

## Beginn eines Jahrhundertprojekts: Die Rechtsreform unter der Späten Qing-Dynastie (1903-1911)

Robert Heuser<sup>1</sup>

Es charakterisiert die Modernisierung des chinesischen Rechts während des 20. Jahrhunderts, daß am Anfang und am vorläufigen Ende dieses Vorgangs ein völkerrechtliches Vertragswerk steht: Im Jahre 1902 ein britisch-chinesischer Handelsvertrag, im Jahre 2001 der Beitritt Chinas zu einem multilateralen Vertragssystem, den WTO-Abkommen. Der Vertrag von 1902 enthält (in Art. XII) das Versprechen Großbritanniens, der chinesischen Regierung bei der von ihr beabsichtigten Reform des Rechts- und Gerichtswesens zu assistieren – und zwar in der Absicht „to bring it into accord with that of Western nations“ – und bei erfolgreicher Durchführung dieser Reform auf gewisse kolonialistische Vorrechte zu verzichten.<sup>2</sup> Das WTO-Beitrittsprotokoll enthält knapp 100 Jahre später die chinesische Verpflichtung, das eigene Rechtssystem den von der WTO gesetzten Standards anzupassen, was insbesondere bedeutet, daß die chinesischen Gesetze die in modernen Staaten üblichen Rechtspositionen, Rechtsverhältnisse und Schutzmechanismen klar zum Ausdruck bringen und Vorkehrungen vorsehen, um Streitige Rechtspositionen fair und zügig abzuklären, seien es Konflikte unter Privaten oder solche zwischen Privaten und staatlichen Behörden.

Das heißt also, daß 100 Jahre chinesische Rechtsreform mit internationalen Kontakten, internationalen Impulsen einhergehen, daß es sich um einen Aspekt der Geschichte des Einflusses des

industrialisierten Westens auf China handelt, um einen Teil der Vorgänge von „China's Response to the West“, wie man dieses Agieren und Reagieren seit der von Teng/Fairbank 1954 herausgegebenen Materialsammlung<sup>3</sup> formelhaft zusammenfaßt. Die der WTO verbundenen Reformimpulse zeigen weiter, daß die Reformbewegung heute nicht abgeschlossen ist, sondern eine neue Stufe, eine neue Qualität erreicht hat. Vielleicht kann man sagen, daß ein formaler (vorläufiger) Abschluß mit Erlaß des Zivilgesetzbuchs – vorgesehen ist das Jahr 2010 – eintreten wird. Die gesellschaftliche Einwurzelung der weitgehend aus dem Ausland rezipierten Rechtssysteme kann sich dann erst richtig entfalten und wird lange Zeiträume, während denen das Recht umgeformt, angepaßt, im Sinne der lokalen Bedingungen richtig verstanden wird, in Anspruch nehmen. So wie man (spätestens) seit den 1970/80er Jahren eine „Japanisierung des westlichen Rechts“<sup>4</sup> beobachtet, so wird eine Sinisierung den rezipierten Normen das ihnen angemessene Gepräge verleihen. Schon Franz Wieacker, der Historiker des neuzeitlichen Privatrechts, kam zu dem unabwiesbaren Schluß: „Soweit auch der Einfluß des europäischen Rationalismus und Legalismus heute reichen mag – alle diese neuen Länder (Japan, China, Indien, islamische Welt) werden auf die Dauer ein Recht entwickeln, das sich immer weiter von den Modellen der entsprechenden europäischen Rechtsfamilien entfernt.“<sup>5</sup>

Im Folgenden werden Vorgang und Ergebnisse der ersten Phase der Rechtsreform aufgewiesen. Dazu ist es erforderlich, zunächst die zentralen

<sup>1</sup> Prof. Dr. jur., M.A., Professor für „Chinesische Rechtskultur“, Insitut für Moderne China-Studien, Universität zu Köln.

Abkürzungen: BDRC = Biographical Dictionary of Republican China (H. Boorman, R. Howard, eds.), 4 vols., New York and London, 1967-1971; BFYJ = Bijiaofa yanjiu; FLLT = Falü luntan; FXPL = Faxue pinglun; FXYJ = Faxue yanjiu; JCCL = Journal of Chinese and Comparative Law; OE = Oriens Extremus; SSC = Social Science in China; ZChinR = Zeitschrift für Chinesisches Recht; ZFLT = Zheng fa luntan; ZWFX = Zhong wai faxue.

<sup>2</sup> Text in J. MacMurray, *Treaties and Agreements with and Concerning China*, Vol. 1, New York 1921, S. 351.

<sup>3</sup> Ssu-Yu Teng/John K. Fairbank (eds.), *China's Response to the West. A Documentary Survey 1939-1923*, Atheneum-Ausgabe, New York 1973.

<sup>4</sup> So der Titel der veröffentlichten Beiträge eines japanisch-deutschen Symposiums von 1988, hrsg. von Helmut Coing u.a., Tübingen, 1990.

<sup>5</sup> *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967, S. 513.

Merkmale des am Vorabend der Reform existierenden Rechtssystems zu skizzieren.

## I. Historischer Hintergrund: Das Rechtssystem am Vorabend der Reform

### 1. Gesetzes- und Gewohnheitsrecht

In China bestand das Recht seit Jahrhunderten aus zwei heterogenen Bestandteilen: den Regeln einer rationalisierten Bürokratie (profanes Verwaltungsrecht) und den Regeln eines patriarchal-religiösen Gewohnheitsrechts. Erstere waren das vom Kaiser nach Opportunität – wenn auch unter Beachtung der Grenzen der überlieferten moralischen Anschauungen – erlassene, schriftlich fixierte Gesetzesrecht, *fa* oder *lü* oder *falü* genannt; letztere die im Volk seit alters gelebten, nicht unbedingt schriftlich festgelegten Sozial- und Kulturnormen, Gewohnheiten oder Üblichkeiten. Trat einem in *falü* das staatliche Recht gegenüber, so hatte man es angesichts der Sozial- und Kulturnormen mit „Volksrecht“ zu tun.

Der Qing-Kodex (*Da Qing lü li*) beinhaltete die von der Obrigkeit erlassenen Gesetzesbefehle als *lü* (Hauptgesetze) und *li* (Nebengesetze). Sie enthielten stets eine Strafandrohung, eine Strafsanktion. Die Gesetzesnorm umfaßte nicht eine Regelung der Ordnungsstruktur selbst. Zum Beispiel regelte sie nicht das Zustandekommen von Verträgen (ein Vertragsgesetz, eine Regelung des „Schuldrechts“ enthalten sie nicht), sie regelte auch nicht die Voraussetzungen des Eigentumsübergangs oder die Frage, wann eine Person rechtsfähig ist, wie eine Partnerschaft haftet oder eine Erbaueinandersetzung vonstatten geht. Alles, was die *lü* bieten, sind Sanktionen für den Fall, daß ein Vertrag z.B. durch Betrug verletzt wird, daß Vermögen unterschlagen oder gestohlen wird, sie sind „Sekundärnormen“. *Lü* und *li* sind – wie alles Strafrecht – technische Normen oder Sekundärnormen. In der Einleitung zum Tang-Kodex wird der Zusammenhang ohne viele Worte verdeutlicht: „Verstößt man gegen Regeln der Sittlichkeit (*li*), tritt man ein in die *xing* (Straf)-Regeln.“ *Fa* und *falü* bedeuteten für die Chinesen also durch die Zeitalter hindurch Strafnormen, peinliche Eingriffe der Obrigkeit, „öffentliches Recht“.

Um die Primärnormen, die eigentlichen Ordnungsnormen, hat sich der chinesische Gesetzgeber wegen seiner Staatsauffassung nicht gekümmert. Sie war hochgradig „liberalistisch“ insofern, als die Beamten die Steuern einzogen und die Gesellschaft ansonsten sich selbst überließen. Auch Schulbildung, Straßenbau, Armenfürsorge übernahmen die gesellschaftlichen Gruppen in eigener Regie, natürlich auch Ackerbau, Handwerk und Handel. Die

Kreisbehörde griff nur ein, wenn die öffentliche Ordnung – z.B. durch schwere Kriminalität – gestört wurde. Auf der Grundlage einer solchen Staatsauffassung wurde eine Notwendigkeit, die Voraussetzung für – um bei unseren Beispielen zu bleiben – die Entstehung einer vertraglichen Bindungswirkung, eine Eigentumsübertragung, Grundstücksbelastung oder Verbandshaftung durch staatliches Gesetz (eine Privatrechtskodifikation) oder staatliche Rechtsprechung zu definieren, nicht gesehen. Die Entstehung von Primärnormen wurde der Gewohnheit, den Handelsbräuchen überlassen. Dieses Gewohnheitsrecht entwickelte sich aus den Sittlichkeits-, den Anstandsregeln, den Kulturnormen, die man *li* nannte. Bei Otto Franke heißt es daher sehr treffend, daß *li* und *fa* „die beiden Begriffskreise sind, in denen wir die Quellen des gesamten Rechtslebens der Chinesen bis in die neueste Zeit hinein zu suchen haben.“<sup>6</sup> Das Gewohnheitsrecht enthielt z.B. für den Bereich von Kauf und Verkauf von Immobilien die Regeln, daß „Grundeigentum vom Verkäufer zunächst der eigenen Sippe, dann den Grundstücksnachbarn, schließlich dem vorherigen Eigentümer zum Kauf angeboten wird“, daß die „Sippengenossen ein Vorkaufsrecht besitzen“, daß „Wohnbauten dem Ackerland folgen“, bei verpfändetem Ackerland also die sich darauf befindlichen Gebäude als Zubehör gelten und ebenfalls dem Pfandgläubiger zu übergeben sind, daß bei einem verpfändeten Wohnhaus sämtliche Ausbesserungen, die bis drei Jahre nach der Verpfändung nötig werden, zu Lasten des Eigentümers gehen, nach Ablauf von drei Jahren kleine Ausbesserungen vom Pfandgläubiger zu übernehmen sind, größere aber weiterhin zu Lasten des Eigentümers gehen u.a.<sup>7</sup>

Das *lü* enthielt nur einen strafrechtlich ausgestalteten Schutz von Vermögensverletzungen (Deliktsrecht), es enthielt kein Körperschaftsgesetz, keine beschränkte Haftung, kein Insolvenzgesetz, kein Wechselgesetz, auch kein Zivilprozeßgesetz<sup>8</sup>; und das auf den *li* beruhende chinesische Handelsrecht war den in China tätigen europäischen Kaufleuten weder erkennbar, noch ausreichend. Chinesische Gerichte konnten zur Lückenfüllung ebenso wenig beitragen, wie die sog. *lüxue*, die beamtete Gesetzeskunde, die sich nur mit *fa* (*lü*)-

<sup>6</sup> „Chinesisches Recht“, in: Stier-Somlo, Elster (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1. Bd., Leipzig und Berlin, 1926, S. 867.

<sup>7</sup> Nach Harald Kirfel, Das Gewohnheitsrecht bei Kauf und Verkauf von Immobilien in China und Mandschuko, Bonner Phil. Diss., 1940, S. 19, 22, 43, 44. Vgl. auch Li Li, Das zivile Gewohnheitsrecht im Rechtssystem der Qing-Zeit (Qingdai falü zhidu zhongde minshi xiguanfa), FSJ 2004, Nr. 2, S. 107 ff.

