere Beispiele *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 8 Rn. 21 ff.

<sup>122</sup> BGH, Urt. vom 21.4.2009, XI ZR 78/08, NJW 2009, S. 2051; *Otto Palandt/Christian Grüneberg*, BGB, 80. Auflage 2021, § 305c Rn. 19.

<sup>123</sup> Abschnitt I. Nr. 7 Satz 2 des OVG-Protokoll ZGB (Fn. 36).

<sup>124</sup> Kritisch zum früheren Entwurf *BU Yuanshi* (Fn. 2), S. 3, 13.

Beispiele für die AGB-Kontrolle zu normieren, wurde leider abgelehnt.<sup>132</sup>

### 3. Der Kontrahierungszwang für Lieferung von Elektrizität, Wasser, Gas und Wärme, §§ 648, 656 ZGB

Das ZGB enthält in § 494 ZGB einen Kontrahierungszwang, der neben Gefahrenabwehr und Katastrophenhilfe von imperativen Pflichten (engl. „control“)<sup>133</sup> spricht. In der Literatur wird der Anwendungsbereich als unklar bezeichnet.<sup>134</sup> Ein Anwendungsbereich für den Kontrahierungszwang findet sich im 10. Kapitel für Verträge über die Lieferung von Elektrizität, Wasser, Gas und Wärme. Der Elektrizitätslieferant liefert Elektrizität an den Stromverbraucher und darf die vernünftige Anforderung zur Vertragserrichtung nicht ablehnen. § 648 ZGB wird dann nach § 656 ZGB auch auf die Lieferung von Wasser, Gas und Wärme erweitert. Damit ist der Lieferant von Elektrizität, Wasser, Gas und Wärme nicht nur zur Erbringung der Leistung, sondern auch zur Errichtung entsprechender Einrichtungen verpflichtet. Zudem finden sich in den folgenden Vorschriften Regelungen zu Informationspflichten und Schadensersatzansprüchen, wenn die Versorgung unterbrochen werden sollte. Der Kontrahierungszwang der §§ 648, 656 ZGB lässt sich als Schutz des Schwächeren umschreiben, weil dieser auf diese elementaren Bedürfnisse des Lebens angewiesen ist.

Im deutschen Recht gibt es seit fast 100 Jahren den von der Rechtsprechung entwickelten Kontrahierungszwang für Fälle, in denen der Bürger auf die Leistungen der anderen Seite angewiesen ist.<sup>135</sup> Zudem hat der Gesetzgeber zahlreiche Verträge der Daseinsvorsorge zu einem Kontrahierungszwang ausgestaltet. Dazu zählen neben der Strom- und Gasversorgung (§ 17 Abs. 1 EnWG) auch die Post (§ 3 PDLV), die Telekommunikation (§ 84 TKG), die Beförderungspflicht öffentlicher Eisenbahnen (§ 10 AEG) und anderer Verkehrsunternehmen wie Busse, Straßenbahnen und Taxis im öffentlichen Linienverkehr (§ 22 PBefG) sowie der Versicherungsschutz (§ 5 PflVG) und das Girokonto (§ 31 ZKG). Damit zieht das deutsche Recht den Kontrahierungszwang deutlich weiter als das chinesische ZGB, indem dieser auch die Beförderung, den Versicherungsschutz sowie das Girokonto umfasst. Gesetzestextlich kann man sich fragen, ob nicht die Verortung in Sondergesetzen systematisch passender gewesen wäre.

<sup>132</sup> BU Yuanshi (Fn. 2), S. 3, 13.

<sup>133</sup> Civil Code of the People's Republic of China, S. 90, englische Fassung von Beida Fabao ist abrufbar unter <<https://perma.cc/538B-FS3A>> (eingesehen am 25.8.2021).

<sup>134</sup> Zu § 286 ZGB-E siehe BU Yuanshi (Fn. 2), S. 3, 12 f. m. w. N.

<sup>135</sup> Beginnend mit der Entscheidung zum Theaterkritiker siehe RG, Urt. vom 7.11.1931, V 106/31, RGZ 133, S. 388, 392. Zur dogmatischen Begründung des Kontrahierungszwanges siehe Thomas M. J. Möllers (Fn. 12), § 9 Rn. 33 f., 52 ff.

## IV. Der Versuch einer vergleichenden Bewertung

### 1. Zum Menschenbild des BGB

#### a) Vom Gesetzbuch des Bürgers zum Gesetzbuch des Verbrauchers

Das Bürgerliche Gesetzbuch spiegelt die herrschenden politischen und wirtschaftlichen Anschauungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts wider. Das Bürgertum hatte sich von den Fesseln der ständischen Ordnung befreit und betonte folglich in erster Linie die Privatautonomie als Freiheit des Bürgers, selbst Regelungen für die eigenen Lebensverhältnisse zu treffen. Die Verfasser des BGB gingen noch von annähernd gleich starken Teilnehmern im Privatrechtsverkehr aus,<sup>136</sup> sodass eine Richtigkeitskontrolle des Vertrags nicht erforderlich erschien. Nur im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB berücksichtigten sie einzelne individuelle Beeinträchtigungen der Verhandlungsmacht in Gestalt von Zwangslage, Unerfahrenheit etc., im Rahmen der §§ 119 ff. BGB das Auseinanderfallen von Wille und Erklärung. Spiel, Wette und Ehemakler bilden unvollkommene Verbindlichkeiten (§§ 762 f., 656 BGB). Formvorschriften, wie §§ 313, 766 BGB, haben eine Warn- und Übereilungsfunktion. Legendär ist das Zitat von Otto von Gierke, in unser Privatrecht müsse „ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern“<sup>137</sup>.

Der Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse machte in diesem Jahrhundert jedoch deutlich, dass die Störungen des Verhandlungsgleichgewichts nicht auf einzelne, in ihrer individuellen Situation beeinträchtigte Personen beschränkt waren, sondern dass in einigen Rechtsgebieten eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke entstanden war, welche die mit dem Vertrag typischerweise verbundene Richtigkeitsgewähr gefährdete.<sup>138</sup> Vor allem die wirtschaftliche, informationelle oder psychische Unterlegenheit einer Partei kann zu diesem Ungleichgewicht führen. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben deshalb in zahlreichen Bereichen die Privatautonomie eingeschränkt, wenn der Verbraucher typischerweise als wirtschaftlich, informationell oder psychisch Unterlegener besonders schützenswert erscheint. Von Verbraucherschutzrecht lässt sich sprechen, wenn der Schutz des Verbrauchers ausnahmsweise eine Korrektur der Vertragsautonomie erfordert.<sup>139</sup> Neben den Verbrauchern

<sup>136</sup> Helmut Coing, in: Julius von Staudinger, BGB, 13. neubearbeitete Auflage, Berlin 1995, Einl. zum BGB Rn. 33; Franz Wieacker (Fn. 40), S. 481: „Alles in allem hat der Gesetzgeber dem Privatrecht ersichtlich nicht eine eigentlich soziale Aufgabe zuerkannt.“

<sup>137</sup> Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin/Heidelberg 1889, S. 13; Otto von Gierke, Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Berlin 1889, S. 192; Adolph Wagner, Grundlegung der politischen Ökonomie, 2. Teil, 3. Auflage, Leipzig 1894, S. 99 ff.; Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1886, S. 26, 153 f.

<sup>138</sup> So BVerfG, Beschl. vom 19.10.1993, 1 BvR 567/89 u. a., BVerfGE 89, 214, 231 ff. – Bürgerschaftsverträge; Otto Palandt/Jürgen Ellenberger (Fn. 122), Einf. vor § 145 Rn. 13.