<sup>8</sup> Die wenigen Zivilprozesse, die in Familien- und Grundstücksangelegenheiten (*hu hun tian tu*) vor dem Magistraten stattfanden, endeten in einer vermögensrechtlichen Entscheidung (z.B. die auf dem fremden Grundstück gezogenen Früchte herauszugeben) und einer Strafsanktion (z.B. einer gewissen Anzahl von Stockschlägen).

Normen befaßte. Die ausländische Kaufmannschaft wollte daher bei handelsrechtlichen Streitigkeiten das eigene Handelsrecht heranziehen.

Andererseits war das in den *lü* enthaltene chinesische Strafrecht zwar einigermaßen deutlich, jedoch wegen seiner rechtsstaatlich unvollkommenen Gestalt und seinen nach der im Gefolge der Aufklärung eingetretenen Humanisierung des europäischen Strafrechts als extrem und grausam empfundenen Sanktionen unakzeptabel.<sup>9</sup> Auch das fehlende oder stark durchlöchernte Legalitätsprinzip trug zu dieser Ablehnung bei. Der chinesische Kodex war mit seinen 436 *lü*- (Hauptgesetze) und rund 1900 *li*-Paragraphen (Ergänzungsgesetze) detailliert und einigermaßen systematisch, so wurde das Legalitätsprinzip (der Grundsatz keine Strafe ohne Gesetze) doch durch zwei im Kodex vorgesehene Mechanismen aufgehoben: den Analogiegrundsatz und den catch-all-Paragraphen. So heißt es in § 44 des Kodex wie folgt: „Da es unpraktikabel ist, für jede denkbare Tat eine Vorschrift vorzusehen (die Kodices vor der Tang-Zeit hatten genau dies versucht), kann es vorkommen, daß Fälle auftreten, für die es keine genau passenden *lü* oder *li* gibt...“ In einem solchen Fall muß dann die nächstähnliche Vorschrift angewandt werden, allerdings unter der Voraussetzung, daß dies vom Kaiser bestätigt wird. Kleinere Übertretungen konnten mit einem „Auffangtatbestand“ in die Strafbarkeit einbezogen werden. So heißt es im Kodex unter der Überschrift „(Tun), was nicht getan werden sollte“ (*bu ying wei*): „Wer eine ungehörige Handlung begangen hat, die zwar dem Geist der Gesetze widerspricht, aber keinen Verstoß gegen eine spezifische Vorschrift beinhaltet, wird mit wenigstens 40 Stockschlägen bestraft...“ (§ 386).

## 2. Die Exterritorialität

Diese beiden Regeln bedeuteten jedenfalls potentiell eine beträchtliche Rechtsunsicherheit und machten es den Ausländern unzumutbar, sich dem chinesischen Kodex zu unterwerfen. Der Kodex sah zwar vor, daß „alle in China lebenden Ausländer im Falle der Begehung von Straftaten nach den etablierten Gesetzen zu bestrafen sind“ (§ 34)<sup>10</sup>, genau von dieser völkerrechtlichen Grundregel der Territorialhoheit befreiten sich die Ausländer durch die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit China geschlossenen Verträge. Trotz der ausdrücklichen Verankerung des Territorialitätsprinzips im Kodex fiel es den chinesischen

Behörden zunächst leicht, dem Verlangen der Ausländer zu entsprechen.<sup>11</sup> Wie andere Länder des Altertums und des Mittelalters (Ägypten, Rom, Byzanz, Osmanisches Reich) hatte auch China seit der Tang-Zeit eine gewisse Gewohnheit darin, die wenigen innerhalb seiner Grenzen lebenden Ausländer nach ihrem eigenen Recht leben zu lassen, sie „extritorial“ zu stellen. Jetzt jedoch ging der ausländische Druck allmählich weit über die historischen Verhältnisse hinaus und frühere Großzügigkeit (gepaart mit einem Gefühl der Sicherheit und Überlegenheit) wich einem Gefühl der Bedrohung, so daß der Wert des Prinzips der Territorialhoheit neue Relevanz erlangte. („Wechsel von der Personalität zur Territorialität des Rechts“, Otto Franke). Als Großbritannien wie im Vertrag von 1902 den Verzicht auf die die chinesische Territorialhoheit beschränkenden Privilegien in Aussicht stellte, wenn China sein Rechtswesen modernisiert, d.h. dem westlichen annähert, wurde dies für die chinesische Seite zum vorrangigen Motiv für die Anfang des 20. Jahrhunderts einsetzenden Bemühungen um ein neues Rechtssystem. Das einzige Motiv war es aber nicht. Jedenfalls den im chinesischen Recht bewanderten chinesischen Beamten war es immer deutlicher geworden, daß Reformen erforderlich sind, nicht um zu „verwestlichen“, sondern um das überlieferte System fortzuentwickeln und den Zustand zu überwinden, den ein Jurist der Republik-Epoche so beschrieben hat: „Das Gesetzesrecht des alten China war ein Fall psychologischer Mißbildung. Eine Funktion war extrem überentwickelt, die anderen Funktionen gänzlich verkümmert.“<sup>12</sup> Dazu bedurfte es Veränderungen nicht nur im Strafrecht, sondern auch einer – bisher nicht gekannten – Ausdehnung der staatlichen Gesetzgebung im Bereich von Handel und Industrie, also des Wirtschaftslebens. Anders gesagt: Das Bedürfnis, vom Staat mehr als nur eine Familienwirtschaftsordnung zu fordern, von ihm den Schutz von Eigentum und Besitz zu verlangen, erwachte in China erst aus dem Verkehr mit dem Wirtschaftsleben des Westens. Um 1900 begann das Zeitalter der chinesischen Rechtsmodernisierung.

<sup>10</sup> Nach *Gustavus Ohlinger*, Extra-Territorial Jurisdiction in China, in: *Journal of the American Asiatic Association*, Vol. VI, No. 5 (June, 1906), S. 137, wurde diese Vorschrift „modified by subsequent imperial rescripts“, wobei die Strafgewalt für Kapitalverbrechen aber vorbehalten blieb. Ohlinger weist Strafrechtsfälle aus dem frühen 19. Jahrhundert auf, in denen Ausländer wegen zufälliger (nicht einmal fahrlässiger) Tötung eines Chinesen von chinesischen Behörden gemäß dem Kodex zum Tode verurteilt und hingerichtet wurden. „No European Government could consent to its subjects remaining the victims of such a system“.

<sup>11</sup> Vgl. *Otto Franke*, Zur Geschichte der Exterritorialität in China, in: *Forschungen und Fortschritt*, 12. Jg., Nr. 5 (10. Februar 1936), S. 63 ff.

<sup>12</sup> *John C.H. Wu*, The Legal System of Old and New China: A Comparison, Rosenthal Foundation Lecture, Law School of Northwestern University, 1929/30, S. 6.

<sup>9</sup> Victor Hugo hat noch in den 1820er Jahren mehrmals Hinrichtungen auf der Place de Grève in Paris miterlebt, 1829 erschien seine Erzählung „Der letzte Tag eines Verurteilten“. In diesem Buch wird auch die Galeerenstrafe erwähnt; war sie lebenslänglich, so wurden dem Sträfling drei Buchstaben in die Schulter gebrannt.

## II. Die Hinwendung zur Reform

Im Jahre 1903 erließ die Regentin Cixi-taihou (1834-1908), die seit den 1860er Jahren die Staatsgeschäfte kontrollierte, ein Edikt, in dem sie eine Politik ankündigte, die sie vor kurzem noch bekämpft hatte. In dem Edikt heißt es:

„Handel und die Förderung von Industrie sind seit jeher und besonders in der Gegenwart für die Regierungen von großer Bedeutung. Einer alten Tradition verhaftet, haben Wir diese Angelegenheiten jedoch für völlig unwichtig erachtet.<sup>13</sup> Daß die Politik der Regierung und die Arbeit des Volkes nur in täglich wachsende Armut einmünden, kann keinen anderen Grund haben, als eben diese Mißachtung von Handel und Industrie. Es ist deshalb höchste Zeit, Änderungen herbeizuführen...“<sup>14</sup>

Dieses Edikt greift Anregungen auf, die seit Ende der 1880er Jahre, besonders seit 1895 (als mit der Niederlage im Krieg gegen Japan die seit Niederschlagung des Taiping-Aufstandes andauernde sog. Selbststärkungsbewegung gescheitert war) und bis zu der sog. „100-Tage-Reform“ des Sommers 1898 (*wùxū biànfǎ*) in dem Kreis um den kantonesischen Literaten Kang Youwei (1858-1927) erörtert und Regierungsstellen unterbreitet wurden. In seinen Denkschriften entwickelte Kang Pläne zur Förderung von Landwirtschaft, Gewerbe und Handel, gab Anregungen für eine systematische Bildungs-, Gesundheits- und Wohlfahrtspolitik und wies insbesondere auf die Notwendigkeit der Förderung der Fachwissenschaften.<sup>15</sup> Er vertrat die Ansicht, daß „unter den Gesetzessammlungen verschiedener Staaten Vorbilder zur Gestaltung des öffentlichen und privaten Rechts ausgewählt werden sollen“, womit in China zum ersten Mal die Vorstellung zum Ausdruck kommt, daß man in ausländischen Rechtssystemen geeignete Instrumente für die anzustrebenden wirtschaftlichen und politischen Neuerungen finden könne.<sup>16</sup>

Für 100 Tage zwischen Juni und September 1898 wurden Schritte in Richtung dieser Anregungen und Forderungen eingeleitet. In einem langen Gespräch im Juni 1898 hatte Kang dem *Guangxu*-Kaiser (reg. 1875-1908) erläutert, daß „von Reform

nur gesprochen werden kann, wenn alle Gesetze und politischen und sozialen Systeme geändert und neu bestimmt werden.“<sup>17</sup> Der Kaiser erließ 40 Dekrete, die sich auf Verwaltung, Schulwesen, Technik, Wirtschaft, Polizei und Gesetzgebung bezogen. Dies alles blieb jedoch unausgeführt, da die konservative Gegenbewegung, die die *lǐ*-Lehre betonende Partei (*li jiao pai*) um die Cixi-taihou obsiegte, das Reformprogramm für tabu erklärte und Kang nach Japan fliehen mußte. Otto Franke hat 1903 in einem Vortrag vor der Berliner Kolonial-Gesellschaft auf Kangs Unfähigkeit verwiesen, „mit den gegebenen Verhältnissen zu rechnen“. Kang sei ganz naiv der Ansicht gewesen, daß „ein vom Kaiser erlassenes Edikt wie ein Weckruf durchs Land ginge und die Geister der Gebildeten fortreißt und überall Streben und Hoffen entfacht“.<sup>18</sup>

Der Kaiserhof bedurfte nach dem chinesisch-japanischen Krieg von 1895 einer weiteren Niederlage, bevor er Kangs Reformprogramm ernsthaft nähertrat. Nach dem Boxerkrieg von 1900 und der Rückkehr der nach Xi'an geflohenen Cixi-taihou wurden die Kangschen Reformideen nun als letztes Mittel zur Rettung der Dynastie aufgegriffen und es kam zu dem zitierten Edikt von 1903. Die in der Folge sichtbarsten Reformen waren die Abschaffung des traditionellen Examenssystems, die Errichtung eines Handelsministeriums, die Gründung westlich orientierter Lehranstalten und die Entsendung von Auslandsstudenten.<sup>19</sup>

Die Abschaffung des 1300 Jahre alten Examenssystems (*keju*) im Jahre 1905<sup>20</sup> war die Voraussetzung für die Neuorientierung des Bildungswesens durch die Einbeziehung sog. „westlichen Wissens“ (*yang wei zhong yong*). Zwar hatte man schon 1902 damit begonnen, die Staatsprüfungen inhaltlich zu modifizieren. Bisher waren sie rein literarischer Natur: Die Kandidaten hatten sich darüber auszuweisen, daß sie gewisse Grundwerke des konfuzianischen Kanons auswendig wußten. Dazu hatte die

<sup>13</sup> Die „alte Tradition“, von der hier die Rede ist, bezieht sich auf die überlieferte Sozialstruktur und ihre Rangfolge als *shi nong gong shang*, „Beamten-Gelehrte, Bauern, Handwerker und Händler“ und der hier ausgedrückten niederen Position von „Industrie und Handel“. Zur Wirksamkeit dieser Tradition in der Person eines der einflußreichsten chinesischen Politiker des 19. Jahrhunderts, vgl. *Kuo-chi Lee*, *Tseng Kuo-fans* (*Hrsg.*), *China-Dimensionen der Geschichte*, Festschrift für Tilemann Grimm, Tübingen 1990, S. 133 ff.