<sup>139</sup> Heinz Hübnert, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin 1996, § 41 Rn. 1036; Karl Larenz/Manfred Wolf, Allge-

erfahren Mieter, Reisende und Arbeitnehmer einen besonderen Schutz durch den Gesetzgeber. Zu nennen sind das soziale Mietrecht (§§ 557–561, 573–574c BGB) und Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers, wie § 613a BGB. Den Arbeitnehmer schützen besonders die §§ 616–618 BGB, sodass er beispielsweise seinen Lohnanspruch bei vorübergehender Verhinderung nicht verliert. Besonders hohe Anforderungen setzt die Rechtsprechung auch bei der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund gem. § 626 Abs. 1 BGB. Eine Prüfung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB beschränkt sich auf das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung und ist von der Schutzbedürftigkeit der wirtschaftlich schwächeren Seite abhängig. Wegen der besonderen Bedeutung für die Lebensplanung des Einzelnen prüft die Rechtsprechung aber das auffällige Missverhältnis der Gegenleistung bei Miet-, Grundstücks- und Kreditverträgen.<sup>140</sup> Die Informationsobliegenheit des nachfragenden Verbrauchers hat die Rechtsprechung durch zahlreiche Aufklärungspflichten im Rahmen der culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) oder der positiven Vertragsverletzung (§§ 280 ff. BGB) dahingehend modifiziert, dass der Anbieter einer Sache oder Leistung zu umfangreichen Informationen verpflichtet sein kann. Maßgeblich sind neben dem Informationsgefälle zwischen den Parteien die Kompetenz des Anbieters und das Vertrauen des Verbrauchers in diese.<sup>141</sup> Während beispielsweise umfangreiche Aufklärungspflichten der Bank bei der Vermittlung von Risikogeschäften, bei Prospekten oder des Gebrauchtwagenhändlers bei der Veräußerung von Kraftfahrzeugen mit Unfallschäden bestehen, bejaht die Rechtsprechung Aufklärungspflichten zwischen Privatpersonen nur in sehr begrenztem Umfang.<sup>142</sup> Zum Schutz des Schwächeren arbeitet der Gesetzgeber mit zwingendem oder halbzwingendem Recht, von dem nicht zulasten der schwächeren Seite abgewichen werden kann. Zwar können auch im deutschen Recht die Mängelansprüche grundsätzlich ausgeschlossen werden, wie § 444 BGB verdeutlicht. Grenzen gibt es allerdings für den Verbrauchsgüterkauf gem. § 476 BGB und die AGB-Kontrolle gem. § 309 Nr. 8b BGB. Zudem hat sich die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen an dem Grundge-

meiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997, § 42 Rn. 19.

<sup>140</sup> BGH, Urt. vom 8.12.1981, 1 StR 416/81, NJW 1982, 896; BGH, Urt. vom 24.3.1988, III ZR 30/87, BGHZ 104, 102, 105 – Ratenkreditvertrag; BGH, Urt. vom 2.7.2004, V ZR 213/03, BGHZ 160, 8, 16 f. – Vergleichswertmethode; BGH, Urt. vom 10.2.2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rn. 8 f.; BGH, Urt. vom 24.1.2014, V ZR 249/12, NJW 2014, 1652 Rn. 8; *Otto Palandt/Jürgen Ellenberger* (Fn. 122), § 138 Rn. 25 ff.; ausführlich *Thomas Möllers* (Fn. 12), § 8 Rn. 41, § 9 Rn. 35 ff., 54.

<sup>141</sup> BGH, Urt. vom 11.8.2010, XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, 3363 – Thor Steinar; ähnlich schon RG, Urt. vom 7.7.1925, II 494/24, RGZ 111, 233, 234 – Arglistige Täuschung; BGH, Urt. vom 28.6.2006, XII ZR 50/04, BGHZ 168, 168 Rn. 15; BGH, Urt. vom 21.1.1975, VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 386 – Gebrauchtwagenkauf; *Otto Palandt/Jürgen Ellenberger* (Fn. 122), § 123 Rn. 5 ff.; *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 8 Rn. 21 ff.