<sup>14</sup> Zitiert bei *E.T. Williams*, *Recent Legislation Relating Commercial Railway and Mining Enterprises*, Shanghai 1904, S. 1.

<sup>15</sup> Vgl. die „Eingabe der Prüfungskandidaten“ – Ein Dokument der Reformbewegung, OE 27. Jg. (1980), S. 33 ff., insbes. S. 155 ff.

<sup>16</sup> Damalige China-Kenner haben dies von vornherein als illusionär beurteilt. Bedenkenswert bleiben folgende zur Wende zum 20. Jahrhundert getroffenen Feststellungen: „Englishmen and Americans are very apt to think that there is but one course of political development and that all great nations must have their fight for freedom as we English have had. If man were as identical in moral character as he is in physical fame, this might be true. But he is not ... There is no sign that the Chinese masses will within a measurable time be fit for anything better than their present form of government, – that is, government by persons and not by laws“ (*F.S.A. Bourne*, *Possible and Impossible Reforms*, in: *Journal of the China Branch of the Royal Asiatic Society*, Vol. 33 (1899/1900), S. 1 ff.

<sup>17</sup> *Ssu-Yu Teng/John K. Fairbank* (eds.), op. cit. (Anm. 3), Dokument 46, S. 177 ff.

<sup>18</sup> *Otto Franke*, *Der Ursprung der Reformbewegung in China*, in: *ders.*, *Ostasiatische Neubildungen. Beiträge zum Verständnis der politischen und kulturellen Entwicklungs-Vorgänge im Fernen Osten*, Hamburg 1911, S. 20 ff., 33 f.

<sup>19</sup> Einen Überblick zu einzelnen Aspekten gibt *M.E. Cameron*, *The Reform Movement in China, 1898-1912*, Stanford, 1931.

Bearbeitung der ausschließlich schriftlichen Prüfungsaufgaben in vorgeschriebenen Formen des Satzbaus zu geschehen, was im wesentlichen auf eine komplizierte Stilprobe hinauslief (*baguwen*/achtgliedrige Schrift); eine inhaltliche Auseinandersetzung war dabei nicht von Belang. Der Appell des 1. Satzes im *Lunyu* „*xue er shi xi zhi*/Lernen und immer wieder üben“ war zu Gedächtnistraining und Formalismus erstarrt. Dieses System sollte in zweierlei Hinsicht geändert werden: Einmal die Überwindung des Formalismus, zum anderen die Einbeziehung „westlichen Wissens“, also Methode und Inhalt des Lernens. So wurde in dem im September 1902 in Peking abgehaltenen Examen folgende Aufgabe gestellt: „Die heftige Konkurrenz des Handels der westlichen Länder wird Handelskrieg genannt. Welche Methode sollte China anwenden, um darauf zu reagieren?“<sup>21</sup>

Trotz einer solchen Öffnung für neue Fragestellungen war aber im Rahmen des überlieferten Examenssystems nicht daran zu denken, die Dominanz des auf die konfuzianischen Klassiker ausgerichteten Prüfungsstoffs zu ändern. So entschied man sich 1905 zu dem radikalen Schritt der Abschaffung und der Einrichtung eines Erziehungsministeriums (*xuebu*) unter Zhang Zhidong. Erst dadurch wurde nicht nur modernen Natur- und Geisteswissenschaften, sondern auch ausländischen politischen und sozialen Ideen das Tor geöffnet.<sup>22</sup> An die Stelle einer negativen, abwehrenden Haltung gegenüber westlichen Konzepten trat nun eine aktive Auseinandersetzung mit der abendländischen Kultur, auch mit westlichem Recht und Justizeinrichtungen.

### III. Motive der Rechtsreform

Die Tätigkeit der Rechtsreform begann im Mai 1904, als die Qing-Regierung eine besondere Behörde für diese Aufgabe etablierte. Sie wurde zuerst „Amt für die Zusammenstellung der

Gesetze“ (*falü bianzuan guan*), seit 1907 „Amt für Revision und Festlegung von Gesetzen“ (*xiuding falü guan*) genannt. Zu Direktoren (*xiuding falü dachen*) wurden zwei sich ergänzende Persönlichkeiten eingesetzt. Shen Jiaben (1840-1913)<sup>23</sup> war als altgedienter Beamter im Strafenministerium (dem *xingbu*, einem der sechs Ministerien der überkommenen zentralen Verwaltungsorganisation) ein Kenner der chinesischen Rechtstradition und Rechtspraxis; über japanische Mitarbeiter eignete er sich umfassende Kenntnisse des europäischen Rechts an und wurde so zu dem ersten chinesischen Rechtsvergleicher. Der zweite Direktor, Wu Tingfang (1842-1922)<sup>24</sup>, war in Singapur geboren, hatte die englische Schule in Hongkong besucht, dann in London ein Rechtsstudium absolviert und als erster Chinese die Qualifikation eines „Barrister“ erworben. Nach seiner Rückkehr nach Hongkong wurde er dort der erste chinesische Rechtsanwalt. 1882 trat er in chinesische Dienste, arbeitete unter Li Hongzhang, nahm 1895 an den Vertragsverhandlungen in Shimonoseki teil, organisierte Schulen und war 1897-1901 und noch einmal von 1907-1909 Gesandter in Washington.<sup>25</sup>

Die Aufgabe der neuen Behörde bestand darin, Straf-, Zivil- und Prozeßgesetze Japans und westlicher Länder ins Chinesische zu übersetzen<sup>26</sup> und Gesetzesentwürfe unter Verwendung dieses ausländischen Materials auszuarbeiten. Die leitende Absicht war darauf gerichtet, die exterritorialen Rechte der Ausländer zu beseitigen, entsprechend dem knapp zwei Jahre zuvor im britisch-chinesischen Handelsvertrag von 1902 gemachten Versprechen. Das unmittelbare oder primäre Motiv der Rechtsreformbemühungen der Späten Qing war also außenpolitischer Natur. Dieses Motiv wurde auch von Shen Jiaben unterstrichen, wenn er im April 1905 in einer Throneingabe ausführte:

„Die Strafgesetze der westlichen Staaten wiesen früher mehr Grausamkeiten auf als die Chinas. Während der vergangenen etwa 100 Jahre jedoch wurde das westliche Recht allmählich gemildert, was dazu führte, daß die rigorosen

<sup>20</sup> Besonders unter dem Einfluß von Zhang Zhidong (1837-1909), der in verschiedenen Provinzen als Gouverneur gedient und sich nicht nur mit technischen Innovationen (Eisenbahn- und Industrieprojekten), sondern auch intensiv mit der Reform des Erziehungswesens befaßt hatte. Vgl. Arthur Hummel, *Eminent Chinese of the Ch'ing Period*, Washington 1943, S. 26 ff. und Kuo-chi Lee, *Chang chih-tungs Vorstellungen zur Modernisierung Chinas*, OE, 15. Jg. (1968), S. 1 ff. Otto Franke bewertete die Beseitigung des staatlichen Prüfungssystems als „die wichtigste Tat, die die chinesische Regierung seit dem Abschluß der Verträge mit dem Ausland, also seit einem halben Jahrhundert, unternommen hat. Sie bedeutet einen grundstürzenden Wandel in der Verfassung des chinesischen Staates und läßt sich daher auch nicht mit einer Erziehungsreform in abendländischen Verhältnissen vergleichen, sondern nur mit einer durchgreifenden Verfassungsänderung“ (op. cit., S. 111).

<sup>21</sup> Nach North China Herald vom 08.10.1902.

<sup>22</sup> Vgl. Gan Chunsong, *The Decline of Imperial China's Examination System and the Disintegration of Institutionalized Confucianism*, SSC, Autumn 2002, S. 18 ff.; Wolfgang Franke, *Die Beseitigung des staatlichen Prüfungssystems in China im Jahre 1905. Ihre Bedeutung für den Zusammenbruch des traditionellen chinesischen Staates*, in: Saeculum, Bd. X (1959), S. 103 ff.

<sup>23</sup> BDRC, 3. Bd., S. 95 ff.

<sup>24</sup> *Ibid.*, S. 453 ff.

<sup>25</sup> Mit seiner Mithilfe begann die Library of Congress damit, chinesisches Material systematisch zu sammeln und zu katalogisieren.

<sup>26</sup> Shen hatte geschrieben: „Will man die Absichten und Zwecke westlichen Rechts erkennen, muß man die Lehren der Westler studieren und westliche Bücher übersetzen.“ Über die Übersetzung westlicher völkerrechtlicher, verfassungs-, zivil-, straf- und verwaltungsrechtlicher Lehrwerke informieren TIAN Tao/LI Zhuhuan, *Erläuterungen zu der Ende der Qing-Dynastie übersetzten ausländischen rechtswissenschaftlichen Literatur (Qing mo fanyi waiguo faxue shuji pingshu)*, ZWFX, 2000, Nr. 3, S. 355 ff., wo rd. 220 Werke aufgelistet sind. Speziell zu (nicht nur in der Späten Qing-Zeit) übersetzten Werken zum Strafprozeßrecht vgl. HE Qinhua, *Geburt und Wachstum der modernen chinesischen Strafprozeßrechtswissenschaft (Zhongguo jindai xingshi susong faxue de dansheng yu chengzhang)*, ZFLT, 2004, Nr. 1, S. 14 ff.

chinesischen Gesetze von den Ausländern als inhuman (*bu ren*) eingeschätzt werden. ... Statt an unseren alten Strafnormen festzuhalten und den Ausländern so einen Vorwand zu liefern, sich dem chinesischen Recht nicht zu unterwerfen, sollten wir uns zu Änderungen entschließen und dabei Gesetze anderer Länder berücksichtigen.“<sup>27</sup>

Wichtigste Übermittler dieser ausländischen Gesetze waren von Shen berufene japanische Gelehrte, etwa der Strafrechtsprofessor an der Universität Tokyo, Okada Asaturo. Zwar hatten, nachdem seit 1896 und verstärkt ab 1905 das Studium im Ausland (besonders Japan)<sup>28</sup> gefördert wurde,<sup>29</sup> bis 1908 bereits über 1100 chinesische Studenten mit staatlichen (chinesischen) Stipendien an japanischen, europäischen und US-amerikanischen Universitäten Rechtswissenschaft studiert,<sup>30</sup> und auch in Peking konnte man seit 1906 an der auf Shens und Wus Initiative hin gegründeten ersten modernen Rechtsschule (*falü xue tang*) entsprechende Studien betreiben.<sup>31</sup> Die so ausgebildeten jungen Chinesen konnten aber erst in späteren Perioden der Rechtsreform einflußreich werden; für Shen Jiaoben waren sie noch nicht verfügbar.<sup>32</sup> Daß Shen auf japanische Berater zurückgriff,<sup>33</sup> lag in naheliegender Weise darin begründet, daß Japan (immerhin eine verwandte Nation) seit 1868 (1. Jahr Meiji) sein chinesisch beeinflusstes Rechtssystem durch ein System kontinentaleuropäischen Gepräges ausgetauscht hatte, und zwar durchaus auch aus dem nämlichen außenpolitischen Motiv wie es nun China bewegte.

Es war aber nicht nur das außenpolitische Motiv. Neuere chinesische Arbeiten zu dieser Epoche betonen auch das Modernisierungsmotiv. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hatten sich

immer mehr Unternehmen etabliert, die nicht mehr als reine Familieneinrichtungen zu qualifizieren waren und deshalb ein Bedürfnis nach „Rechtssicherheit“ entwickelt hatten, auch der Schutz des Publikums vor Phantasiegesellschaften trat als Problem in Erscheinung. Um die Wende zum 20. Jahrhundert gab es rd. 570 „moderne“ Unternehmen mit einem Gesamtkapital von 70 Millionen Yuan. Gegenwärtige chinesische Autoren, die sich mit der Handelsgesetzgebung der Späten Qing befassen, legen dar, daß der damalige „sozioökonomische Wandel dringend nach neuer Gesetzgebung verlangte.“<sup>34</sup>

#### IV. Reforminhalte

Was ist praktisch geschehen? Da das gesamte Rechtssystem nach westlichem Muster aufgebaut werden sollte, richteten sich die Reformbemühungen auf die gesamten Bereiche von Strafrecht, Prozeßrecht, Handelsrecht und Zivilrecht.<sup>35</sup>

##### 1. Strafrecht

Shen führte in zahlreichen Schriften aus, was Strafrechtsreform für ihn bedeutete: Die Trennung von Recht und Ethik insofern als nur noch ein „ethisches Minimum“ vom Strafrecht zu schützen ist.<sup>36</sup> Ferner, daß vom Täterstrafrecht auf ein Tatstrafrecht überzugehen ist, d.h. daß die Schwere einer Straftat nach der Tat selbst und nicht nach der Person (dem Status) von Täter und Opfer zu beurteilen ist. Dann die Festlegung des Legalitätsprinzips und damit die Abschaffung von Analogie und Auffangtatbestand. Ferner die Herausbildung eines neuen Sanktionensystems: Abschaffung der Prügel-, Ausbau der Geld- und Freiheitsstrafen. Abschaffung der grausamen Formen der Todes-

<sup>27</sup> Übersetzung von M.J. Meijer, *The Introduction of Modern Criminal Law in China*, Batavia, 1949, (second edition, Hong Kong, 1967), S. 164.

<sup>28</sup> Dazu *Magnus Kriegeskorte*, *Chinesische Studenten in Japan 1896-1911 und ihre staatliche Überwachung*, in: *Karl-Heinz Pohl/Dorothea Wippermann* (Hrsg.), *Brücke zwischen Kulturen. Festschrift für Chiao Wei zum 75. Geburtstag*, Münster 2003, S. 24 ff.

<sup>29</sup> Durch chinesische Regierungsstipendien; die USA verwandten Teile der Reparationen aus dem „Boxerprotokoll“ von 1901 dazu.

<sup>30</sup> So *HAO Tiechuan*, *Juristische Auslandsstudenten und die Modernisierung des Rechtssystems des modernen China* (*Zhongguo jindai faxue liuxuesheng yu fazhi jindaihua*), *FXYJ*, 1997, Nr. 6, S. 3 ff.

<sup>31</sup> Bereits 1907 wurde auch in Xi'an eine Lehrstätte für Recht und Politik (*fa zheng xue tang*) errichtet. Dazu *QIAN Jinyu*, *Rechtserziehung in der Region Shaanxi während der Späten Qing und der Frühen Republik* (*Qing mo minchu shaanxi diqu de gao deng falü jiaoyu*), in: *Xibeidaxue xuebao*, 2008, Nr. 1, S. 132 ff.

<sup>32</sup> Zu dieser ersten Phase moderner juristischer Ausbildung *XU Biao*, *Zum Einfluß der neuartigen juristischen Ausbildung in der Späten Qing-Dynastie auf die moderne chinesische Rechtswissenschaft* (*Lun qing mo xin shi faxue jiaoyu dui zhongguo jindai faxue de yingxiang*), in: *Huanqiu falü pinglun*, 2005, Nr. 3, S. 362 ff.

<sup>33</sup> *LI Guilian*, *Wan qing lifa zhong de waiguoren*, *JCCL* Vol. 1 (1995), 145 ff., auch in *ZWFX* 1994, Nr. 4, S. 59 ff.; ders., *Rechtsreform im modernen China und japanischer Einfluß* (*Jindai zhongguo falü de biange yu riben yingxiang*), *BFYJ* 1994, Nr. 1, S. 24 ff.

<sup>34</sup> *XU Lizhi*, *Die Handelsgesetzgebung in der Späten Qing und ihre Merkmale* (*Qing mo de shangshi lifa ji qi tedian*), *FXYJ* 1989, Nr. 3, 89; *Zhu Ying*, *The Economic Laws and Regulations of the Late Qing*, *SSC*, Summer 1995, S. 121 ff., zitiert eine zeitgenössische chinesische Stellungnahme, wonach „soziale und wirtschaftliche Armut das Ergebnis unterentwickelten Handels ist, das wiederum aus dem Mangel an gesetzlichen Regeln resultiert“, *ibid.*, S. 123.

<sup>35</sup> Auch das Verfassungsrecht wurde von ihnen erfaßt. Es bleibt hier unberücksichtigt.

<sup>36</sup> Shen vertrat durchaus die herkömmliche (konfuzianische) Ansicht, wonach die Moralnormen (*li*) das sind, was die Gesetzesnormen (*fa*, *lü*) durch Strafandrohung zu schützen haben. Ein Legist (*fajia*), wie die Anhänger dieser Richtung historisch in China verstanden wurden, war er keineswegs. Von der überlieferten (aus der Sicht der ursprünglichen Lehren mehr „legistischen“ als „konfuzianischen“) Auffassung wich er insofern ab, als er nicht mehr jedweder Moralverletzung eine Straffolge beimessen wollte, also z.B. das sog. „respektlose Handeln“ gegenüber Älteren, insbesondere den Eltern, als eine Angelegenheit von Erziehung und nicht von staatlicher Strafe (wie nach den *shi e*) behandeln wollte. Daß in den Reformen eher eine Rückbesinnung auf „konfuzianischen Geist“, denn eine Manifestation von „Legismus“ gesehen werden kann, zeigt auch folgendes Zitat: „It seems very strange that though as a people we Chinese profess unbounded admiration for the teaching of Confucius, yet in practise we often depart very widely from his most cardinal principles. In nothing is this divergence so marked as in the treatment which has been traditionally accorded to criminals.“ (*Lin Wen Ching*, *The Necessity for Prison Reform in China*, in: *The World's Chinese Students' Journal*, Vol. III, No. 3, Nov.-Dec. 1908, S. 140).

strafe und der Brandmarkung, dann auch die Ersetzung kollektiver durch individuelle Verantwortlichkeit.

Ein Teil dieses Programms konnte durch eine Revision des Qing-Kodex erreicht werden: So die Abschaffung der Prügelstrafe, der grausamen Formen der Todesstrafe, der Brandmarkung, auch die Prozeßfolter, also die wirklich archaischen Elemente des Kodex, noch nicht der Analogie und der *bu ying wei*-Regel. Diese Änderungen – für sie war die Zeit reif – wurden im April 1905 von Shen der Regierung vorgeschlagen, von dieser in demselben Monat genehmigt und anschließend auch in die Praxis umgesetzt. Diese Revision des Qing-Kodex (einschließlich einer Bereinigung der *li*-Regeln, über 300 wurden ausgeschieden) war als eine Vorstufe für eine umfassende Änderung, ja eine Neusetzung eines Strafgesetzbuches, gedacht.

1907 legte Shen den Entwurf eines „Neuen Strafgesetzes“ (*xin xinglü*) vor, um auch die anderen Elemente seines Reformprogramms zu realisieren. Der Grundsatz des Tatstrafrechts wurde strikt durchgeführt, das ganze herkömmliche System der Täter- und opferbezogenen Beurteilung von Straftaten eliminiert, *nullum crimen sine lege* eingeführt, Analogie und *bu ying wei*-Regel entsprechend abgeschafft. Der Entwurf sagte dazu klipp und klar: „Solange die Gesetze keine spezifische Vorschrift vorsehen, kann keine Handlung, welcher Art auch immer, eine Straftat darstellen“ (Art. 10). Shen begründete die Abschaffung der Analogie in einer Denkschrift wie folgt: „Das Recht ist etwas, dem das Volk vertrauen soll. Enthält der Kodex klare Regeln, dann wissen die Leute, was sie zu tun oder zu lassen haben. Haben sie außer dem Strafgesetz auch noch die Ansichten der Beamten zu konsultieren, dann haben sie keine klare Richtlinie. Analogie anzuwenden ist nicht viel anders, als jemanden durch eine verborgene Falle zu töten.“<sup>37</sup> Zum ersten Mal wurde dem Richter ein Ermessen bei der Strafenauferlegung eingeräumt, d.h. das Gesetz legte für jede Tat einen Strafraum fest, was eine Individualisierung der Strafe ermöglichte (hier konnte dann auch die Beziehung zwischen Täter und Opfer berücksichtigt werden).