<sup>142</sup> *Otto Palandt/Jürgen Ellenberger* (Fn. 122), Einf. vor § 145 Rn. 16; *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 8 Rn. 21 ff.

danken der gesetzlichen Regelungen zu orientieren.<sup>143</sup> Von besonderem Gewicht ist schließlich der Einfluss der Verfassung auf das Zivilrecht.<sup>144</sup>

## b) „Gerechtigkeitsprinzipien“ im BGB

Diese inhaltliche Entwicklung durch die Gesetzgebung und Rechtsprechung vom Bürgerlichen Gesetzbuch zum Verbrauchergesetzbuch im 20. Jahrhundert wird auch rechtsdogmatisch begründet. In Deutschland ist heftig umstritten, ob das BGB auch dazu da ist, materielle Gerechtigkeit sicherzustellen.<sup>145</sup> Zum Teil wird behauptet, Vertragsgerechtigkeit sei das materielle Funktionsprinzip des Vertragsrechts.<sup>146</sup> Der Verbraucher sei als schwächere Partei grundsätzlich zu schützen.<sup>147</sup> Zum Teil wird behauptet, die Privatautonomie wäre ein Optimierungsgebot, das wie andere Rechtsprinzipien eine Einschränkung durch andere Rechtsprinzipien erfährt.<sup>148</sup> Teile der Rechtsliteratur entwickeln ein Prinzip des Sozialen, welches die Vertragsfreiheit einschränken kann.<sup>149</sup> Es soll neben dem Kontrahierungszwang auch Informationspflichten<sup>150</sup> oder den Schutz vor Perspektivlosigkeit umfassen. Für diese Überlegungen lässt sich vorbringen, dass der deutsche Gesetzgeber und die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten die Marktwirtschaft zu einer sozialen<sup>151</sup> oder umweltsozialen Marktwirtschaft<sup>152</sup> weiterentwickelten. Jedoch geht es im deutschen Zivilrecht nicht um eine Optimierung der Vertragsfreiheit mit dem Prinzip des Sozialen, sondern um die Erhaltung eines Mindestmaßes an Vertragsfreiheit der Parteien.<sup>153</sup> Das Optimierungskonzept suggeriert, dass die Vertragsfreiheit wie im Öffentlichen Recht die Grundrechte mit anderen Rechten abgewogen und in eine verhältnismäßige praktische Konkordanz gebracht werden müssten. Ein solches Abwägungskonzept findet im Zivilrecht grundsätzlich nur in engen Grenzen statt. Generell ist eine Zurückhaltung des Staates geboten. Dies entspricht dem liberalen Grundgedanken des BGB, das gerade keine pauscha-

<sup>143</sup> Zur Konkretisierung von Treu und Glauben siehe § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

<sup>144</sup> Siehe oben I.2.a).

<sup>145</sup> Jüngst ausführlich *Günther Hönn*, Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht, in: *JuristenZeitung (JZ)* 2021, S. 693 ff.

<sup>146</sup> *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band II, 2. Auflage, Tübingen 1984, S. 7 ff.

<sup>147</sup> *Patrick Atiyah*, Contract and fair Exchange, in: 35 *University of Toronto Law Journal (U.Toronto L.J.)* 1981, S. 1, 14 ff.; *Stephen Smith*, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6th Edition, Oxford 2006, S. 297 sowie *Franz Jürgen Säcker*, in: *Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 8. Auflage, München 2018, Einleitung Rn. 39.

<sup>148</sup> *Jörg Neuner* (Fn. 56), § 10 Rn. 30.

<sup>149</sup> *Ludwig Raiser*, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, in: *JuristenZeitung (JZ)* 1958, S. 1, 6, 8; *Jörg Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999, S. 237 ff.

<sup>150</sup> Wie die Widerrufsbelehrung gem. § 355 Abs. 2 BGB.

<sup>151</sup> *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 56), S. 1191, 1192 f.; sowie oben IV.2.a).

<sup>152</sup> So die Schrift von *Wolfgang Fikentscher*, *Die umweltsoziale Marktwirtschaft – als Rechtsproblem*, Heidelberg 1991.