Dieser die Gleichheit des Gesetzes für die betreffende Tat durchführende und damit die überlieferten ethischen Grundlagen in Frage stellende<sup>38</sup> Gesetzesentwurf wurde von der konservativen Partei der Bürokratie abgelehnt. Es ergab sich der

„Streit zwischen *li* und Gesetz“ (*li fa zhi zheng*). Für die *lijiao-pai* war die Diskriminierung nach Status, Alter und Geschlecht der Kern des chinesischen Rechtssystems, den sie nicht aufgeben wollte. Sie stießen damit auf das Verständnis eines deutschen Rechtswissenschaftlers namens Harald Gutherz (chinesischer Name He Shanxin), der an der Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaften der 1909 in Qingdao gegründeten Deutsch-Chinesischen Hochschule lehrte. Dieser Deutsche, mit dem sich chinesische Rechtshistoriker in letzter Zeit befaßt haben, hatte in einer Abhandlung Zweifel an der Methode der Reformen geäußert, ausländische, in China unbekannte Ideale der chinesischen Gesetzgebung zugrunde zu legen.<sup>39</sup> Erziehungsminister Zhang Zhidong (1837-1909), der Kopf der *lijiao-pai*, berief sich auf Gutherz<sup>40</sup> und wandte sich mit der Begründung gegen Shens neuen Entwurf, daß er die traditionellen Beziehungen zwischen den Familienmitgliedern, und damit das *xiao*-Gebot, ignoriere. In einem Edikt vom Februar 1909 heißt es: „Die einzige Quelle des Strafrechts liegt in den *xiao*-Regeln. Der Gesetzgeber hat sich besonders darum zu bemühen, daß die *san gang* und *wu chang*<sup>41</sup>, die von den Kaisern seit Yao und Shun unablässig bewahrt worden sind, weiterhin die Grundlage des Staates bleiben...“<sup>42</sup>, also ein ethisches Maximum strafrechtlich zu sanktionieren. Shen wollte im Bereich von Verletzungen der Familienbeziehungen eine neue Grenze ziehen. So sollte reiner Ungehorsam nicht mehr strafrechtlich relevant sein. Hier sollte Erziehung, nicht bürokratische Strafe angebracht sein. Die Konservativen konnten sich damit nicht anfreunden. Einer führte aus:

„Hinsichtlich der Kränkung eines Verwandten aufsteigender Linie zeigt der Entwurf eine hochgradige Deformierung dergestalt, daß ungehörigerweise die Todesstrafe nicht ange-

<sup>39</sup> So *LI Guilian*, op. cit. (Anm. 33), S. 150, auch *WANG Hongzhi*, Neue Erkenntnis der Revision des Strafgesetzes der Späten Qing (Qing mo xiu xinglü de zai renshi), BFYJ, 2005, Nr. 4, S. 14 ff., 19. Diese Abhandlung ist nicht auffindbar. Gutherz war nach einem Nachruf in der zwischen 1910 und 1913 in acht Nummern erschienenen Deutsch-Chinesischen Rechtszeitung (hrsg. von der Abteilung für Rechts- und Staatswissenschaften der Deutsch-Chinesischen Hochschule Qingdao) als „der erste juristische Dozent an der Deutsch-Chinesischen Hochschule“ tätig (No. 2, März 1911, S. 16).

<sup>40</sup> Zur Beziehung Zhang Zhidongs zur Deutsch-Chinesischen Hochschule vgl. *Otto Franke*, Die deutsch-chinesische Hochschule in Tsingtau, ihre Vorgeschichte, ihre Einrichtung und ihre Aufgaben, in: Ostasiatische Neubildungen, op. cit., S. 200 ff., 205, 215. Dazu und zu der Politik, die zur Errichtung der Hochschule führte, neuerdings auch *George Steinmetz*, The Devil's Handwriting. Precoloniality and the German Colonial State in Qingdao, Samoa, and Southwest Africa, Chicago and London, 2007, S. 481 ff.

<sup>41</sup> Die ganze Summe der konfuzianischen Pflichten.

<sup>42</sup> *Wheeler*, op. cit., S. 30 f. (Eine aktuelle Parallele: Nach der im März 2004 im Irak angenommenen „Übergangsverfassung“ ist der „Islam eine Quelle der Gesetzgebung“. Daß er nicht als „Hauptquelle“ benannt wurde, geht auf amerikanischen Einfluß zurück. Allerdings heißt es in der Verfassung weiter, daß kein Gesetz im Widerspruch zum Islam stehen darf.)

<sup>37</sup> *Kenneth G. Wheeler*, Shen Jiaben (1840-1913): Toward a Reformation of Chinese Criminal Justice, Ann Arbor (UMI Dissertation Services) 1998, S. 142 f.

<sup>38</sup> *FAN Zhongxin*, Shen Jiaben und die ethische Revolution des Neuen Strafgesetzentwurfs (Shen Jiaben yu xin xinglü cao'an de lunli geming), ZFLT, 2004, Nr. 1, S. 36 ff.

droht wird. Das würde nur dazu führen, die Familienbeziehungen schlicht abzuschaffen und dazu, daß ruchlose Schurken überhaupt keine Ermahnung mehr akzeptieren und vor nichts mehr Ehrfurcht haben werden.“<sup>43</sup>

Damit war eine Totalreform gescheitert, und die Modernisierung des chinesischen Strafrechts beschränkte sich auf die erwähnte Revision des Qing-Kodex, der in dieser seiner letzten Revision als das „Geltende Strafgesetz der Qing-Dynastie“ (*Da Qing xianxing xinglü*) am 15.05.1910 verkündet wurde und bis 1929 geltendes Recht blieb.

## 2. Prozeßrecht

Ein anderer Reformgegenstand war das Prozeßrecht. Im Hinblick darauf, daß es immer mehr Streitigkeiten zwischen aus- und inländischen Geschäftsleuten gab, hielt es insbesondere (der Rechtsanwalt) Wu Tingfang für eine dringliche Materie. Im Frühjahr 1906 legten Shen und Wu das erste chinesische Straf- und Zivilprozeßgesetz vor (*Da Qing xingshi minshi susongfa*).<sup>44</sup> Dieser Entwurf war mit Hilfe eines amerikanischen Experten zustande gekommen und brachte drei Neuerungen: Die Unterscheidung von Zivil- und Strafrecht (sie wurde hier zum ersten Mal systematisch getroffen), den Parteiprozeß nicht nur im Zivil-, sondern auch im Strafprozeß (Ankläger und Verteidiger auf derselben Ebene) und das Geschworenengericht, das Jury-System, als Gegengewicht zur Verfahrensstellung des Staatsanwalts. Unter dem Einfluß von Wu Tingfang und dem amerikanischen Berater trat hier der anglo-amerikanische Rechtskreis als Vorbild in Erscheinung. Die starke Stellung der Verteidigung, das Jury-System und die Fähigkeit auch von Frauen, als Klägerinnen und Zeuginnen aufzutreten, gingen Zhang Zhidong zu weit, und der Entwurf wurde abgelehnt. Noch 1910 legte Shen neue Entwürfe zu Straf- und Zivilprozeßgesetzen vor, den *Da Qing xingshi susonglü cao'an* und den *Da Qing minshi susonglü cao'an*, die politischen Ereignisse machten dem weiteren Fortgang ein Ende.

## 3. Handelsrecht

Ein dritter Bereich war die Gesetzgebung zum Handelsrecht. Federführend war hier das Handelsministerium, *Shangbu*, das im September 1902 durch kaiserliches Edikt gegründet worden war, mit Wu Tingfang als Vize-Minister.

Man begann damit, Handelsgesetze verschiedener Staaten zu übersetzen, stellte bald fest, daß man für die Ausarbeitung eines umfassenden Handels-

gesetzbuches nicht ausreichend vorbereitet war und beschränkte sich auf Teilbereiche, aus deren Summe dann später das *Da Qing shanglü*, das Handelsgesetzbuch der Qing-Dynastie zusammengefügt werden sollte. Schon Anfang 1904 wurde in großer Eile (die ausländische Kaufmannschaft übte starken Druck aus) ein Gesetz über Handelsgesellschaften (*gongsilü*) und Allgemeine Regeln über Kaufleute (*shangren tongli*) erlassen. Ein ebenfalls 1904 kaiserlich genehmigter Entwurf einer Warenzeichenregulierung scheiterte am Protest der ausländischen – vornehmlich englischen und französischen – Kaufmannschaft, die sich gegen die von chinesischer Seite gewünschte konstitutive Wirkung der Warenzeichen-Registrierung wandte, d.h. Schutz entsteht durch Eintragung, nicht schon durch vorherige Nutzung, so daß der Eintragung nur noch deklaratorische Wirkung zukäme.<sup>45</sup> 1906 folgte noch ein Konkursgesetz (*pochanlü*).<sup>46</sup>

Die Allgemeinen Regeln über Kaufleute waren als 1. Buch des später zu konzipierenden HGB gedacht. In ihren nur neun Artikeln führten sie den Terminus „*shangren*“ (Kaufmann) ein und begrenzten den Kreis der Personen, die als „*shangren*“ auftreten konnten. Dabei wurden weitgehend traditionelle Anschauungen normiert. „Alle Männer“, heißt es da, „die das 16. Lebensjahr vollendet haben,<sup>47</sup> und ein Gewerbe wie Ein- und Verkauf oder Transport betreiben, können Kaufleute sein.“ Eine Frau konnte die Kaufmanns-Eigenschaft nur haben, wenn der Kaufmanns-Ehemann „erkrankt oder behindert ist und weder Vater, Brüder, noch einen herangewachsenen Sohn hat.“ Dann sollte die Ehefrau oder eine wenigstens 16-jährige Tochter „Kaufmann“ werden können, sofern diese fähig ist, selbständig ein Geschäft zu betreiben und sobald der Handelsbehörde die Gegebenheiten mitgeteilt wurden (§ 3). Dies bedeutete immerhin eine Abweichung von dem bestehenden Gewohnheitsrecht, wonach verheiratete Frauen nicht rechtsverbindlich handeln konnten, also nicht geschäftsfähig waren. Dieser Gewohnheitsrechtssatz erschien 1911 im *Da Qing minlü cao'an* (ZGB-Entwurf), wo es heißt, daß „mit Ausnahme von Ehefrauen (*qi*) alle erwachsenen und über Urteilsvermögen verfügenden Personen geschäftsfähig (*you xingwei-nengli*) sind“ (§ 9 des Allgemeinen Teils).

<sup>45</sup> Vgl. Robert Heuser, *The Chinese Trademark Law of 1904: A Preliminary Study in Exterritoriality, Competition and Late Ch'ing Law Reform*, OÉ 1975, S. 183 ff.

<sup>46</sup> Der Text der Allgemeinen Regeln für Kaufleute, des Handelsgesellschaftsgesetzes und des Konkursgesetzes zusammengefaßt als *Qinding Da Qing shanglü* (Handelsgesetz der Qing-Dynastie) finden sich in: *Neu zusammengestellte Kodices des Qing-Reiches* (*Da Qing diguo xin bian fadian*), Shanghai, 1906, S. 1-40.

<sup>47</sup> So zum ersten Mal eine gesetzlich fixierte Handlungsfähigkeit. Orientiert hat man sich dabei wohl an der alten Regel, wonach mit 16 *sui* die Pflicht zur Grundsteuer entstand.

<sup>43</sup> Wheeler, op. cit., S. 218.

<sup>44</sup> Text in: *Neue zusammengestellte Kodices des Qing-Reiches* (*Da Qing diguo xin bian fadian*), Shanghai, 1906, S. 45-98.

Weitere Regeln der *shangren tongli* betrafen die Firma und die Buchhaltung. Firma ist der Name, unter dem der Kaufmann im Geschäftsleben auftritt. Nach den *tongli* (§ 5) kann der Kaufmann für sein Gewerbe nach Belieben seinen eigenen wahren Namen oder eine andere Geschäftsbezeichnung benutzen, sei es einen fiktiven Namen (*ji-ming*) oder einen *tang-ming*, Name der „Familienhalle“. Diese freizügige Regel – im modernen Recht gilt das Prinzip der „Firmenwahrheit“<sup>48</sup> – reflektiert eine soziale Norm: Chinesische Kaufleute haben es traditionell immer vermieden, ihren eigenen Namen als Handelsnamen zu verwenden, was einmal mit der tiefverwurzelten Anschauung zu tun hat, wonach Händler einen nur niedrigen gesellschaftlichen Rang einnehmen und zum anderen verhindert sollte, das Vermögen des Kaufmanns öffentlich zu machen.

Erstmals wurde eine Buchführungspflicht abverlangt: „Jeder Kaufmann muß, unabhängig von der Größe seines Geschäfts laufend ein Rechnungsbuch (*zhangbu*) führen, in dem alle Ein- und Ausgänge von Geld und Waren auf Tagesbasis zu registrieren sind“ (§ 6).

Das von Wu Tingfang formulierte, aus 131 Artikeln bestehende Gesellschaftsgesetz (*gongsilü*) war als 2. Buch des späteren HGB gedacht. Seine wichtigste Neuerung war die Einführung der Figur der juristischen Person (noch nicht der Begriff *fa ren*, der wurde erst durch den ZGB-Entwurf von 1911 und die Gesellschaftsregeln *gongsi tiaoli* von 1914 eingeführt), genauer: die körperschaftliche Verfaßtheit von Handelsvereinigungen und damit das Konzept der beschränkten Haftung. Dieses bedeutete einen Bruch mit dem bislang Üblichen.<sup>49</sup> In der vormodernen Handelsgesellschaft war das Kernelement das persönliche Vertrauen, es waren durchweg Mitglieder derselben Familie, die gemeinsam ein Unternehmen betrieben. Die Übernahme einer Rechtsfigur, wonach eine Gruppe von Personen als eine Organisation gedacht wird, die fähig ist, unabhängig von ihren einzelnen Mitgliedern zu handeln (die also selbst rechtsfähig ist), wobei die finanzielle Haftung dieser Mitglieder auf die geleistete Kapitaleinlage beschränkt ist, bedeutete etwas völlig Neues. Das *gongsilü* regelte neben der *hezi gongsi* genannten Partnerschaft (OHG) daher auch die beiden Arten der Kapitalgesellschaften GmbH (*hezi youxian gongsi*) und AG (*gufen youxian gongsi*). Das

*gongsi-lü* wurde seit 1904 angewandt und blieb bis 1929 in Kraft.

Das Konkursgesetz (*pochan-lü*) schließlich war als 3. Buch des späteren HGB vorgesehen. Es brachte den ersten Versuch, in die chinesische Rechtsordnung ein staatlich überwachtes Verfahren zur Abwicklung von Insolvenzen einzuführen, d.h. zur Verteilung des dem Gemeinschuldner verbliebenen Vermögens an die Gläubiger und zur Entschuldung eines ehrlichen Gemeinschuldners, so daß er eine Chance hat, neu zu beginnen. Das Gesetz war 1906 in Kraft getreten<sup>50</sup>, wurde aber bald darauf widerrufen, da die Regierung es nicht akzeptieren wollte, daß bei der Rangfolge der zu befriedigenden Gläubiger Regierungsbanken und private Banken gleichgestellt waren (§ 40). Bislang hatten Regierungsforderungen durchweg Vorrang genossen. Bei der Gleichstellung war man westlichen Vorbildern gefolgt, wollte sich zuletzt aber doch nicht dazu bekennen. Bemerkenswert ist auch die Regelung (§ 45), wonach die Brüder, Onkel und Neffen des Gemeinschuldners für diesen nicht haften (denn sie gehören nicht zu dessen Haushalt). Im traditionellen Recht bestand für diese weitere Verwandtschaft so etwas wie eine Garantenhaftung (gesetzliche Bürgschaft). Daß die Söhne des Gemeinschuldners nicht erwähnt werden, zeigt, daß mit dem ganzen Haushaltsvermögen gehaftet wird. Im Konkursgesetz heißt es dazu genauer, daß eine Haftung mit dem Haushaltsvermögen (*jia caichan*) nicht stattfindet, wenn der Haushalt aufgelöst wurde (*fenchai* oder *fenjia*), diese Auflösung der (1902 gegründeten) Handelskammer (*shanghui*) mitgeteilt wurde und der Konkurs wenigstens ein Jahr nach Haushaltsauflösung eröffnet wurde (§ 46). Gewohnheitsrechtlich bestand zwar der alte Rechtssatz *fu zhai zi huan* „die Söhne zahlen die Schulden des Vaters zurück“, der aber auf die Situation des Erbrechts zielte.<sup>51</sup>

#### 4. Zivilrecht

Das umfänglichste Reformprojekt betraf die Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches. Die diesbezüglichen Vorgänge werden erst in jüngster Zeit von chinesischen Rechtshistorikern (im Zusammenhang mit den gegenwärtigen Bestrebungen, ein ZGB zu erlassen) aufgegriffen.<sup>52</sup> Aus dem Entwurfsmaterial wird deutlich, daß in kurzer Zeit

<sup>48</sup> Etwa § 18 II deutsches HGB: „Die Firma darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen“.

<sup>49</sup> So auch ZHANG Mingxin/WANG Yujie, Entstehung und Wesensmerkmale des „Handelsgesellschaftsgesetzes“ der Späten Qing (Luelun qing mo „gongsilü“ de chansheng ji tedian), FXPL 2003, Nr. 3, S. 148 ff.

<sup>50</sup> Vgl. dazu Heinrich Dove, Das chinesische Konkursgesetz vom 26.4.1906, in: Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 3. Jg. (1907), S. 163 ff. und Thomas Mitran, The Chinese Bankruptcy Law of 1906-1907: A Legislative Case History, in: Monumenta Serica, Vol. XXX (1972/73), S. 259 ff.

<sup>51</sup> Ebenfalls in das HGB sollte der Inhalt eines Beförderungsgesetzes eingehen, das 1911 erlassen worden war. Vgl. Chung-Hui Wang, Das chinesische Beförderungsgesetz vom 24. Januar 1911, in: Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 7. Jg. (1911), S. 65 ff. (mit Gesetzestext in deutscher Übersetzung).

eine enorme Arbeitsleistung erbracht wurde und in den vermögensrechtlichen Teilen das deutsche BGB als Modell diente. Der *Da Qing minlü cao'an*, Entwurf eines Zivilgesetzbuches, der 1911, also im letzten Jahr der Dynastie vorgelegt wurde<sup>53</sup>, ist in die fünf Bücher Allgemeiner Teil/*zongze* (§§ 1-323), Schuldrecht/*zhaiquan* (§§ 324-977), Sachenrecht/*wuquan* (§§ 978-1316), Familienrecht/*qinshu* (§§ 1317-1459), und Erbrecht/*jicheng* (§§ 1460-1569) eingeteilt. Das entspricht zwar im wesentlichen auch dem japanischen ZGB von 1898 (andere Reihenfolge: Sachenrecht vor Schuldrecht), der Qing-Entwurf orientierte sich aber trotz der Mitarbeit von zwei japanischen Experten (Shida Kotaro und Matsuoko Yoshimasa)<sup>54</sup> offensichtlich auch direkt am deutschen BGB von 1900 (und partiell am schweizerischen ZGB von 1907).<sup>55</sup>

Die Grundzüge des Entwurfs können wie folgt zusammengefaßt werden: (1) Zu Beginn werden erstmals die für das Zivilrecht maßgeblichen Rechtsnormen (Rechtsquellen) benannt: „Ist eine Zivilrechtsangelegenheit in diesem Gesetz nicht geregelt, so ist Gewohnheitsrecht (*xiguanfa*) maßgebend; besteht kein Gewohnheitsrecht, so sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze (*fali*) maßgebend.“ Vor allem deshalb, weil das Bestreben der chinesischen Gesetzgeber darauf gerichtet war, die Anerkennung der Exterritorialmächte zu finden, aber wohl auch wegen aus Zeitmangel nur unzureichend geleisteter Durchdringung des angesammelten Gewohnheitsmaterials, hat das Gewohnheitsrecht, trotz der von der Gesetzesrevisionsbehörde unternommenen Anstrengungen, die lokalen Gewohnheiten landesweit zu erforschen, auf die Vorschriften des ZGB-Entwurfs selbst – sieht man ab vom Familienrecht – kaum eingewirkt.<sup>56</sup> (2) Es wird erstmals festgestellt, daß „der Mensch (*ren*) in den Grenzen der Gesetze und Verordnungen Rechte genießt und Pflichten trägt“ (§ 4), also

rechtsfähig ist. Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit ist die Frau in der Weise beschränkt, wie dies damals auch in europäischen Rechtsordnungen üblich war. So heißt es im Entwurf: „Handlungen, die sich nicht auf gewöhnliche Angelegenheiten beziehen, bedürfen der Zustimmung des Mannes“ (§ 27 I); wurden sie ohne Zustimmung vorgenommen, kann der Mann sie anfechten (§ 27 II; §§ 1353 ff. urspr. Fassung des dt. BGB). (3) Die juristische Person wurde als Verein (*shetuan faren*) und Stiftung (*cai tuan faren*) erstmals in einem chinesischen Gesetz aufgewiesen. Dasselbe gilt für die Regelungen über Rechtsgeschäft und Vertrag, einschließlich von Vertragstypen. (4) Die Sachenrechte, d.h. Eigentum und die sog. beschränkt dinglichen Rechte (Erbbaurecht, Erbpachtrecht, Grunddienstbarkeiten und Sicherungssachenrechte) wurden gänzlich als Individualrechte ausgestaltet, traditionelle Vorstellungen von Familien-eigentum finden sich nicht.

Die Regelungen zum Eigentum (*suoyouquan*) beginnen mit der Feststellung, daß „der Eigentümer innerhalb der Grenzen der Gesetze die ihm gehörende Sachen nach Belieben gebrauchen, daraus Nutzen ziehen und darüber verfügen kann“ (§ 983) und Unberechtigte von Eingriffen in sein Eigentum ausschließen darf (§ 984). Rechte an geistigem Eigentum wurden in einem 1910 verkündeten Urheberrechtsgesetz (*Da Qing zhuzuoquan lü*) erstmals gesetzlich aufgegriffen. Es ersetzte das überlieferte Privilegiensystem durch ein die beiden Elemente des Verwertungsrechts und des Urheberpersönlichkeitsrechts umfassendes modernes System.<sup>57</sup> (5) Das Familienrecht bewahrt demgegenüber zahlreiche traditionelle Elemente. So heißt es zu Anfang, daß „die Trauerpflicht der Verwandten in Trauertabellen (*fuzhitu*) festgelegt wird“ (§ 1318 II am Ende). Ähnlich der Regelung im Qing-Kodex (Art. 87) bestimmt auch der Entwurf, daß „wer bei Lebzeiten der Eltern einen eigenen Hausstand (*huji*) gründen will, der Zustimmung von Vater und Mutter bedarf“ (§ 1323 II). Dies bezieht sich auf das alte Rechtsinstitut der Haushalts- und Vermögensteilung (*fen jia*) zu Lebzeiten der Eltern. Auch eine Ehe kann nur rechtsgültig geschlossen werden, wenn Vater und Mutter zustimmen (§ 1338). Hinsichtlich der Ehescheidung bleibt es bei dem alten Grundsatz: „Wenn Mann und Frau nicht harmonieren, kann die Ehe geschieden werden“ (§ 1359). (6) Das Erbrecht ist in den beiden zentralen Kapiteln „Erbgang“ (*jichen*) und „Testa-

<sup>52</sup> Etwa ZHANG Sheng, Zusammengetragenes zum „Zivilgesetzbuch der Qing-Dynastie“ (*Da qing minlü cao'an zhi yi*), FXYJ 2004, Nr. 3, S. 140 ff.

<sup>53</sup> Chinesischer Text in: YANG Lixin, Die Zivilgesetzbuch-Entwürfe der Qing-Dynastie und der Republik (*Da Qing minlü cao'an, Minguo minlü cao'an*), Jilin, 2002, S. 1 ff. Den Gesetzestext verbunden mit erläuternden Materialien bietet: Sifa xingzheng bu (Hrsg.), Sammlung historischer Materialien zur Festlegung des Zivilgesetzbuches der Republik China (*Zhonghua minguo minfa zhiding shiliao huibian*), Taipei 1976, S. 243-1017.