<sup>153</sup> Zum Folgenden ausführlich *Thomas M. J. Möllers* (Fn. 12), § 9 Rn. 39 ff.

le Inhaltskontrolle von Verträgen vorsieht.<sup>154</sup> Solange sich der Vertrag in einem gewissen ertragbaren Rahmen befindet, darf der Staat nicht lenkend eingreifen. Erst wenn das Maß an Ungerechtigkeit diese Grenzen sprengt, geht die Bestimmungsgewalt der Parteien auf den Staat über. Dogmatisch lässt sich stattdessen auf die Selbstbestimmung abstellen. *Flume* hebt zu Recht hervor, dass der Vertrag einer beiderseitigen Selbstbestimmung bedarf und dass eine ungleiche Machtlage oder faktische Monopolstellung zu einseitiger Fremdbestimmung führt.<sup>155</sup> Die Selbstbestimmung ist Voraussetzung der Vertragsfreiheit.<sup>156</sup> Das Selbstbestimmungsrecht gilt selbstverständlich für beide Seiten. Selbstbestimmung beider Seiten heißt dann auch Schutz vor Fremdbestimmung.<sup>157</sup>

## 2. Zum Menschenbild des ZGB

### a) Freie Marktwirtschaft und ex-post-Kontrolle

Die Gerechtigkeitsdebatte findet sich in China so nicht. Zwar fand sich in den früheren AGZR von 1986, die erst am 1.1.2021 außer Kraft getreten sind, in § 4 unter dem Prinzip der Gerechtigkeit noch die „wertgemäße Entgeltlichkeit“ als Ausdruck des Äquivalenzprinzips von Leistung und Gegenleistung. Diese Regelung wurde aber bereits 1999 durch § 54 Abs. 1 Nr. 2 VG mit der Formulierung von „deutlich ungerecht“ abgeschwächt. Das jetzige ZGB hat mit dem Gerechtigkeitsprinzip in § 5 ZGB auf das Tatbestandsmerkmal „wertmäßige Entgeltlichkeit“ verzichtet und der § 151 ZGB ähnelt mit seinen hohen Hürden dem § 138 Abs. 1 BGB.

Eine Kontrolle des Preises findet damit grundsätzlich nicht statt. Grundsätzlich sind die Parteien dafür verantwortlich, die *essentialia negotii*, die wesentlichen Vertragsbestandteile, wie z. B. die Kaufsache und den Kaufpreis, zu vereinbaren. Die Parteien dürfen auch unvernünftige Verträge abschließen.<sup>158</sup> Das entspricht dem obigen liberalen Ansatz von *Adam Smith*, der den

Markt mit seiner „unsichtbaren Hand“ beschrieb.<sup>159</sup> Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Interessensgegensatz der Parteien durch den Vertrag zu einem richtigen Ergebnis führt; man spricht von der „Richtigkeitsgewähr“ des Aushandelns.<sup>160</sup> Schon *Thomas Hobbes* betonte treffend, dass es die Parteien sind, die den Wert der Sache am besten bestimmen können.<sup>161</sup>

Obwohl die Volksrepublik China weiterhin ein sozialistischer Staat mit der Dominanz der Kommunistischen Partei ist, besitzt sie zugleich die größte Marktwirtschaft der Welt mit 1,4 Mrd. Menschen. Das ZGB ähnelt in seinem liberalen Ansatz dem BGB von 1900. Wahrscheinlich kann man in einem historischen Vergleich noch früher ansetzen, man könnte fast vom Manchester-Liberalismus des 19. Jahrhunderts sprechen.<sup>162</sup> Nicht von ungefähr wird der Versuch der Gewinnmaximierung, das Herstellen minderwertiger Ware und das betrügerische Verhalten bemängelt.<sup>163</sup> Inhaltlich fällt nicht nur auf, dass bestimmte Lebensbereiche ohne besonders starke Schutzbestimmungen auskommen, der Arbeitnehmer wird zwar ähnlich stark wie in Deutschland durch die arbeitsrechtlichen Normen geschützt; Rechtsschutzlücken bestehen aber weiterhin für die große Schar von Wanderarbeitern<sup>164</sup> und selbstredend für das große Heer der Selbstständigen. Das chinesische Recht kennt zudem nur wenige Schutzvorschriften zugunsten des Mieters.<sup>165</sup> Vergleichbares kennt man aus den USA.<sup>166</sup> Prozedural lässt sich auch feststellen, dass in vielen Bereichen die Vertragsautonomie dominiert, diese also dem ZGB vorrangig ist. Das gilt etwa für die Untersuchungspflicht (II.2.) und die Mängelansprüche (II.3.). Damit fällt auch die AGB-Kontrolle deutlich beschränkter aus als die

<sup>159</sup> Siehe oben Fn. 128. Die unsichtbare Hand als Teil des chinesischen Wirtschaftslebens nennen auch *Stefan Baron/YIN-BARON Guangyan*, *Die Chinesen. Psychogramm einer Weltmacht*, 7. Auflage, Berlin 2019, S. 265.