<sup>54</sup> YU Jiang, Import und Verbreitung der Zivilrechtswissenschaft in der späten Qing-Dynastie (*Qing mo minfaxue de shuru yu chuanbo*), FXYJ, 2000, Nr. 6, S. 140 ff.

<sup>55</sup> Ob dies auch dadurch erleichtert wurde, daß „Chinas erster Dr. iur.“ (1905 in Yale), der später in der Rechtsmodernisierung eine Rolle spielen sollte, Wang Chonghui (1881 in Hongkong geboren, 1958 in Taipeï gestorben), 1907 eine englische Übersetzung des deutschen BGB publiziert hatte, die übrigens lange als die beste englische Übersetzung anerkannt war, sei dahingestellt.

<sup>56</sup> So auch ZHANG Sheng, Untersuchungen zu den zivilen Gewohnheiten in der späten Qing-Dynastie und die Zusammenstellung des „ZGB-Entwurfs der Qing-Dynastie“ (*Qing mo ninshi xiguan diaocha yu „Da Qing minglü cao'an“ de bian zuan*), FXYJ, 2007, Nr. 1, S. 125 ff.

<sup>57</sup> WANG Lanping, Drei Urheberrechtsgesetze im Verlauf der Modernisierung des chinesischen Rechtssystems (*Zhongguo fazhi jindaihua guocheng zhong de san bu zhuzuoquanfa*), BFYJ, 2005, Nr. 3, S. 44 ff. Detaillierter Aufweis des Gesetzesinhalts auch bei Heinrich Betz, Ein chinesisches Urheberschutzgesetz, in: Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 7. Jg. (1912), S. 225 ff.

ment“ (*yishu*) wiederum ohne Einbezug traditioneller Elemente geregelt. So wird etwa die im alten Recht fundamentale Erbfolge in den Ahnenkult nicht berücksichtigt, was aber durch gewohnheitsrechtliche Normen ergänzt werden kann.

Der ZGB-Entwurf, zusammen mit den artikelweisen Begründungen, verkörpert ein gewichtiges Material, das als solches nie Gesetzeskraft erlangte, aber eine beträchtliche Vorarbeit für die Republik-Gesetzgeber darstellte. Der Entwurf wurde bald veröffentlicht und von einer interessierten Öffentlichkeit auch wahrgenommen.<sup>58</sup> Im übrigen sind Grundprinzipien des Entwurfs über die Rechtsprechung des Obersten Gerichts (den *Daliyuan*) sofort ab 1912 in das chinesische Zivilrechtssystem eingegangen, das zunächst auf diese Weise (und nur indirekt durch Gesetzgebung) moderne europäische Rechtsgrundsätze (bei gleichzeitiger Bemühung, der Tradition gerecht zu werden) aufgenommen hat.

Als der ZGB-Entwurf dem Thron vorgelegt wurde, wurden Erläuterungen hinzugefügt, in denen die Grundsätze, von denen man sich bei der Ausarbeitung des Entwurfs leiten ließ, deutlich zur Sprache kamen:<sup>59</sup>

(1) Übernahme der in der modernen Wirtschaftswelt allgemein gebräuchlichen Rechtsregeln.<sup>60</sup> Da der Verkehr über die Ozeane immer mehr zunehme, in chinesischen Häfen der Handelskrieg tobe und die Übersee-Chinesen bereits moderne Rechtsformen praktizierten, bliebe China im eigenen Interesse nichts anderes übrig, als die allgemein üblichen Standards zu übernehmen.

(2) Berücksichtigung solcher Regeln, die dem chinesischen *min-qing*/Volksempfinden gemäß sind. „Die die menschlichen Angelegenheiten betreffenden Gesetze entstehen aus dem Volksgeist und den Gewohnheiten“ (*renshi fa yuanyu minqing fengsu er sheng*), „man kann ihnen nicht durch Zwang Geltung verschaffen, andernfalls würde man uns zu Recht vorwerfen, wir verhielten uns wie jemand, der versucht, Zehen den Schuhen anzupassen...“. Dies bedeute insbesondere, daß das Familien- und Erbrecht nicht von seinen überliefer-

ten ethischen und gewohnheitsrechtlichen Wurzeln getrennt werden könne.

Wir sehen also auch hier noch den grundsätzlich konservativen Ansatz der Reformen. Erst die Nanjing-Regierung der GMD wird das Familienrecht aus einem revolutionären Ansatz heraus zu reformieren suchen.

## V. Resultate

(1) Erstmals wurden Konzepte wie Rechtsfähigkeit, Rechtsgeschäft, Willenserklärung, Hypothek, Kaufmann, Handelsgesellschaft, Haftungsbegrenzung, Warenzeichen, Urheberrecht, Konkurs, sogar Unabhängigkeit der Justiz u.a., aufgegriffen, eine Terminologie geschaffen<sup>61</sup> und in der Gesetzgebung verwendet. Wie z.B. für das Erbrecht eine neue Terminologie gebildet wurde, zeigt eine Erläuterung über „Festlegung von Begriffen“ (*ding ming*) zu Beginn des 5. Buches (*jicheng*/Erbgang):

„Der Erbgang (*jicheng*) findet statt, wenn jemand stirbt, das war und ist so zu allen Zeiten und in aller Welt. Verfolgen wir die Erscheinung des Erbgangs durch die Geschichte, so mögen die vom Erben erlangten Rechte unterschiedlich sein – wie Recht zur Ahnenverehrung, Statusrechte oder Vermögensrechte –, es handelt sich doch stets um Erbgang. Jedoch wurde erst in neuerer Zeit damit begonnen, gesetzliche Regeln über den Erbgang festzulegen, die dann in komplette Kodifikationen eingingen. In Japan wird der Erbgang „Nachfolgerecht“ (*sozokuho*) genannt, in dem wörtlichen Sinn, daß eine Person einer anderen zur Aufrechterhaltung der Kontinuität nachfolgt. In dieser Bedeutung mag der Ausdruck als Prädikat eines Satzes benutzt werden, nicht aber als Subjekt (Nomen). Wird in China „Erbgang“ im Hinblick auf die Fortsetzung der Familienlinie erwähnt, braucht man häufig Worte wie *ji* (fortsetzen, nachfolgen) und *cheng* (übernehmen, etwas auf sich nehmen). Daher sind wir in diesem (5.) Buch des ZGB-Entwurfs zu dem Ausdruck *jicheng* übergegangen, statt den von Japan bezogenen Ausdruck *xiangxu* (d.i. *szoku*) beizubehalten, und bezeichnen das entsprechende Recht *jichengfa* (Erbgangrecht oder einfach Erbrecht).“<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Die von der Abteilung für Rechts- und Staatswissenschaften der Deutsch-Chinesischen Hochschule Qingdao herausgegebene Deutsch-Chinesische Rechtszeitung brachte in ihrer Dezember-Ausgabe von 1912 eine kurze Anmerkung zum 4. Buch (Familienrecht).

<sup>59</sup> YANG Honglie, Entwicklungsgeschichte des chinesischen Rechts (*Zhongguo falü fadashi*), Shanghai 1930 (Taiwan-Ausgabe 1967), S. 906 f.

<sup>60</sup> Dies wird auch als Prinzip der „Durchgängigkeit“ chinesischer und ausländischer Rechtsregeln bezeichnet. Dazu AI Yongmin, Das Prinzip der „chinesisch-ausländischen Durchgängigkeit“ der spät-Qing-zeitlichen Gesetzesrevision (Qing mo xiu lü de „zhong wai tongxing“ yuanye), FXYJ, 1999, Nr. 6, S. 142 ff.

<sup>61</sup> Anders als gut 1000 Jahre zuvor beim Studium des Buddhismus („schiefer ungläubliche Übersetzungsarbeit“, Wolfgang Bauer) konnte hier auf die Vorarbeit anderer – der Japaner – zurückgegriffen werden. Vgl. WANG Jian, Die Entwicklung neuer Rechtstermini in der späten Qing-Zeit und ihre Beziehung zu Japan (Wan qing faxue xin ci de chuangzhi ji qi yu riben de guanxi), in: Nanjing daxue xuebao, 2005, Nr. 6, S. 100 ff.

<sup>62</sup> *Sifa xingzheng bu* (Hrsg.), op. cit. (Anm. 53), S. 941.

(2) Erstmals kam das Bewußtsein auf, daß die neue Gesetzgebung zu ihrer Durchführung eines bisher nicht vorhandenen Berufszweigs, des der Richter, Staats- und Rechtsanwälte, bedarf, daß dafür Ausbildungsstätten geschaffen werden müssen. Die erste Rechtsschule wurde 1906 gegründet, und das Gerichtsorganisationsgesetz (*fa yuan bianzhi fa*) von 1910 enthielt auch eine Regelung, wonach niemand als Richter oder Staatsanwalt angestellt werden darf, der nicht zwei Justizprüfungen bestanden hat (§ 106).<sup>63</sup> 1907 wurde das Strafenministerium (*xingbu*) in „Ministerium für Rechtswesen“ (*fabu*) umbenannt und als Oberstes Gericht der *Daliyuan* mit Shen Jiaben als erstem Präsidenten gegründet. Die Justizverwaltung wurde aus dem *Fabu* ausgegliedert und dem *Daliyuan* zugewiesen, womit immerhin eine organisatorische Unabhängigkeit geschaffen war.<sup>64</sup>

(3) Auch wenn kaum eine Reform noch in der Qing-Periode realisiert wurde, und ein landesweiter Gerichtsaufbau nicht mehr geleistet werden konnte, so dienten die zahlreichen Gesetzesentwürfe den Kodifikationsprojekten in der Republik-Periode als wichtiges Referenzmaterial. Es ist nicht übertrieben, wenn festgestellt wird, daß die Späte Qing (1902-1911) eine Schlüsselperiode für die Modernisierung des chinesischen Rechts ist.<sup>65</sup> Das alte System war zur Disposition gestellt und die konzeptionellen Fundamente des neuen wurden gelegt.

## VI. Deutsches Recht als Modell?

Abschließend ist die Frage aufzuwerfen, weshalb sich die Rechtsmodernisierer der Späten Qing vornehmlich am kontinentaleuropäischen, und hier besonders am deutschen Recht orientierten und was davon zu halten ist. Daß es kontinentaleuropäisches, also kodifiziertes, und nicht anglo-amerikanisches case-law war, ergab sich für die Qing-

Reformer ohne weiteres aus der *lii*-Tradition, der jahrhundertelangen Existenz eines Kodex. Auch wurde besonders im Hinblick auf das Familienrecht die Ansicht vertreten, daß das anglo-amerikanische Recht ganz im Zeichen des Individualismus stehe, während das kontinentale Recht noch etwas vom traditionellen Familiendenken in sich trage.<sup>66</sup> Es schien also der chinesischen Sozialtradition näher zu sein.