<sup>160</sup> *Walter Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: 147 *Archiv für civilistische Praxis (AcP)* 1941, S. 130, 149 ff.; *Walter Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, S. 3, 5 f.; *Manfred Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichheitslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, in: 178 *Archiv für civilistische Praxis (AcP)* 1978, S. 196, 206.

<sup>161</sup> Deutlich schon *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Part I, Chapter 15, S. 75: „The value of all things contracted for, is measured by the appetite of the contractors: and therefore the just value is that which they be contented to give.“ Abrufbar unter <<https://archive.org/details/leviathan00hobba/page/74/mode/2up>> (eingesehen am 25.8.2021).

<sup>162</sup> Als Manchester-Liberalismus bezeichnet man die weitgehend unkontrollierte industrielle Entwicklung in Großbritannien Anfang des 19. Jahrhunderts.

<sup>163</sup> *BU Yuanshi* (Fn. 64), S. 261, 273.

<sup>164</sup> So *BU Yuanshi* (Fn. 101), § 24 Rn. 3.

<sup>165</sup> *BU Yuanshi* (Fn. 101), § 12 Rn. 102; *Thomas Weidlich/SHEN Yuan*, Vertragliche Schuldverhältnisse, in: *Jörg Binding/Knut Benjamin Pfeiler/XU Lan* (Fn. 2), Kapitel 3 Rn. 144 ff.

<sup>166</sup> Zum US-amerikanischen „hire and fire“-Prinzip im Arbeitsrecht *Peter Hay*, *Law of the United States*, 4th Edition, München 2016, Rn. 666; *Thomas M. J. Möllers/Renate Brusckke*, Voraussetzungen eines amerikanischen Arbeitsvertrages, in: *Juristische Rundschau (JR)* 1989, S. 441 ff. Zur „tenancy at will“ im US-amerikanischen Mietrecht *Peter Hay* (ebd.), Rn. 453.

<sup>154</sup> *Josef Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, S. 208; *Klaus Rütgen*, Vertragsparität und Vertragsfreiheit, in: *JuristenZeitung (JZ)* 2002, S. 114, 119; *Sibylle Hofer*, Vertragsfreiheit am Scheideweg, München 2006, S. 23 sowie oben IV.2.a).

<sup>155</sup> *Werner Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, Band 1, 1960, S. 135, 143; ebenso *Karl Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Band 1, 14. Auflage, München 1987, S. 41: „freie Selbstbestimmung jedes der beiden Kontrahenten“; zustimmend *Franz Jürgen Säcker* (Fn. 147), Einl. Rn. 38.

<sup>156</sup> Schon in den Motiven zum BGB findet sich die Formulierung: „Die Rechtsordnung kann nicht gestatten, daß die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt wird.“, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1896, S. 204.

<sup>157</sup> *Norbert Reich*, Das Phantom „Verbraucherrecht“ – Erosion oder Evolution des Privatrechts? Erwiderung auf Dreher, *Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?*, in: *JuristenZeitung (JZ)* 1997, S. 609 ff.

<sup>158</sup> OLG Köln, Urt. vom 8.12.2006, 19 U 109/06, MMR 2007, 446, 448: Kauf eines Rübenroders im Wert von 60 000 EUR bei einer Ebay-Auktion für 51 EUR; zustimmend *Marc-Philipp Weller*, *Die Vertragstreue*, Tübingen 2009, S. 170.

des deutschen und europäischen Rechts.<sup>167</sup> Schließlich gilt im Zivilrecht nicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>168</sup> und es gibt keinen Einfluss der Grundrechte auf das Zivilrecht.

Das ZGB ist ein Zwitter<sup>169</sup>: Es orientiert sich formal an der deutschen Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts.<sup>170</sup> Inhaltlich sind die Regelwerke aber stark vom angloamerikanischen Recht beeinflusst, das weniger von einer inhaltlichen Angemessenheitskontrolle ausgeht, sondern hauptsächlich auf prozedurale Fairness achtet und Betrug, Irrtum etc. verhindern möchte.<sup>171</sup> Dieser liberale Ansatz entspricht eher einer ex-post-Kontrolle mit abschreckender Wirkung. Dazu gehört etwa auch ein umfangreicher Apparat an Sanktionen, einschließlich des Strafschadens.<sup>172</sup>

### b) Staatslenkung und die „visible hand“ des Staates – Zur Auslegung und Konkretisierung von Recht de lege ferenda

Bereits das Vertragsgesetz wurde als ausgesprochen gelungen qualifiziert.<sup>173</sup> Mit dem Zivilgesetzbuch hat die Volksrepublik China ein großes Gesetzbuch erschaffen. Es ist mit seinen sieben Büchern in vielen Bereichen modern, etwa bei dem Schutz von Persönlichkeitsrechten oder dem ausführlichen Katalog von Sanktionen des § 179 ZGB zur Durchsetzung des Rechts. Allerdings kann und darf das Recht nicht stehenbleiben, sondern muss auf die Entwicklung verschiedener Lebensbereiche reagieren.

Das deutsche Recht ist auch deshalb präzise, weil die Rechtsdogmatik sich als Zusammenspiel von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsliteratur ergibt.<sup>174</sup> Eine große Frage wird sein, ob das chinesische Recht diese Struktur nachzeichnen möchte oder eher dem angloamerikanischen Ansatz folgt und damit durch eine ex-post-Kontrolle grob fehlerhaftes Handeln sanktioniert. Wahrscheinlich wird China einen eigenen Mittelweg gehen. Das Prinzip der Gewaltkonzentration durch die Partei und den Staat lässt sich, wie es der Staatspräsident *Xi Jinping* fordert, mit dem Bild der sichtbaren Hand umschreiben. Die sichtbare Hand des

Staates und die unsichtbare Hand des Marktes werden zu einem System *sui generis* kombiniert.<sup>175</sup> Die lenkende Hand des Staates wird für das Recht zu großen Teilen vom OVG wahrgenommen. Die abstrakten und konkreten Erläuterungen helfen hierbei.<sup>176</sup> Wie bereits gezeigt, hat das OVG einzelne Bestimmungen oft konkretisieren können.<sup>177</sup> Allerdings erscheint das bisherige Verfahren der abstrakten Erläuterungen noch schwerfällig. Obwohl die Arbeiten an einem Gesetzbuch nun seit 25 Jahren vorangetrieben werden, ist es überraschend, dass offensichtliche Mängel nicht angegangen werden, sondern das ZGB zu ganz großen Teilen mit den bisherigen Teilgesetzen identisch ist. Es bedarf einer weiteren Abstimmung der verschiedenen Gesetzesbücher untereinander<sup>178</sup> und einer stärkeren rechtsdogmatischen Durchdringung.<sup>179</sup> Zu denken ist an weitere Legaldefinitionen zu den Begriffen der Vertragsfreiheit, der Angemessenheit der Untersuchungsfrist und der vernünftigen Wahl.<sup>180</sup> Einzelne Bereiche sollten noch stärker aufeinander abgestimmt sein, wie etwa das Verhältnis von § 618 ZGB zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des § 497 Nr. 3 ZGB<sup>181</sup> oder das Verhältnis der Gewährleistungsrechte der § 617 i. V. m. § 582 ZGB zu § 610 ZGB.<sup>182</sup> In Zukunft werden die abstrakten und konkreten Erläuterungen des OVG wohl noch zunehmen müssen. Zu den spannenden Fragen der nächsten Jahre wird gehören, in welchen Bereichen die liberale Marktwirtschaft sozial abgedeckt werden sollte. Das könnte eine *inhaltliche Diskussion* über die strenge Untersuchungspflicht des Käufers<sup>183</sup> oder die zum Teil noch ungeklärten Ausschlussmöglichkeiten der Gewährleistungsansprüche im Kaufrecht<sup>184</sup> sein. Ungeachtet einer inhaltlichen Diskussion bedarf es schon aus Gründen der Rechtssicherheit einer weiteren Präzisierung. Die drei vorgetragenen Bereiche der Untersuchungspflicht, der Reihenfolge kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche und der inhaltlichen Anforderungen einer AGB-Kontrolle<sup>185</sup> wären hierfür denkbare Beispiele.