Dafür, daß es vornehmlich deutsches Recht war, könnte die naheliegende Antwort lauten, und mit ihr würde man die Befindlichkeit der Späten-Qing-Reformer gut treffen: „Von Japan lernen, heißt Siegen lernen.“ Japans Rechtsmodernisierer hatten sich in der letzten und entscheidenden Phase der 1890er Jahre vor allem am deutschen Recht orientiert. Der Umschlag vom primär französischen zum primär deutschen Recht geschah 1889 mit Annahme der Verfassung (sog. Meiji-Verfassung), die auf dem Vorbild der Preußischen Verfassung von 1850 beruhte und den damals sehr willkommenen Kompromiß zwischen liberalen und demokratischen Ideen einerseits, monarchisch-legitimistischen Vorstellungen andererseits verkörperte. Nun sollte auch der rechtliche Überbau primär deutschrechtlich geformt werden. Dieser japanischen Rechtsmodernisierung war auch insofern der Erfolg nicht versagt, als die ungleichen Verträge seit 1899 aufgehoben wurden, der letzte 1911.

### 1. Gründe für die Wahl des „deutschen Modells“

Die Erklärung „Warum deutsches Recht?“ wird heute in chinesischen Untersuchungen in differenzierterer Weise zu unterbreiten versucht.<sup>67</sup> Drei Gründe werden genannt:

(1) Das Qualitätsargument. Den Qing-Reformern sei bewußt gewesen, daß das damalige deutsche Recht das am weitesten entwickelte Recht des kontinentalen Rechtskreises gewesen sei: Hundert Jahre jünger als der französische Code Civil habe das deutsche BGB die Tradition des Römischen Rechts am weitesten in die Moderne entwickelt. Die hohe Qualität des BGB wird ferner mit der Philosophie des deutschen Idealismus in Verbindung gebracht; deren Dialektik habe sich in Begriffsschärfe und Systematik des BGB niedergeschlagen.

(2) Das Bewährungsargument. Da die Übernahme deutschen Rechts sich bereits als erfolgreich

<sup>63</sup> Als Voraussetzung der Teilnahme an der ersten wird ein wenigstens dreijähriges Rechtsstudium mit Abschluss angegeben (§ 107). Zur zweiten Prüfung konnte man sich nach zweijähriger praktischer Gerichtstätigkeit melden (§ 108). Deutsche Übersetzung von Fritz Holzhauser, in: Chinesisch-Deutsche Gesetzessammlung, hrsg. von der Abteilung für Rechts- und Staatswissenschaften in Verbindung mit der Übersetzungsanstalt der Deutsch-Chinesischen Hochschule, Abteilung VII, No. 1, Tsingtau, 1912, S. 41 ff.

<sup>64</sup> Ausführlich (aber unkonkret) zur Justizreform *Oliver Simon*, Der Versuch der Einführung eines modernen Justizwesens zu Beginn des 20. Jahrhunderts in China, ZChinR 2004, S. 102 ff.

<sup>65</sup> Etwa *ZHANG Jinfan*, Moderne chinesische Gesellschaft und rechtliche Zivilisation (Zhongguo jindai shehui yu fazhi wenming), Beijing, 2003, S. 6; *ZHENG Ding/YANG Ang*, Wiedereinsetzung von Shen Jiaben: Erörterungen zu Shen Jiaben und dem Spät-Qing-zeitlichen Wandel im Justizbereich (1901-1911) (Huanyuan Shen Jiaben: Luelun Shen Jiaben yu wan Qing sifa changyu zhi bianqian (1901-1911)), FLIT, 2004, S. 22 ff., 34; *Zhu Ying*, The Economic Laws and Regulations of the Late Qing, op. cit. (Anm. 34), S. 127-129. Auch nach Wang Chonghui, dem „Nachfolger“ Shen Jiabens in der frühen Phase der Republik, „much praise is due to the Imperial Commission for the pioneer work performed“ (*Wang Chonghui*, Law Reform in China, in: Social and Political Science Review, Vol. 2, 1917, S. 19).

<sup>66</sup> So *Wang Chonghui*, op. cit. (Anm. 65), S. 13 ff.

<sup>67</sup> Zu Folgendem *WANG Limin*, Der Einfluß des deutschen Rechts auf die Gestaltung des modernen chinesischen Rechtssystems in der späten Qing-Zeit (Lun Qing mo deguofa dui zhongguo jindai fazhi xingcheng de yingxiang), in: Shanghai shehui kexueyuan xueshu jikan, 1996, Nr. 2, S. 132 ff.

erwiesen habe – besonders am Beispiel Japans – , habe es seine Nützlichkeit unter Beweis gestellt.

(3) Vor allem das Machtargument. Den Qing-Reformern war bewußt, daß Deutschland nach Gründung des Deutschen Reiches und der damit einhergehenden Gesetzgebung eine rasche Entwicklung in Wirtschaft, Wissenschaft und Technik genommen hatte. Zhang Zhidong pries 1895 die deutsche Infanterie, Kang Youwei 1898 das deutsche Bildungswesen, 1906 Dai Hongci u.a. in ihrem Reisebericht allgemein die rasch erlangte Machtposition in den internationalen Beziehungen. Damit stellte sich ihnen das deutsche Recht als Mittel zur Stärkung des Staates dar.

Was von diesen Argumenten<sup>68</sup> zu halten ist, sei dahingestellt.<sup>69</sup> Tatsächlich bleibt das deutsche Recht auch im weiteren Verlauf der Rechtsreform von einem gewissen modellhaften Einfluß.

## 2. Eine deutsche Gegenposition

In seinen Ausführungen über „Die charakteristischen Merkmale der Rechtsreform der späten Qing-Zeit“<sup>70</sup> hat der zuletzt an der Taiwan-Universität lehrende Zivilrechtler Wang Boqi (1908-1961) die ablehnende Stellungnahme des an der Deutsch-Chinesischen Hochschule in Qingdao tätigen Harald Gutherz zur Strafrechtsreform Shen Jiabens einer beißenden Kritik unterzogen und folgendes angemerkt:

„Besonders mysteriös ist der damals an der Chinesisch-Deutschen Hochschule in Qingdao lehrende Deutsche He (d.i. Harald Gutherz), der die Kunst der Schmeichelei und des Speichelleckens beherrschte und ungeachtet seiner ‚Gutherzigkeit‘ (eine Anspielung auf den chinesischen Vornamen *shanxin* des Gutherz)

sich den Konservativen andiente. Nach Jiang Yong (Assistent von Shen Jiaben) sei die von Gutherz damals vorgelegte Abhandlung schlicht albern und nicht ernst gemeint gewesen. Er habe dort z.B. ausgeführt: ‚Ich betrachte die von den Gelehrten des Altertums geschaffenen etablierten Gesetze Chinas als perfekt; sie durch ausländische zu ersetzen, wäre durchaus zu bedauern.‘ Darauf seien die Bewahrer des Alten nicht müßig gewesen, sich auf die Worte des Europäers zu berufen und zu propagieren, daß das neue Strafgesetz von höchst subversiver Wirkung sei. Shen Jiaben habe darauf äußerst verärgert reagiert, sich allein gegen diese Strömung gestemmt und Schriften verfaßt, in denen er in aller Schärfe widersprach“.

Die hier dem Harald Gutherz zuteil gewordene Einschätzung wird seinem Anliegen aber nicht gerecht. Seine Bedenken gegen die Methode der Rechtsreform durch eine Rezeption ausländischer Gesetze beruhen auf einer wissenschaftlichen Überzeugung, die damals von Belang war und es auch heute ist. Im Jahre 1908, also unmittelbar vor seiner Tätigkeit in Qingdao, hatte Gutherz „Studien zur Gesetzestechnik (Untersuchungen auf dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre)“ veröffentlicht.<sup>71</sup> In Anknüpfung an den „Zweckgedanken“ seines Lehrers Franz von Liszt (1851-1919) befaßte sich Gutherz hier mit den für den „Zweck“ der Gesetzgebung tauglichen Mitteln. „Der Zweck“, führte er aus, „ist für die Mittel maßgebend, erst eine genaue Kenntnis des Zwecks ermöglicht eine solche Kenntnis der Mittel, die Eigenart des Zweckes bestimmt die Eigenart der Mittel“.<sup>72</sup> Als „Gesetzestechnik“ bezeichnet er die Summe der „erkannten Mittel zur Fertigstellung von Gesetzen“. Gesetze jedoch sind ihm nur solche Äußerungen, „die sich als Recht darstellen“.<sup>73</sup> Recht aber „existiert bloß, insofern es ‚gilt‘“<sup>74</sup>, d.h. „sich in den Handlungen der Menschen verwirklicht“.<sup>75</sup> Das könne aber nur erwartet werden, wenn die soziale Gewohnheit Basis des Rechts ist, was bei von aus dem Ausland übernommenem Recht schwerlich zutrefte. Gutherzens Anliegen war also durchaus ernsthaft und von guten Gründen getragen.

<sup>68</sup> Nur kurios ist ein „Ähnlichkeitsargument“: Bei manchen der Qing-Reformer scheint es eine Ansicht gegeben zu haben, wonach gewisse politische und soziale Erscheinungen Deutschlands denen in China vergleichbar seien. Nachdem der Qing-Beamte Dai Hongci 1905/06 einige Monate in europäischen Ländern eine Informationsreise gemacht hatte (dazu *Oliver Simon*, Bericht der chinesischen Studienkommission aus dem Jahre 1906 über ihren Besuch in Deutschland, ZChinR 2006, S. 77 ff.), hatte er den Eindruck gewonnen, daß die nach seiner Beobachtung durch Fleiß und Genügsamkeit geprägte Mentalität der Deutschen der chinesischen ähnlich sei. Er stellte folgenden Zusammenhang her: Da das Recht in der Gesellschaft wurzele, werde sein Inhalt durch die Gesellschaft bestimmt. Also könne man unter ähnlichen sozialen Bedingungen auch ähnliches Recht erwarten. Ähnliche gesellschaftliche (und politische) Verhältnisse in Deutschland und China bedeuteten eine günstige Situation für die Übernahme deutschen Rechts. Die Frage ist dann natürlich, warum China nicht selbst, wenn es sozio-politisch mit Deutschland so ähnlich ist, ein ähnliches Recht hervorgebracht hat.

<sup>69</sup> In der Summe bestätigen sie die These Koschakers, daß „die Rezeption eines Rechtssystems keine Qualitätsfrage ist“, ein fremdes Recht also nicht rezipiert wird, weil man es für das beste hält, ... die Rezeptibilität (vielmehr) eine Machtfrage (ist), die Folge einer wenigstens geistigen und kulturellen Machtstellung des rezipierten Rechts...“ (*Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, 4. Aufl., München und Berlin, 1966, S. 138).

<sup>70</sup> In: *Modernes Rechtsdenken und alte chinesische Kultur* (Jindai falü sichao yu zhongguo guyou wenhua), Taipei 1956, S. 16 ff.

<sup>71</sup> Als Heft 93 der von den führenden deutschen Strafrechtlern der Zeit herausgegebenen (in Breslau erscheinenden) „Strafrechtlichen Abhandlungen“, ein Jahr vorher als kürzeren Aufsatz („Beitrag zu einem System der Gesetzestechnik“) in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, 1907, S. 346 ff. Den Hinweis auf diese Schriften verdanke ich meinem Mitarbeiter, Herrn Dipl. Reg. Wiss., cand. iur. Daniel Sprick.

<sup>72</sup> Studien zur Gesetzestechnik, op. cit. (Anm. 71), S. 1 f.

<sup>73</sup> *Ibid.*, S. 9, 11.

<sup>74</sup> *Ibid.*, S. 13.

<sup>75</sup> *Ibid.*, S. 50.