<sup>167</sup> Siehe gerade III.2.

<sup>168</sup> Thomas M. J. Möllers (Fn. 18), S. 55, 85.

<sup>169</sup> Zu der Idee hybrider Rechtskreise siehe Konrad Zweigert/Hein Kötz (Fn. 3), S. 72; Jacques du Plessis, Comparative law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Matthias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 477, 482.

<sup>170</sup> Siehe oben I.3.

<sup>171</sup> Hierzu bereits Konrad Zweigert/Hein Kötz (Fn. 3), S. 319; zum angloamerikanischen Ansatz siehe etwa Christian Twigg-Flesner, Consumer Sales Law in the United Kingdom, in: Geraint Howells/Christian Twigg-Flesner/Hans Micklitz/LEI Chen (Hrsg.), Comparative Consumer Sales Law, London/New York 2019, S. 44, 52 ff.

<sup>172</sup> Vgl. etwa § 179, § 1185 ZGB und § 55 VSG. Hierzu Thomas M. J. Möllers (Fn. 18), S. 55, 65. Zu § 47 Deliktgesetz siehe Christina Eberl-Borges (Fn. 60), Rn. 355. Für eine Ausweitung Jörg Binding (Fn. 117), S. 223, 239. Kritisch aber BU Yuanshi (Fn. 64), S. 261, 273.

<sup>173</sup> SHEN Weixing (Fn. 98), S. 125: „Genauigkeit, Vollständigkeit und Systematik verpflichtet ist“; Christina Eberl-Borges/SU Yingxia (Fn. 95), S. 125, 127 f.; Christina Eberl-Borges (Fn. 60), Rn. 311, 330: Gesetz auf internationalem Niveau.

<sup>174</sup> Siehe oben 2.a) m. w. N.

<sup>175</sup> Stefan Baron/YIN-BARON Guangyan (Fn. 159), S. 265.

<sup>176</sup> I.2.a) und b).

<sup>177</sup> Etwa zur Untersuchungspflicht siehe die §§ 15–18 der Erläuterungen zum Kaufrecht (Fn. 26), siehe oben II.2.a).

<sup>178</sup> Christina Eberl-Borges (Fn. 60), Rn. 307.

<sup>179</sup> BU Yuanshi (Fn. 64), S. 261, 274. Für das VSG siehe Jörg Binding (Fn. 117), S. 223, 248, 250.

<sup>180</sup> Siehe § 17 der Erläuterungen zum Kaufrecht (Fn. 26) und § 582 Satz 2 ZGB.

<sup>181</sup> Siehe oben III.2 und BU Yuanshi (Fn. 64), S. 261, 273: Mangel an Systemdenken.

<sup>182</sup> Siehe oben II.3.a).

<sup>183</sup> Siehe oben II.2.c).

<sup>184</sup> Siehe oben II.3.c).

<sup>185</sup> Siehe oben III.2.

\* \* \*

***Open Questions on Sales Law in the Chinese Civil Code – A Comparison with German and European Law***

*On January 1, 2021, the new Chinese Civil Code came into force. This article focuses on the law governing the sale of goods. The legislative technique of the new Code is influenced by German and European law, examples being the high number of indefinite legal terms and the numerous cross-references to other statutory provisions. In terms of content, however, Chinese sales law is influenced by the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. For instance, rules on the obligation of inspection, warranty rights, general terms and conditions, and the obligation to contract are more seller-friendly and thus more business-friendly than European sales law, which is geared towards consumer protection. Consequently, the provisions more closely resemble those of the market-oriented U.S. regime than the increasingly paternalistic European body of law focused on consumer protection.*